



ISSN 0719-2959

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO

• REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL •

AÑO IX • N° 17 • OCTUBRE DE 2020

ESTUDIOS

Sistema Interamericano DDHH

- Caso "Manuela" y las 17+ contra El Salvador

Teoría política y constitucional

- Spinoza, Bayle y libertad de conciencia
- Extraño sistema semipresidencialista
- Abuso del derecho y neoconstitucionalismo

Derecho constitucional privado

- Teoría de la simulación
- Laesio enormis

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- El decaimiento en el derecho administrativo chileno



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 17
OCTUBRE DE 2020

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

ASISTENTE DE INVESTIGACIÓN

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO 9 • N.º 17 • OCTUBRE DE 2020

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Ligia de Jesus Castaldi

El caso Manuela y Las 17+ contra El Salvador:
Un fraude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y la comunidad internacional

13

TEORÍA POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL.

Juan Fernando Segovia

Democracia, tolerancia religiosa y libertad de conciencia
en Baruch de Spinoza y Pierre Bayle

97

Alejandro Lago Torress

El extraño sistema semipresidencialista entre el mito y la realidad
¿es adecuado para Chile?

137

Diego Miranda Reyes

¿Los enemigos de tus enemigos son tus amigos?
Abuso del derecho y neoconstitucionalismo.
Comentarios a propósito de un proyecto de reforma constitucional

181

DERECHO CONSTITUCIONAL PRIVADO

Germán Ovalle Madrid

Origen y evolución de la teoría de la simulación
de los negocios jurídicos en el derecho español

217

Arturo Salazar Santander
Orígenes y desarrollo de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo
251

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss
El decaimiento en el derecho administrativo chileno:
¿extinción del procedimiento administrativo? ¿extinción del acto administrativo?
Del derecho como literatura de ficción
297

RECENSIONES

Fernando Gil Cantero
La experiencia común de Giuseppe Capograssi
327

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES
335

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su décimo séptimo número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas de Estados Unidos, Argentina, España y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Teoría Política y Constitucional y Derecho Constitucional Privado.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, publicamos un excelente trabajo de la profesora Ligia Castaldi, residente en Estados Unidos. El artículo analiza el caso “Manuela” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que busca la despenalización del aborto voluntario en El Salvador. También examina la petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos de nueve mujeres condenadas por el homicidio agravado de sus hijos recién nacidos.

En el área de la Teoría Política y Constitucional, destacamos, en primer lugar, el estudio del conocido jurista argentino Dr. Fernando Segovia titulado “Democracia, tolerancia religiosa y libertad de conciencia en Baruch de Spinoza y Pierre Bayle”. El autor afirma la tesis de que ambos pensadores se sirven de la libertad de pensamiento para sostener la moderna *raison d'État*.

A continuación, el profesor Alejandro Lagos nos entrega un artículo denominado “El extraño sistema semipresidencialista entre el mito y la realidad. ¿Es adecuado para Chile?”. En él analiza el sistema de gobierno semipresidencial, examinando su viabilidad para el caso chileno.

Por su parte, el profesor Diego Miranda examina la propuesta de introducir la figura del abuso del derecho en el texto constitucional chileno. De un modo sugerente, el trabajo lleva la siguiente rúbrica: “¿Los enemigos de tus enemigos son tus amigos? Abuso del derecho y neoconstitucionalismo. Comentarios a propósito de un proyecto de reforma constitucional”.

Finalmente, en el campo del derecho constitucional privado, damos a conocer dos interesantes estudios. El primero es del profesor Dr. Germán Ovalle, donde estudia el origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en el derecho español. El segundo es de autoría del profesor Arturo Salazar. En él analiza los orígenes y desarrollo de la figura de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos un destacado estudio del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss. Se titula “El decaimiento en el derecho administrativo chileno: ¿extinción del procedimiento administrativo? ¿extinción del acto administrativo?”.

Concluimos con las “Recensiones”, donde el profesor español Dr. Fernando Gil Cantero revisa una obra de gran actualidad: “*La experiencia común*” de Giuseppe Capograssi”.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 17 | 2020

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

EL CASO MANUELA
Y LAS 17+ CONTRA EL SALVADOR:
UN FRAUDE ANTE
LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
Y LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

THE CASE OF “MANUELA” AND “THE 17+”
AGAINST EL SALVADOR:
A FRAUD BEFORE THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS
AND THE INTERNATIONAL COMMUNITY

*Ligia de Jesús Castaldi**

Resumen

En el artículo se analizan los hechos y el contexto político del caso “Manuela” ante la Corte IDH, que busca la despenalización del aborto voluntario en El Salvador. También se examinan los hechos y contexto de la petición presentada ante la CIDH sobre los casos de nueve mujeres condenadas por el homicidio agravado de sus hijos recién nacidos en El Salvador. La demanda de la CIDH ante la Corte, al igual que la petición, acusa a El Salvador de violar derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la supuesta penalización de abortos involuntarios y emergencias obstétricas en el país. Asimismo, se analiza la veracidad de los argumentos presentados en esta denuncia sobre la base de la evidencia existente en el expediente judicial y documentación oficial del caso “Manuela” y de los casos de “Las 17+”, incluyendo sentencias de cortes de primera instancia, escritos y solicitudes presentados en juicio, sentencias de revisión, dictámenes de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador e informes de la CIDH hasta el año 2019.

Palabras clave: Aborto, infanticidio, El Salvador, emergencia obstétrica, Sistema interamericano.

* LL.M., Harvard Law School. Profesora de Derecho Internacional, Ave Maria School of Law. La autora agradece especialmente a José Gilberto Solís Jiménez por su asistencia con esta investigación. También a Sara I. Larín Hernández, fundadora y presidenta de Fundación VIDA SV y miembro de la Asociación de Bioética de El Salvador. Artículo

Abstract

This paper analyzes the facts and political context of the “Manuela” case before the Inter-American Court of Human Rights, which seeks the decriminalization of abortion in El Salvador. It also examines the facts and context of the Petition filed before the IACHR on the cases of nine women convicted of aggravated homicide against their newborn children in El Salvador. The lawsuit by the IACHR before the Court, like the Petition, accuses El Salvador of violating human rights contained in the American Convention on Human Rights by allegedly penalizing miscarriages and obstetric emergencies in the country. This paper inquires into the veracity of arguments presented in the complaint in light of existing evidence in judicial and official documents of the “Manuela” case and the cases of “The 17+”, including first instance court judgments, motions and requests before tribunals, appeals judgments, El Salvador Supreme Court opinions and IACHR reports as of 2019.

Keywords: abortion, infanticide, El Salvador, obstetric emergency, miscarriage, stillbirth, Inter-American system.

I. Introducción

La CIDH ha presentado una demanda contra El Salvador ante la Corte IDH, *Manuela y familia, El Salvador*¹, alegando que El Salvador es responsable de violaciones de derechos humanos en contra de una mujer que habría sido condenada a pena de prisión por supuesto parto extra-hospitalario. En 2015, dos de las ONG peticionarias del caso “Manuela”, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaron otra petición sobre nueve casos del grupo de “Las 17+” ante la CIDH, la cual no tiene aún informe de admisibilidad². Sin embargo, ha exigido y logrado la liberación de una de las condenadas: Teodora del Carmen Vázquez de Saldaña, como se describe más adelante, y ha concedido, al menos, una audiencia temática titulada “El Salvador: Mujeres privadas

recibido el 1 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de agosto de 2020. Correo electrónico: lcastaldi@avemarialaw.edu

¹ CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17. Este y todos los documentos a los que se hace referencia en las notas al pie se encuentran más detalladamente citados en la extensa sección de bibliografía al final de este artículo, y se puede acceder a ellos en línea a través de los enlaces allí indicados.

² Véase CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO DE EL SALVADOR, “Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

de libertad por emergencias obstétricas”, a las ONG peticionarias³. Asimismo, el principal propósito de las denuncias en el ámbito nacional e internacional ha sido la promoción de la despenalización del aborto en El Salvador, según lo expresado por las organizaciones peticionarias del caso “Manuela” en los medios de comunicación masiva y en las audiencias temáticas de la CIDH⁴. Como resultado, organismos internacionales de derechos humanos han exigido al país la exoneración y liberación de estas mujeres, denunciando su detención y penas de cárcel como una grave violación de derechos humanos⁵. La CIDH, por su parte, desde 2017, tras su visita de trabajo a El Salvador, ha recomendado la liberación de “Las 17+”, indicando que estas mujeres han sido “encarceladas tras sufrir complicaciones obstétricas, resultado de la criminalización total del aborto en el país”⁶. El gobierno de El Salvador, en ocasiones, ha rechazado estos alegatos, aunque no ha tenido una clara posición al respecto.

La demanda ante la Corte IDH, la petición ante la CIDH y la promoción por parte de esta de la liberación de “Las 17+” se enmarcan en el contexto político de una campaña realizada por ONG que promueven la despenalización del aborto en El Salvador, peticionarias en el caso “Manuela” y en la petición sobre nueve condenadas por homicidio agravado: el Centro de Derechos Reproductivos; la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico y la Colectiva Feminista para el Desarrollo Local⁷. Estas organizaciones han llevado a cabo, por varios años, una campaña jurídica, política y mediática en el ámbito nacional e internacional para presionar al gobierno salvadoreño a que despenalice el aborto en el país y a que libere de la cárcel a veinticinco mujeres presas por supuestos partos extrahospitalarios en El Salvador, designadas mediáticamente como “Las 17+”⁸.

³ CIDH, “Audiencia temática “El Salvador: Mujeres privadas de libertad por emergencias obstétricas”.

⁴ CIDH, Audiencia temática “El Salvador...” (ONG que incluyen el Center for Reproductive Rights y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico de El Salvador denuncian que mujeres han sido encarceladas en el país por emergencias obstétricas, lo cual niegan los representantes del Estado). Véase, CIDH, Audiencia temática “Situación de derechos humanos de las mujeres y las niñas en El Salvador”, 147 periodo de sesiones. (comisionadas Tracy Robinson, Rose Marie Antoine y Rosa María Ortiz expresan preocupación por mujeres encarceladas por abortos espontáneos en El Salvador).

⁵ Véase CIDH, “Conclusiones y observaciones sobre la visita de trabajo de la CIDH a El Salvador”.

⁶ CIDH, “CIDH urge a El Salvador a terminar con la criminalización total del aborto”.

⁷ CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18.

⁸ Véase Alejandra CÁRDENAS, “CRR in the Field”, quien detalla la estrategia jurídica para utilizar el sistema internacional de derechos humanos a fin de conseguir la despenalización del aborto en El Salvador.

Dichas campañas han estado dirigidas a persuadir al público salvadoreño y extranjero de que El Salvador condena a injustas penas de cárcel a mujeres pobres que sufren emergencias obstétricas, supuestamente debido al excesivo celo de sus autoridades en perseguir el delito de aborto provocado. Organismos internacionales de derechos humanos han exigido al país la exoneración y liberación de estas mujeres, denunciando su detención y penas de cárcel como una grave violación de dichos derechos⁹. El gobierno de El Salvador en ocasiones ha rechazado estos alegatos, aunque no ha tenido una clara posición al respecto¹⁰.

Ello, debido a que El Salvador es uno de los ocho países en América Latina y el Caribe que reconocen el derecho a la vida del niño por nacer en su Constitución, la cual “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”¹¹. También forma parte de los nueve países de la región donde se penaliza el aborto directo, voluntario o provocado bajo cualquier circunstancia, no estando contemplados supuestos de aborto no punible o excusas absolutorias por vida o salud de la madre, violación o malformación fetal “incompatible con la vida”, existentes en otros países de la región¹².

En, al menos, tres ocasiones, en 2007, 2011 y 2013, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha afirmado la constitucionalidad de la penalización del aborto en el país y su armonía con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, particularmente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño¹³. La Sala Constitucional, además, interpretó en 2011 y

⁹ Véase CIDH, “Saluda la decisión de las autoridades de El Salvador de conmutar la pena y conceder la libertad a Teodora del Carmen Vásquez, tras 10 años de prisión por haber sufrido un aborto espontáneo” y CIDH, “CIDH llama a El Salvador a revisar detenidamente las condenas en cada uno de estos casos y a reformar la legislación que prohíbe actualmente el aborto en todas circunstancias, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos”).

¹⁰ Véase U.S. DEPARTMENT OF STATE, “El Salvador 2016 Human Rights Report”, p. 23 (describiendo denuncias e indicando que el Instituto de Medicina Legal ha respondido que estas mujeres han cometido infanticidio y no aborto).

¹¹ Constitución Política de la República de El Salvador, artículo 1.

¹² Los nueve países de la región donde se penaliza el aborto directo, voluntario o provocado bajo cualquier circunstancia son: Dominica, El Salvador, Haití, Honduras, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay y Surinam. Véase *Código Penal* de El Salvador, artículos 133-41; *Código Penal* de República Dominicana, artículo 317; *Code Pénal* de Haití, artículo 262; *Código Penal* de Honduras, artículos 126-32; *Código Penal* de Nicaragua, artículos 143-49; *Código Penal* de Surinam, artículo 309(1), 355-358. Chile estuvo incluido entre esta categoría hasta 2017, cuando su legislatura despenalizó el aborto bajo tres causales.

¹³ Véase CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 310-

2013 la defensa de “estado de necesidad” contemplada en el artículo 27 del *Código Penal*, indicando que esta permitiría el aborto indirecto, es decir, a través de actos propios del parto prematuro en situaciones de grave e inminente peligro para la vida y la salud de la madre, pero no el aborto directo donde se procura la destrucción del feto o muerte de la persona por nacer¹⁴.

En este artículo se refutan los hechos denunciados en la demanda contra El Salvador ante la Corte IDH y en la campaña por la liberación de “Las 17+” ante la CIDH, mediante el análisis de veinticinco casos que incluyen el caso “Manuela” y los nueve casos objeto de la petición de 2015 ante la CIDH, al igual que otros, pertenecientes al mismo grupo de “Las 17+”, litigados en cortes nacionales. La investigación se basa en expedientes judiciales y documentación oficial de estos veinticinco casos, la cual incluye sentencias de cortes de primera instancia, escritos y solicitudes presentados en juicio, sentencias de revisión, dictámenes de la Corte Suprema de Justicia e informes de la CIDH, evidencia que demuestra, sin lugar a duda, que los casos de “Manuela” y “Las 17+” son ejemplos de penalización del homicidio agravado y no de penalización de emergencias obstétricas ni de abortos provocados.

II. El aborto espontáneo, el parto extrahospitalario y el homicidio en el derecho salvadoreño

Los hechos son importantes al considerar seriamente las acusaciones contra El Salvador, pues un aborto espontáneo o un parto extrahospitalario seguido de la muerte no provocada del niño son situaciones por completo diferentes de un aborto y de un homicidio. No existe en un aborto espontáneo o en un parto extrahospitalario la intención de acabar con la vida del hijo o hija por parte de la madre o de terceros, como existe en el aborto provocado. Si el Estado, en efecto, privara de libertad a una mujer que ha sufrido aborto involuntario o emergencia obstétrica, sin duda caracterizarían estos hechos una violación de derechos humanos.

2013; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 166-2009; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 67-10; SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 18-98.

¹⁴ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 67-10; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 310-2013.

El aborto involuntario, ya sea o no producto de un parto extrahospitalario, no es un delito punible en ningún país del mundo y tampoco en El Salvador. El *Código Penal* de El Salvador, al igual que el de Guatemala, México y Nicaragua, por ejemplo, establecen específicamente que el aborto involuntario no es punible, aun cuando la conducta de la madre pueda haber causado o contribuido a la muerte natural del niño o la niña por nacer: “El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”¹⁵. Tampoco es punible la muerte natural de la persona, incluyendo el niño o niña recién nacida, donde no ha mediado dolo, negligencia o responsabilidad penal alguna.

El homicidio del propio hijo, por otra parte, sí es un delito punible en El Salvador, al igual que en todos los ordenamientos jurídicos de la región y sistemas legales del mundo. El homicidio del niño después del nacimiento con vida, perpetrado ya sea por la madre o el padre, se penaliza bajo la figura de *homicidio agravado* en el *Código Penal* salvadoreño. En El Salvador, como en otros países latinoamericanos, este crimen consiste en un homicidio con factores agravantes de tal malicia o crueldad, que a juicio del legislador justifican la aplicación de una pena mayor. Entre otros actos tipificados como homicidio agravado, el *Código Penal* salvadoreño incluye la figura penal antes llamada “parricidio” e “infanticidio”:

“Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: [...] En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente [...] En estos casos la pena será de *treinta a cincuenta años de prisión*”¹⁶.

Las sentencias del caso “Manuela” y de los otros veinticuatro casos analizados en esta investigación revelan que ni una sola de estas indagaciones o condenas se relaciona con la penalización de abortos espontáneos, emergencias obstétricas o muerte natural del recién nacido, sino con el delito común de homicidio agravado, donde la madre acaba intencionalmente con la vida de su hijo o hija después de su nacimiento con vida. La pena impuesta a las madres condenadas por homicidio agravado de sus hijos fue, en su mayor parte, la pena mínima establecida por la ley salvadoreña, de treinta años de prisión, con la única excepción de María

¹⁵ *Código Penal* de El Salvador, artículo 137(2); *Código Penal* de Guatemala, artículo. 139; *Código Penal Federal* de México, artículo 333; *Código Penal* de Nicaragua, artículo 145. Véase “aborto imprudente” en *Código Penal* de Nicaragua, artículo 145 (que específicamente excluye la sanción penal en el caso donde la conducta negligente de la madre haya contribuido al aborto involuntario).

¹⁶ *Código Penal* de El Salvador, artículo 129(1) (énfasis añadido).

Teresa Rivera, quien fue sentenciada a la pena máxima de cuarenta años y luego exonerada.

III. “Manuela” y “Las 17+”: tras la impunidad del infanticidio para despenalizar el aborto

El Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, organizaciones peticionarias del caso Manuela, han utilizado al menos veinticinco casos de infanticidio para promover la legalización del aborto voluntario en El Salvador, solicitando la liberación y absolución de las siguientes mujeres condenadas por homicidio agravado de sus hijos en instancia judicial¹⁷:

1. Alba Lorena Rodríguez Santos
2. Carmen Guadalupe Vásquez Aldana
3. Cinthia Marcela Rodríguez Ayala
4. Elsi Marlene Rosales García
5. Ena Vinda Munguía Alvarado
6. Evelyn Beatriz Hernández Cruz
7. Evelyn del Carmen Sánchez Cabrera
8. Imelda Isabel Cortez Palacios
9. Isabel Cristina Quintanilla
10. Johana Iris Rosa Gutiérrez
11. Karina del Carmen Herrera Clímaco
12. Katherine Jocelyn Mazariego Orellana
13. Maira Verónica Figueroa Marroquín
14. María del Carmen García Alvarenga
15. María del Tránsito Orellana
16. María Edis Hernández Méndez de Castro
17. María Marina Pérez Martínez
18. María Teresa Rivera
19. Mariana López Zelada
20. Maricela Emperatriz Albizuri
21. Marina de los Ángeles Portillo
22. Maritza de Jesús González
23. Mirna Isabel Ramírez de Martínez

¹⁷ Véase FUNDACIÓN VIDA SV, “Las 17 y Mas” (nombres de abogados representantes de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, en sentencias y solicitudes de indultos originales de casos listados, incluyendo, por ejemplo, Morena Soledad Herrera Argueta y Dennys Estanley Muñoz Rosa).

24. Salvadora Carolina Rivas

25. Teodora del Carmen Vázquez de Saldaña

Los casos fueron designados como “Las 17+” en las campañas mediáticas, un número nada más que simbólico, pues algunos medios de comunicación han dicho que la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto ya ha conseguido la liberación de cuarenta y una mujeres y procurado la exoneración o indulto de alrededor de otras dieciséis más, sumando cincuenta y siete casos de mujeres investigadas o condenadas por homicidio agravado de sus hijos¹⁸. En esta investigación se ha logrado documentar el litigio de veinticinco casos cuya información es de acceso público en los tribunales salvadoreños de los cuales dieciséis, como se explica más adelante, han resultado en la liberación de la condenada o imputada por homicidio agravado.

Al menos diez de estos casos han sido presentados a través de peticiones individuales ante la CIDH, la cual ha recomendado la liberación de “Las 17+”, indicando que estas han sido injustamente “encarceladas tras sufrir *complicaciones obstétricas*, resultado de la criminalización total del aborto en el país”¹⁹. Uno de los casos presentados ante la CIDH ha sido declarado admisible y llevado ante la Corte IDH a través de una demanda contra El Salvador bajo la designación de “Manuela y familia, El Salvador”. Además, la CIDH ha recibido una petición y concedido una audiencia temática sobre al menos nueve casos y ha exigido a El Salvador la liberación de una de estas condenadas, como se describe a continuación. Los otros quince han sido litigados en juzgados nacionales de El Salvador y, aunque, por el momento, no han sido formalmente escalados a instancias interamericanas de derechos humanos, forman parte de la campaña por la liberación de “Las 17+”, que ha recibido amplio apoyo por parte de la CIDH.

3.1 HECHOS Y EVOLUCIÓN DEL CASO “MANUELA”

El Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto solicitaron a la CIDH que se mantuviera en el anonimato la identidad de María Edis Hernández Méndez de Castro y que se le llamara por el seudónimo de “Manuela”; también pidieron reserva para la identidad de los familiares y la “información médica” de María Edis²⁰. Aunque sí ha utilizado el seudónimo de “Manuela” en los

¹⁸ Véase “La ONG que logró liberar a 41 mujeres pobres...”, p. 12.

¹⁹ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

²⁰ CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17, p. 2, nota 1.

informes y la demanda del caso, la CIDH no hizo ninguna resolución explícita sobre esa solicitud, ni ha declarado reserva sobre la identidad o información médica de María Edis, probablemente porque esta última solicitud implicaría la imposibilidad de examinar evidencia sobre los hechos en instancias interamericanas. El Salvador da acceso público a la sentencia de María Edis sin ocultar su nombre ni utilizar seudónimo, ya que casi siempre permite la reserva de la identidad solo para las víctimas de ciertos crímenes y no para los victimarios, a menos que sean menores de edad, que no es el caso de María Edis.

“Manuela”, la presunta víctima nombrada en la demanda de la CIDH contra El Salvador, fue condenada en un juzgado rural de El Salvador en 2008, en la aldea de Cacaopera, por homicidio agravado en contra de su hijo varón recién nacido²¹. Los medios de prueba aportados en el único juicio en que se examinaron los hechos del caso acreditaron que María Edis terminó con la vida de su hijo recién nacido al arrancarle violentamente el cordón umbilical y tirarlo en una letrina, donde el bebé murió asfixiado en heces fecales²².

Sobre la base de los medios probatorios aportados en juicio, el tribunal de primera instancia concluyó que “ha existido en el hecho la relación causal” entre la expulsión del recién nacido en la letrina y su muerte, llegando a un grado de “certeza positiva” sobre la muerte provocada del recién nacido y la “autoría directa de la imputada” en la comisión del crimen²³. Por ello, el tribunal de sentencia, integrado por tres jueces condenó por unanimidad a María Edis a treinta años de prisión, la pena mínima por homicidio agravado, tomando en cuenta a su favor su “bajísimo nivel cultural”²⁴.

María Edis estuvo tan solo dos años en prisión después de ser condenada en 2008, debido a que murió de cáncer linfático avanzado en 2010, enfermedad que padecía desde antes de que ocurriera el crimen, al menos desde 2006²⁵. El Centro de Derechos Reproductivos, la Agrupación por la Despenalización del Aborto y la Colectiva Feminista presentaron una petición sobre el caso “Manuela y familia” ante la CIDH dos años después de la muerte de María Edis, en 2012.

En la demanda, la CIDH disputa los hechos probados en juicio y alega que María Edis fue indebidamente condenada por homicidio agravado

²¹ CIDH, *op. cit.*, p. 3.

²² TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA, causa penal número TS066-2008, sentencia del 11 de agosto de 2008, ¶V.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Op. cit.*, ¶VI(4).

²⁵ CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17, p. 2.

cuando, en realidad, se trataba de un aborto espontáneo, proponiendo así que la Corte IDH actúe como una corte de apelaciones o tribunal de revisión de cuarta instancia, lo cual requeriría que la Corte reevalúe la prueba, a la cual no tiene acceso, y absuelva a la condenada, que falleció hace casi diez años. La demanda de la CIDH relata, también, otros hechos relativos a problemas de condiciones carcelarias y acceso a servicios de salud, que nada tienen que ver con la condena por homicidio agravado, donde alegan que habría negligencia por parte de las autoridades salvadoreñas y responsabilidad del Estado por la muerte de María Edis²⁶.

Por último, la CIDH sugiere, en la demanda, que la Corte Interamericana condene al Estado de El Salvador, entre otros, a despenalizar el aborto bajo tres causales a través de una regulación ejecutiva, en especial un protocolo, en lugar de una ley o reforma penal que implique aprobación de la Asamblea Legislativa²⁷. También solicita que se condene al Estado a pagar compensación económica por daño material e inmaterial a la familia de María Edis, que se restrinja los informes médicos sobre aborto e infanticidio bajo la excusa de proteger el secreto profesional, como se explica en la sección 5, y que se den capacitaciones a empleados del Poder Judicial destinadas a

“eliminar el uso de estereotipos discriminatorios sobre el rol de las mujeres tomando en cuenta su impacto negativo en las investigaciones penales y en la valoración probatoria y sobre responsabilidad penal en decisiones judiciales”²⁸.

3.2 INDULTOS Y EXONERACIONES DE “LAS 17+”

El indulto de condenados por delitos comunes es permitido en El Salvador por el *Código Penal* y la Ley Especial de Ocurros de Gracia. El *Código Penal* permite la extinción de la pena mediante indulto y define el mismo como “la extinción de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada dejando subsistente la responsabilidad civil”²⁹. La Corte Suprema de Justicia ha interpretado este artículo indicando que su

“finalidad es suprimir o moderar el rigor excesivo de la ley, corrigiendo mediante el mismo injusticias producto de graves errores judiciales; así como también, lograr la reinserción del condenado”³⁰.

²⁶ CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17, pp. 3-4.

²⁷ Véase CIDH, “CIDH presenta caso sobre El Salvador a la Corte IDH”, p. 3; CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18.

²⁸ CIDH, “CIDH presenta caso sobre El Salvador...”, p. 4; CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18.

²⁹ *Código Penal* de El Salvador, artículos 96(5), 105.

³⁰ Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, ¶II.

Cuando el reo se encuentra en prisión, la Ley de Ocurros de Gracia requiere la valoración de un informe sobre conducta emitido por el Consejo Criminológico regional o nacional que informara sobre la conducta, antecedentes y peligrosidad del imputado³¹.

La Ley Especial de Ocurros de Gracia permite el indulto no como un derecho, sino como una “gracia” que concede la Asamblea Legislativa, con aprobación de la Corte Suprema de Justicia, por lo general cuando el reo ha cumplido, al menos, la mitad de la pena, por razones humanitarias (como cuando el reo padece de una enfermedad degenerativa) o cuando existen factores que disminuyen la culpabilidad moral o legal de un reo³². La Corte Suprema de Justicia debe emitir una “opinión razonada acerca de la conveniencia o inconveniencia de la concesión de la gracia, tomando en cuenta *más que todo, razones de índole moral*” como en casos en que en la comisión del delito “medió algún estímulo poderoso y disculpable” como “la pasión, la miseria o el error [y no] la malicia y la depravación”, de acuerdo a la Ley Especial de Ocurros de Gracia³³.

La Corte Suprema de Justicia ha interpretado esta ley de la siguiente manera:

“Es importante aclarar que la estimación de la conveniencia o no de la gracia requerida, no atiende a parámetros estrictamente de legalidad, sino más bien, como su mismo significado gramatical lo encierra, ‘gracia’, no es más que un favor que se hace sin estar obligado a realizarlo, por tal razón su análisis se inclina a *valoraciones sociales, éticas y políticas*, pues no se constituye en un recurso que permitiría conocer de defectos de fondo o forma que hayan podido concurrir a lo largo del proceso, sino tal y como antes se indicó a motivaciones de *moralidad, justicia y equidad*”³⁴.

La Corte Suprema de Justicia ha también señalado que:

“no debe concebirse el Indulto como un medio para recurrir de la decisión judicial, al grado de impugnar defectos de fondo o forma que pudieron concurrir en el desarrollo del proceso, porque eso implicaría una injerencia del Legislativo en el Poder Judicial”³⁵.

Por ello, es importante resaltar que cuando algunas de las mujeres privadas de libertad mencionadas en este estudio han obtenido un beneficio de indulto o una conmutación de pena, ello no significa que hayan sido

³¹ Ley Especial de Ocurros de Gracia, artículo 25.

³² *Op. cit.*, artículos 13, 15, 17, 18, 25.

³³ *Op. cit.*, artículo 39 (énfasis añadido).

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 11-IND-2014, ¶II.

³⁵ *Op. cit.*, 23-IND-2014, ¶II.

absueltas o que se les condenó injustamente por haber tenido abortos espontáneos o complicaciones obstétricas; para el sistema judicial estas mujeres continúan siendo culpables del crimen que cometieron, no obstante, han recibido un perdón total o parcial de su condena por parte de la Asamblea Legislativa.

Dicha Asamblea puede conceder o denegar la solicitud de indulto cuando la Corte Suprema de Justicia ha emitido dictamen favorable a la misma, mas no puede en ningún caso otorgar un indulto cuando la Corte Suprema ha emitido dictamen desfavorable³⁶. La libertad por indulto puede ser concedida de manera absoluta o condicionada y con restricciones³⁷. Asimismo, la libertad puede ser otorgada a un condenado o condenada por “conmutación de la pena”, como ocurrió en cinco de los casos mencionados en este estudio, en los que la Ley de Ocurros de Gracia otorga al Presidente de la República la facultad de sustituir la pena principal impuesta por sentencia ejecutoriada por otra menor, incluso, una que no fuese privativa de libertad³⁸. Esta gracia tampoco constituye una absolución o exoneración por el crimen cometido.

La Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, ONG peticionaria del caso “Manuela”, ha solicitado ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, el indulto de al menos diecisiete mujeres condenadas por cometer homicidio agravado en contra de sus hijos recién nacidos y la exoneración de siete mujeres acusadas o condenadas por el mismo delito. Las solicitudes ante la Corte Suprema de Justicia fueron, en la mayoría de los casos (quince de diecisiete), rechazados y en dos casos concedidos. Adicionalmente, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto también obtuvo la exoneración de siete mujeres acusadas o condenadas por infanticidio, como se describe en la última subsección.

3.3 SOLICITUDES DE INDULTO DENEGADAS

En abril de 2014, abogados de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, solicitaron indultos para diecisiete mujeres condenadas por homicidio agravado de sus hijos en diversos tribunales del país, invocando la Ley Especial de Ocurros de Gracia. En quince casos, dichos indultos fueron denegados y en dos concedidos.

En cada caso descrito en esta sección, la Corte Suprema de Justicia denegó el indulto solicitado sobre la base de un informe desfavorable del

³⁶ Ley Especial de Ocurros de Gracia, artículos 17-18.

³⁷ *Op. cit.*, artículos 18-24.

³⁸ *Op. cit.*, artículos 28-36.

Consejo Criminológico regional o nacional sobre cada mujer privada de libertad, que, generalmente, concluía que la condenada tenía un rango medio de peligrosidad, capacidad criminal y adaptabilidad social, poco o ningún cambio de conducta en prisión, poca o ninguna empatía por la víctima, justificación del delito cometido y poca o ninguna garantía de no repetición, factores que no favorecerían su reinserción en la sociedad³⁹. Otro factor común de estos casos es que en cada uno de ellos la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las pretensiones de los solicitantes eran incompatibles con la naturaleza y finalidad del indulto según el *Código Penal*, señalando, por ejemplo:

“las razones mencionadas por los solicitantes para ser concedida la gracia [...] únicamente se limitan a establecer una crítica a la forma en que fueron ponderados los distintos elementos de prueba que se produjeron en juicio, situación que [...] poco o nada corresponde a una solicitud de gracia de esta naturaleza”⁴⁰.

Evelyn del Carmen Sanchez Cabrera

Condenada en 2010 por apuñalar a su hija recién nacida en el pecho y el cuello y lanzarla en una fosa séptica, de donde fue rescatada para luego morir a causa de las lesiones sufridas⁴¹. De acuerdo con la evidencia disponible, que incluía el reconocimiento medicolegal y autopsia de la víctima, el reconocimiento medicolegal, además del análisis de su ADN, peritaje psiquiátrico, por un lado, análisis serológico y testimonio de cinco testigos, se muestra que la imputada lesionó a la niña con una navaja y la tiró luego a una fosa séptica bajo el servicio sanitario de su residencia, donde la hermana y madre de la acusada encontraron a la niña aún con vida⁴². La hermana, Eva Rosalina Sánchez Cabrera, rescató a la bebé, escuchándola gemir y encontrándola envuelta en varios trapos y se la dio a Evelyn del Carmen, quien le quitó el trapo con que estaba envuelta y trató de tirarla nuevamente. Ante esto, la madre tomó a la menor y comenzó a limpiarla, ya que todavía se encontraba con vida. Eva Rosalina decidió cambiarse de

³⁹ Véase, por ejemplo, Solicitud de recurso de gracia “indulto” de Maira Verónica Figueroa Marroquín; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, ¶II, *op. cit.* (énfasis añadido).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 19-C2-2010, sentencia del 26 de febrero de 2010; Solicitud de recurso de gracia “indulto” de Evelyn del Carmen Sanchez Cabrera.

⁴² TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 19-C2-2010.

ropa y en ese momento su madre dice que la menor estaba apuñalada en el pecho y en el cuello; poco tiempo después la bebé falleció⁴³. Eva Rosalina se fue hacia el pueblo y reportó a los policías lo sucedido. Mientras que su madre observó que Evelyn Sánchez quemó el pantalón utilizado para sacar a la recién nacida y enterró los trapos encontrados⁴⁴.

En audiencia judicial, la mujer confesó el delito, indicando que su compañero de vida tenía la culpa, porque no quería a la recién nacida, que desde el momento del embarazo la había rechazado y la golpeaba diciendo: “ese bicho no era de él”, y le “llevaba aguas para que las tomara y se le viniera la niña”⁴⁵. La imputada relató que habían discusiones y que el hombre la golpeaba enfrente a su otro hijo, que eso la afectó, que a “causa de eso pasó todo lo que dice ya que si él hubiera apoyado no hubiera pasado”⁴⁶. Indicó, además, que después de dar a luz, le había enseñado la niña a su compañero, para ver si cambiaba de opinión, pero que él se puso furioso, afirmando que no quería nada con ella, ni la quiso conocer. La imputada relata que fue entonces que enloqueció, se tiró al suelo y encontró una navajita y le hizo lesiones a su hija sin saber nada de lo sucedido; indicó que sí sabía que había lanzado a la recién nacida al inodoro de la casa y que estaba arrepentida⁴⁷. Los jueces evaluaron la totalidad de la evidencia, contrastando el testimonio de Evelyn junto con el dictamen psiquiátrico y las declaraciones de los testigos, y concluyeron que no sufría de incapacidad mental al grado de no comprender la norma penal que prohíbe matar, por lo que fue condenada por unanimidad a la pena mínima por homicidio agravado de treinta años de prisión⁴⁸.

El dictamen criminológico emitido ante la solicitud de indulto confirmó la capacidad mental de Evelyn del Carmen, indicando que poseía “procesos psicológicos funcionales que le permiten diferenciar la licitud de sus actos”, pero que demostraba

“escaso desarrollo en la vida carcelaria [...] posturas egocéntricas, narcisistas, pesimistas y [...] acepta el delito pero lo hace fríamente, justificándolo y racionalizándolo; por lo tanto, no ha desarrollado capacidad para sentir empatía hacia la víctima”⁴⁹.

⁴³ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 19-C2-2010.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 13 (bis).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 23 (bis).

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 13-IND-2014, ¶2.

El dictamen también indicó que presentaba un

“nivel de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo, impulsividad media y por tanto una adaptabilidad social e índice de peligrosidad media”⁵⁰.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia denegó el indulto solicitado.

A pesar de que este caso no tenga ninguna relación causal con el aborto, en noviembre de 2019, las congresistas demócratas Merika Coleman, Stephanie Howse, Cindy Polo, Nikema Williams y Raquel Terán de los estados de Alabama, Georgia y Ohio de Estados Unidos, visitaron el penal de mujeres de Izalco donde se fotografiaron junto a Evelyn del Carmen y otras doce mujeres privadas de libertad, abogando por su liberación y por la despenalización del aborto en El Salvador⁵¹.

María del Carmen García Alvarenga

Condenada en 2000 por homicidio agravado de su hijo por estrangulación⁵². Dos testigos encontraron a la mujer, que laboraba como empleada doméstica en una residencia, en mal estado de salud y con obvios signos de haber dado a luz, por lo que sospecharon aborto provocado y llamaron a la policía, pero cuando llegó, no encontró el cuerpo de la víctima⁵³. Al siguiente día, los testigos encontraron en una cerca de su residencia, en el interior de una bolsa plástica, el cuerpo de un recién nacido con restos de la placenta y enrollado alrededor del cuello un suéter manchado de sangre a modo de estrangulación. Reportaron el hecho a la policía. De acuerdo con la prueba aportada, que incluía, en el caso de la víctima, autopsia, análisis de ADN, reconocimiento médico forense; y en el caso de la sospechosa, peritaje psicológico, análisis de ADN y reconocimiento médico forense. Además, el testimonio de cuatro testigos. Todo ello, evidencia que el bebé nació con vida y su causa de muerte fue asfixia mecánica, por “obstrucción de vías aéreas superiores”⁵⁴. La inculpada negó recordar nada de lo sucedido. Su peritaje psiquiátrico indicó: “la imputada referida presenta un trastorno ansioso reactivo a los hechos, lo

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 13-IND-2014, ¶2.

⁵¹ Véase Kelly BADEN, “State Lawmakers Visited El Salvador for a Fact-Finding Mission on Abortion Bans”.

⁵² TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 56-2000-2; Solicitud de ocurso de gracia “indulto” de María del Carmen García Alvarenga.

⁵³ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 56-2000-2.

⁵⁴ *Ibid.*

cual no es una enajenación mental”⁵⁵. De este modo, fue condenada por unanimidad a la pena mínima por homicidio agravado en el año 2000, que era de veinticinco años de prisión⁵⁶.

La Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud de indulto debido a que, al momento de la solicitud, el 1 de abril de 2014, la condenada se encontraba ya gozando de libertad condicional anticipada y estaba fuera del sistema penitenciario desde el 26 de junio de 2013, por lo que no pudo obtenerse un dictamen actualizado sobre su conducta y nivel de criminalidad⁵⁷. En 2015, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, presentaron una petición ante la CIDH donde María del Carmen fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017⁵⁸.

María Marina Pérez Martínez

Condenada en 2002 a treinta años de prisión por el homicidio agravado de su hija recién nacida⁵⁹. La causa de muerte fue indeterminada, pues el cadáver de la niña fue hallado entre 48 y 72 horas después de su muerte, en estado de descomposición y habiendo sido parcialmente devorado por un perro y aves de rapiña⁶⁰. Al igual que en los casos anteriores, se contó con reconocimiento médico-legal tanto de la mujer como del recién nacido; análisis de ADN para ambos y cuatro testigos. El peritaje psiquiátrico realizado a la mujer indicó un “retardo mental leve”, pero no una incapacidad para discernir entre lo lícito e ilícito de sus actos. Los jueces hicieron un análisis minucioso de cada elemento probatorio, concluyendo:

“resulta evidente que la procesada es de bajísimo nivel cultural, desarrollada en el campo, dentro de un hogar con patrones conductuales autoritarios, que propenden al temor reverencial, sin embargo, tal situación no justifica semejante conducta criminal de la imputada”,

⁵⁵ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 56-2000-2.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 14 (bis).

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 11-IND-2014, *op. cit.*, ¶II.

⁵⁸ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

⁵⁹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA EN MORAZÁN, Proceso penal con referencia judicial TS 036/2002; Solicitud de ocurrencia de gracia “indulto” de María Marina Pérez Martínez.

⁶⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA EN MORAZÁN, Proceso penal con referencia judicial TS 036/2002.

e impusieron una sentencia de treinta años de prisión, la pena mínima por el delito de homicidio agravado⁶¹.

La Corte Suprema de Justicia denegó el indulto solicitado debido al dictamen criminológico desfavorable, que encontró que María Marina tenía un “nivel de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo, impulsividad media” y también un rango medio de “adaptabilidad social e índice de peligrosidad”⁶². Respecto a la capacidad mental de la condenada, la Corte observó:

“no obstante padecer retraso mental leve denota procesos psicológicos funcionales que le permiten diferenciar entre lo socialmente instituido como bueno y malo”,

a pesar de lo cual “justifica y racionaliza el delito, tal situación compromete su capacidad empática hacia la víctima”⁶³. En 2015, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaron una petición ante la CIDH donde María Marina fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017⁶⁴.

Marina de los Ángeles Portillo

Condenada en 2007 a treinta años de prisión por el homicidio agravado de su hija recién nacida, a quien causó la muerte mediante “asfixia por estrangulación”, de acuerdo con las pruebas aportadas (reconocimiento médico-legal, análisis de ADN, peritaje psicológico de la sospechosa y tres testigos, entre otros)⁶⁵. La imputada cometió el acto en la residencia donde habitaba y al percatarse sus compañeros de vivienda de su mal estado de salud fue llevada al hospital, casi a la fuerza, para recibir atención médica. Cuando la atendieron en el hospital, dijeron a los médicos que se trataba de un aborto, y estos informaron a la policía nacional civil⁶⁶.

Los oficiales de policía se apersonaron a la vivienda donde residía la María Portillo encontraron el cadáver de la bebé con un calcetín con doble nudo al cuello y otro calcetín en la boca, envuelto en varias bolsas de

⁶¹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA EN MORAZÁN, Proceso penal con referencia judicial TS 036/2002.

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 8-IND-2014, ¶II.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

⁶⁵ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 81-07-01; Solicitud de ocurso de gracia “indulto” de Marina de los Ángeles Portillo.

⁶⁶ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE.

plástico y metido en una caja de cartón⁶⁷. Posteriormente, se determinó que la recién nacida tenía lesiones ocasionadas cuando ya había tenido vida extrauterina⁶⁸. El peritaje psiquiátrico ofrecido por la defensa encontró que María Portillo tenía un alto nivel de ansiedad, pero: “no hay indicadores que denoten que haya actuado bajo enajenación mental, grave perturbación de la conciencia o desarrollo psíquico retardado”, que:

“la paciente no presenta indicadores de depresión post parto, trastorno mental u otro padecimiento que le impida discernir [...] la evaluada comprendía entre lo bueno y lo malo de sus actos”⁶⁹.

Los jueces condenaron por unanimidad a Marina de los Ángeles por homicidio agravado a treinta y cinco años de prisión, tomando en cuenta las circunstancias del crimen, que el tribunal calificó como un “acto de violencia que no se justifica y que no excluye de responsabilidad penal”⁷⁰.

La Corte Suprema de Justicia denegó el indulto solicitado debido al dictamen desfavorable emitido por el Consejo Criminológico Nacional, que atribuyó a Marina de los Ángeles una “capacidad criminal media, por sus niveles de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo e impulsividad”, al igual que un rango medio de “adaptabilidad social e índice de criminalidad”⁷¹. La Corte también notó que:

“en el área psicológica, se expresa que aún persisten deficiencias, pues no presenta locus de control interno, es decir, que sigue evadiendo la responsabilidad del hecho delictivo, no ha reflexionado sobre el daño cometido y en consecuencia, no ha desarrollado capacidad empática hacia la víctima”⁷².

Maritza de Jesús González

Condenada en el año 2009 por el homicidio agravado de su hijo recién nacido, a quien mató a golpes “con la cacha de una cuma” es decir, con el mango de una especie de machete curvo, que es utilizado para cortar grama, según los medios probatorios aportados en juicio. Ponerlo en nota al pie porque se repite siempre el mismo contenido⁷³.

⁶⁷ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 23-IND-2014, ¶II, ¶II(B).

⁷⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE, p. 18.

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 23-IND-2014, ¶II(F).

⁷² *Ibid.*

⁷³ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, Proceso penal con referencia judicial 135/2009; Solicitud de recurso de gracia “indulto” de Maritza de Jesús González. Véase “Cuma”: cuchillo grande que se usa para rozar y podar césped, en *Léxico Oxford, Oxford English and Spanish Dictionary, Thesaurus, and Spanish to English Translator*.

Según declaraciones de un testigo y de la imputada misma, el embarazo era producto de una infidelidad matrimonial, y ella y la suegra, de común acuerdo, decidieron matar al recién nacido, pues el marido de Maritza González se encontraba en Estados Unidos, y el motivo por el que decidió terminar con la vida del niño era no perder la ayuda económica que él le enviaba⁷⁴. La sentencia indica, sin embargo, que la suegra fue absuelta durante el proceso⁷⁵. El cuerpo del recién nacido, ya sin vida, fue encontrado en un terreno del mismo caserío donde vivían la sospechosa y la suegra. Los jueces la condenaron por mayoría de votos a la pena mínima de treinta años de prisión por homicidio agravado⁷⁶.

La Corte Suprema de Justicia denegó el indulto debido a que la condenada fue diagnosticada con

“capacidad criminal media, por sus niveles de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo e impulsividad; y en el mismo sentido, su adaptabilidad social e índice de criminalidad se encuentran aún en un rango medio”

y el dictamen emitido por el Consejo Criminológico Nacional fue desfavorable⁷⁷. Tomó nota el dictamen de que:

“impresiona la frialdad con la que reconoce el cometimiento del delito, sin mostrar capacidad empática hacia la víctima, refleja que aún no prevé las consecuencias de sus actos”

y concluyó: “hay aspectos [...] que deben continuar desarrollándose para concretizar la reinserción de la interna en la dinámica social”⁷⁸.

En la petición de 2015 ante la CIDH, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaron a Marina de los Ángeles como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017⁷⁹. Maritza es uno de los casos utilizados por *Revista Factum* y Colectiva Alharaca para la producción de una revista documental de “Las 17+”, titulado “*Mamás asesinas*” que fueron presentados en un foro mediático en las instalaciones del Centro Cultural de la Embajada de España y organizado junto a la colaboración de la Embajada de Canadá⁸⁰.

⁷⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, p. 11 (bis).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 17-IND-2014, ¶II(F).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ CIDH, “CIDH urge a El Salvador..”.

⁸⁰ Véase, Julia GAVARRETE, “Madres Asesinas/Maritza”.

Salvadora Carolina Diaz Rivas,

Condenada en 2009 por homicidio agravado de su hija recién nacida, cuya causa de muerte fue determinada como “asfixia por estrangulación”.⁸¹ El cuerpo de la niña fue encontrado

“en el interior de una bolsa negra, sobre el monte al que ya se estaban comiendo los animales, el cual se observaba mutilado de los brazos y de la pierna derecha, teniendo alrededor del cuello un trapo color rojo fuertemente amarrado”⁸².

La mujer aparentemente había ingresado con un diagnóstico de aborto, pero luego se comprobó que había sido homicidio, pues la bebé nació viva⁸³. Los jueces hicieron una valoración íntegra de los medios probatorios y tomaron en cuenta el indicio de la entrevista hecha a la acusada, y condenaron por unanimidad a Salvadora Carolina a treinta años de prisión por homicidio agravado⁸⁴.

La Corte Suprema de Justicia denegó el indulto solicitado debido al dictamen desfavorable del Consejo Criminológico Nacional sobre la conducta de la condenada, atribuyéndole un rango medio tanto de capacidad criminal como de adaptabilidad social y de peligrosidad⁸⁵. Respecto al alegato de que la condenada habría tenido un aborto espontáneo, la Corte respondió que esta posibilidad “ha sido refutada probatoriamente en la sentencia condenatoria firme”⁸⁶.

Ena Vinda Munguía Alvarado

Condenada en 2010 por intento de homicidio, es decir, homicidio agravado en grado de tentativa, de su hijo recién nacido, a quien tiró y abandonó en una fosa séptica⁸⁷. Según los hechos probados en juicio por tres testigos, reconocimiento médico forense del recién nacido y de su madre, análisis de ADN de ambos, peritaje psicológico, estudio social a la imputada, acta de inspección ocular de la policía, certificación de los expedientes clínicos y confesión de la misma, Ena Vinda dio a luz a su hijo en un baño con fosa séptica de una vecina. Al caer el niño en la fosa, Ena Vinda indicó

⁸¹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 04-08-1.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 21-IND-2014, ¶IV.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 20-C3-2010.

que escuchó su llanto, pero lo dejó ahí y se fue a la calle a ver los desfiles patrios que se celebraban ese día.

Los vecinos escucharon el llanto del niño y llamaron a dos agentes de policía que desmontaron el servicio sanitario para poder acceder a la fosa. Pablo Mancía Velásquez bajó a la fosa y rescató al niño, entregándoselo a los agentes, quienes lo trasladaron al Hospital Nacional de Cojutepeque, donde fue auxiliado e ingresado en la sala de neonatos⁸⁸. Ena Vinda sufrió hemorragia mientras observaba el desfile y fue trasladada en ambulancia al mismo hospital donde fue atendido su hijo. Posteriormente confesó

“que es culpable de los hechos que se han dicho, ya que el papá del bebé le dijo que no se iba a [hacer] cargo, se sintió desesperada, por ello lo hizo”,

alegando que “nunca pensó matarlo solo tirarlo, no se le ocurrió regalarlo”⁸⁹.

La Corte Suprema emitió un dictamen desfavorable a la solicitud de indulto sobre la base de que el dictamen emitido por el Consejo Criminológico Nacional le diagnosticó a Ena Vinda capacidad criminal media, por sus “niveles de agresividad, labilidad afectiva, narcisismo e impulsividad”, con un “rango medio de adaptabilidad social e índice de criminalidad”⁹⁰. Luego, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto presentaron una petición ante la CIDH donde Ena Vinda fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017⁹¹.

Johana Iris Rosa Gutiérrez

Condenada en 2008 por tentativa de homicidio agravado, denominado homicidio agravado imperfecto en comisión por omisión, de su hijo recién nacido, a quien expulsó y abandonó en una fosa séptica, pese a lo cual el bebé sobrevivió el acto⁹². De acuerdo con la evidencia⁹³ y el testimonio

⁸⁸ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 20-C3-2010.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 14-IND-2014, ¶II(C).

⁹¹ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”, *op. cit.*

⁹² TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 27-1-2008; Solicitud de recurso de gracia “indulto” de Johana Iris Rosa Gutiérrez.

⁹³ Que incluía el reconocimiento medicolegal de sanidad y de sangre, el peritaje psicológico realizado a la imputada, análisis de ADN de imputada con víctima.

de ocho testigos, Johana Gutiérrez dio a luz a su hijo y lo expulsó en la fosa séptica, sin reportar a nadie lo ocurrido ni pedir ayuda⁹⁴.

La mujer indicó que lo había hecho porque su mamá le habría dicho que si tenía otro hijo la dejaría sola para que lo criara y la echaría de casa⁹⁵. La madre de la imputada reportó el hallazgo del niño en la fosa séptica a la policía. La fiscalía argumentó que Johana Gutiérrez tuvo el recién nacido a propósito en la fosa séptica; la defensa sostuvo que fue un accidente. Los jueces establecieron que, con independencia de la voluntad de dar a luz al bebé en la fosa séptica, este fue encontrado ahí y se tiene certeza que Johana sabía que su hijo se encontraba allí y no hizo nada por auxiliarlo. Los jueces la condenaron unánimemente a quince años de prisión por homicidio agravado imperfecto⁹⁶.

La Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud de indulto debido al dictamen criminológico, que determinó que la Johana Gutiérrez

“posee un nivel de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo, impulsividad media y por tanto una adaptabilidad social e índice de peligrosidad medio”⁹⁷.

La Corte desestimó los argumentos sobre la supuesta falta de capacidad mental de la mujer, quien podría haber sido víctima de violación sexual, señalando:

“la prueba que consta en el proceso refleja que la penada no está inhibida para discernir entre lo lícito e ilícito de sus actos, por consiguiente, mediante estas probanzas se evidencia que no concurre alguna de las citadas causas de exclusión de responsabilidad penal establecidas en el [*Código Penal*]⁹⁸.”

En 2015, Johana Iris fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos en la petición del Centro de Derechos Reproductivos ante la CIDH. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017⁹⁹.

Siete solicitudes de indulto en el grupo de diecisiete fueron también denegadas por la Corte Suprema de Justicia, pero, hasta la fecha de este artículo, siete de las mujeres condenadas por homicidio de sus hijos re-

⁹⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 27-1-2008.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 12-IND-2014, ¶II.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

cién nacidos han salido libres bajo la gracia de conmutación de la pena, otorgada por el Poder Ejecutivo, como se detalla a continuación.

Cinthia Marcela Rodríguez

Condenada en 2009 por el homicidio agravado de su hijo recién nacido, a quien cortó con una navaja y fracturó el cuello al nacer, de acuerdo con la prueba aportada en juicio, que incluía la autopsia de la víctima, análisis de ADN de la imputada y víctima, examen psiquiátrico y diligencias de secuestros de objetos, entre otros¹⁰⁰. Después de cometer el acto, la madre puso al bebé en una acera pública, cerca de su casa, junto a su propio certificado patronal del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por lo que la policía, ante el hallazgo del cadáver, pudo identificarla inmediatamente, y al encontrarla y consultarle si tenía conocimiento de un recién nacido que se encontraba sobre la acera de la senda su hogar, indicó que era su hijo¹⁰¹. La inculpada afirmó que en verdad no había querido cortar parte del cuello del niño, pero los jueces desvirtuaron ese argumento sobre la base del peritaje respecto al uso de la tijera: utilizó el filo del arma blanca de forma intencionada para causar las lesiones evidenciadas en que esta había sido usada indicaban una intención de causar lesiones en el recién nacido¹⁰². Los jueces condenaron a Cinthia Marcela a la pena mínima por homicidio agravado de treinta años de prisión.

La Corte Suprema de Justicia posteriormente denegó el indulto solicitado debido al dictamen criminológico que determinó que Cinthia Marcela tenía un “nivel de agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo, impulsividad media y por tanto una adaptabilidad social e *índice de peligrosidad medio*”, que:

“su discurso es incoherente, circunstancia que compromete su capacidad empática hacia la víctima, reflejando no prever las consecuencias de su conducta, baja tolerancia a la frustración, escasa habilidad social y poca capacidad para resolver problemas de manera asertiva”¹⁰³.

¹⁰⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 186-1-2008; Solicitud de ocuroso de gracia “indulto” de Cinthia Marcela Rodríguez Ayala.

¹⁰¹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 186-1-2008.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 7-IND-2014.

Alba Lorena Rodríguez Santos

Condenada en 2010 por el Tribunal de Sentencia de Santa Tecla por el homicidio agravado de su hijo recién nacido¹⁰⁴. Los hechos probados en juicio revelaron que el día 23 de diciembre de 2009, momentos en que la imputada se encontraba sola en su casa, dio a luz a un bebé. Encerrada en un cuarto al interior de la vivienda, puso la música a alto volumen y golpeó y estranguló al recién nacido después del alumbramiento. Dos vecinas tocaron su puerta debido al alto volumen de la música, y al abrirles, observaron que la mujer tenía las piernas llenas de sangre y que en el lugar se encontraba una bolsa negra, en cuyo interior se encontraba un recién nacido agonizante. Una de ellas sacó al pequeño de la bolsa y observó que tenía laceraciones en la región nasal y en el cuello, además de tener el cordón umbilical aún adherido a su cuerpo.

De acuerdo con las pruebas aportadas¹⁰⁵, el bebé murió a causa de un “trauma craneoencefálico severo, de tipo contuso, más compresión del cuello”¹⁰⁶. Alba Rodríguez declaró en la indagatoria, que el niño se le había caído accidentalmente, y que

“su embarazo nunca lo ocultó, era su hijo también. [...] Ella estaba sola cuando de repente le vinieron los dolores. Había ido al centro a comprar unas cosas. Le dicen que ella lo pudo haber matado, pero ella no lo mató. Si ella lo hubiera planeado, lo hubiera planeado desde que supo que estaba embarazada [...]”,

en apariencia, aludiendo a que hubiera abortado si hubiera querido matar al niño¹⁰⁷.

La autopsia del recién nacido indicó:

“Difícilmente una caída de 50 cm al nacer con la madre de pie pudo haber causado esa fractura. Pudo haber sido causado agarrando el bebé y golpearlo o bien el cuerpo quieto y darle con algo”¹⁰⁸.

De acuerdo con el reconocimiento medicolegal, análisis de ADN y peritaje psicológico realizado a la imputada, el recién nacido era hijo de esta y ya había tenido vida extrauterina cuando recibió las lesiones que le causaron

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010.

¹⁰⁵ Que incluía un reconocimiento medicolegal de la imputada y de la víctima, reconocimiento medicolegal de sanidad, peritaje psicológico realizado a la imputada, autopsia de recién nacido, y análisis de ADN de imputada con la víctima.

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 4.

la muerte. Alba Lorena fue condenada por unanimidad, en un tribunal de tres jueces, por homicidio agravado y sentenciada a la pena mínima establecida por el *Código Penal* por dicho delito, treinta años de prisión¹⁰⁹.

Ante la solicitud de indulto de 2014, la Corte Suprema de Justicia emitió un dictamen desfavorable, citando la peligrosidad media de la condenada, sus problemas de salud mental, desorden sexual, falta de adaptación social y mala conducta en prisión, entre otros¹¹⁰. Seguidamente, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaron una petición ante la CIDH donde Alba Rodríguez fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017¹¹¹.

María del Tránsito Orellana Martínez

Condenada en 2010 por matar a su hija recién nacida con los cordones de un delantal, identificándose la causa de muerte como “asfixia por estrangulación”¹¹². Los hechos probados en juicio revelaron que María Orellana dio a luz a una menor del sexo femenino en el servicio sanitario de su habitación en la casa donde trabajaba como empleada doméstica, tratando de ocultar tal evento, pero al no lograr expulsar la placenta tuvo una hemorragia abundante. Sus patrones llamaron a una ambulancia al encontrar a María del Tránsito sangrando en su cama¹¹³.

El médico de turno verificó que la imputada había dado a luz y tenía aún restos de la placenta, pero no daba información sobre su hija. A raíz de ello, se contactó a unas empleadas amigas de la imputada, quienes llegaron a su habitación y encontraron el cadáver de la recién nacida en el área de la ducha con unos trapos y los cordones todavía atados a su cuello. En declaración indagatoria, María del Tránsito declaró que ella solo envolvió a la recién nacida y no sabe qué pasó. Debido a la prueba aportada en juicio, que incluyó la autopsia de la recién nacida, resultados de análisis de serología forense, prueba de ADN, peritaje social y psiquiátrico a la imputada y el testimonio de siete testigos, los jueces condenaron, por unanimidad a

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010, cit.

¹¹⁰ Solicitud de indulto de Alba Lorena Rodríguez Santos; Corte Suprema de Justicia, 15-IND-2014.

¹¹¹ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

¹¹² TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 187-1-2010.

¹¹³ *Ibid.*

María del Tránsito a treinta años de prisión, por homicidio agravado¹¹⁴. El indulto fue denegado por la Corte Suprema de Justicia, sobre la base del informe criminológico negativo sobre María del Tránsito, que concluyó que existía poca probabilidad de rehabilitación de la condenada debido a:

“imposibilidad de comprobar algún [...] cambio de actitud en relación a los hechos por los cuales se dictó la condena, por no demostrar su conducta empatía con los hechos por los que se le condenó y por tanto su decisión de que éstos ya no se repitan”¹¹⁵.

No obstante los dictámenes negativos de la Corte Suprema, el 7 de marzo de 2019 ALBA LORENA RODRIGUEZ SANTOS, MARÍA DEL TRÁNSITO ORELLANA y CINTHIA MARCELA RODRÍGUEZ fueron liberadas de la cárcel al conseguir una conmutación de la pena facilitada por el exministro de Seguridad, Mauricio Ramírez Landaverde¹¹⁶. Cabe destacar que el mismo funcionario del Poder Ejecutivo, que autorizó y lideró el evento mediático de la liberación de estas mujeres, fue denunciado en junio de 2019 por el actual Presidente de la República, Nayib Bukele, por supuestos actos de corrupción¹¹⁷.

A pesar de ello, la noticia fue titulada por el periódico español *El País* de la siguiente manera: “La liberación de tres mujeres presas *por abortar* aviva el debate sobre la *despenalización* en El Salvador”. En esa misma línea, desde Alemania el canal de noticias Deutsche Welle tituló así: “El Salvador: Liberadas tras casi diez años encarceladas acusadas de *abortar*”; a la vez que el titular de *Rewire News* desde Estados Unidos, tergiversó aún más los términos, afirmando: “Una *emergencia obstétrica* la envió a prisión por una década. Ahora, Alba Lorena Rodríguez Santos es finalmente libre”¹¹⁸. La Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, entre otros, manifestó sentirse satisfecha, ya que este tipo de “litigios estratégicos” estarían generando cambios institucionales y jurisprudenciales a favor de la equidad de género¹¹⁹.

¹¹⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 187-1-2010.

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 20-IND-2014.

¹¹⁶ Véase “3 mujeres celebraron su libertad tras 10 años en prisión”.

¹¹⁷ Véase “Presidente Bukele denunció presuntos actos de corrupción de Mauricio Ramírez Landaverde”.

¹¹⁸ Véase, Carlos Salinas Maldonado, “La liberación de tres mujeres presas por abortar aviva el debate sobre la despenalización en El Salvador”, énfasis añadido; “El Salvador: Liberadas tras casi diez años encarceladas acusadas de abortar”, énfasis añadido; “Una emergencia obstétrica la envió a prisión por una década. Ahora, Alba Lorena Rodríguez Santos es finalmente libre”.

¹¹⁹ Véase “Tres salvadoreñas recuperan la libertad por conmutación de pena”.

Este fue un hecho sin precedente: nunca en la historia de El Salvador había ocurrido la liberación simultánea de tres mujeres convictas durante un evento mediático, a las afueras de un centro penitenciario con la participación de un ministro que ofreció un discurso y ramos de flores para las imputadas, que habían cometido crímenes tan serios. Se promovió, además, la percepción ante la opinión pública de que las tres condenadas eran inocentes, cuando su liberación se dio en realidad debido a conmutaciones de pena, no exoneraciones¹²⁰.

Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña

Condenada en 2008 por homicidio agravado de su hija recién nacida, a quien dio a luz en un baño de la institución educativa donde laboraba, metiéndola en el tanque de agua de un servicio sanitario¹²¹. Ante el hallazgo del cuerpo de la bebé en ese lugar, que ocurrió solo unas horas después del acto, la policía investigó y encontró a Teodora en el cafetín de la institución donde laboraba, acompañada de compañeros de trabajo. Al ser interrogada, esta confesó que la niña que estaba en el tanque era de ella y afirmó que lo había hecho porque el papá de la recién nacida la había abandonado y su mamá le había dado la espalda¹²². El peritaje psicológico y psiquiátrico la misma determinó que tenía suficiente “capacidad para comprender la naturaleza, alcance y efectos de su conducta”¹²³. Por ello, la imputada fue condenada por unanimidad a la pena mínima por homicidio agravado de treinta años de prisión.

La Corte Suprema de Justicia emitió un dictamen desfavorable al indulto de Teodora del Carmen sobre la base del dictamen del Consejo Criminológico Nacional que determinó un “rango medio tanto de capacidad criminal, como de adaptabilidad social y de peligrosidad”¹²⁴. Seguidamente, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico, presentaron una petición ante la CIDH donde Teodora del Carmen fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos.

La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017¹²⁵. En octubre de 2019, Teodora fue liberada por una

¹²⁰ Véase “3 mujeres recuperaron su libertad...”.

¹²¹ Solicitud de ocursio de gracia “indulto” de Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña; TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 53-2008-2.

¹²² *Ibid.*

¹²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 19-IND-2014.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

conmutación de pena, aprobada por la Corte Suprema de Justicia y ordenada por el Ministerio de Justicia y Seguridad¹²⁶. Mediante comunicado de prensa, la CIDH celebró la decisión de liberar a Teodora “tras 10 años de prisión por haber sufrido un *aborto espontáneo*”, y exhortó a que se liberara también a las otras veintiséis mujeres que “siguen encarceladas tras sufrir *complicaciones obstétricas*, resultado de la criminalización total del aborto en el país” (sic).¹²⁷ En 2018, el Centro de Derechos Reproductivos presentó el caso de Teodora del Carmen Vásquez frente al Parlamento Europeo con el objetivo de conseguir el respaldo político extranjero para acelerar otros procesos de conmutación de pena y solicitudes de indulto¹²⁸.

Abogados de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto solicitaron también la liberación de ISABEL CRISTINA QUINTANILLA mediante un recurso de *habeas corpus*, solicitud que fue denegada¹²⁹. Isabel Cristina fue condenada en 2005 a treinta años de prisión por el delito de homicidio agravado en perjuicio de su hija, a quien introdujo en la taza del servicio sanitario de su casa, de donde fue rescatada sin vida, de acuerdo con el testimonio de seis testigos más la videncia probatoria^{130, 131}. La imputada alegó desconocer su estado de embarazo y no tener la intención de matar a su hija, pero los jueces desestimaron dichos argumentos, indicando que el tener un hijo

“no es una expulsión instantánea y rápida, lo anterior lo conocía la imputada Quintanilla, ya que al ser su segundo parto no podía confundir los dolores de parto con los dolores estomacales, como lo dijo en su declaración de defensa”¹³².

La solicitud de *habeas corpus* se basaba, en esencia, en que la causa de muerte de la niña recién nacida en la autopsia había sido “indeterminada”¹³³. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la solicitud debido a que el solicitante pretendía la

¹²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Acta correspondiente a la sesión de Corte Plena (acta de Corte plena en la que se emite el dictamen favorable de la CSJ para la conmutación desde la web de la Corte).

¹²⁷ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...” (énfasis añadido).

¹²⁸ “Visita al Parlamento Europeo. Conferencia Nuestros cuerpos nuestras vidas”.

¹²⁹ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-2005-3.

¹³⁰ El peritaje psicológico de la imputada, la autopsia, examen de ADN de la imputada y de la víctima.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-2005-3, ¶V.

¹³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Habeas Corpus* 4-2009, ¶I(2).

revisión del fallo, la revaloración de la prueba y de la sentencia, aspectos que están “fuera del control constitucional” de la Sala Constitucional, que en este caso no encontró violaciones constitucionales que afectaran la libertad física de la persona, como compete según el recurso de *habeas corpus*¹³⁴. Medios de prensa reportaron, sin embargo, que posteriormente se le conmutó la pena a tres años de prisión y que Isabel Cristina se encuentra en libertad, después de haber sido condenada “por supuesto *aborto*”¹³⁵.

Teodora del Carmen e Isabel Cristina han sido dos de los casos más instrumentalizados por la prensa internacional para presionar con la agenda de la despenalización del aborto en El Salvador. En julio de 2019 se estrenó una miniserie documental de seis capítulos titulado “Cristina Quintanilla” y fue transmitido en el canal 33 de televisión de audiencia nacional¹³⁶. También en 2018 se realizó una película titulada “Las 17” basada en la versión de los medios de comunicación y el caso específico de Cristina Quintanilla¹³⁷. Mientras tanto, Teodora Vásquez atrajo la atención mediática un año previo a su liberación por causa de una reunión que tuvo junto al Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, Zeid Ra’ad Al Hussein, fue seleccionada por parte de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto para realizar una gira por Europa con el propósito de obtener apoyo para continuar promoviendo la agenda por la despenalización del aborto en El Salvador¹³⁸.

Mariana López Zelada

Condenada en 2000 a veinticinco años de prisión por el homicidio de su hija recién nacida, asfixiándola con algodón, tapándole la nariz con esparadrapo y estrangulándola con su ropa interior¹³⁹. La niña fue descubierta por la hermana de Mariana López, quien la interrogó sobre el paradero del bebé cuando supo que había dado a luz, a lo que la imputada respondió que la había dejado en su habitación debajo de la cama donde dormía. La recién nacida fue

¹³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, *Habeas Corpus* 4-2009, ¶III(2).

¹³⁵ Véase “El Salvador deja en libertad a una condenada a 30 años de prisión por abortar”, énfasis añadido; Acuerdo número veinte, p. 22.

¹³⁶ Véase Jessica FLORES, “Estrenaran serie salvadoreña sobre controvertido caso de aborto”.

¹³⁷ Véase “Las 17”.

¹³⁸ Véase NACIONES UNIDAS, “Ser pobre y sufrir un aborto: una condena de cárcel en El Salvador”; Javier GONZÁLEZ ÁLVAREZ y Tamara de Gracia, “Teodora Vásquez, activista salvadoreña: Para la justicia salvadoreña, cuando una mujer está embarazada el único ser que tiene derechos es el feto, ella no cuenta”.

¹³⁹ TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 141-2-2000; Solicitud de ocurso de gracia “indulto” de Mariana López Zelada.

encontrada ya sin vida. De acuerdo con la prueba acreditada en juicio¹⁴⁰, y el testimonio de alrededor de cuatro testigos, la causa de muerte fue “asfixia por sofocación y estrangulación, las docimasias indican que la recién nacida nació con vida”¹⁴¹. Mariana fue condenada por unanimidad a la pena mínima, de veinticinco años de prisión¹⁴², por homicidio agravado en el año 2000.

En 2014, la Corte Suprema de Justicia denegó el indulto, pues, si bien el dictamen favorable del Consejo Criminológico Nacional atribuyó a la condenada un rango bajo de “capacidad criminal, agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo e impulsividad”, también indicó la

“imposibilidad de comprobar algún tipo de reinserción o cambio de actitud en relación a los hechos por los cuales se dictó la condena, por no demostrar su conducta empatía con los hechos por los que se le condenó y por tanto su decisión de que éstos ya no se repitan”¹⁴³.

Sin embargo, en 2018, la Corte Suprema le concedió la libertad por conmutación de pena, considerando que había cumplido ya dos terceras partes de su condena y que presentaba alto índice de readaptabilidad social¹⁴⁴.

Maira Verónica Figueroa Marroquín

Empleada doméstica, fue condenada en 2003 por homicidio agravado de su hijo recién nacido, ultimado a golpes en la cabeza. El cadáver del niño fue encontrado por sus patrones cubierto de piedras en una huerta adyacente a su residencia¹⁴⁵. La prueba aportada¹⁴⁶ acreditó que la causa de muerte del bebé fue “trauma cráneo encefálico severo por golpes contusos”, y que su cuerpo también presentaba escoriaciones y hematomas hechos en vida¹⁴⁷. Maira Verónica fue condenada por unanimidad a la pena mínima de treinta años de prisión por homicidio agravado.

¹⁴⁰ Que incluía el reconocimiento medicolegal de la imputada, autopsia de víctima, peritaje psicológico realizado a la imputada, análisis de ADN de imputada con víctima, reconocimiento médico forense de recién nacido.

¹⁴¹ TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 141-2-2000, p. 11 (bis).

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 16-IND-2014, ¶II.

¹⁴⁴ Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Acta/n.º 32, pp. 3-4.

¹⁴⁵ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE AHUACHAPÁN, Proceso penal con referencia judicial 104-AP-1-2003.

¹⁴⁶ Que incluía peritaje psicológico realizado a la imputada, acta de ratificación de secuestro de objetos encontrados en el recién nacido, autopsia del recién nacido, examen de sangre de la imputada, ropa del recién nacido, prueba de ADN y testimonio de tres testigos.

¹⁴⁷ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE AHUACHAPÁN, Proceso penal con referencia judicial 104-AP-1-2003.

La Corte Suprema de Justicia emitió dictamen desfavorable al indulto solicitado debido a que el informe criminológico le atribuyó un rango medio de “capacidad criminal, agresividad, labilidad afectiva, egocentrismo e impulsividad”, concluyendo en un resultado desfavorable para la condenada¹⁴⁸. También observó el informe que Maira Figueroa

“no ha desarrollado capacidad empática, no ha reflexionado sobre el daño ocasionado, denota una frialdad emotiva, con rasgos de personalidad como infantilidad [...]”¹⁴⁹.

Maira Verónica fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos en la petición ante la CIDH en 2015. La CIDH recomendó su liberación tras su visita de trabajo al país en noviembre de 2017¹⁵⁰.

En marzo de 2018, Maira Verónica fue puesta en libertad, en medio de un evento mediático que presentó la noticia de su liberación como consecuencia de haber comprobado que sufrió un aborto¹⁵¹, cuando, en realidad, se trató de una conmutación de la pena¹⁵².

3.4. SOLICITUDES DE INDULTO CONCEDIDAS

Dentro de los indultos concedidos por la Corte Suprema de Justicia, está el de Mirna, condenada en 2003 por tentativa de homicidio agravado en perjuicio de su hija recién nacida, Briseyda Damaris, a quien expulsó y abandonó en una fosa séptica, acto que la niña sobrevivió gracias a que fue rescatada a tiempo¹⁵³. Los hechos probados en juicio indican que el 23 de mayo de 2010 la hermana de la imputada fue informada en su casa por una de las testigos que Mirna Isabel había dado a luz y que se escuchaban los llantos de un bebé dentro de la fosa séptica de su casa. Por ello, decidió avisarle a dos personas. Uno de ellos, José Francisco Hernández Ventura, quitó la tapa de la fosa séptica en la que se encontraba una recién nacida, a quien procedieron a retirar de aquel lugar.

El expediente judicial indica que la menor se encontraba llena de gusanos y excrementos humanos, y le faltaba la respiración. La hermana

¹⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, ¶II.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

¹⁵¹ Véase AMNISTÍA INTERNACIONAL, “El Salvador, el gobierno debe despenalizar el aborto tras la liberación de una mujer encarcelada por una emergencia obstétrica”.

¹⁵² Véase Saraí ALAS, “Reducen pena a otra mujer condenada por homicidio”.

¹⁵³ TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia 16-1-2003.

de la imputada le dio los primeros auxilios. Se avisó a la policía y se trasladó a la menor al hospital. Todo esto lo observaba la madre de la víctima desde el interior de su vivienda. Se valoró como un punto importante que, ante lo dicho por los testigos al momento de sacar a la víctima de la fosa séptica, la sospechosa

“no hizo nada por tratar de ayudar a su hija, lo cual no es lógico de una madre que desea salvar a un hijo, circunstancia esta que hace pensar a los suscritos Juzgadores que la imputada [...] es la autora del hecho cometido en perjuicio de su hija recién nacida”¹⁵⁴.

Los vecinos interrogaron a la Mirna Ramírez y ella aceptó ser la madre de la recién nacida, pero señaló que no quería que su esposo se diera cuenta, ya que este era estéril y la niña era producto de una relación extramarital, y si se daba cuenta su esposo la podía dejar. Ella le pidió a los vecinos que guardaran su secreto y que se la fueran a dejar como si se la daban en adopción para que su esposo pensara que no era de ella y le ayudará con la manutención. Mirna Isabel fue condenada por unanimidad por homicidio agravado tentado a doce años y seis meses de prisión¹⁵⁵.

La Corte Suprema de Justicia dio un dictamen favorable a la solicitud de indulto debido a su buen comportamiento durante el periodo de prisión, el restablecimiento de sus vínculos familiares y el informe criminológico que indicaba altas probabilidades de rehabilitación¹⁵⁶. La Corte indicó que se encontraba en fase de semilibertad y que presentaba buen comportamiento, “no presenta faltas a los permisos otorgados, ni disciplinarias, ni sanciones en todo su internamiento”¹⁵⁷. El examen psicológico de Mirna Isabel concluyó que:

“la interna denota un desarrollo personal significativo en vida carcelaria, a través de la incorporación de diversas actividades y programas que le han ayudado a superar carencias que la llevaron a cometer el delito que le fue acreditado; su evolución se ve reflejada en procesos psicológicos funcionales que le permiten diferenciar ahora lo lícito o ilícito de sus actos, buen juicio, raciocinio, desarrollo de empatía con la víctima, reconoce el daño causado y demuestra arrepentimiento, reflexión, contando además con apoyo familiar y se ha trazado metas concretas a futuro, manteniendo incluso un vínculo afectivo con su hija, quien en su momento figuró como víctima”¹⁵⁸.

¹⁵⁴ TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia 16-1-2003, p. 14.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 10-IND-2014.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

Además, el informe criminológico determinó que “su capacidad criminal y el índice de peligrosidad son bajos y su adaptabilidad social alta”¹⁵⁹. La Asamblea Legislativa emitió un dictamen desfavorable al indulto porque la condenada al momento de analizarse su caso ya se encontraba en libertad condicional en septiembre de 2014¹⁶⁰.

En el mismo grupo de solicitudes de 2014, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto solicitó el indulto de CARMEN GUADALUPE VÁSQUEZ ALDANA, empleada doméstica de dieciocho años de edad, fue condenada en 2008 por homicidio agravado de su hijo recién nacido, cuyo cuerpo sin vida fue encontrado en la residencia donde trabajaba, envuelto en una bolsa de supermercado¹⁶¹. Según la prueba aportada, que incluía la autopsia del recién nacido, acta de levantamiento del cadáver, expediente clínico y examen de ADN de víctima e imputada, el testimonio de aproximadamente cinco personas y un álbum fotográfico del lugar de los hechos, la joven ocultó su embarazo, parto y el delito cometido, indicando a su jefa que se trataba de su periodo menstrual cuando esta notó que sangraba¹⁶². La jefa la llevó al hospital donde la Carmen Vásquez indicó que el sangrado se debía a una relación sexual que había tenido, pero al examinarla el médico observó que el útero y vagina estaban demasiados dilatados, como ocurre cuando ha habido un parto.

El médico, después de hablar con ella, indicó a la jefa que había que buscar al bebé¹⁶³. La sentencia indicó que la jefa se comunicó con su esposo, y él encontró, en el cuarto de la madre, un recién nacido dentro de una bolsa de un supermercado, que se encontraba ya sin vida. El Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador examinó la evidencia disponible y los jueces decidieron por unanimidad condenarla a treinta años de prisión, pena mínima por el delito de homicidio agravado.

Los jueces razonaron que la muerte del bebé, el hallazgo de su cuerpo en una bolsa de plástico, el hecho de que la imputada ocultó el delito tanto a sus jefes como al personal del hospital donde fue atendida en emergencia, constituían indicios suficientes para una condena:

“Este Tribunal habiendo examinado críticamente la conexión de los indicios en forma global, dicha conexión conduce unívocamente a una conclusión cierta de participación en el ilícito, arribando a un juicio de cer-

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 10-IND-2014.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 18-2008-2.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

teza, legitimado por el método de examen crítico seguido, que la imputada Carmen Guadalupe Vásquez Aldana es responsable y consecuentemente culpable del delito de homicidio agravado, en perjuicio de recién nacido”¹⁶⁴.

No obstante, la Corte Suprema decidió, al examinar la solicitud de indulto, que:

“[...] la autopsia realizada al recién nacido, no determinó la causa de su muerte, estableciéndose únicamente que el examinado tenía 38 a 40 semanas de gestación, que respiró al nacer, con 18 a 24 horas de fallecido, sin evidencia –interna o externa– de traumas, cordón umbilical con desgarro, en extremo distal, todo lo cual no es revelador de que la muerte del recién nacido haya sido producto de una acción humana o si lo fue por razones naturales”¹⁶⁵.

Por ello, la Corte concluyó que hubo una violación a los derechos procesales de la procesada:

“En consecuencia, la sola ocultación –por parte de la imputada– de que se trataba de un parto extra hospitalario y el hallazgo de una faja junto al menor, no son indicios suficientes para destruir su estado de inocencia que le garantiza la Constitución en su art. 12, por tanto, no es posible tener por acreditada su culpabilidad en dicha muerte [...] recomendándose por tal motivo la concesión del indulto de la pena de treinta años de prisión que se le impuso por la muerte de su hijo recién nacido (homicidio agravado)”¹⁶⁶.

Carmen Guadalupe se encuentra en libertad, pues tras el dictamen de la Corte Suprema, la Asamblea Legislativa concedió también el indulto¹⁶⁷. En 2017, viajó a Suiza en representación del Centro de Derechos Reproductivos, para contar su testimonio frente al Comité de CEDAW durante el “LXVI Aniversario de la CEDAW”, después de haber obtenido la libertad a través del único indulto que otorgó la Asamblea Legislativa¹⁶⁸.

¹⁶⁴ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 18-2008-2, ¶V.

¹⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 22-IND-2014.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Véase REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Asamblea Legislativa, decreto n.º 930.

¹⁶⁸ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS LAC (REPRORIGHTSLAC), “Carmen Guadalupe Vásquez Aldana, mujer Salvadoreña indultada por el gobierno de #ElSalvador después de pasar siete años y tres meses encarcelada por sufrir una emergencia obstétrica, representó a #Las17 en nuestra gala de 25 años”; CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, “Comité de la ONU le pide a El Salvador despenalizar el aborto”.

3.5 EXONERACIONES DE MUJERES CONDENADAS O INVESTIGADAS POR HOMICIDIO DE SUS HIJOS

María Teresa Rivera

Fue representada por un abogado de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en un recurso de revisión que llevó a su exoneración, después de haber sido condenada en 2012 por el homicidio agravado de su hijo recién nacido, a quien expulsó y abandonó en una fosa séptica, según la prueba aportada en juicio, que incluía el reconocimiento medico-legal y peritaje psicológico de la responsable, la autopsia de la recién nacida, análisis de ADN de la inculpada con la víctima y el testimonio de alrededor de cinco testigos¹⁶⁹. El caso fue reportado inicialmente como aborto, pero luego la evidencia determinó que el niño nació vivo, y la separación del cordón umbilical fue “producto de una acción mecánica de separación del recién nacido de la madre”¹⁷⁰. De acuerdo con los hechos probados en juicio, la mujer ocultó su embarazo y ocultó que dio a luz “para evitar dejar de percibir” la ayuda económica que percibía de la familia de su otro hijo de ocho años de edad, y luego declaró que no sabía que estaba embarazada ni sabía que había dado a luz un niño en la fosa séptica. El juez la condenó por homicidio agravado a cuarenta años de prisión¹⁷¹.

La Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto solicitó indulto a su favor, pero la Corte Suprema de Justicia lo denegó debido a un dictamen criminológico desfavorable¹⁷². En dicho dictamen, la Corte Suprema también concluyó que el crimen no fue aborto consentido, sino homicidio agravado, desestimando la sugerencia de los peticionarios:

“no tiene cabida el cambio de calificación jurídica de los hechos de Homicidio Agravado a Aborto Consentido y Propio, pues si las pruebas científicas determinaron que el producto de la gestación era de término y sobrevivió al parto, es decir que nació vivo porque a las pruebas realizadas, sus pulmones flotaron, y esto *descarta que se esté en presencia de un aborto*”¹⁷³.

¹⁶⁹ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3a.

¹⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 24-IND-2014.

¹⁷¹ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3a; TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Sentencia del 11 de mayo de 2016.

¹⁷² Solicitud de ocurso de gracia “indulto” de María Teresa Rivera; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR, 24-IND-2014.

¹⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 24-IND-2014.

En el 2015, el Centro de Derechos Reproductivos y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénico, presentaron una petición ante la CIDH donde María Teresa Rivera fue presentada como una de nueve presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos¹⁷⁴.

En el 2016, en sentencia de revisión, el juez Martín Rogel Zepeda anuló la condena y la absolvió del delito de homicidio agravado¹⁷⁵. El juez fue distinto al que la condenó porque se admitió la excusa del juez José Antonio Flores, quien la había condenado¹⁷⁶. La sentencia concluyó que la causa de muerte del recién nacido no fue una acción directa de la madre, sino, más bien, un hecho ajeno a su voluntad. El juez en concreto aseveró, en el fundamento siete párrafo último de su sentencia:

“En conclusión, queda suficientemente justificado a mi entender que la asfixia perinatal no implica que María Teresa, haya realizado la acción de matar a su hijo, puesto que no hay evidencia externa, ni interna que pueda ser vinculada con la madre, los desgarros del cordón umbilical pueden ser producidos por el peso mismo del recién nacido y la fuerza que lo expulsa, no hay datos objetivos de una sofocación criminal, sino conjeturas que no son serias, ni mucho menos científicas que nos permitan sostener a ultranza una sentencia judicial errónea”¹⁷⁷.

Además de anular la sentencia, el juez indicó que la condenada podría recurrir a los tribunales para exigir pago de daños y perjuicios al Estado por el tiempo de prisión que injustamente habría cumplido¹⁷⁸.

En junio de ese mismo año se dio a conocer que la Fiscalía General de la República presentó una apelación ante la decisión del juez de revisión argumentando que la sentencia ha violentado los principios de la sana crítica y dado una errónea valoración de la prueba¹⁷⁹. Por esta razón la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto solicitó asilo político para María Teresa, quien fue acogida como refugiada en Suecia, el primer caso de asilo por “persecución política por abortar” según algunos comunicadores de la prensa internacional¹⁸⁰.

¹⁷⁴ CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”.

¹⁷⁵ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3c.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Véase Cecilia VÁSQUEZ, “FGR apela liberación de mujer acusada por muerte de su hijo”.

¹⁸⁰ Véase Icíar GUTIÉRREZ, “Refugiada en Suecia por abortar en El Salvador: ‘Ninguna mujer es libre mientras haya otras en la cárcel’”.

Imelda Isabel Cortez Palacios

Fue representada por abogados de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en enero de 2019, y absuelta por haber intentado, sin éxito, terminar con la vida de su hija recién nacida al tirarla en una fosa séptica y echarle cal momentos después de nacer, según acreditó la prueba aportada en juicio, que incluía el acta de inspección ocular realizada por los agentes de policía, un álbum fotográfico, el acta de entrevista de testigos y la certificación del expediente clínico de la recién nacida¹⁸¹. La sentencia absolutoria del 9 de enero de 2019 indica que Imelda Cortez, de diecinueve años de edad, el 17 de abril del año 2017 a las dieciocho horas llegó a la Sala de Emergencias del Hospital Nacional de Jiquilisco, por un sangramiento excesivo, llevando consigo la placenta completa al hospital¹⁸². A las 18:30 hrs. le dieron ingreso bajo el diagnóstico de parto extrahospitalario. La Dra. Ana Sosa, médico de turno, le preguntó dónde había dejado al bebé, al principio negaba que estaba embarazada, pero luego confesó que había tenido dolores de parto y que había expulsado algo en el servicio. En ese momento la doctora avisó a la policía y en minutos lograron rescatar a la bebé de la fosa séptica.

El soldado que rescató a la bebé indicó que al llegar al lugar de la fosa séptica logró retirar la tapa con ayuda de una barra metálica y alumbró con una lámpara de mano, donde vio al fondo a un neonato que se movía y no paraba de llorar, y en ese momento se introdujo a la fosa séptica y logró sacarlo, observando que estaba cubierta de heces y de un polvo blanco, al parecer cal. El soldado entregó a la recién nacida, quien fue llevada al hospital para recibir asistencia médica. Los vecinos manifestaron que en ningún momento escucharon que Imelda pidiera ayuda o dijera que su hija había caído en la fosa séptica. No fue sino hasta ser confrontada en el hospital cuando indicó que la bebé estaba ahí¹⁸³. Su proceso inició con una acusación de la fiscalía por el delito de homicidio agravado tentado, pero a raíz de un incidente de ampliación de la acusación de cambio de tipificación del delito en vista pública, la fiscalía solicitó el cambio por el delito de abandono y desamparo de persona prescrito en el del *Código Penal* con pena de uno a tres años o una pena excarcelable por trabajo de utilidad pública¹⁸⁴.

¹⁸¹ Véase “Imelda Cortez, la joven salvadoreña acusada de intento de homicidio tras tener un bebé producto de una violación”.

¹⁸² TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTÁN, Proceso penal con referencia judicial U-173-09-18.

¹⁸³ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTÁN.

¹⁸⁴ Véase *Código Penal* de El Salvador, artículos 74, 199, 384 (sobre pena por delito de abandono y desamparo de persona, Ampliación de la acusación y reemplazo de la pena de prisión).

En una larga y complicada sentencia, el juez Hugo Noé García Guevara la absolvió por ambos delitos, encontrando factores exculpatorios en los actos cometidos, específicamente, cuando ella declara que el embarazo había sido producto de una violación por parte de su padrastro y su estado emocional¹⁸⁵. Los trastornos psiquiátricos son factor mitigante, no eximente, en el derecho penal salvadoreño, pero la sentencia en todo caso hizo poca o ninguna lógica relación entre la violación sexual y los trastornos psiquiátricos que padecía al momento del delito, cuya existencia no fue demostrada en este caso. La sentencia simplemente concluyó que el dictamen del médico psiquiatra forense que establece que Imelda Cortez es capaz de comprender el carácter ilícito o lícito de sus actos, no tiene validez porque el médico psiquiatra solo determinó que “en estos momentos” ella se encontraba lúcida, y por ello “no tiene relevancia y no es conducente a los hechos que se quieren acreditar e interpretar”¹⁸⁶.

El juez citó también el resultado de un estudio de una psicóloga forense que indicó que Imelda tiene un “retraso sociocultural” y que su madre y ella actuaron con “inocencia” al llevar la misma placenta que la iba a inculpar¹⁸⁷. Esta conclusión podría objetarse con notar que el hecho de haber llevado la placenta por sí solo no demuestra inocencia, pues Imelda o su madre, debido a su “retraso sociocultural”, podrían haber pensado que se trataba de su matriz, o de otro órgano interno que debería ser reinsertado, pero la fiscalía no parece haber hecho esta observación. Tampoco se señaló como despectiva la sugerencia de que una mujer campesina no sabe reconocer su propio estado de embarazo por el simple hecho de ser iletrada o de bajo nivel educativo, cuando a la edad de diecinueve años es del todo probable que haya visto a mujeres embarazadas, dar a luz y criar a sus hijos, obteniendo un mínimo de información sobre la naturaleza del proceso del embarazo, sus síntomas y escenarios previos al alumbramiento.

La CIDH celebró la exoneración y su liberación, en cumplimiento con sus recomendaciones:

“Saludamos decisión de autoridades de El Salvador de absolver a Imelda Cortez, acorde a las recomendaciones que formulamos tras visita al país el año pasado y reiteramos nuestro llamado al Estado salvadoreño a terminar con la criminalización total del aborto en el país”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USULUTÁN.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, ¶9.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, ¶5.

¹⁸⁸ Véase CIDH, “Saludamos decisión de autoridades de El Salvador de absolver a Imelda Cortez, acorde a las recomendaciones que formulamos tras visita al país el año pasado y reiteramos nuestro llamado al Estado salvadoreño a terminar con la criminalización total del aborto en el país”.

Evelyn Beatriz Hernández Cruz

Fue condenada en 2017 y luego absuelta en 2018 por el homicidio agravado de su hijo recién nacido, lanzado y abandonado en una fosa séptica. Estudiante de medicina, fue condenada en primera y segunda instancia y, en su momento, exonerada en sentencia de casación que anuló la sentencia de apelación, la cual respectivamente anuló la sentencia condenatoria en primera instancia y mandó a repetir su audiencia¹⁸⁹. Las cortes de primera y segunda instancia razonaron que los hechos probados por reconocimiento médico, estudio social y peritaje psiquiátrico de la imputada, la autopsia de la recién nacida y testimonio de alrededor de siete testigos, demostraron que la joven dio a luz a su hijo, lo lanzó dentro de una fosa séptica y lo abandonó sin buscar atención médica para ella ni para su niño¹⁹⁰.

De acuerdo con las sentencias de primera y segunda instancia, estos hechos por sí mismos eran evidencia de *mens rea*,

“ante los síntomas de alumbramiento no se apersonó a la unidad de salud o establecimiento clínico más cercano, al contrario prefirió lanzarlo al lugar más nauseabundo en que fue encontrado, además nunca dio razón a nadie sobre la existencia del recién nacido, esos comportamientos hacen que se tenga por acreditada la intención de Evelyn Beatriz Hernandez Cruz de causar la muerte de su hijo recién nacido, ya que si lo arrojó a la referida fosa es lógico que tal acción se hizo con una doble intención primero que perdiera la vida y segundo ocultar el cuerpo del delito [...]”¹⁹¹.

La joven acusada, era estudiante de tercer año de la carrera de medicina, y, por ello, el argumento de que no sabía que estaba embarazada no resultó persuasivo para el juez de primera instancia¹⁹².

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, anuló el fallo de segunda instancia, absolviendo a Imelda sobre la base de los argumentos de la defensa, a cargo de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, que alegó que se dio una vulneración al principio de inocencia en primera y segunda instancia al atribuir a la inacción de Evelyn Beatriz respecto a su embarazo, parto y la caída del niño en la fosa séptica un indicio de culpabilidad. La Sala de lo Penal indicó:

“[...] la Cámara considera, erróneamente, que el derecho de los justiciables a no declarar, protegido constitucionalmente [...] constituye un hecho

¹⁸⁹ Véase TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Causa 64-U1-17; CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DEL CENTRO, Causa 64-U1-17; SALA DE LO PENAL DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Causa 64-U1-17.

¹⁹⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Causa 64-U1-17.

¹⁹¹ CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DEL CENTRO.

¹⁹² *Ibid.*

inriminatorio a ser valorado en detrimento de la procesada. No obstante, resulta imperioso aclarar que el silencio del imputado es un derecho fundamental, y considerarlo como un indicio de culpabilidad supone una vulneración al mismo y por consiguiente a la presunción de inocencia”¹⁹³.

Además, la Cámara anuló la sentencia porque consideró que la causa por la que aspiró heces fecales pudo haber ocurrido por aspiración de “meconio” durante el parto¹⁹⁴.

Vale mencionar que, mientras conocía del caso, la magistrada y presidenta de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia estuvo como participante en el Centro Cultural de España junto con la abogada representante de Imelda en el recurso de casación, Bertha María Deleón, que también fue abogada del caso de Evelyn Beatriz Hernández Cruz, en un conversatorio titulado: “El Estado Salvadoreño y la Criminalización de los partos en la pobreza” patrocinado por las embajadas de España y Canadá¹⁹⁵. El hecho de que la magistrada presidenta de la Sala de lo Penal acompañó la discusión de estos casos junto a una de las partes interesadas de los procesos que conoció a través del recurso de casación, parece violar de manera flagrante el principio de imparcialidad contemplado en la Constitución y el *Código Procesal Penal* de la República de El Salvador, sin embargo, la magistrada no se recusó de conocer el caso¹⁹⁶.

La CIDH celebró la absolución y liberación de Imelda Cortez como una medida de seguimiento a las recomendaciones emitidas hacia el Estado salvadoreño para despenalizar el aborto¹⁹⁷.

Karina del Carmen Herrera Clímaco

También representada por abogados de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, salió libre en 2009 por una sentencia de revisión tras ser condenada en 2002 a treinta años de prisión por el homicidio agravado de su hijo recién nacido. La denuncia penal del caso fue origi-

¹⁹³ SALA DE LO PENAL DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, considerando 28.

¹⁹⁴ CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DEL CENTRO.

¹⁹⁵ Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, “Doris Luz Rivas Galindo (CV)”; “Absuelven a Evelyn Hernández por el homicidio agravado de su bebé”; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, “En conversatorio ‘El Estado salvadoreño y la criminalización de los partos en la pobreza’ participó Presidenta Sala de lo Penal”; COOPERACIÓN ESPAÑOLA CULTURA/ SAN SALVADOR “Conversatorio El Estado salvadoreño y la criminalización de los partos en la pobreza”.

¹⁹⁶ Véase CENTRO CULTURAL DE ESPAÑA EN EL SALVADOR, “Conversatorio sobre criminalización de partos en la pobreza”; CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Código Procesal Penal Comentado*, artículo 4.

¹⁹⁷ Véase CIDH, “Saludamos decisión de autoridades...”.

nalmente por aborto: la madre de Karina Herrera reportó a la policía que había encontrado un feto bajo la cama de su hija, pero la prueba aportada en juicio (reconocimiento medicolegal, peritaje psicológico realizado a la imputada, autopsia de la recién nacida, análisis de ADN de imputada y de la víctima y el testimonio de alrededor de seis testigos, entre otras pruebas) determinó que se trataba de un homicidio, debido a que el niño nació vivo y la causa de muerte fue identificada como asfixia por estrangulación¹⁹⁸.

Fue absuelta por el mismo juez que exculpó a María Teresa Rivera, el juez Martín Rogel Zepeda, en recurso de revisión, por el cual un condenado puede recurrir por casos de error judicial ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, que no tiene un plazo máximo y se puede ejercer en cualquier momento durante el cumplimiento de la condena, aun y cuando falte un día para que el recurrente cumpla la totalidad de la pena, incluso cuando en apelación y casación confirme su condena¹⁹⁹. Oscar Luna, exprocurador de la Procuraduría de los Derechos Humanos había adoptado compromisos con grupos a favor de la despenalización del aborto en El Salvador para pedir la liberación de Karina Clímaco, por lo que intervino para dialogar directamente con el juez Martín Zepeda y solicitar una primera audiencia de revisión, lo cual podría ser incompatible con el principio de independencia judicial²⁰⁰.

La sentencia concluyó, en suma, que la causa de muerte de la recién nacida no fue asfixia por estrangulación, sino que el niño “nació muerto”, según el testimonio del Dr. René Alfredo Baillieau, perito argentino, Doctor especializado en medicina legal, retirado, que declaró haber sido consultado sobre el caso por “una abogada penalista de Mar de Plata, que es miembro de una Organización Feminista”²⁰¹. En 2009, Karina quedó en libertad²⁰².

Katherine Jocelyn Mazariego Orellana

Representada también por la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, también fue absuelta y liberada en 2018 tras ser acusada por la muerte de su hija en la taza del servicio sanitario de su casa, primero bajo el cargo de aborto consentido y propio, que la fiscalía luego solicitó

¹⁹⁸ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 148-02-3a.

¹⁹⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, artículos 489-497.

²⁰⁰ Véase “Raquel Caballero apoyando a Karina Clímaco - 2009”; Magdalena FLORES, “Karina: en busca de una justicia perdida”.

²⁰¹ Acta de Audiencia Especial de Revisión de Sentencia, Causa 148-02-3ª, p. 11.

²⁰² Véase ABOGADOS Y NOTARIOS DE EL SALVADOR, “Jueces corrigen condena y dejan libre a una mujer”.

se modificara a homicidio agravado²⁰³. La joven, embarazada de su pareja con quien ya había procreado un hijo, fue encontrada inconsciente, junto al servicio sanitario donde yacía boca abajo su hija recién nacida. En un comienzo, el caso fue reportado como aborto, pero la autopsia y su ampliación y aclaración luego determinaron que la bebé tenía aparentemente treinta y siete semanas de gestación, que nació viva y habría estado viva entre quine minutos y una hora después del nacimiento²⁰⁴.

Su defensa solicitó que se le procesara por aborto consentido y propio y no por homicidio agravado, alegando que “el delito acusado se adecúa más a esa acusación”²⁰⁵. El juez Mauricio Marroquín Medrano evitó decidir sobre el tema concluyendo que “no se puede determinar a ciencia cierta si la asfixia perinatal [de la víctima], fue antes, durante o después del parto”, pero concluyó que, en todo caso, “no es posible llegar a la conclusión de que Katherine Jocelyn Mazariego Orellana, haya realizado la acción típica de abortar o incluso de matar”²⁰⁶. El juez concluyó que los elementos probatorios le dejaban en estado de duda, no convencido de que Katherine haya cometido el delito ni que provocó la muerte del recién nacido, debido a que la imputada fue encontrada cerca del servicio sanitario en estado de inconsciencia:

“En todo caso, al encontrarse la imputada inconsciente, puedo afirmar que en este caso hay una ausencia de acción, y que lo que se dio fue un proceso natural, sin que la imputada haya ostentado influir en el resultado del mismo, ni por acción, ni por omisión, ya que ella estaba en un estado de incapacidad, inconsciente”²⁰⁷.

Maricela Emperatriz Albizuri

Fue un caso similar al de Katherine Jocelyn defendido por la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto en 2019, donde hubo una acusación fiscal y luego una resolución de sobreseimiento definitivo²⁰⁸. La mujer fue acusada del homicidio de su hija recién nacida en la taza del servicio sanitario de su residencia²⁰⁹. Según declaraciones de su pa-

²⁰³ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-3-2018; FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Acusación REF: 590-UDMM-2016-S.S.

²⁰⁴ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, pp. 12, 73.

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 3.

²⁰⁶ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, p. 102.

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 103.

²⁰⁸ JUZGADO NOVENO DE INSTRUCCIÓN DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 87-2/17.

²⁰⁹ *Ibid.*

reja, Pablo Ovidio, presunto padre de la niña, Maricela se encerró en el baño de su casa a dar a luz, mientras él tocaba la puerta, rogándole que le abriera. Cuando Pablo Ovidio escuchó el llanto de un recién nacido dentro del baño, intentó ver a través de una ventana, y pudo observar únicamente a Maricela, no así al bebé. Insistió pidiéndole que abriera la puerta, diciendo que se iba a ahogar el niño y ofreciéndole ayuda, pero indicó que ella le contestó “ahí que se muera”. Después de media hora, abrió la puerta y salió del baño, entró Pablo Ovidio y encontró a la recién nacida en el inodoro, boca abajo con la cabeza dentro del agua. La tomó e intentó revivirla, pero la niña no respondió, mientras la joven le decía que llevara una bolsa y que la sacara. Pablo Ovidio declaró que cuando le recriminó por lo que había hecho, ella solo indicó que se iba a bañar. En ese momento el Pablo Ovidio dejó a la infante sin vida en el lavamanos y fue a buscar a la Policía, según declaró.

A pesar de que se aportó cierta prueba en el juicio, incluyendo la autopsia de la niña, acta de levantamiento de cadáver, expediente clínico de Maricela, acta de entrevistas de agentes policiales que llegaron a su casa y resultado de peritaje gineco-obstétrico, entre otros, no se presentó resultado de ADN ni peritaje psiquiátrico²¹⁰. Se afirmó que la imputada tenía problemas psiquiátricos, pero que desde el año 2009 no se encontraba en control.

En el peritaje gineco-obstétrico se aludió a que podría encontrarse en un brote psicótico, pero la jueza Nora Montoya no entró en el análisis de la capacidad mental de Maricela²¹¹. Le bastó para sobreeserla el hecho de que no haya prueba de ADN que compruebe el vínculo madre-hija, y que la autopsia no determinó si la causa de muerte fue el golpe de la cabeza de la niña en la taza del inodoro o la asfixia por inmersión en el agua²¹². Finalmente, la jueza no le dio valor al testimonio de Pablo Ovidio, considerándole como testigo de referencia, indicando que como no estuvo en el lugar de los hechos, adentro del baño sino fuera, por lo que su testimonio quedaba sin valor²¹³. La acusada se encuentra libre y la fiscalía no apeló.

Elsi Marlene Rosales García

También representada en 2017-2018 por una de las organizaciones peticionarias en el caso “Manuela”, fue acusada por la fiscalía de acabar con la vida de su hija recién nacida expulsándola y abandonándola en

²¹⁰ JUZGADO NOVENO DE INSTRUCCIÓN DE SAN SALVADOR, cit.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.* (testigo de referencia es aquel que sabe por lo dicho de otro, pero que no sabe porque le conste a él de forma directa).

una fosa séptica, con aparente complicidad de sus padres²¹⁴. A pesar de contar con la autopsia de la víctima, la fiscalía solicitó el sobreseimiento de la inculpada, el cual fue otorgado por el juez con base en que no se podía determinar la causa de muerte de la víctima por el avanzado estado de putrefacción en que el cuerpo de la niña fue encontrado, ni se podía establecer el vínculo genético de la víctima y la imputada²¹⁵.

IV. Desinformación y presión internacional

En su visita de trabajo a El Salvador en noviembre de 2017, la CIDH declaró que, en el país,

“muchas mujeres que sufren complicaciones obstétricas o abortos espontáneos son condenadas por homicidio agravado y sentenciadas hasta con 40 años de cárcel, en base a la sospecha de haberse inducido un aborto y en posible violación de su derecho al debido proceso”²¹⁶.

También exhortó a El Salvador

“a emprender un moratorio a la aplicación del artículo 133 del Código Penal [sobre aborto consentido y propio]; a revisar detenidamente las condenas en cada uno de estos 27 casos mencionados en miras a asegurar el juicio justo y libre de estereotipos a cada una de las mujeres y, de probarse lo contrario, a poner en libertad a estas mujeres”²¹⁷.

Además, la CIDH instó a El Salvador

“a tener presentes los estándares interamericanos desarrollados en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica* (“Fecundación in Vitro”) donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”²¹⁸,

a pesar de que este caso no crea jurisprudencia y no tiene valor vinculante para ningún otro Estado que no sea el Estado parte en esa disputa, Costa Rica²¹⁹.

Asimismo, algunos gobiernos europeos y del gobierno canadiense

²¹⁴ JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN SONSONATE, Proceso penal con referencia judicial 87-2/17.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ CIDH, “Conclusiones y observaciones...”, cit.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Véase Ligia DE JESÚS CASTALDI, “Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos”.

han condenado a El Salvador por la supuesta penalización de emergencias obstétricas y han tenido gran injerencia en el tema en el ámbito nacional. El 16 de octubre de 2018, Peter Derrek Hof, embajador de los Países Bajos, realizó una visita a doce mujeres del mencionado grupo “Las 17+” en el Centro de Readaptación para Mujeres de Ilopango, y posteriormente desde su cuenta de Twitter afirmó:

“Quedé impactado de oír las historias de injusticia de 12 mujeres en la cárcel Ilopango, con condenas de 30 años por aborto. Urgimos a El Salvador a respetar los #DDHH de mujeres, a no encarcelar esas mujeres, a despenalizar el aborto y a ofrecer un debido proceso en sus juicios”²²⁰.

Representantes de España, Francia, Países Bajos y Reino Unido también han realizado actividades de injerencia a favor de la despenalización del aborto, apoyando la liberación de “Las 17+”. Los exembajadores de estos países tomaron parte directa en asuntos internos del Estado salvadoreño, actos que son considerados una falta grave según la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador²²¹. El entonces embajador de Francia ante El Salvador, David Izzo mantuvo un involucramiento constante en la promoción del aborto y apoyo incondicional a la campaña “Las 17+” a lo largo de su gestión²²². La Embajada de Francia escogió como ganadora del Programa de Invitación de Personalidades 2018 a la activista Sara García Gross, miembro fundador de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto²²³.

Por su parte, el entonces embajador del Reino Unido en El Salvador, Bernhard Garside, publicó en uno de los periódicos más importantes del país una columna de opinión titulada: “La política en la aldea”, en medio de la coyuntura por el debate de la despenalización del aborto en el año 2018²²⁴. Dicha publicación resultó útil para el exdiputado Johnny Wright Sol quien promovió durante días la columna de opinión del exembajador Bernhard Garside como respaldo a la presión por legalizar el aborto en El Salvador²²⁵. Un año antes, el 28 de septiembre de 2017, fecha conocida por ser el Día Mundial por la Despenalización y Legalización del Aborto, Bernhard Garside publicó en su cuenta de Twitter lo siguiente: “Se cree que la prohibición del aborto es la segunda causa principal de mortalidad

²²⁰ Peter-DERREK HOF: @pd_hofr.

²²¹ Véase Ley Orgánica del Servicio Consular, artículos 101, 103.

²²² Véase Yolanda MAGANA, “Soy curioso de ver cuál será el rumbo de este Gobierno”.

²²³ Véase France au Salvador: @FR_El_Salvador.

²²⁴ Véase Bernhard GARSIDE, “La política en la aldea”.

²²⁵ Véase Johnny WRIGHT SOL: @JohnnyWSol.

materna en El Salvador”²²⁶. Esto a pesar de que en 2018 el Ministerio de Salud reportó a El Salvador como uno de los países con mortalidad materna más baja de la región²²⁷.

El 26 de junio de 2019 se llevó a cabo un conversatorio titulado: “El Estado Salvadoreño y la Criminalización de los partos en la pobreza”, patrocinado por las embajadas de España y Canadá²²⁸. Durante el desarrollo de este conversatorio participó Maryse Guilbeault, entonces embajadora de Canadá en El Salvador y confirmó el financiamiento por parte del gobierno canadiense para el proyecto “Mamás asesinas, un cuento del Estado” realizado por la Colectiva Alharaca y revista *Factum*, además, dio a conocer su interés por continuar financiando espacios de discusión para la propuesta de legalizar el aborto en El Salvador²²⁹. Maryse Guilbeault también se hizo presente el pasado 15 de julio de 2019 en el Centro Judicial de Ciudad Delgado, para una de las audiencias públicas del caso Evelyn Beatriz Hernández Cruz; junto a Bernard Finke, entonces embajador de Alemania en El Salvador y Norbert Eichler cónsul encargado de la cooperación alemana en el país²³⁰. La inusual asistencia de estos diplomáticos a una audiencia de un caso mediático como el de Evelyn Beatriz, sin duda podría haber generado presión política para los fiscales y jueces, quienes ya estaban siendo presionados por activistas y la prensa nacional e internacional.

V. Supuestas violaciones de derechos procesales

A) ESFUERZOS PARA RESTRINGIR DENUNCIAS DE MÉDICOS SOBRE ABORTO E INFANTICIDIO

Los médicos como Ana Sosa, en el caso de Imelda Isabel Cortez Palacios, que reportan posibles crímenes contra la vida de un recién nacido a la policía, han sido objeto de censura por parte de los grupos a favor de la despenalización del aborto en El Salvador y de la CIDH en el caso “Manuela”. Las organizaciones peticionarias del caso “Manuela” y la CIDH alegan que un médico viola el secreto profesional al reportar la posible

²²⁶ Bernhard GARSIDE: @HMAGarside.

²²⁷ Véase GOBIERNO DE EL SALVADOR, MINISTERIO DE SALUD, “El Salvador entre los países con mortalidad materna más baja de la región”.

²²⁸ Véase: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, “En conversatorio ‘El Estado salvadoreño...’”, cit.; COOPERACIÓN ESPAÑOLA CULTURA/SAN SALVADOR, cit.

²²⁹ Véase, CENTRO CULTURAL DE ESPAÑA EN EL SALVADOR, cit.; “Madres asesinas, un cuento del Estado”.

²³⁰ Véase Iliana CORNEJO, “Hacen nuevo juicio contra Evelyn a puerta cerrada”.

comisión de un crimen en contra de un recién nacido a las autoridades o al pedir que se busque al niño cuando encuentran una paciente que muestra evidencia de haber tenido un parto y no da información sobre el paradero del niño²³¹. Según estos grupos, el secreto profesional médico crearía una obligación absoluta de encubrir posibles delitos contra la vida y la integridad personal contra un no nacido o contra un niño o niña recién nacido por parte de su madre²³².

Recientemente, la CIDH ha abogado para que se use un “derecho al secreto profesional” como medio de silenciar a los médicos que reportan casos de aborto e infanticidio a las autoridades. En su visita de trabajo a El Salvador en 2017, indicó, respecto de las sentencias condenatorias de “Las 17+”, que:

“la normativa en la que se basan estas sentencias estaría en clara contradicción con el derecho al secreto médico, lo que impediría que los profesionales de salud cuenten con condiciones de seguridad jurídica necesarias para el correcto ejercicio de su responsabilidad como garantes de la salud de sus pacientes”²³³.

Este esfuerzo por restringir las denuncias médicas sobre infanticidio ha sido bien recibido en el ámbito nacional por autoridades del Ministerio de Salud, que por medio del Consejo Superior de Salud Pública han dado entrada para que las organizaciones y abogados que llevan la defensa penal de “Las 17+”, realicen jornadas de capacitación a los profesionales de la salud, tal como se puede observar en una presentación en diciembre 2018 por el abogado Dennis Estanley Muñoz Rosa, de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, y en el más reciente Diplomado Especializado en Derechos Humanos, Bioética y Derechos Sexuales y Reproductivos impartido por IPAS Centroamérica, La Colectiva Feminista y la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto²³⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha rechazado repetidamente la interpretación de un derecho al secreto profesional como una restricción que prohíba a los médicos o personal de salud reportar casos de aborto e infanticidio a las autoridades. En el caso de María del Tránsito Orellana Martínez, por ejemplo, la Corte determinó que “el personal médi-

²³¹ Véase CIDH. “CIDH presenta caso...”, cit., p. 2; CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18, cit.

²³² Véase *Código Penal* de El Salvador, 1997 artículos. 187, 308-309 (donde el delito de revelación del secreto profesional no excluye la denuncia de los delitos).

²³³ CIDH, “Conclusiones y observaciones...”, cit.

²³⁴ Véase Rosa MUÑOZ, “Secreto profesional en El Salvador, obligaciones jurídicas e impacto en la vida de las mujeres”.

co no vulneró el deber al secreto profesional”, al reportar lo sucedido a las autoridades²³⁵. En el caso de Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña la Corte también desvirtuó el argumento de los solicitantes de que el reporte médico del parto extrahospitalario violaba el secreto profesional. Expresó que el informar sobre un parto extrahospitalario donde se desconoce el paradero del niño o niña recién nacido

“va más allá de los límites del secreto profesional propiamente dicho, porque en aquel momento se tenía ya una sospecha razonable de la comisión de un delito relativo a la vida de un ser humano, ya nacido o en formación”²³⁶.

La Corte Suprema también ha observado que las denuncias de médicos a las autoridades frecuentemente provienen de sus propias conclusiones sobre el examen físico de una mujer que ha dado a luz y no de la revelación de información confidencial proporcionada por las inculpadas, que más bien trataban de ocultar su estado de embarazo o parto. Por ejemplo, en el caso de Salvadora Carolina Díaz Rivas la Corte observó, en cuanto al argumento sobre la violación del secreto profesional, que la denuncia de los médicos a las autoridades se basó

“no en la declaración o confesión que la condenada hiciera al personal médico que la atendió de emergencia, sino en las evidencias físicas que presentó al momento de ser examinada por los médicos”,

que incluso:

“la hoy condenada ocultó el producto de la gestación, al haber proporcionado diferentes versiones de la razón del sangramiento que presentaba”²³⁷.

En el caso de María Teresa Rivera, el tribunal señaló, en cuanto a la supuesta vulneración del secreto profesional alegada por los peticionarios:

“[...] el conocimiento que el personal de salud de aquel nosocomio tuvo acerca de la posible comisión de un delito por parte de la imputada, tuvo origen, no en la declaración o confesión que ésta les hiciera, sino en las evidencias físicas que presentó al momento de ser examinada (evidencia de parto vaginal, sangrado profundo, salida de cordón umbilical, placenta, etc.); de tal manera que, el conocimiento que tuvo el personal de salud del Hospital donde fue auxiliada, *no se encontraba bajo el amparo del secreto profesional*”²³⁸.

²³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 20-IND-2014, cit.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Op. cit.*, ¶III.

²³⁸ *Ibid.* (énfasis añadido).

También ha reiterado la Corte Suprema de Justicia la existencia de una obligación legal de los médicos de reportar posibles delitos o crímenes, especialmente contra los niños y niñas, que se encuentran en particular estado de vulnerabilidad e indefensión. En el caso de María Teresa Rivera, por ejemplo, la Corte recalcó la obligación de los profesionales de la salud de dar aviso de la posible comisión de un delito de acción pública, en particular, uno en contra de un menor de edad, como es el homicidio agravado²³⁹. En el caso de Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña la Corte estableció que los médicos

“tenían la obligación jurídica de dar aviso a las autoridades encargadas de la investigación del delito, tratándose éste de acción pública [...] pues –incluso– su abstención podría haber dado lugar a un proceso penal en su contra por el delito de Omisión del Deber de Poner en Conocimiento Determinados Delitos [...]”²⁴⁰.

B) LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA DISCRECIÓN JUDICIAL PARA EVALUAR LA PRUEBA

La CIDH y las ONG peticionarias del caso “Manuela” alegan en la demanda contra El Salvador el error judicial, la inexistencia del delito, la inocencia de la condenada y la violación al principio de presunción de inocencia por parte de los tribunales de primera y segunda instancia al valorar ciertos elementos probatorios, argumento que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha rechazado *in limine* como infundado. En el caso de María del Carmen García Alvarenga, en cuanto al argumento de error judicial por parte de los solicitantes, la Corte indicó:

“no se logra comprobar ningún error judicial, dado que, el planteamiento de los peticionarios [...], va dirigido a cuestionar la forma en que los Sentenciadores verificaron su ponderación probatoria sin expresar algún *quebranto a las reglas de la sana crítica*, las cuales se constituyen como limitantes a la libertad en el análisis de la prueba de la que goza el Juzgador”²⁴¹.

En los casos de Maira Verónica Figueroa Marroquín, María Marina Pérez Martínez y Mariana López Zelada, la Corte Suprema observó además que:

“en el proceso penal aplicable al caso, se contempla que el sistema de valoración de la prueba tiene como base el *principio de libertad probatoria*

²³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 20-IND-2014, ¶III, cit.

²⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 19-IND-2014, ¶3.

²⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 11-IND-2014, ¶II (énfasis añadido).

con la única limitante de que las conclusiones generadas del análisis de la prueba han de estar conforme a las reglas del recto pensamiento humano; es decir, que deben responder a las leyes fundamentales de la lógica, a las máximas de la experiencia y a la sicología, situación que implica que al Juzgador no se le puede imponer la forma en que debe ponderar las probanzas, pero sí la obligación de dar las justificaciones del porqué de su decisión, circunstancia que de no ser cumplida por existir una *falta de fundamentación de la sentencia*, o existir *juicios de valor contradicciones o deducciones* que sean opuestas entre sí o que no gocen de derivación²⁴².

Respecto al alegato de error judicial porque una condenada habría tenido un aborto espontáneo y no un aborto, en el caso de Salvadora Carolina Díaz Riva, la Corte respondió que esta posibilidad “ha sido refutada probatoriamente en la sentencia condenatoria firme” y que “las inferencias fácticas que condujeron a la condena están fundamentadas en elementos de prueba esencialmente aportados”²⁴³. Del mismo modo, en el caso de Maritza de Jesús González, la Corte Suprema señaló:

“el hallazgo del cadáver enterrado de la víctima, que conforme a la autopsia respectiva, el Tribunal sentenciador tuvo por acreditado que la causa de muerte fue traumatismo craneo contuso y lesión de tejido blando, producido con objeto cortante y *no alguna complicación obstetricia* como se ha intentado aducir”²⁴⁴.

Por su parte, en cuanto al proceso de Marina de los Ángeles Portillo, la Corte Suprema respondió:

“según se estableció en el Juicio, el personal médico, después de los exámenes pertinentes diagnosticó que se había producido un *parto de término, no un aborto*, y el proceso se incoó a partir del hallazgo del cadáver de la recién nacida, con calcetas amarradas en el cuello y cubriendo la boca y fosas nasales; asimismo, se determinó en el Juicio, conforme a la Autopsia respectiva, que la *causa de muerte fue asfixia por estrangulación y no una complicación obstétrica* como se aduce en la solicitud”²⁴⁵.

En relación con la objeción a la existencia de un delito por omisión, en el caso de Johana Iris Rosa Gutiérrez, la Corte dio una respuesta similar a aquella dada en otros casos del grupo de diecisiete solicitudes de indulto, específicamente, que el argumento de los peticionarios se basaba

²⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, cit., ¶II, 8-IND-2014, ¶II y 16-IND-2014, cit., ¶II (énfasis añadido).

²⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 21-IND-2014, cit., ¶IV.

²⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 17-IND-2014, ¶II(B).

²⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 23-IND-2014, ¶II(D).

“en la inexistencia del delito por considerar que no fue cometido por acción u omisión, sino por comisión por omisión, *dejando de lado que ésta es una forma de cometer ilícitos que emana de la omisión propia* [son] afirmaciones que se basan en la propia apreciación probatoria [...]”²⁴⁶.

La Corte Suprema ha rechazado la solicitud de los peticionarios de reevaluar la prueba sobre la base de una supuesta violación al principio de la presunción de inocencia en vista de la naturaleza del oculto de gracia de indulto; por ejemplo, en los casos de Cinthia Marcela Rodríguez, María Marina Pérez Martínez, Mariana López Zelada y Maritza de Jesús González, la Corte señaló que las pretensiones de los peticionarios

“son afirmaciones que se basan en la propia apreciación probatoria [...] que únicamente se limitan a establecer una crítica a la forma en que fueron ponderados los distintos elementos de prueba que se produjeron en juicio, situación que [...] denota la pretensión, en cierta medida de la configuración de un recurso de alzada que poco o nada corresponde a una solicitud de gracia de esta naturaleza”²⁴⁷.

En el caso de Ena Vinda Munguía Alvarado, la Corte Suprema determinó que dicho argumento era una mera

“crítica a la valoración que hicieron los juzgadores de los elementos de prueba inmediatos”, “reclamos o vicios de carácter procesal, susceptibles de ser atacados vía recurso de casación o revisión y no a través de los recursos de gracia”²⁴⁸.

C) *ESFUERZOS POR REDEFINIR LA FIGURA DE FLAGRANCIA*

La CIDH y los peticionarios del caso “Manuela” alegan contra la validez de la prueba indirecta presentada en juicio y piden a la Corte Interamericana redefinir la figura de flagrancia del delito para que la Corte concluya que solo la prueba directa y el testimonio de testigos presenciales es válido de acuerdo con la Convención Americana, a pesar de que la Convención no establece dicho estándar probatorio y que la validez de la prueba indirecta tiene una vasta aceptación en todos los sistemas penales ya sea de derecho civil o del *Common Law*²⁴⁹. Dicho argumento podría estar basado en que “Manuela”, o María Edis, fue aprehendida “en flagrancia” en el hospital donde había sido internada, seguido a que los agentes de policía rescataron

²⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 12-IND-2014, ¶II (énfasis añadido).

²⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 8-IND-2014, ¶II, 16-IND-2014, ¶II y 17-IND-2014, cit., ¶II(C).

²⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 14-IND-2014, ¶II(C).

²⁴⁹ Véase CIDH. “CIDH presenta caso...”, cit., pp. 1, 3; CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18, cit.

el cadáver de su hijo recién nacido de la letrina, lo cual podría también ocurrir en casos de aborto provocado, por lo que la redefinición de la flagrancia podría ser una manera de buscar la impunidad de ambos delitos²⁵⁰.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sin embargo, ha desvirtuado este argumento en repetidas ocasiones. En los casos de Marina de los Ángeles Portillo y Maritza de Jesús González, por ejemplo, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto alegó que la falta de *prueba testimonial directa o plena* de la responsabilidad constituía una violación al principio de inocencia, a lo que la Corte Suprema de Justicia respondió indicando que la prueba aportada en juicio, aun siendo indirecta, consistía en

“datos objetivos circundantes al hecho [...] conexos y verificables, permitiendo inferir el hecho desconocido y la atribución de responsabilidad a la encartada”²⁵¹.

La Corte aclaró también que “si bien no se obtuvo prueba directa sobre la ejecución del ilícito [la] *prueba por indicios es válida y admisible*”, y que:

“la falta de prueba directa *per se*, no torna arbitraria o injusta la decisión judicial, cuando existen otros elementos, hechos base acreditados, datos periféricos o concomitantes, que se encuentran interrelacionados y que son susceptibles de ser hilvanados en un mismo sentido, de los cuales se deducen los hechos desconocidos. Otro asunto es, que los postulantes no concuerden con la forma en la que se ponderó esa prueba indirecta, siendo impugnable la racionalidad de las inferencias efectuadas, pero tal desavenencia no es materia para ser analizada en ocasión de la gracia solicitada”²⁵².

En el caso de Maira Verónica Figueroa Marroquín, de María Marina Pérez Martínez y Mariana López Zelada, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto alegó que se había violado el principio *in dubio pro reo*, presunción de inocencia, porque se las había condenado en ausencia de *testigos presenciales* que hubieran observado la comisión del crimen²⁵³. A ello, la Corte Suprema respondió que estos argumentos

“son afirmaciones que se basan en la propia apreciación probatoria que verifican los peticionarios de las probanzas, situación que como antes se

²⁵⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA, cit., ¶IV.

²⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 23-IND-2014, ¶II y 17-IND-2014, cit., ¶II.

²⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 23-IND-2014, ¶II(B) (énfasis añadido).

²⁵³ Solicitud de recurso de gracia “indulto” de Maira Verónica Figueroa Marroquín, *op. cit.* (énfasis añadido).

dijo, es potestad exclusiva del Tribunal sentenciador la ponderación de los elementos probatorios conocidos en la vista pública, siempre y cuando la asignación del valor dado a éstos esté debidamente justificada”²⁵⁴.

En el caso de María Teresa Rivera, la Corte Suprema encontró que:

“la construcción de la culpabilidad de la imputada se encuentra conforme a las reglas de la sana crítica y apoyada en pruebas lícitas, aunque éstas no se traten de *testimonios presenciales* del acto humano que causó la muerte del recién nacido, *el fallo de condena es válido*”²⁵⁵.

Dichas conclusiones no son inesperadas, pues la absurda pretensión de declarar inadmisibles las pruebas indirectas según la Convención Americana haría imposible la persecución penal no solo del infanticidio sino de una gran variedad de serios crímenes en el ordenamiento jurídico de un Estado.

D) RIGOR EXCESIVO DE LA PENA POR HOMICIDIO AGRAVADO Y DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

En los tribunales nacionales de El Salvador, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto alegó un rigor excesivo de la pena impuesta a las condenadas por homicidio agravado de sus hijos, argumento que la Corte Suprema de Justicia desvirtuó en sus dictámenes sobre los indultos requeridos. En la solicitud de indulto de María del Tránsito Orellana Martínez, por ejemplo, determinó la Corte que la sentencia de treinta años de prisión “no corresponde[n] a los supuestos de un rigor excesivo de la ley”²⁵⁶. En los casos de María del Carmen García Alvarenga, María Marina Pérez Martínez, Mariana López Zelada, Cinthia Marcela Rodríguez y Maira Verónica Figueroa Marroquín, la Corte rechazó que la pena por homicidio agravado fuera excesivamente rigurosa, señalando:

“la misma goza de entera validez al encontrarse debidamente justificada de acuerdo a los parámetros que establece la ley, y por consiguiente, no podría alegarse que ésta es injusta, pues *el espíritu del legislador fue sancionar con esa dureza el ataque al bien jurídico vida* por las implicaciones que éste conlleva, y a su vez porque se contempló que así se cumpliría la finalidad de *resocialización* para permitir posteriormente la debida inclusión en la sociedad”²⁵⁷.

²⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, ¶II; 8-IND-2014, ¶II y 16-IND-2014, ¶II.

²⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 24-IND-2014, ¶III (énfasis añadido).

²⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 20-IND-2014.

²⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 11-IND-2014, ¶II; 8-IND-2014, ¶II; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 16-IND-2014, ¶II, ¶III; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, ¶II (énfasis añadido).

Asimismo, en el caso “Manuela”, la CIDH condenó el hecho de que la sentencia de primera instancia hiciera referencia al deber jurídico que tiene toda madre de cuidar y dar auxilio a su hijo y que se mencionara el instinto maternal de dar protección al hijo, y a no privar de la vida a su recién nacido, alegando que El Salvador violó el principio de igualdad y no discriminación al aplicar

“algunos estereotipos de género [...] en la sentencia condenatoria, los cuales generaron que el tribunal de conocimiento omitiera valorar con exhaustividad cierta prueba, y tuvieron un impacto en la determinación de la responsabilidad penal”²⁵⁸.

Sin embargo, el *Código Penal* de El Salvador es neutro en cuanto al crimen de homicidio agravado en casos de infanticidio, en que ambos el padre y la madre son sujetos a la misma pena por el mismo crimen, sin distinción de género²⁵⁹. Además, la sentencia de María Edis se refirió también a “la irresponsabilidad paterna advertida de parte del padre biológico”, a pesar de que este no tuvo participación en el delito²⁶⁰.

Respecto de los alegatos de los solicitantes en cuanto a discriminación de género, en el caso de Evelyn del Carmen Sánchez Cabrera, la Corte encontró que no presentaron “*evidencias objetivas* de que la condena constituya una manifestación de discriminación en razón de género”²⁶¹. En los casos de Maira Verónica Figueroa Marroquín, María del Carmen García Alvarenga, María Marina Pérez Martínez y Mariana López Zelada, la Corte desestimó las acusaciones sobre discriminación de género de los solicitantes, indicando:

“éstas carecen de relevancia para estimarlas como motivos que inclinen a favorecer o no la concesión de la gracia del indulto de la pena que fue impuesta [...], ya que no se mencionan *hechos concretos* que conlleven a demostrar vulneraciones a los derechos ahí relacionados, ni *evidencias objetivas* de que la condena constituya una manifestación de discriminación en razón de género”²⁶².

Tampoco mencionaron los peticionarios que la víctima de homicidio agravado, en la mayoría de los casos, fue una niña o recién nacida identificada como de sexo femenino.

²⁵⁸ CIDH, “CIDH presenta caso...”, cit., p. 3; CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18, cit.

²⁵⁹ *Código Penal* de El Salvador, artículo 129(1).

²⁶⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA, ¶V.

²⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 13-IND-2014, ¶2 (énfasis añadido).

²⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 18-IND-2014, cit., ¶II, 8-IND-2014, ¶II, 16-IND-2014, ¶II y 11-IND-2014, ¶II (énfasis añadido).

*E) REVISIÓN INTEGRAL DEL FALLO
A TRAVÉS DEL RECURSO DE CASACIÓN*

La CIDH sostiene ante la Corte Interamericana que:

“El Salvador violó el derecho a recurrir el fallo pues al momento de los hechos no existía un recurso que permitiera la revisión integral de un fallo condenatorio penal, ya que solo se encontraba disponible el recurso de casación por inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal”,

argumento que la Corte Suprema de Justicia ya ha rechazado en los indultos solicitados para los diecisiete casos de homicidio agravado²⁶³.

En los casos de Cinthia Marcela Rodríguez, Alba Lorena Rodríguez Santos, Salvadora Carolina Díaz Rivas, María del Carmen García Alvarenga, María del Tránsito Orellana Martínez, María Marina Pérez Martínez, Johana Iris Rosa Gutiérrez, Maira Verónica Figueroa Marroquín y Mariana López Zelada, la Corte Suprema salvadoreña identificó el recurso de casación como el recurso que, al momento de la condena, hubiera permitido la revisión del fallo, indicando:

“si bien es cierto, a la fecha del pronunciamiento de la sentencia definitiva de condena, ésta no era recurrible ante un tribunal de segunda instancia, sin embargo, estas decisiones judiciales eran impugnables por la vía del recurso de casación, el cual, de acuerdo a la normativa procesal penal derogada, permitía una revisión integral del fallo tratándose de nulidades absolutas o de violaciones a garantías fundamentales [...]”;

y señalando:

“de tal manera que, las justificaciones expresadas en el escrito para sostener tal vulneración, no favorecen de ninguna manera la situación jurídica de la penada, dado que, los errores que invocan los peticionarios pudieron ser alegados y analizados por el Tribunal Casacional, por tanto, se reafirman que no se ha quebrantado el derecho a la revisión integral del fallo y los principios procesales que fueron señalados como vulnerados”²⁶⁴.

Respecto al argumento, de que el recurso de casación no sería adecuado porque no permitiría una revisión integral del fallo, la Corte indicó, en el caso de Ena Vinda Munguía Alvarado y Marina de los Ángeles Portillo, que:

²⁶³ CIDH. “CIDH presenta caso...”, p. 2. Véase CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17, cit., p. 4.

²⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE EL SALVADOR, 21-IND-2014, ¶III; 8-IND-2014, ¶II; 16-IND-2014, ¶II; 17-IND-2014, ¶II(E); 7-IND-2014, ¶III; 15-IND-2014, p. 5; 20-IND-2014; 12-IND-2014, ¶II; 18-IND-2014, ¶II y 11-IND-2014, ¶II.

“la posición de los peticionarios no trasciende de una mera especulación, en tanto que, no se intentó impugnar la sentencia condenatoria por la vía de la casación, siendo indeterminado si la posible censura al fallo encontró algún obstáculo legal o procesal para ser examinado por un tribunal superior”²⁶⁵.

En estos últimos casos, la Corte también desestimó la analogía con la Ley Penal Adjetiva derogada y el que tenía Costa Rica al momento de tramitarse el caso Herrera Ulloa ante la Corte IDH:

“por cuanto, ignora la flexibilización del recurso, mediante el tratamiento jurisprudencial desarrollado por la Sala de lo Penal, respecto de los requisitos legalmente establecidos para su admisión, de tal suerte que los mismos no constituyeran restricciones que mermaran la esencia del derecho de impugnación de las decisiones judiciales sometidas a su consideración”²⁶⁶.

VI. Las verdaderas víctimas de violaciones a los derechos humanos

El sufrimiento de los niños y niñas víctimas de homicidio agravado en cada uno de los veinticinco casos analizados es indescriptible. Los actos que produjeron la muerte de los niños fueron de una violencia inconcebible en contra de cualquier persona, pero más aún en contra de un recién nacido: estrangular, golpear con herramientas, piedras, objetos contusos, causarle fracturas, asfixiarle, apuñalarle, lanzar al bebé en una fosa séptica, meterle en un servicio sanitario o en un tanque de agua y abandonarle. Sus cuerpos sin vida fueron tratados sin el mínimo reconocimiento de su dignidad humana, abandonados en lugares indignos, desechados en bolsas de plástico y cajas de cartón y, en ocasiones, abandonados en prados, a la intemperie, donde fueron parcialmente devorados por animales.

El niño de “Manuela”, que fue arrojado en una letrina y murió ahogado en excremento, la mayoría de los niños y niñas victimizados en los casos estudiados sufrieron una muerte indigna y degradante, ahogados en fosas sépticas, lugar por lo común inaccesible, por su repugnancia, en las zonas pobres o rurales de Centroamérica, que carecen de agua y saneamiento.

²⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 14-IND-2014, ¶II(F) y 23-IND-2014, ¶II(E).

²⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 14-IND-2014, cit., ¶II(F); 17-IND-2014, ¶II(D) y 23-IND-2014, ¶II(E).

El hijo de Evelyn Beatriz Hernández Cruz también fue arrojado en una letrina y murió ahogado en excremento. Falleció por “neumonía espirativa [...] producida por un daño en los pulmones [...] por absorción de líquido y materia fecal”, según determinó su autopsia²⁶⁷. Asimismo, el hijo de María Teresa Rivera pereció por “asfixia perinatal” en una fosa séptica, ahogado por heces fecales y otros desechos humanos²⁶⁸.

El hijo de Cinthia Marcela Rodríguez Ayala Santos fue apuñalado con una tijera al nacer, sufrió “sección de grandes vasos del cuello, tráquea y corazón producida por arma blanca [...], lesión de músculos intercostales y corazón”²⁶⁹. De acuerdo con la sentencia, sufrió también fractura en el cuello, luego de lo cual su madre lo abandonó en una bolsa de plástico en una acera pública. La autopsia luego determinó que “el recién nacido tenía 12 horas o 14 de fallecido” al ser encontrado por agentes de policía²⁷⁰.

El bebé de Maritza de Jesús González fue ultimado a golpes en la cabeza y varias partes del cuerpo con una “cuma” o especie de espada curva que se usa para cortar grama²⁷¹. Las notas del hallazgo de su cuerpo indicaron que presentaba

“lesiones de fractura de pie derecho, destrucción del cráneo con bicet irregulares, otra lesión el toráx anterior que presenta destrucción de su lado derecho, presentando además sus miembros superiores e inferiores un estado de putrefacción”²⁷².

El hijo de Maira Verónica Figueroa Marroquín también sufrió graves golpes obtusos que le fracturaron el cráneo y le produjeron la muerte²⁷³.

El hijo de Alba Lorena Rodríguez también fue golpeado y estrangulado hasta morir, identificándose la causa de muerte como un “trauma craneoencefálico severo, de tipo contuso, más compresión del cuello” por parte de la madre²⁷⁴. Cuando el bebé recién nacido fue encontrado agonizante por una de las vecinas, esta observó que tenía todavía laceraciones en la región nasal y en el cuello, además de tener el cordón umbilical aún adherido a su cuerpo. El juzgado observó que las lesiones eran extensas en el recién nacido, y que resultaba evidente que fueron ocasionadas in-

²⁶⁷ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Causa 64-U1-17, p. 61.

²⁶⁸ TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3a.

²⁶⁹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 186-1-2008.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, p. 11(bis).

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE AHUACHAPÁN, *op. cit.*

²⁷⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010.

tencionalmente, causando, por último, la muerte del mismo²⁷⁵. La hija de María del Tránsito Orellana Martínez fue estrangulada y asfixiada con el lazo de un delantal²⁷⁶. El hijo de María del Carmen García Alvarenga fue estrangulado con un suéter, que todavía tenía alrededor del cuello cuando su cadáver fue encontrado en estado de putrefacción²⁷⁷.

La bebé recién nacida de Mariana López Zelada fue estrangulada y asfixiada de la manera más cruel y calculada:

“alrededor del cuello le sujeta en forma de lazo una tira de tela y lo hala hasta ahorcar a la misma, en el interior de la boca de la recién nacida, la imputada le introduce un algodón y la nariz se la tapa con una cinta adhesiva, todo ello obviamente con el objeto de evitar que la recién nacida respirara y así causarle la muerte”²⁷⁸.

Igualmente deliberado y cruel fue el homicidio de la bebé de Marina de los Ángeles Portillo, asfixiada por estrangulación, a quien los policías la encontraron con un calcetín o calceta tapándole la boca y otra calceta amarrada al cuello con un doble nudo²⁷⁹.

La hija de Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña, fue ahogada en el tanque de agua de un servicio sanitario, momentos después de nacer, su cuerpo aún unido a la placenta²⁸⁰. El juzgado de primera instancia indicó, sobre la base de la evidencia proporcionada, que la niña víctima nació viva, con treinta y ocho a cuarenta semanas de gestación, y que la causa de muerte fue “asfixia perinatal de tipo mecánica por inmersión”²⁸¹.

La hija de Isabel Cristina Quintanilla también murió dentro de la taza de un servicio sanitario, determinando la autopsia que la bebé vivió alrededor de dos horas previo a morir²⁸². La hija de Katherine Jocelyn Mazariego Orellana, abandonada en la taza de un servicio sanitario, sobrevivió entre quince minutos y una hora después del nacimiento y su causa de muerte fue determinada como “asfixia perinatal”²⁸³.

²⁷⁵ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010.

²⁷⁶ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 187-1-2010.

²⁷⁷ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 56-2000-2.

²⁷⁸ TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 141-2-2000, p. 2.

²⁷⁹ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE.

²⁸⁰ TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 53-2008-2.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-2005-3.

²⁸³ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-3-2018.

Tres niñas recién nacidas sobrevivieron intentos de homicidio por parte de sus madres, sufriendo graves amenazas a su vida, su integridad personal y su salud al ser expulsadas y abandonadas por varias horas en fosas sépticas. En el caso de Imelda Isabel Cortez Palacios, el soldado que rescató a la bebé indicó que esta estaba cubierta de heces y de un polvo que parecía cal²⁸⁴. La prueba aportada acreditó que, al recibir asistencia médica en el hospital, fue necesario hacer a la infante un lavado de estómago, pues tenía restos de heces fecales en su sistema digestivo; fue también necesario limpiar sus oídos, nariz y ojos los cuales estaban irritados y cubiertos de heces fecales²⁸⁵. También observaron los médicos que tenía un hematoma de seis a ocho centímetros en la espalda²⁸⁶.

De igual manera, el expediente clínico de la hija recién nacida de Mirna Isabel Ramírez de Martínez, que fue encontrada en una fosa séptica, indicaba que se encontraba llena de gusanos y excrementos humano y por ello se trasladó a la menor al hospital²⁸⁷.

El hijo de Ena Vinda Munguía Alvarado, que también fue expulsado y abandonado en una fosa séptica, fue rescatado y trasladado a un hospital, donde la doctora de turno declaró que al examinar al recién nacido lo encontró bañado de excremento por lo que le dio atención preventiva, entre ellos un lavado gástrico, encontrando en su estómago excremento²⁸⁸.

Los cuerpos de los bebés que perecieron fueron sin un mínimo reconocimiento de su dignidad humana, abandonados en lugares indignos, desechados en bolsas de plástico y cajas de cartón y, en ocasiones, abandonados en prados, a la intemperie, donde fueron parcialmente devorados por animales. Por ejemplo, respecto de la hija de Salvadora Carolina Díaz Rivas la sentencia condenatoria indicaba que:

“fue hallado en un predio ubicado en [...] el cuerpo sin vida de una niña con el cordón umbilical aún unido a la placenta, presentando surco apergaminado de dos centímetros de ancho que le rodea completamente el cuello, *antropofagia con desmembramiento completo en ambos miembros superiores, y en miembro inferior derecho a nivel de rodilla*, concluyéndose en la autopsia que la causa de la muerte fue por asfixia por estrangulación”²⁸⁹.

²⁸⁴ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USulután.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR.

²⁸⁸ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 20-C3-2010.

²⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 21-IND-2014, ¶IV (énfasis añadido).

De manera similar, la descripción del hallazgo del cuerpo de la hija de María Marina Pérez Martínez indica que se observaba:

“[...] un recién nacido de término, en la posición de cúbito dorsal con la cabeza al costado oriente, únicamente se observan restos del cadáver, conservándose el cráneo, miembros superiores, parte superior del torso y el resto ha sido devorado por los animales de rapiña, sin vísceras, conservándose también la columna vertebral, la pelvis y los huesos de las extremidades inferiores, así también manifiesta el señor X, que como a eso de las 14 horas observó que un perro venía del costado sus de su vivienda devorando un cadáver, razón por la que se lo quitó”²⁹⁰.

El cuerpo de la menor fue encontrado entre 48 y 72 horas después de fallecida.

La campaña por la despenalización del aborto basada en estos casos ha ocultado o minimizado estos hechos, evitando utilizar el término ‘infanticidio’ u ‘homicidio agravado’, refiriéndose a “partos extrahospitalarios” y omitiendo, de modo deliberado, información sobre las circunstancias de la muerte de los niños y niñas víctimas de estos crímenes, ignorando la increíble violencia que padecieron, a pesar de contar con la información legal de cada caso.

Los peticionarios del caso “Manuela” contra El Salvador y la CIDH han presentado a las madres que causaron intencionalmente la muerte violenta de sus bebés como víctimas de violaciones a sus derechos humanos por la supuesta penalización de emergencias obstétricas y del aborto provocado en El Salvador. Las organizaciones peticionarias han solicitado, en tribunales nacionales, no solo el indulto, sino la exoneración de madres que mataron a sus hijos recién nacidos, celebrando su liberación como un acto de justicia, empoderamiento de la mujer y progreso en la protección de los derechos humanos. Al abogar por la exoneración (póstuma en el caso de “Manuela”) de mujeres que matan a sus propios hijos recién nacidos, la CIDH y las ONG peticionarias han promovido, de hecho, la tolerancia e impunidad del infanticidio en El Salvador, un extremo –hasta hace poco– inconcebible para organizaciones que dicen promover los derechos humanos.

Conclusiones

La caracterización de los casos de homicidio agravado de niños recién nacidos a manos de sus madres, “Manuela” y “Las 17+”, como casos de penalización de emergencias obstétricas y partos extrahospitalarios, producto

²⁹⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA EN MORAZÁN.

de la prohibición del aborto en El Salvador, es una deliberada falsificación de los hechos y del derecho aplicado en cada caso: un fraude mediante el cual se busca lisa y llanamente provocar una sentencia de la Corte Interamericana que ordene a El Salvador despenalizar el aborto provocado, como así lo han indicado la CIDH y las organizaciones peticionarias. Las campañas mediáticas en torno a los casos de “Manuela” y “Las 17+” son una perfecta ilustración de una campaña de desinformación masiva que ha convencido a la opinión pública, la comunidad internacional y organismos internacionales de derechos humanos que El Salvador comete violaciones de derechos humanos inexistentes y que las cortes salvadoreñas han errado al penalizar el homicidio agravado de niños y niñas recién nacidos por parte de sus madres.

La desinformación ha creado confusión entre el público y la comunidad internacional, y ha generado presión mediática y política sobre funcionarios y jueces salvadoreños, que han hecho maniobras jurídicas y llegado a conclusiones irracionales en el intento de satisfacer las exigencias de aquellos que promueven la despenalización del aborto en El Salvador²⁹¹. Ello ha dado a las solicitudes de la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto un relativo éxito, pues, si bien solo siete de veinticinco acusadas de homicidio de sus hijos han sido exoneradas, nueve más han salido libres bajo conmutación de la pena, libertad condicional e indulto, para un total de dieciséis de veinticinco presas liberadas, de las cuales catorce fueron condenadas con anterioridad por el homicidio agravado de sus hijos recién nacidos y dos formalmente acusadas de dicho delito.

La simpatía ideológica de algunos gobiernos europeos y estadounidenses con la causa de la despenalización del aborto ha llevado a sus embajadores y representantes consulares a entrar en activismo a favor de la despenalización del aborto en el territorio de El Salvador junto a organizaciones feministas, lo cual es incompatible con la neutralidad política característica de la diplomacia internacional y con alta probabilidad, violatorio de varias normas de derecho internacional. En el caso de Suecia, la afinidad política con la legalización del aborto llevó al gobierno al extremo de dar asilo político y estatus de refugiada a María Teresa Rivera por una supuesta investigación criminal por aborto provocado, delito por el que nunca fue acusada ni condenada, como indicó la Corte Suprema de Justicia en su dictamen de indulto, rechazando las pretensiones de los

²⁹¹ Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Acta/n.º 32, p. 4 (en el caso de Mariana López Zelada, por ejemplo, durante la sesión en que se decidió la conmutación de la pena, el magistrado Florentín Meléndez notó que “se trata de uno de los casos de las denominadas ‘diecisiete’” y propuso que “se haga publicidad del contenido del dictamen”).

solicitantes de cambiar la calificación del delito de homicidio al delito de aborto provocado²⁹².

La afinidad política con la causa del aborto parece también haber cegado a la CIDH y a otras agencias internacionales de derechos humanos, que han ignorado selectivamente ciertos hechos de cada caso individual y los fundamentos jurídicos básicos de cada condena, en particular, los brutales homicidios de niños y niñas recién nacidos, calificándolos como penalización de emergencias obstétricas y aborto espontáneos, sin evidencia de ningún tipo ni apoyo concreto en la realidad. En este sentido, la deliberada omisión de cualquier consideración de los derechos del niño y tergiversación de los hechos por parte de la CIDH en el caso “Manuela”, a pesar de contar con toda la información legal a la mano, es inexcusable y cuestiona, en su esencia, el profesionalismo y credibilidad de la institución, que ya perdió fondos por parte de Estados Unidos por su agresiva promoción del aborto en el continente²⁹³.

A pesar de la tergiversación de los hechos y la enorme presión mediática y política por satisfacer las pretensiones de los grupos que promueven la despenalización del aborto en El Salvador, en la mayoría de los casos prevaleció la razonabilidad de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, de los tribunales de primera instancia, que aplicaron las penas establecidas por el derecho salvadoreño por los delitos cometidos contra los niños y niñas que fueron victimizados en cada uno de estos crímenes, y de la fiscalía que buscó la sanción penal de estos crímenes. La Asamblea Legislativa solo otorgó dos indultos, y ha sido el Poder Ejecutivo, el que la mayor parte de las veces, ha promovido la conmutación de penas que ha llevado a la liberación de varias condenadas.

En El Salvador, fuentes oficiales confirman que entre 2013 y 2019 ha habido un promedio de una imputada condenada por aborto voluntario cada año, en el ámbito nacional, de las cuales ninguna ha, aparentemente, cumplido una pena de prisión, pues el delito (cuya pena es de dos a ocho años de prisión) es conmutable por una pena no privativa de libertad²⁹⁴. Quizá por esta razón, las organizaciones peticionarias del caso “Manuela” han utilizado casos de infanticidio para promover la despenalización del aborto en el país. Contrario a las afirmaciones de la CIDH, El Salvador

²⁹² Solicitud de recurso de gracia “indulto” de María Teresa Rivera, op. cit.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 24-IND-2014.

²⁹³ Véase Carol MORELLO, “Pompeo cuts OAS funds over advocacy of legal abortion” (reportando sobre los fondos que retiró Estados Unidos al financiamiento de la CIDH debido a su promoción del aborto en América Latina).

²⁹⁴ FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Solicitud n.º 170-UAIP-FGR-2019.

parece no estar aplicando el artículo 133 del *Código Penal* sobre aborto provocado, al menos respecto a las mujeres que abortan a sus hijos.

La demanda del caso “Manuela” y la petición sobre nueve condenadas no establecen ninguna relación causal entre la condena penal por homicidio agravado y la prohibición del aborto en el país. En el caso de “Manuela”, la prohibición de aborto provocado en El Salvador nada tuvo que ver con la investigación y condena del delito cometido, pues María Edis aseveró desconocer su propio estado de embarazo y haber tenido un aborto espontáneo. En ningún momento indicó haber tratado abortar, ni solicitó un aborto provocado o intentó obtenerlo, ni fue investigada o condenada por el delito de aborto. De los veinticinco casos estudiados, solo tres contenían una acusación inicial por aborto, que luego se modificó a homicidio agravado al comprobarse que el niño o niña víctima había nacido con vida: los de Katherine Jocelyn Mazariego Orellana, Karina del Carmen Herrera Clímaco y Salvadora Carolina Díaz Rivas. Dos de ellas fueron eventualmente absueltas por el homicidio de sus hijos recién nacidos. Estas denuncias iniciales por aborto provocado podrían explicar por qué la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto estuvo involucrada en estos casos en sus comienzos. Sin embargo, la organización no ha documentado ningún caso de condena penal, justa o injusta, por aborto provocado en El Salvador, ni por tentativa de este.

La Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto, en varias de los casos estudiados, intentó, sin éxito, hacer pasar algunos casos de homicidio agravado por aborto en los tribunales salvadoreños, por ejemplo, en el caso de María Teresa Rivera y en el de Katherine Jocelyn Mazariego Orellana, donde la defensa, llevada por abogados de la Agrupación, específicamente pidió que se procesara a la imputada por aborto consentido y propio y no por homicidio agravado, alegando que “el delito acusado se adecúa más a esa acusación”²⁹⁵. En el caso de María Teresa Rivera, la Corte Suprema de Justicia consideró improcedente esta solicitud:

“no tiene cabida el cambio de calificación jurídica de los hechos de Homicidio Agravado a Aborto Consentido y Propio, pues si las pruebas científicas determinaron que el producto de la gestación era de término y sobrevivió al parto, es decir que nació vivo porque a las pruebas realizadas, sus pulmones flotaron, y esto *descarta que se esté en presencia de un aborto*”²⁹⁶.

La auténtica relación de estos casos de infanticidio con la despenalización del aborto provocado tal vez radica en que las medidas de reforma

²⁹⁵ TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-3-2018, p. 3.

²⁹⁶ *Ibid.*

procesal penal que propone la CIDH en la demanda del caso “Manuela” están con claridad, dirigidas a inhibir la investigación, persecución penal y condena de los delitos contra la vida del no nacido y del recién nacido y, por ende, a promover la impunidad del infanticidio y el aborto voluntario. Por ejemplo, la propuesta de restringir o limitar la discreción judicial en cuanto a la evaluación de los medios probatorios, sugiere una intención de limitar la autoridad de los jueces para emitir condenas por estos crímenes. Asimismo, la redefinición de la presunción de inocencia y la flagrancia del delito para exigir prueba directa, testigos presenciales y requisitos de comisión –no omisión– podría, en la práctica, no solo dificultar, sino imposibilitar, las condenas penales por homicidio agravado de un niño recién nacido o por aborto provocado, crímenes que casi siempre se cometen en secreto, sin testigos, y donde con frecuencia media la destrucción de la prueba directa, sobre todo si no ocurre la detención preventiva en una situación de flagrancia.

La propuesta de crear restricciones para las denuncias de médicos sobre posibles delitos de aborto provocado o infanticidio bajo la excusa del “derecho al secreto profesional”, demuestra, en efecto, el objetivo de los peticionarios y la CIDH de inhibir las denuncias de aborto e infanticidio por parte de médicos y personal de salud, y, por ende, inhibir la investigación y condena penal de delitos cometidos en contra de niños y niñas por nacer y recién nacidos, donde el médico es el primero en enterarse que ha habido un aborto provocado o un parto donde se desconoce el paradero del bebé. La restricción de dichas denuncias dificultaría así la tarea de las autoridades de investigar y condenar delitos contra la vida del niño no nacido y del recién nacido, imponiendo, a su vez, un deber de encubrimiento del delito al personal de salud.

Es aún más evidente el objetivo de promover la impunidad del aborto provocado y el infanticidio en las recomendaciones en favor de la adopción de políticas que promuevan “una perspectiva de género en la persecución penal”, definida como una política que cambia por completo el tipo penal, o prevé una pena disminuida o la extinción total de la pena por un delito contra la vida de un nacido o no nacido sobre la base del género del victimario. El Salvador ya cuenta con este tipo de política pública, la Política de Persecución Penal en Materia de Violencia contra las Mujeres de El Salvador, que contribuyó a la exoneración de Imelda Cortez Palacios en 2019, al solicitar la fiscalía el cambio en la calificación del delito de tentativa de homicidio agravado al delito de abandono y desamparo de persona, como se explicó²⁹⁷. Bajo este tipo de política, el

²⁹⁷ Véase FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, “Fiscal General lanzó política de persecución penal en materia de violencia contra las mujeres”.

simple hecho de ser mujer justifica un crimen o cambia por completo el tipo penal, con independencia de factores mitigantes y eximentes de la pena por incapacidad o enajenación mental y otros trastornos psicológicos ya contemplados en la ley, en detrimento del principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

El litigio de estos veinticinco casos podría ya haber tenido un efecto inhibitorio en las autoridades sanitarias, policiales y judiciales de El Salvador, que podrían razonablemente tener aprehensión en investigar o perseguir delitos de aborto o infanticidio en el actual clima de hostilidad a la aplicación de la ley penal, al menos en ciertos círculos políticos y mediáticos. Por ejemplo, en el caso de Elsi Marlene Rosales García, la fiscalía se inhibió de procesar a la imputada por homicidio agravado después de haberse hecho la acusación formal, al menos en parte, por cuestionamientos que podrían haberse hecho contra la prueba de autopsia de la recién nacida. Asimismo, en el caso de Maricela Emperatriz Albizuri, la fiscalía se inhibió de apelar a pesar de que había prueba directa inculcando a la procesada y de que pudo haberse solicitado ampliación de la prueba.

Por otra parte, el litigio de los casos de “Manuela” y “Las 17+” no ha logrado promover la despenalización del aborto esperada, pues los proyectos de ley presentados hasta 2019, no han logrado un consenso democrático para despenalizar el aborto a través de una reforma penal o la adopción de una nueva ley en la Asamblea Legislativa de El Salvador, posible razón por la cual la CIDH solicita a la Corte Interamericana que ordene a El Salvador aprobar la despenalización del aborto provocado a través de un reglamento o protocolo del Poder Ejecutivo. Dicho protocolo, sin embargo, carecería de legitimidad democrática y respaldo legislativo, lo cual podría hacerle susceptible a acciones constitucionales ante la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, lo que sí ha resaltado en el litigio de los casos de “Las 17+” y del “caso Manuela”, es la lógica infanticida de la promoción del aborto como derecho humano. La completa indiferencia de las ONG peticionarias y la CIDH ante la brutal muerte y sufrimiento del niño o niña recién nacido en cada caso puede sorprender a cualquier lector de los informes de la CIDH en el caso “Manuela” y en los escritos presentados por los peticionarios en las diecisiete solicitudes de indulto, pero en muchos aspectos es idéntica a la falta de respeto por la vida y sufrimiento de la persona por nacer que muere por aborto.

El intento de hacer pasar infanticidios por abortos podría no ser ilógico bajo la óptica de la promoción de un supuesto derecho humano a abortar. En él, la diferencia entre un niño recién nacido y un niño no nacido podría verse como puramente técnica, contingente a detalles insignificantes, como la supervivencia o respiración fuera del útero por horas

o minutos después del parto. Después de todo, del aborto al infanticidio hay un solo paso, como lo demuestran los casos de algunas inculpadas para quienes se hizo cambio en la calificación del delito al descubrirse que la víctima había tenido vida extrauterina. Al procurar garantizar la impunidad del infanticidio y desensibilizar a la población sobre la vida del recién nacido, sin duda se allana el camino para la legalización del aborto, invisibilizando a la persona nacida o por nacer, y presentando la práctica del aborto o el infanticidio como un asunto que solo afecta a la mujer, ocultando, por supuesto, el hecho de que gran parte de las víctimas de infanticidio en los casos de “Las 17+” fueron mujeres, niñas recién nacidas ultimadas por sus madres. Ni los peticionarios ni la CIDH hacen distinción alguna entre la muerte del niño o niña por aborto dentro del vientre de la madre y la del recién nacido por infanticidio, y exigen la impunidad de ambas conductas bajo la misma figura de la despenalización del aborto²⁹⁸.

La macabra propuesta de promover la impunidad del infanticidio para despenalizar el aborto en El Salvador muestra la reciente radicalización del movimiento por la creación de un derecho al aborto, que parece haber llegado a extremos antes insospechados. La lógica infanticida de la promoción de un derecho al aborto, sin embargo, no es única a El Salvador, pues en otros países, como Argentina, se han hecho similares propuestas en el caso Belén, y en Estados Unidos, se han adoptado leyes que permiten el infanticidio de recién nacidos que sobreviven un aborto quirúrgico, por ejemplo, en el Estado de Virginia²⁹⁹. Los elementos más moderados dentro de los grupos a favor de la legalización del aborto deberían, sin embargo, resistir esta propuesta, pues existen obvias diferencias jurídicas entre el infanticidio y el aborto provocado, y la ilegalidad del infanticidio es ampliamente aceptada, incluso entre aquellos que aceptan la legalización del aborto.

Además de ser un caso sobre la despenalización del aborto y la impunidad del infanticidio, el caso “Manuela” contra El Salvador es un caso sobre derechos de la niñez, donde la Corte IDH considerará las propuestas de la CIDH y los peticionarios de crear un derecho superior de la mujer a disponer de la vida del hijo no nacido o recién nacido, ya sea a través del aborto u homicidio, pero también tendrá la oportunidad de reivindicar

²⁹⁸ Véase CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 229/17, cit.; CIDH, “CIDH urge a El Salvador...”, cit.; CIDH, Audiencia temática “El Salvador: Mujeres privadas...”, cit.

²⁹⁹ Véase Bárbara BUSTAMANTE, “Caso Belén: Manipulan infanticidio para legalizar el aborto en Argentina”; Justin DYER, “What’s the Difference Between Abortion and Infanticide?” (críticas al caso Belén en Argentina y a la legislación del Estado de Virginia en Estados Unidos).

los derechos del niño. Estos se encuentran protegidos en el artículo 19 de la Convención Americana y por la Convención sobre Derechos del Niño, de la cual todos los Estados americanos, incluyendo El Salvador, son parte. Dicha convención contiene un deber de protección de la vida del niño por parte de los padres, ya que

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*”³⁰⁰.

La penalización del infanticidio no caracteriza una violación de derechos humanos bajo ningún tratado internacional y El Salvador puede, por lo tanto, legalmente resistir las recomendaciones de la CIDH y de cualquier organismo internacional de derechos humanos que le exija la despenalización del aborto y la tolerancia del infanticidio en el caso “Manuela”. En primer lugar, porque la Convención Americana permite a los Estados parte proteger la vida del no nacido y del recién nacido a partir del momento de la concepción de manera amplia y general, no excepcional, como su texto mismo indica³⁰¹. Segundo, porque aun en el caso de una sentencia condenatoria por parte de la Corte IDH, el país podría rechazar una eventual interpretación restrictiva y *ultra vires* del derecho del niño a la vida, como violatoria del principio *pro homine* de la Convención misma y del objeto y fin del tratado, que es el de dar protección al derecho a la vida desde la concepción, no de removerla³⁰².

Bibliografía citada

NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADA

Acta de Audiencia Especial de Revisión de Sentencia, Causa 148-02-3^a, 6 de julio de 2009, El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/08/casacic3b3n-karina-del-carmen-herrera-climaco.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].

Acuerdo número veinte, en *Diario Oficial de la República de El Salvador*, tomo n.º 384, n.º 150, San Salvador, 22 de julio de 2009. Disponible en www.diario-

³⁰⁰ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, preámbulo y artículos 3(2), 6 (énfasis añadido).

³⁰¹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, artículo 4(1). Véase Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, pp. 16-17.

³⁰² Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi, p. 24.

- oficial.gob.sv/diarios/do-2009/08-agosto/17-08-2009.pdf [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CÁMARA DE LA SEGUNDA SECCIÓN DEL CENTRO, Causa 64-U1-17, sentencia del 2 de octubre de 2017. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/07/expediente-evelin-beatriz-hernc3a1ndez-cruz.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 166-2009, 21 de septiembre de 2011. Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2011/09/92F11.PDF [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Amparo 310-2013, 28 de mayo de 2013. Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 67-10, 13 de abril de 2011. Disponible en [www.csj.gob.sv/ResSalaConst.nsf/3904032ec36cbce60625767f000945eb/0a7cee6e086c6795062578a80080552d/\\$FILE/67-2010.pdf](http://www.csj.gob.sv/ResSalaConst.nsf/3904032ec36cbce60625767f000945eb/0a7cee6e086c6795062578a80080552d/$FILE/67-2010.pdf) [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- Código Penal* de El Salvador.
- Código Penal* de Guatemala.
- Code Pénal* de Haïti.
- Código Penal* de Honduras, año.
- Código Penal* de Nicaragua.
- Código Penal* de República Dominicana.
- Código Penal Federal* de México.
- Código Penal* de Surinam.
- Comunicado Fiscalía General de la República de El Salvador, 2018. Disponible en <https://bit.ly/33DY5G1> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Código Procesal Penal Comentado*, El Salvador, 2018. Disponible en www.cnj.gob.sv/index.php/recursos/publicaciones-cnj/1082-codigo-procesal-penal-comentado-2018 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- Constitución Política de la República de El Salvador.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 18 de julio de 1978. Disponible en www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (18 de diciembre de 2014), 7-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/8-dictamen-cinthia-marcela-rodriguez-ayala.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (23 de diciembre de 2014), 8-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/14-dictamen-marc3ada-marina-pc3a9rez-marc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (13 de noviembre de 2017), 10-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/16-dictamen-mirna-isabel-ramc3adrez-marc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (23 de diciembre de 2014), 11-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/13-dictamen-marc3ada-del-carmen-garcc3ada- Alvarenga.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (23 de diciembre de 2014), 12-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/12-dictamen-johana-iris-rosa-gutic3a9rrez.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (23 de diciembre de 2014), 13-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-dictamen-evelyn-del-carmen-sc3a1nchez-cabrera.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 14-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/11-dictamen-ena-vinda-munguc3ada-alvarado.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 15-IND-2014 [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 16-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/9-dictamen-mariana-lc3b3pez-zelada.pdf> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (27 de enero de 2015), 17-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/17-dictamen-martitza-de-jesc3bas-gonzc3a1lez.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 18-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/10-dictamen-maira-verc3b3nica-figueroa-marroquc3adn.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 19-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/3-dic>

- tamen-teodora-del-carmen-vc3alsquez-de-saldac3b1a.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 20-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/5-dictamen-maria-del-trc3alnsito-orellana-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 21-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/7-dictamen-salvadora-carolina-dc3adaz-rivas.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (18 de diciembre de 2014), 22-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/1-dictc3almen-carmen-guadalupe-vc3alsquez-aldana.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (20 de enero de 2015), 23-IND-2014. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/15-dictamen-marina-de-los-angeles-portillo.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (22 de enero de 2015), 24-IND-2014. [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (31 de enero de 2017), Acta Correspondiente a la Sesión de Corte Plena. Disponible en www.csj.gob.sv/CORTE_PLENA/2017/01_ENERO/31012017%20ACTA.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (3 de mayo de 2018), Acta/n.º 32, sesión de Corte Plena. Disponible en www.csj.gob.sv/CORTE_PLENA/2018/Mayo/32-%2003052018%20ACTA%20AUTORIZADA%20Y%20FIRMADA.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL SALVADOR (15 de mayo de 2009), *Habeas Corpus* 4-2009. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/08/habeas-corporis-isabel-cristina-quintanilla.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Acusación Ref: 590-UDMM-2016-S.S, causa penal 4-17-9. 23 de febrero de 2018. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/sentencia-katherine-joseline-mazariego-orellana.-tribunal-de-sentencia-de-san-salvador.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN SONSONATE, Proceso penal con referencia judicial 87-2/17, sentencia del 25 de junio de 2018. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/sobreseimiento-elsimarlene-rosales-garcc3ada.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- JUZGADO NOVENO DE INSTRUCCIÓN DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 87-2/17, sentencia del 19 junio de 2018. Disponible en <https://>

- vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/maricela-emperatriz-albizuri-acusacic3b3n-y-sobr.-def.-juzgado-noveno-de-instruccic393n-san-salvador.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- Ley Especial de Ocurros de Gracia, decreto n.º 436, El Salvador. Disponible en www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072946307_archivo_documento_legislativo.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador, decreto legislativo n.º 33, 1948. Disponible en <https://tramites.gob.sv/media/Ley%20Organica%20del%20Servicio%20Consular.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Asamblea Legislativa, decreto n.º 930 de 21 de enero de 2015. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/1-decreto-carmen-guadalupe-vc3a1squez-aldana.pdf> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Inconstitucionalidad 18-98, 20 de noviembre de 2007. Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2007/11/2EF3.PDF [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- SALA DE LO PENAL DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Causa 64-U1-17, sentencia del 26 de septiembre de 2018. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/07/expediente-evelin-beatriz-hernc3a1ndez-cruz.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Cinthia Marcela Rodríguez Ayala, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/8-indulto-cinthia-marcela-rodriguez-ayala.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Ena Vinda Munguía Alvarado, 1 de abril de 2014, El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/11-indulto-ena-vinda-munguc3ada-alvarado.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Evelyn del Carmen Sánchez Cabrera, 1 de abril de 2014, El Salvador. Disponible <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-indulto-evelyn-del-carmen-sc3a1nchez-cabrera.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Johana Iris Rosa Gutiérrez, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/12-indulto-johana-iris-rosa-gutic3a9rrez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Maira Verónica Figueroa Marroquín, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/10-indulto-maira-verc3b3nica-figueroa-marroquc3adn.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].

- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de María del Carmen García Alvarenga, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/13-indulto-marc3ada-del-carmen-garcc3ada-alvarenga.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de María del Transito Orellana Martínez, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/5-indulto-maria-del-trc3a1nsito-orellana-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de María Marina Pérez Martínez, 1 de abril del 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/14-indulto-marc3ada-marina-pc3a9rez-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de María Teresa Rivera, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/2-indulto-marc3ada-teresa-rivera-1.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Mariana López Zelada, 1 de abril de 2014, El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/9-indulto-mariana-lc3b3pez-zelada.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Marina de los Ángeles Portillo, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/15-indulto-marina-de-los-angeles-portillo.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Maritza de Jesús González, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/17-indulto-martitza-de-jesc3bas-gonzc3a1lez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- Solicitud de ocursu de gracia “indulto” de Teodora del Carmen Vásquez de Saldaña, 1 de abril de 2014. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/3-indulto-teodora-del-carmen-vc3a1squez-de-saldac3b1a.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL CUARTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 141-2-2000, sentencia del 13 de diciembre de 2000. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/9-sentencia-mariana-lc3b3pez-zelada.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE AHUACHAPÁN, Proceso penal con referencia judicial 104-AP-1-2003, sentencia del 25 de septiembre de 2003. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/10-sentencia-maira-verc3b3nica-figueroa-marroquc3adn.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Causa 64-U1-17, sentencia del 5 de julio de 2017. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/07/expediente-evelin-beatriz-hernc3a1ndez-cruz.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].

- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 04-08-1, sentencia del 10 de marzo de 2009. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/7-sentencia-salvadora-carolina-dc3adaz-rivas.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 19-C2-2010, sentencia del 26 de febrero de 2010, El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-sentencia-evelyn-del-carmen-sc3alnchez-cabrera.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 20-C3-2010, sentencia del 15 de abril de 2010. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/11-sentencia-ena-vindamunguc3ada-alvarado.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE COJUTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 187-1-2010, sentencia del 1 de octubre de 2010. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/5-sentencia-maria-del-trc3alnsitorellana-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, Proceso penal con referencia judicial 135/2009, sentencia del 9 de abril de 2008. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/17-sentencia-martitza-de-jesc3bas-gonzc3allez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA EN MORAZÁN, Proceso penal con referencia judicial TS 036/2002, sentencia del 15 de julio de 2002. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/14-sentencia-marc3ada-marina-pc3a9rez-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SAN FRANCISCO GOTERA, causa penal número TS066-2008, sentencia del 11 de agosto de año 2008, El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/sentencia-condenatoria-maria-edis-hernc3alndez-mc3a9ndez-de-castro.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 27-1-2008, sentencia del 9 de abril de 2008. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/4-sentencia-evelyn-del-carmen-sc3alnchez-cabrera.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, Proceso penal con referencia judicial 186-1-2008, sentencia del 20 de agosto de 2009. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/8-sentencia-cinthia-marcela-rodriguez-ayala.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SANTA TECLA, sentencia 220-1-2010, 15 de julio de 2010 [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE SENSUNTEPEQUE, Proceso penal con referencia judicial 81-07-01, sentencia del 1 de noviembre de 2007. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/15-sentencia-marina-de-los-angeles-portillo.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].

- TRIBUNAL DE SENTENCIA DE USulután, Proceso penal con referencia judicial U-173-09-18, sentencia 1J-1201, 9 de enero de 2019. El Salvador. Disponible en <https://vidasv.org/2019/05/26/las17-imelda/> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-3-2018, sentencia del 6 de julio del 2018. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/sentencia-katherine-joseline-mazariego-orellana.-tribunal-de-sentencia-de-san-salvador.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL QUINTO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia 16-1-2003, sentencia del 11 de noviembre de 2013. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/16-sentencia-mirna-isabel-ramc3adrez-martc3adnez.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 56-2000-2, sentencia del 15 de junio de 2000. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/13-sentencia-marc3ada-del-carmen-garcc3ada- Alvarenga.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 53-2008-2, sentencia del 1 de febrero de 2010. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/3-sentencia-teodora-del-carmen-vc3a1squez-de-saldac3b1a.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 18-2008-2, sentencia del 11 de febrero de 2008. El Salvador. Disponible en <https://vidasv.org/2019/05/26/las17-guadalupe/> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, Proceso penal con referencia judicial 18-2008-2, sentencia del 11 de febrero de 2008. El Salvador. Disponible en <https://vidasv.org/2019/05/26/las17-guadalupe/> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 102-2005-3, sentencia del 23 agosto de 2005. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/08/sentencia-isabel-cristina-quintanilla.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, sentencia del 11 de mayo de 2016 [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3c, sentencia del 30 de mayo de 2016. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/marc3ada-teresa-rivera-sentencia-absolutoria.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].
- TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 113-2012-3a, sentencia del 27 de julio de 2012. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/06/2-sentencia-marc3ada-teresa-rivera.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].

TRIBUNAL TERCERO DE SENTENCIA DE SAN SALVADOR, Proceso penal con referencia judicial 148-02-3a, sentencia del 29 de noviembre de 2010. El Salvador. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/08/sentencia-karina-del-carmen-herrera-climaco.pdf> [fecha de consulta: 27 de diciembre de 2019].

Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

ARTICULOS Y DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

ABOGADOS Y NOTARIOS DE EL SALVADOR, “Jueces corrigen condena y dejan libre a una mujer”. Disponible en <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/jueces-corrigen-condena-y-dejan-libre-a-una-mujer/> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

“Absuelven a Evelyn Hernández por el homicidio agravado de su bebé”, 19 de agosto de 2019, Disponible en www.elsalvador.com/noticias/nacional/absuelven-a-evelyn-hernandez-por-el-homicidio-agravado-de-su-bebe/631829/2019/ [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

ALAS, Saraí, “Reducen pena a otra mujer condenada por homicidio”, en *El Mundo*, 14 de marzo de 2018. Disponible en <https://elmundo.sv/reducen-pena-a-otra-mujer-condenada-por-homicidio/> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “El Salvador, el gobierno debe despenalizar el aborto tras la liberación de una mujer encarcelada por una emergencia obstétrica”. Disponible en www.amnesty.org/es/latest/news/2018/03/el-salvador-government-must-decriminalize-abortion-following-release-of-woman-jailed-for-stillbirth/ [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

BADEN, Kelly, “State Lawmakers Visited El Salvador for a Fact-Finding Mission on Abortion Bans”, November 21, 2019. Disponible en <https://msmagazine.com/2019/11/21/delegation-of-state-legislators-visited-el-salvador-for-fact-finding-mission-on-abortion-bans/> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

BUSTAMANTE, Bárbara, “Caso Belén: Manipulan infanticidio para legalizar el aborto en Argentina”, 5 de agosto de 2016. Disponible en www.aciprensa.com/noticias/caso-belen-manipulan-infanticidio-para-legalizar-el-aborto-en-argentina-70233 [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

CÁRDENAS, Alejandra, “CRR in the Field”, 2011. Disponible en www.reproductiverights.org/story/crr-in-the-field-alejandra-cardenas [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].

CASTALDI, Ligia de Jesús (2016): “Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 171. Disponible en www.revistaidh.org/ridh [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].

- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, “Comité de la ONU le pide a El Salvador despenalizar el aborto”, 3 de noviembre de 2017. Disponible en <https://reproductiverights.org/centro-de-prensa/comite-de-la-onu-le-pide-a-el-salvador-despenalizar-el-aborto> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, “El Centro de Derechos Reproductivos demanda al Estado salvadoreño por detenciones arbitrarias y trato cruel ante la CIDH”, 2012. Disponible en <https://reproductiverights.org/centro-de-prensa/el-centro-de-derechos-reproductivos-demanda-al-estado-salvadore%C3%B1o-por-detenciones-a> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CENTRO CULTURAL DE ESPAÑA EN EL SALVADOR, “Conversatorio sobre criminalización de partos en la pobreza”, 26 de junio de 2019. Disponible en www.facebook.com/ccesv/videos/850471688679073/ [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS LAC (REPRORIGHTSLAC), “Carmen Guadalupe Vásquez Aldana, mujer Salvadoreña indultada por el gobierno de #ElSalvador después de pasar siete años y tres meses encarcelada por sufrir una emergencia obstétrica, representó a #Las17 en nuestra gala de 25 años”, 24 de diciembre de 2017. Disponible en <https://twitter.com/ReproRightsLAC/status/945025285950341120> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y AGRUPACIÓN CIUDADANA POR LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO TERAPÉUTICO, ÉTICO Y EUGENÉSICO DE EL SALVADOR, Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Disponible en: <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/peticic3b3n-ante-la-cidh-9-casos-de-infanticidio.pdf> [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, Audiencia temática “Situación de derechos humanos de las mujeres y las niñas en El Salvador”, 147 periodo de sesiones. 16 de marzo de 2013. Disponible en www.youtube.com/watch?v=XRSAA7UWsko [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, Audiencia temática “El Salvador: Mujeres privadas de libertad por emergencias obstétricas”. 156 periodo de sesiones. 19 de octubre de 2015. Disponible en www.youtube.com/watch?v=h9Op-28nM2U [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, “CIDH llama a El Salvador a revisar detenidamente las condenas en cada uno de estos casos y a reformar la legislación que prohíbe actualmente el aborto en todas circunstancias, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos” [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, “CIDH presenta caso sobre El Salvador a la Corte IDH”. Disponible en www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/255.asp [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, “CIDH urge a El Salvador a terminar con la criminalización total del aborto”. 7 de marzo de 2018. OEA www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/042.asp [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, “Conclusiones y observaciones sobre la visita de trabajo de la CIDH a El Salvador”, 7 de marzo de 2018. OEA. Disponible en: <https://www.oas.org/es/>

- cidh/prensa/comunicados/2018/011A.asp [fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019].
- CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 29/17, Petición 424-12, Informe de Admisibilidad, 18 de marzo de 2017. OEA/Ser.L/V/II.161, Doc. 36. Disponible en www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/ESAD424-12ES.docx [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CIDH, “Manuela y Familia, El Salvador”, Informe n.º 153/18, caso 13.069, Informe de Fondo. 7 de diciembre de 2018. OEA/Ser.L/V/II.170, Doc. 175. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2019/12/informe-de-fondo-manuela.pdf> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CIDH, “Saluda la decisión de las autoridades de El Salvador de conmutar la pena y conceder la libertad a Teodora del Carmen Vásquez, tras 10 años de prisión por haber sufrido un aborto espontáneo”, 7 de marzo de 2018 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CIDH, “Saludamos decisión de autoridades de El Salvador de absolver a Imelda Cortez, acorde a las recomendaciones que formulamos tras visita al país el año pasado y reiteramos nuestro llamado al Estado salvadoreño a terminar con la criminalización total del aborto en el país”, 18 de diciembre de 2018. Disponible en <https://twitter.com/CIDH/status/1075171485063438336> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- COLECTIVA FEMINISTA, “Conferencia reparación integral a las mujeres víctimas de violencia de género”. Disponible en <https://colectivafeminista.org.sv/2018/12/05/conferencia-reparacion-integral-a-las-mujeres-victimas-de-violencia-de-genero/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- COLECTIVA FEMINISTA, “Lanzamiento de la primera RED de mujeres Defensoras de Derechos Humanos de la Policía Nacional Civil”. Disponible en <https://colectivafeminista.org.sv/2017/11/21/lanzamiento-de-la-primera-rer-de-mujeres-defensoras-de-derechos-humanos-de-la-policia-nacional-civil/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- COLECTIVA FEMINISTA PARA EL DESARROLLO LOCAL, “Conferencia reparación integral a las mujeres víctimas de violencia de género”, 5 de diciembre de 2018. Disponible en <https://colectivafeminista.org.sv/2018/12/05/conferencia-reparacion-integral-a-las-mujeres-victimas-de-violencia-de-genero/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- “Consejo Superior de Salud Pública en convenio con IPAS Centroamérica, Colectiva Feminista para el Desarrollo Local y Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico Ético y Eugenésico”, Disponible en <http://cssp.gob.sv/DHByDSR/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.
- COOPERACIÓN ESPAÑOLA CULTURA/SAN SALVADOR, “Conversatorio El Estado salvadoreño y la criminalización de los partos en la pobreza”, 26 de junio de 2019. Disponible en <https://ccesv.org/evento/conversatorio-el-estado-salvadoreno-y-la-criminalizacion-de-los-partos-en-la-pobreza/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].

- CORNEJO, Iliana, “Hacen nuevo juicio contra Evelyn a puerta cerrada”, en diario *El Mundo*, 15 de julio de 2019. Disponible en <https://elmundo.sv/hacen-nuevo-juicio-contra-evelyn-a-puerta-cerrada/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- “CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, “Doris Luz Rivas Galindo (CV)”, Disponible en www.csj.gov.sv/curr_csj/2017/nuevos/CVDORISLUZRIVAS.pdf [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, “En conversatorio ‘El Estado salvadoreño y la criminalización de los partos en la pobreza’ participó Presidenta Sala de lo Penal”, 27 de junio de 2019. Disponible en <https://bit.ly/37YkZM0> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- CSSP y Colectiva Feminista firman convenio de cooperación”. Disponible en <http://cssp.gov.sv/news/cssp-y-colectiva-feminista-firman-convenio-de-cooperacion/> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- ‘Cuma’, *Léxico Oxford, Oxford English and Spanish Dictionary, Thesaurus, and Spanish to English Translator*. Disponible en www.lexico.com/es/definicion/cuma [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- “Demandan a El Salvador en Washington, por muerte de campesina ocurrida en abril de 2010”, en periódico *Equilibrium*, 2012. Disponible en www.periodicoequilibrium.com/demandan-a-el-salvador-en-washington-por-muerte-de-campesina-ocurrida-en-abril-de-2010/ [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- DYER, Justin, “What’s the Difference Between Abortion and Infanticide?”, *Public Discourse*, February 5, 2019. Disponible en www.thepublicdiscourse.com/2019/02/49302/ [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- “El Salvador deja en libertad a una condenada a 30 años de prisión por abortar”, en EFE, 15 de febrero de 2018. Disponible en www.efe.com/efe/america/sociedad/el-salvador-deja-en-libertad-a-una-condenada-30-anos-de-prision-por-abortar/20000013-3524990 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- “El Salvador: Liberadas tras casi diez años encarceladas acusadas de abortar”, en *DW*, 2019. Disponible en www.dw.com/es/el-salvador-liberadas-tras-casi-diez-a%C3%B1os-encarceladas-acusadas-de-abortar/a-47821277 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, “Fiscal General lanzó política de persecución penal en materia de violencia contra las mujeres”, 19 de noviembre de 2018. Disponible en www.youtube.com/watch?v=pCEHdXtF8Xk [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, UNIDAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Solicitud n.º 170-UAIP-FGR-2019. Disponible en <https://vidaelsalvador.files.wordpress.com/2020/01/fgr-numero-de-delitos-de-aborto-consentido-y-propio-y-aborto-agravado.-judicializados-y-condenas.pdf> [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2019].
- FLORES, Jessica, “Estrenaran serie salvadoreña sobre controvertido caso de aborto”, en *El Mundo*, 9 de julio de 2019. Disponible en <https://diario.elmundo.sv/>

- estrenaran-serie-salvadorena-sobre-controvertido-caso-de-aborto/ [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- FLORES, Magdalena, “Karina: en busca de una justicia perdida”, en diario digital *ContraPunto*, 8 de mayo de 2009. Disponible en <https://archivoscp.net/2008-2012/index.php/sociedad/75-categoria-sociedad-civil/528-karina-en-busca-de-una-justicia-perdida-> [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- FUNDACIÓN VIDA SV, “Las 17 y Mas”. Disponible en <https://vidasv.org/las17/> [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- GARSDIE, Bernhard, “La política en la aldea”, 2018. Disponible en <https://historico.elsalvador.com/historico/474493/la-politica-en-la-aldea.html> [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- GAVARRETE, Julia, “Madres Asesinas/Maritza”, en revista *Factum*. Disponible en www.revistafactum.com/madresasesinas/maritza/ [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- GOBIERNO DE EL SALVADOR, MINISTERIO DE SALUD, “El Salvador entre los países con mortalidad materna más baja de la región”, 1 de enero de 2018. Disponible en www.salud.gob.sv/01-01-2018-el-salvador-entre-los-paises-con-mortalidad-materna-mas-baja-de-la-region/ [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- “3 mujeres celebraron su libertad tras 10 años en prisión”, Informa TVX, 2019. Disponible en www.youtube.com/watch?v=nm8M34XIOII [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2019].
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Javier y Tamara DE GRACIA, “Teodora Vásquez, activista salvadoreña: Para la justicia salvadoreña, cuando una mujer está embarazada el único ser que tiene derechos es el feto, ella no cuenta”, *Pueblos-Revista de Información y Debate*, 7 de mayo de 2018. Disponible en www.revistapueblos.org/blog/2018/05/07/teodora-vasquez-activista-salvadorena-para-la-justicia-salvadorena-cuando-una-mujer-esta-embarazada-el-unico-ser-que-tiene-derechos-es-el-feto-ella-no-cuenta/ [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- GUTIÉRREZ, Icíar, “Refugiada en Suecia por abortar en El Salvador: ‘Ninguna mujer es libre mientras haya otras en la cárcel’”, 1 de diciembre de 2019. Disponible en www.eldiario.es/desalambre/Primera-refugiada-aborto_0_968703244.html [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Imelda Cortez, la joven salvadoreña acusada de intento de homicidio tras tener un bebé producto de una violación”, 17 de diciembre de 2018. Disponible en www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46552967 [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- INFOD, “Finaliza el curso básico en educación integral de la sexualidad con la presentación de la investigación con los lentes de género”. Disponible en <https://infod.edu.sv/finaliza-el-curso-basico-en-educacion-integral-de-la-sexualidad-con-la-presentacion-de-la-investigacion-con-los-lentes-de-genero/> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Johnny Wright presenta iniciativa para despenalizar el aborto” (8 de agosto, 2017), en *La Prensa Gráfica*. Disponible en www.laprensagrafica.com/elsalva-

- dor/Johnny-Wright-presenta-iniciativa-para-despenalizar-el-aborto20170818-0057.html [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “La ONG que logró liberar a 41 mujeres pobres, presas por la penalización irrestricta del aborto”, p. 12. Disponible en www.pagina12.com.ar/214461-la-ong-que-logro-liberar-a-41-mujeres-pobres-presas-por-la-p [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Las 17”, en IMDB. Disponible en www.imdb.com/title/tt8197570/ [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Lorena Peña pide que se vote por la despenalización del aborto”, 4 de abril de 2018. Disponible en www.youtube.com/watch?v=ACW-fqG3bG4 [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Lorena Peña se va hasta Suiza por el aborto”, en *La Prensa Gráfica*, 20 de febrero de 2017. Disponible en www.laprensagrafica.com/elsalvador/Lorena-Pena-se-va-hasta-Suiza-por-el-aborto-20170220-0033.html [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Madres asesinas, un cuento del Estado”, en *Revista FACTum*, 2018. Disponible en www.revistafactum.com/madresasesinas/ [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- MAGAÑA, Yolanda, “Soy curioso de ver cuál será el rumbo de este Gobierno”, completar datos, 2019. Disponible en <https://diario.elmundo.sv/soy-curioso-de-ver-cual-sera-el-rumbo-de-este-gobierno/> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Manuela: el primer caso de derechos sexuales y reproductivos que conoce la corte IDH”, 2019. Disponible en <https://arpas.org.sv/2019/10/manuela-el-primer-caso-de-derechos-sexuales-y-reproductivos-que-conoce-la-corte-idh/> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- “Mujeres jefas de la Policía Nacional Civil (PNC) con el apoyo del Director General comisionado Howard Augusto Cotto Castaneda, presentan la ‘Red de Mujeres Defensoras de los Derechos Humanos de Mujeres que laboran en la Policía Nacional Civil de El Salvador’”. Disponible en www.elperiodista.com.sv/index.php/entrevistas/12-sala-de-prensa/12995-presentan-red-de-mujeres-defensoras-de-derechos-humanos-de-mujeres-que-laboran-en-pnc [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- MUÑOZ, ROSA, “Secreto profesional en El Salvador, obligaciones jurídicas e impacto en la vida de las mujeres”, 2019. Disponible en <https://es.scribd.com/document/455051623/SECRETO-PROFESIONAL> [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- MORELLO, Carol, “Pompeo cuts OAS funds over advocacy of legal abortion”, 2019. Disponible en www.washingtonpost.com/world/national-security/pompeo-cuts-oas-funds-over-advocacy-of-legal-abortion/2019/03/26/4ea5314d-d7e0-48de-b636-e552447430b0_story.html [fecha de consulta: 21 de diciembre de 2019].
- NACIONES UNIDAS, “Ser pobre y sufrir un aborto: una condena de cárcel en El Salvador”, 14 de diciembre de 2017. Disponible en www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/16653/ [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019]

- “Padrastro de salvadoreña juzgada por aborto fue hallado culpable de violación y sentenciado a 13 años de cárcel”, 4 de abril de 2019. Disponible en www.infobae.com/america/internacional/2019/04/04/padrastro-de-salvadorena-juzgada-por-aborto-fue-hallado-culpable-de-violacion-y-sentenciado-a-13-anos-de-carcel/ [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019]
- “Presidente Bukele denunció presuntos actos de corrupción de Mauricio Ramírez Landaverde”, Noticiero Hechos de El Salvador, Canal 12, junio 2019. Disponible en www.youtube.com/watch?v=9L-k7_LM7Rk [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019]
- “Raquel Caballero apoyando a Karina Clímaco - 2009”, 16 de octubre de 2019. Disponible en www.youtube.com/watch?v=LhUP4oRntxs&t=41s [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019]
- REPRODUCTIVE RIGHTS, “El Impacto de la criminalización absoluta del aborto en El Salvador”. Disponible en www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/crr_ElSalvadorReport_Sept_25_sp.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- SALINAS MALDONADO, Carlos, “La liberación de tres mujeres presas por abortar aviva el debate sobre la despenalización en El Salvador”, en *El País*, 8 de marzo de 2019. Disponible en https://elpais.com/internacional/2019/03/07/america/1551998486_694127.html [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- “Sexual & Reproductive Rights in Latin America & the Caribbean: Where Are We Now?”, Inter-American Dialogue, December, 2017. Disponible en <https://bit.ly/34KWFuK> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019]
- U.S. DEPARTMENT OF STATE. “El Salvador 2016 Human Rights Report”, 2017. Disponible en www.justice.gov/sites/default/files/pages/attachments/2017/03/06/dos-hrr_2016_el_salvador.pdf [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- VÁSQUEZ, Cecilia. “FGR apela liberación de mujer acusada por muerte de su hijo”, en *La Prensa*, 22 de junio de 2016. Disponible en www.pressreader.com/el-salvador/la-prensa-grafica/20160622/281603829762743 [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- WALLACE GLOBAL FUND, “Latin America, Reproductive Rights”, 2013. Disponible en <https://bit.ly/31SywAx> [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2019].
- “Tres salvadoreñas recuperan la libertad por conmutación de pena”, Plataforma Las 17. Disponible en https://las17.org/tres-salvadorenas-recuperan-la-libertad-por-conmutacion-de-pena/?fbclid=IwAR1Bj0_iJOy1tOvvBeUt_zyWT11-bWPMEA8I7IhblMvpmtzFCM3i9AvTcTI [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2019].
- “Una emergencia obstétrica la envió a prisión por una década. Ahora, Alba Lorena Rodríguez Santos es finalmente libre”, en *Rewire News*, 2019. Disponible en <https://rewire.news/article/2019/03/12/an-obstetric-emergency-sent-her-to-prison-for-a-decade-now-alba-lorena-rodriguez-santos-is-finally-free/> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2019].

“Visita al Parlamento Europeo. Conferencia nuestros cuerpos nuestras vidas”, 9 de abril de 2019, en Iniciativa per Catalunya Verds. Disponible en www.youtube.com/watch?v=8kg0coijZOM [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2019].

Siglas y abreviaturas

ADN	Ácido desoxirribonucleico
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)
cit.	citado
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CRR	Center for Reproductive Rights
CSJ	Corte suprema de Justicia
DDHH	Derechos humanos
Dr.	doctor
Dra.	doctora
hrs.	horas
IACHR	Inter-American Commission on Human Rights
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LL.M	Masters in Law
n.º	número
ONG	Organización no gubernamental
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
SV	El Salvador
www	World Wide Web (red informática mundial)

Teoría Política y Constitucional

DEMOCRACIA, TOLERANCIA RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CONCIENCIA EN BARUCH DE SPINOZA Y PIERRE BAYLE

DEMOCRACY, RELIGIOUS TOLERATION AND LIBERTY OF CONSCIENCE IN BARUCH DE SPINOZA AND PIERRE BAYLE

*Juan Fernando Segovia**

Resumen

Baruch de Spinoza y Pierre Bayle son típicos pensadores modernos que construyeron la tolerancia religiosa sobre la subjetivación gnóstica de la fe, el racionalismo teológico y el absolutismo del Estado. A pesar de que uno defiende la libertad de filosofar y otro, los derechos de la conciencia errónea, en ambos sistemas la ley fundamental es la autoconservación del Estado, la moderna *raison d'État*.

Palabras clave: Baruch de Spinoza, Pierre Bayle, tolerancia religiosa, libertad de filosofar, derechos de la conciencia errónea, razón de Estado.

Abstract

Benedict of Spinoza and Pierre Bayle are typical modern thinkers who built religious tolerance on the Gnostic subjectivation of faith, the theological rationalism and the absolutism of the State. While one defends the freedom to philosophize and the other the rights of the erroneous conscience, in both systems the fundamental law is the self-conservation of the State, the modern *raison d'État*.

Keywords: Benedict of Spinoza, Pierre Bayle, Religious tolerance, Freedom to philosophize, Erroneous consciousness' rights, Reason of the State.

* Doctor en Derecho y en Historia. Profesor de Historia de las Ideas Políticas de la Universidad de Mendoza. Investigador del Conicet (Argentina) y del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Artículo recibido el 27 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2020. Correo electrónico: segojuan@gmail.com

I. Presentación

La revisión histórica de las causas y los fundamentos de la tolerancia religiosa a comienzos de la Modernidad demanda una tarea de clarificación conceptual a la par que otra de examen de los argumentos brindados por los padres de esa tolerancia, pasos previos al análisis de los regímenes políticos concretos de tolerancia. La primera tarea la hemos ya realizado en otra ocasión¹; la que ahora nos convoca es la segunda; para avanzar en la tercera más adelante. Con relación a las ideas de los maestros de la tolerancia, parecía una labor sencilla, pero no ha sido así por dos motivos.

El primer inconveniente proviene de la constante revisión historiográfica en una dirección precisa: en las últimas décadas ha habido una expansión del santuario de los paladines de la tolerancia, incorporando a autores que, como Thomas Hobbes o Jean-Jacques Rousseau, son, más bien, modelo de lo opuesto². Para advertir lo fallido del intento debe el historiador salir de las repeticiones y encarar el estudio de las fuentes, que es lo que aquí hacemos. Ir a las fuentes puede reportar la sorpresa de que aquellos que pasan por quijotes de la tolerancia religiosa o, bien, pretenden otra cosa (como Baruch de Spinoza, 1633-1677), o se exceden del planteo (como Pierre Bayle, 1647-1706). La tarea de bajar de los altares a esos santones está llena de peligros, no siendo el menor –he aquí el segundo inconveniente– el de la intolerancia de los tolerantes intelectuales democráticos hodiernos que se rasgan las vestiduras al oír que el sistema político spinoziano es totalitario o leer que la argumentación bayleana es sofisticada. Pero siempre estarán ahí las fuentes para acreditar tanto el pensamiento del autor escrutado como la certeza o no del intérprete lector.

No pretendemos que nuestra interpretación se comparta del todo. Basta con llamar la atención sobre la necesaria compulsión de las fuentes y dejar que ellas hablen, pues hay en estos días mucho discurso parasitario en la academia, mucha alocución secundaria que pasa por alto las palabras del autor o las emplea selectivamente y que se remite a discusiones intraacadémicas, a interpretaciones sobre interpretaciones. En esto, se corre el riesgo de caer en un círculo vicioso, pues suele olvidarse que la labor hermenéutica, literaria o histórica, filosófica o política, consiste en la “puesta en acto de un entendimiento responsable, de una aprehensión

¹ Juan Fernando Segovia, “De la razón de Estado a la razón de los derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”.

² Véase John Christian LAURSEN, “Blind spots in the toleration literature”, pp. 307-322 y los trabajos compilados en María José VILLAVARDE RICO y John Christian LAURSEN (eds.), *Forjadores de la tolerancia*.

activa”, que es tanto analítica como crítica y, por tanto, “responsable”, que le impide quedarse en los lugares comunes (panegíricos o denuetos) de la academia³. Indiscutible es que tal responsabilidad del intérprete es en segunda instancia para con la comunidad científica, pero principalmente para con la verdad, instancia esta difícil de reconocer en un ambiente intelectual relativista y subjetivista como el nuestro, que mucho se parece al de la Atenas del siglo V a.C. en la que abundaban los sofistas y en la que el amor a la verdad podía ser causa de la pena de muerte.

La elección de estos dos escritores no es caprichosa, como tampoco fue por azar que ambos fijaran residencia en los tolerantes Países Bajos. Pierre Bayle es de todos reconocido como el mayor abogado de la libertad de conciencia que aduce ha de ser sostén de una política ampliada de tolerancia religiosa, por lo que su *Commentaire* es de obligada compulsión a la hora de escribir sobre esta materia. Más extraño puede parecer el nombre de Baruch de Spinoza. Sin embargo, la obra del “filósofo maldito” es traída a cuento en nuestros días por la apología que en su *Tractatus theologico-politicus* hace de la libertad de filosofar, libertad elemental que abarcaría la de religión en el cuadro de un Estado tolerante y democrático. No hay más que decir para entrar en materia.

II. *El Tractatus theologico-politicus, la libertas philosophandi y el totalitarismo democrático en Baruch de Spinoza.*

Protestantismo y religión racional

Es lugar común compararlo con Nicolás Maquiavelo, revelando el fondo maquiavelista del spinozismo político. No tan usual es intentar develar las raíces gnóstico-protestantes de su doctrina sobre la religión⁴, aunque sean evidentes al lector con algún conocimiento de esos extremos.

Su *Tractatus theologico-politicus*⁵ –la obra determinante para colocarlo en el espectro de los toleracionistas– tiene por finalidad separar la teología de la filosofía (*TTP*, II) para purificar la fe y descontaminar la operación de la razón. La fe debe ser purgada porque la Revelación no proporciona datos racionales, es decir, fundados en “nociones universales y comunes a todos los hombres”, debido a que las supuestas verdades reveladas se

³ George STEINER, *Presencias reales*, pp. 18-19.

⁴ Cf. Graeme HUNTER, *Radical Protestantism in Spinoza's thought*.

⁵ Todas las referencias provienen de Baruch de SPINOZA, *Tractatus theologico-politicus*. En adelante citaremos la obra con las canónicas siglas *TTP* seguida del número del capítulo.

sustentan en ideas transmitidas y en opiniones de quienes han dicho recibir esa Revelación y pretenden convencernos de su origen divino (*TTP*, VI). Preservar la pureza de la fe, expurgándola de las desviaciones de los teólogos y las iglesias –el mismo empeño de Martín Lutero y otros herejes– en Baruch de Spinoza va a la par del rescate de la filosofía racional, puesto que únicamente la razón puede alcanzar verdades invariables y universales. Este inicial propósito especulativo devendrá con posterioridad en otro práctico: una fe depurada resultará compatible con el Estado soberano y no será enemiga de la democracia y la libertad (*TTP*, XX)⁶. Su fin no es solo político, este motivo es secundario y dependiente del esencial rescate de la razón, operación que requiere reubicar la fe y la religión en el cuadro de los saberes y de la vida social, si bien de la recomposición resultará una forma política que favorece la separación y se aprovecha de ella, como antes en Marsilio de Padua⁷.

La subjetivación de la religión, caballito de batalla de la Reforma, en poco más de un siglo pasó del atrio al gabinete; de la teología descendió a la filosofía. Los filósofos radicalizarán la tendencia, de modo que fe y razón serán aliadas en expresar su mutua independencia. Para Baruch de Spinoza la religión se aloja en las operaciones internas del espíritu, no volcándose al exterior, quedando de ese modo fuera del control de los gobernantes eclesiásticos y también de la protección de los poderes públicos. La religión forma parte de los juicios que el hombre posee por su libertad⁸. Tal es el fundamento del derecho al librepensamiento en materia religiosa, pues en esta cada uno es la única autoridad: “así para decidir y explicarse su religión tiene cada cual autoridad suficiente, porque esto cae dentro del derecho particular” (*TTP*, VII). La religión queda, al final, impoluta y libre, materia maleable en manos de la razón individual:

“debe dejarse el juicio individual en libertad completa y que entienda cada uno la religión como le plazca [...]. Así todos podrán obedecer a

⁶ Un estudio general del *Tractatus theologico-politicus* excede nuestro propósito. Sin embargo, véase: Susan JAMES, *Spinoza on philosophy, religion and politics. The Theologico-political treatise*; Yitzhak Y. MELAMED and Michael A. ROSENTHAL, *Spinoza's "Theologico-political treatise". A critical guide*; Steven NADLER, *A book forged in hell. Spinoza's scandalous Treatise and the birth of the secular age* y Leo STRAUSS, *Spinoza's critique of religion*.

⁷ El parangón entre ambos escritores está por hacerse, aunque sus similitudes asombran, incluso en la conclusión, pues el patovino construyó el primer Estado totalitario, como afirma Pierre MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVII^e siècle*, p. 9.

⁸ Baruch de SPINOZA, *Tractatus politicus*, t. III, § 10, p. 106: “el alma, en cuanto usa de la razón, no depende de las supremas potestades, sino que es autónoma. De ahí que el verdadero conocimiento y amor de Dios no puede estar sometido al dominio de nadie, como tampoco la caridad hacia el prójimo”.

Dios con espíritu libre y puro, y solamente tendrán algún valor la caridad y la justicia” (*TTP*, Prefacio).

El concepto de la fe religiosa que se halla en el filósofo neerlandés es el del gnosticismo: es una fe racional inmanente, que mana de la razón que construye su propio objeto, Dios. Es cierto que el componente racionalista no es ya luterano. Martín Lutero cree en una fe que no tiene que ver con la razón; Baruch de Spinoza, en cambio, argumenta acerca de una fe dependiente de la razón. Es cierto. Pero la raíz reformada no puede negarse: al quebrar la alianza de fe y razón, que fuera central al medioevo, el fraile católico agustino preparó por defecto la bestia racionalista, pues su desprecio hacia la razón conllevó la autonomía de esta en los asuntos mundanos; y estos, siendo naturales, por lo mismo son divinos, según Baruch de Spinoza⁹.

Es así como la razón puede depurar la religión: si esta es interna y libre, no requiere de una revelación ajena; la verdadera Revelación es la razón misma que enseña a los hombres que la verdadera religión radica en el espíritu humano y ha sido impresa por Dios. Baruch de Spinoza cree que Dios “ha puesto en nosotros su misma idea, y como una imagen de su divinidad” (*TTP*, XII), no porque lo afirmen los teólogos o digan las Escrituras, sino por una conclusión que obtenemos a partir de la idea clara y distinta de Dios que la razón advierte; esto es, por causas naturales (*TTP*, XII).

Por ello, acaba proponiendo que “el verdadero conocimiento de Dios no es un mandamiento sino un don divino”, no proviene de una revelación distinta del propio ser del hombre ni de una iglesia que no sea la propia razón; por tanto,

“Dios no exige a los hombres sino el conocimiento de su divina justicia y de su caridad, las cuales no son necesarias para la ciencia sino para la obediencia” (*TTP*, XIII).

Esta fe purificada por la filosofía no es intelectual en su esencia, es algo semejante a una pasión, una emoción o un sentimiento, un palpito, un instinto que promueve la justicia y el amor. La fe es obediencia, se radica en la voluntad. No pertenece al ámbito doctrinal o del saber: creer en Dios

⁹ Cf. T. L. S. SPRIGGE, *The God of metaphysics*, pp. 17-95. En el monismo substancialista de Baruch de Spinoza todo está y es en la substancia única, llámese esta Dios o naturaleza, pues desde que “en la Naturaleza no puede haber dos o más sustancias de la misma naturaleza o atributo”, se concluye que “aparte de Dios no se puede dar ni concebir ninguna sustancia.” Baruch de SPINOZA, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, primera parte, proposiciones V y XIV, pp. 41 y 48 respectivamente.

y adorarlo es lo mismo que obedecerlo, porque la fe no tiene otro fin que inspirar la obediencia voluntaria (*TTP*, XIV)¹⁰.

La fe spinozista, como la luterana, es una substancia anti-intelectual, es la obediencia que salva por el conocimiento de Dios¹¹. El antiintelectualismo supone, además, el antidogmatismo: una fe que pide solo obediencia, no se vincula con una verdad doctrinaria, sino con la sumisión piadosa; los dogmas de la religión no tienen razón de ser por su verdad, sino por hacer obedientes a los hombres. Los dogmas que generan controversias no serán religiosos, pues, como afirma Baruch de Spinoza, “no pertenecen en modo alguno a la fe católica o universal” (*TTP*, XIV), es decir, natural. Se entiende, entonces, por qué la razón tiene que purificar la religión, ya que las enseñanzas de las iglesias y de los teólogos hacen pasar como palabras divinas lo que no son más que mitos y supersticiones que buscan someter las voluntades a una opinión humana encubierta con la majestad de la autoridad de Dios.

2.1 EL RACIONALISMO NATURALISTA Y LAS ESCRITURAS

Herederio del averroísmo latino, del escotismo y el nominalismo, continuador del cartesianismo al que reforma, como Martín Lutero, encarará la labor del *Tractatus* concentrándose en las Escrituras Sagradas, presumiendo que las llamadas *religiones del libro* son propensas a tergiversaciones teológicas y que se encuentran predispuestas –no siempre bien predispuestas– a las abluciones de la razón. Aplicará el bisturí del arte de la separación hasta el fondo, al punto que en la operación eliminará el biblismo luterano y el escriturismo judío.

Una vez que la razón ha cercenado el ámbito de la fe y la religión, esa misma razón se erigirá en la única autoridad competente para interpretar las Escrituras. Siendo una cuestión acabadamente tratada en sus estudios, nos detendremos en lo esencial¹². Si el hombre mismo es la Revelación

¹⁰ Véase Nancy K. LEVENE, *Spinoza's revelation. Religion, democracy, and reason*, p. 16 and ss. No podemos dejar de señalar cuán moderna es la concepción de Baruch de Spinoza, tan afín con la del modernismo religioso.

¹¹ En verdad, como afirma HUNTER, *op. cit.*, p. 76, los principios de la hermenéutica teológica spinozista son los lugares comunes de la Reforma.

¹² La literatura es abundantísima. Cf., entre otros, Steven FRANKEL, “The invention of liberal theology: Spinoza’s theological-political analysis of Moses and Jesus” pp. 287-315; Roy A. HARRISVILLE and Walter SUNDBERG, *The Bible in modern culture: Baruch Spinoza to Brevard Childs*, pp. 30-45; LEVENE, *op. cit.*, p. 77 and ss.; Jeffrey L. MORROW, *Three skeptics and the Bible. La Peyrère, Hobbes, Spinoza, and the reception of modern biblical criticism*, pp. 104-138; Brayton POLKA, *Between philosophy and religion: Spinoza, the Bible, and modernity*, vol. I: Hermeneutics and ontology, p. 23 and ss.; Richard H. POPKIN, *The history of scepticism*.

divina verdadera y única, no se puede concebir una historia sagrada que no se explique por causas naturales, ni habrá palabras o verdades en las Sagradas Escrituras por fuera de las leyes de la naturaleza que rigen todas las cosas. Cuando examina la naturaleza de los milagros los reduce a fenómenos naturales, es decir, racionales: lo que se dice ser sobrenatural no es más que natural, puesto que las Escrituras no pueden contradecir a la luz natural, y “lo contrario a la Naturaleza es opuesto a la razón; y lo contrario a la razón, como absurdo que es, debe desecharse de inmediato” (TTP, VI).

Retoma el dogma protestante de la *sola Scriptura*, pero como método filosófico del racionalismo naturalista, no el religioso reformado: para conocer el contenido de la Sagrada Escritura –afirma– basta consultarla, del mismo modo que el conocimiento de la naturaleza proviene del interrogarla (TTP, VII). Tal como Martín Lutero añadió además la libre interpretación de la *Biblia*, la seudoteología spinozista, que desprecia la autoridad y rechaza la tradición, repetirá el planteo protestante, pero con acento naturalista.

“Desde que cada uno tiene el derecho para interpretar la Escritura –escribe–, síguese que la única regla aceptable es la luz natural común a todos los hombres, y que, por consiguiente, toda luz sobrenatural y toda autoridad extraña, en modo alguno son necesarias” (*ibid*).

Confrontada la *Biblia* con ella misma, siguiendo las reglas racionales que delinea Baruch de Spinoza, se alcanza la verdad de su texto, que no es otra que su oscuridad, su no divinidad. Su método de reducción naturalista conduce a la desacralización de la Escritura, su humanización, porque no tiene autor divino, sino solamente humano. Podrá decirse que es un libro santo, pero tan solo por las cosas que la razón descubre en ella, en particular, las enseñanzas morales (TTP, X). La *Biblia* es un libro histórico que debe entenderse y explicarse como tal. Sus narraciones dependen del contexto en que se producen y hay que interpretarlas en su composición lingüística, con prescindencia absoluta de toda pretensión de verdad.

La hermenéutica spinoziana privilegia el sentido literal de las Escrituras –una literalidad profana, no sobrenatural– y tolera un sentido metafórico en única instancia cuando la narración se opone a la razón (TTP, VII). Es un método tramposo porque no habiendo más autoridad que la de la razón personal, el resultado es un reduccionismo hermenéutico dependiente en todo de lo que el intérprete cree y dice¹³. Lo demás es dese-

From Savonarola to Bayle, pp. 239-253; Richard H. POPKIN, “Spinoza and Bible scholarship”, pp. 383-407 y J. Samuel PREUS, *Spinoza and the irrelevance of biblical authority*.

¹³ Juan Manuel FORTE, “Historia y filosofía en la hermenéutica bíblica de Spinoza”, pp. 315-316, entiende que la diferencia entre los reformados y Baruch de Spinoza consiste en que aquellos creen que su interpretación está divinamente inspirada mientras que este

chable. Siguiendo esta regla se pondrá el filósofo neerlandés a expurgar los libros sagrados y establecer cuáles son canónicos y cuáles no, al igual que Martín Lutero.

¿Qué resulta de este método?, que la *Biblia* es un texto humano que tiene un sentido histórico, aunque su alcance sea verdadero. Por un lado, se puede aislar el significado final de la *Biblia* que a Baruch de Spinoza interesa: las lecciones morales de Jesús y, por el otro, confirma su propósito de que fe y razón deben mantenerse separadas, lo que quiere decir que la religión no tiene que mezclarse con las especulaciones filosóficas, contentándose con las enseñanzas de los preceptos morales cristianos (*TTP*, xi).

2.2 LIBERTAD RELIGIOSA, LIBERTAD FILOSÓFICA Y FELICIDAD

Si la religión apunta a la voluntad humana, porque no tiene que ver con la verdad –que es objeto propio de la ciencia o filosofía– sino con la obediencia y la piedad –que son cosas prácticas, no teóricas–, puede Baruch de Spinoza concluir que “no hay comercio ni afinidad alguna” entre fe/religión y razón/filosofía (*TTP*, xiv). Todo individuo es libre para descubrir, inventar y defender la religión que quiera y someterse a ella y a sus dioses¹⁴. La libertad de filosofar no está vedada por las religiones verdaderas; solo las que no son más que humanas opiniones, esas que efectivamente conocemos, impiden a los individuos el libre uso de la razón.

Baruch de Spinoza, tanto por alegar la libertad de filosofar como por sus posteriores efectos políticos, confirma y destaca el resultado de esta operación de separación de fe y razón:

“la fe da a todo el mundo la libertad plena y completa de filosofar a su voluntad –argumenta–, a fin de que cada uno pueda sin delito, pensar lo que le parezca sobre todas las cosas; no condena como herejes ni cismáticos sino a los que enseñan opiniones que incitan a la rebelión, al odio, a las disputas y la cólera; y reputa como fieles sólo a los que se consagran, con toda la fuerza de su razón y todas sus facultades, a la justicia y la caridad” (*TTP*, xiv).

postula una interpretación racionalista apoyada solo en la razón. Esto es verdad solo en la letra porque, en primer término, Dios no puede inspirar verdades opuestas, mal que pese a los protestantes (por ejemplo, el trinitarismo luterano y el antitrinitarismo de los socinianos) y, en segundo lugar, porque el aval protestante de la divina inspiración es subjetivo, a fuer de Martín Lutero. Nosotros creemos que la única diferencia relevante es otra: los protestantes aceptan la Revelación bíblica en tanto que Baruch de Spinoza la niega.

¹⁴ Vicente SERRANO, “Freedom of thought as radical freedom in Spinoza’s critique of religion”, pp. 23-39.

Como la religión se endereza a la voluntad, la razón, que libremente descubre y enseña los caminos de la moralidad, puede dirigir esa voluntad a las obras piadosas de justicia y caridad¹⁵.

El spinozismo propugna un sistema filosófico y una ética de la felicidad que son de un visceral eudemonismo y que debe entenderse como un inmanentismo radical, aunque haya revestido la felicidad con el nombre de beatitud. Algún intérprete ha sugerido que la felicidad que se dice beatitud pareciera tener una doble vía¹⁶: una sería la tosca y vulgar, por dogmática, de la religión, que nos lleva a ese fin por la obediencia (voluntad) enriquecida con la experiencia (sentimientos); otra sería la docta, por filosófica, consistente en la razón que conduce al fin por los caminos de la verdad (conocimiento). Pero siendo pocos los sabios, el común de la gente no debe ser privado de tan noble y bendito propósito; por lo tanto, el filósofo –a diferencia de esos teólogos escolásticos– no buscará oscurecer con misterios la esencia de la fe, sino que la expone en toda su simpleza, dando las justificaciones que le parezcan (la *libertas philosophandi*) sin mancillar ese fondo elemental. Entonces ambos, doctores y vulgo, demostrarán su fe obrando con justicia y caridad, pues el sabio, aunque conozca la verdad y predique el amor a Dios, no es capaz de enseñar la obediencia (*TTP*, XVI, nota III).

Con desazón debe admitir que el sabio es docto, pero no justo y caritativo por ser sabio. La filosofía nos lleva al amor a Dios haciéndonos conocer su esencia (Dios existe solo filosóficamente, es la idea clara y distinta de una *prima causa sui*)¹⁷, pero es incapaz de provocar la sujeción a Dios, porque esta no proviene de la verdad; esa obediencia, el sabio tiene que aprenderla en la religión que así lo establezca, religión que por necesidad tiene que modelarse según las verdades de la razón¹⁸.

¹⁵ Sobre las raíces hebreas de la reducción de la religión a justicia y caridad, véase Anya TOPOLSKI, “*Tzedakah: the true religion of Spinoza’s Tractatus?*”, pp. 78-106.

¹⁶ Ronald BEINER, *Civil religion. A dialogue in the history of political philosophy*, p. 119 and ss.

¹⁷ Dios es una idea, como dice Baruch de SPINOZA en la *Ética...*, *op. cit.* y en el *Tractatus theologico...*, *op. cit.*, capítulo. Lo que en esencia sea Dios es irrelevante para la fe (*TTP*, XIV); al entendimiento humano le basta con tener de Dios una idea necesaria para nuestra felicidad y el conocimiento de las cosas, una idea clara y distinta a la que se llega por el examen diligente de las cosas (*TTP*, VI nota I). En el panteísmo de Baruch de Spinoza, amar a Dios y servirlo se convierte en amar la propia razón y servirla.

¹⁸ No hay otro tipo de religión admisible por Baruch de Spinoza, puesto que, si Dios es una idea de la razón, la religión spinoziana será racional. Coinciden en similar conclusión, entre otros, Carlos FRAENKEL, *Philosophical religions from Plato to Spinoza. Reason, religion, and autonomy*, pp. 213-281; Filippo MIGNINI, “La dottrina spinoziana della religione razionale”, pp. 53-80 y Luisa SIMONUTTI, “Spinoza and Boyle: rational religion and natural philosophy”, pp. 117-138. A pesar de la claridad de los textos de Baruch de Spinoza, Mi-

Quien hasta aquí haya seguido el encadenamiento de sus ideas se sentirá preso de numerosas confusiones. Según el “Filósofo maldito”, el amor es propio de la razón, no corresponde a la voluntad: es la razón la que quiere –mal que le pese a los aristotélicos– y la voluntad la que obedece sometiéndose a la ley. Resulta de aquí un dualismo absurdo por contradictorio que con seguridad él advirtió. ¿Cómo lo resuelve?

En la última parte de su *Ética demostrada según el orden geométrico* pondrá la beatitud en el conocimiento de Dios y en una suerte de fundición místico-panteísta del hombre en la divinidad o un conocimiento liberador¹⁹; se concluye así que el sabio ama porque conoce. Empero, según el *Tractatus theologico-politicus*, el hombre religioso es pura voluntad: obedece, cumple con las prescripciones de la ley sin amar; luego, quien es pura voluntad sumisa necesita del filósofo para darse cuenta de que el amor a Dios es más sublime y santificador que la ley divina.

No hay, por tanto, dos caminos a la beatitud. Él identifica la felicidad con el conocimiento del Dios: “Comprender, en efecto, el temor de Dios y hallar la ciencia de Dios, ¿es acaso otra cosa que la beatitud?” (*TTP*, v) también nos da su versión filosófica de la *sola fide* luterana. El filósofo conoce y ama, también teme frente a la majestad de la idea de Dios. Solo por el entendimiento el hombre puede ser feliz y será libre. La libertad de Baruch de Spinoza, como la luterana, resulta una cualidad o condición interior, espiritual, que proviene del conocimiento de la verdad y no del cumplimiento de la ley.

La distinción entre profeta o legislador y hombre libre o sabio (*TTP*, IV y v), que es paralela a las distinciones entre voluntad y entendimiento, dogma y moral, interés y beatitud, que tanto le interesara, cobra ahora su verdadera dimensión. Cuando de Dios conocemos solamente su voluntad nos lo representamos como ley (tal como el profeta) y no como verdad, porque conocerlo en su verdad sería comprenderlo en su esencia (propio del sabio). De ahí que –en este plano todavía no político– oponga la libertad a la ley, replicando el antinomianismo luterano en provecho de quien conoce a Dios como espíritu puro²⁰.

chael ROSENTHAL, “Spinoza’s dogmas of the universal faith and the problem of religion”, pp. 53-72 niega ese racionalismo religioso.

¹⁹ El premio a la observancia de la ley de Dios es la misma ley, que consiste en “conocer a Dios, amarlo con espíritu verdaderamente libre”; el castigo de la desobediencia es la privación de los bienes de la ley, “la servidumbre de la carne, y un espíritu siempre vacilante y alterado” (*TTP*, IV). Por eso la beatitud spinozista es inmanente, un liberador amor de Dios, una visión solo racional de Dios que eleva el espíritu en este mundo: “¿en qué consiste la salvación y la verdadera beatitud –se pregunta– sino en la paz del alma?” (*TTP*, VII). Para abundar en este aspecto, véase Yirmiyahu YOVEL, *Spinoza and others heretics*, vol. 1: The Marrano of reason, p. 153 and ss.

²⁰ En cuanto al antinomianismo en Martín Lutero, véase Lucas MATEO SECO, “Ley y libertad en Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento

2.3 TOLERANCIA RELIGIOSA, ADIAFORISMO Y LIBERTAS PHILOSOPHANDI

Pacientemente, desandando el camino que nos ha propuesto, hemos llegado a la puerta de la proclamada tolerancia spinozista, pues, si bien es cierto que en el *Tractatus theologico-politicus* la palabra ‘tolerancia’ casi no se emplea, el autor trata de ella sin usar del término, entre otras razones porque se confunde con la libertad²¹.

Entre los admiradores de las doctrinas spinozianas suele decirse que el holandés concibió una tolerancia religiosa casi absoluta, sin exclusiones, incluso para con los ateos²². Veremos si así fue. Para alcanzar el propósito se hace necesario retomar el desenlace de la metodología bíblica que ya expusimos.

Las Escrituras, en tanto no tienen un contenido ni un autor sagrados, han dejado de ser patrimonio de las iglesias, asunto de “curas”; son un libro humano que, según veremos más adelante, posee una gran influencia política por lo que, si alguna autoridad debe tener competencia sobre ella, no puede ser sino el magistrado civil. Competerá al brazo secular limar las aristas conflictivas de la *Biblia* y los credos en aras de una tolerancia política de las religiones.

El punto de partida de la tolerancia religiosa está en la libertad de quien conoce a Dios. El hombre libre, que conoce en espíritu a Dios y lo reconoce como el eslabón inicial y primario de la cadena de seres naturales, lo ama en la profundidad de su alma. El hombre libre, conociendo a Dios, descubre que ese ser supremo no es un problema de doctrinas o de dogmas; por lo tanto, no es materia de heterodoxias y herejías: la fe verdadera, la que, del hombre libre o sabio, consiste en una opinión voluntariamente formada; de modo que todas las creencias han de ser abrazadas “sin repugnancia y sin vacilación” (*TTP*, XIV).

teológico)”, pp. 159-228 y John WITTE, Jr., *Law and protestantism. The legal teachings of the Lutheran reformation*.

²¹ Véase Alain BILLECOQ, “Spinoza et l’idée de tolérance”, pp. 15-28 y Filippo MIGNINI, “Spinoza: ¿más allá de la idea de tolerancia?”, pp. 111-143.

²² Dentro de la vasta literatura, véase Edward C. HALPER, “Spinoza on the political value of freedom of religion”, pp. 167-182; Jonathan I. ISRAEL, “Spinoza, Locke and the Enlightenment battle for toleration”, pp. 102-113; Michael ROSENTHAL, “Tolerance as a virtue in Spinoza’s *Ethics*”, pp. 535-557 y “Spinoza’s republican argument for toleration”, pp. 320-337; Guillaume SIMARD DELISLE, “Vérité et croyance chez Spinoza: les deux voies du salut”, pp. 69-104; Miklós VASSÁNYI, “The philosophical foundation of religious toleration in Spinoza (*TTP*), Bayle (*Commentaire Philosophique*) and Locke (*Epistola de Tolerantia*)”, pp. 412-415; María José VILLAVARDE, “Spinoza: persecución, ateísmo, alquimia”, pp. 67-99.

Admitido este latitudinarismo en materia de religiones, no hay motivo para obstinarse en castigar a los hombres que sostienen opiniones religiosas distintas en tanto que ellos muestren ser buenos fieles obrando con caridad y justicia. Primer nivel, entonces, de la tolerancia religiosa: la no persecución por el Estado de los que piensan distinto, en amplitud “casi” infinita.

Segundo nivel de la tolerancia religiosa: las adiáforas²³, es decir, las materias externas indiferentes que se entienden como prescripciones humanas no fundadas en la verdadera fe. Si el culto a Dios tiene su sede en las entrañas de los hombres, si la genuina adoración de la divinidad es la de un corazón rebosante de la beatitud al alcanzar el conocimiento de Dios, no existe motivo para disputar por cosas exteriores como las ceremonias, las festividades o las vestimentas religiosas. La ley de Dios, incluso la ley divina natural, no piden ritos ni sacrificios, que son “acciones en sí indiferentes” (*TTP*, IV).

Pero Baruch de Spinoza pasa de la indiferencia al rechazo. Los ritos y otros actos exteriores de las religiones no son indiferentes, en tanto que no perfeccionan la inteligencia, carecen de excelencia, son “sombras vanas” y no frutos de un “alma sana”, como sostiene en el capítulo IV de dicho Tratado, caracterización que no carece de consecuencias. Si al conocimiento, temor y amor a Dios basta la ley divina inscrita en nuestro espíritu y no es necesaria ley exterior alguna, entonces, para deducir lo que debe hacerse y lo que ha de evitarse es suficiente aquello que el hombre comprende y deduce “por la luz natural”²⁴. Las ceremonias exteriores nada agregan a lo que Dios nos ha dado ya por naturaleza a todos los hombres; son inútiles e innecesarias, tanto las judías veterotestamentarias como las cristianas. Sino es el espiritual, ¿qué significado pueden tener las prácticas rituales? A juicio del filósofo las prácticas establecidas no tienen sino un fin político, el de conservar la república, la sociedad; nada agregan a la beatitud ni poseen poder santificante (*TTP*, V).

Hay también un tercer nivel superior en la tolerancia religiosa. Una vez establecido que el hombre encuentra la felicidad en el conocimiento y el amor a Dios, tendrá que gozar de la libertad indispensable para

²³ Sobre la espinosa discusión de los círculos protestantes sobre las adiáforas o materias indiferentes en religión, véase Luisa SIMONUTTI, “Scepticism and the theory the toleration: human fallibility and *adiaphora*”, pp. 283-302 y Bernard J. VERKAMP, “The limits upon adiaphoristic freedom: Luther and Melancthon”, pp. 52-76.

²⁴ La razón sustituye a la gracia divina y el immanentismo spinozista toma un giro pelagiano o, si no se quiere censurarlo de herejía, adopta un trayecto semejante al del peor estoicismo: la “gracia” no es una realidad sobrenatural, es la misma “luz natural”. Todo según una interpretación naturalista del pasaje de san Pablo en la epístola *Ad Romanos*, I, 20.

conocerlo y amarlo, argumento que en Baruch de Spinoza impone un régimen político en el que esa libertad natural, ese derecho primario sea consagrado y respetado. No otra es la razón de ser del Estado: garantizar a los individuos la libertad de pensar lo que quieran y de decir lo que piensan, la *libertas philosophandi*, que es broche final (*TTP*, xx).

Algunos especialistas han observado que este autor desborda aquí los márgenes de la tolerancia religiosa para derramarse en el océano moderno de las libertades de pensamiento y de expresión; es cierto, pero debe destacarse que esa expansión ha sido lograda a partir del reclamo de la libertad de religión que tiene un primer grado en la tolerancia de las opiniones religiosas. El libre derecho que por naturaleza cada individuo tiene “de juzgar por sí mismo” es inalienable; no se puede ceder ni delegar, no se puede renunciar ni abdicar, nadie puede ser despojado de él, porque está anclado –dice– en la ley de la naturaleza por la cual todo individuo “es dueño de sus pensamientos” (*TTP*, xx).

La libertad de religión, junto a sus pares de pensamiento y expresión, entran así en la liza política. Si se las observa desde el ángulo de la persona individual, esas libertades son ilimitadas, pues, hemos dicho ya, no hay más señor del pensamiento y de las palabras que la persona misma. Miradas desde el punto de vista del Estado, la libertad de filosofar es radicalmente la libertad de la fe, la libertad que el Estado concede para que los individuos crean de forma libre. “Un Estado excelente –afirma Baruch de Spinoza– no concede al individuo más libertad de filosofar que la fe”, porque su juicio –el del gobernante estatal– respecto de las obras de los hombres es conforme al amor y la equidad que manifiestan para con Dios y para con el Estado (*TTP*, xx). Logra así, al menos en el terreno abstracto, hacer coincidir “la libertad de la razón” de los individuos y el fin del Estado, que es “la libertad” misma (*ibid*).

Empero, bien leído el pasaje anterior en el que se afirma que el Estado concede al individuo la libertad de filosofar en cuanto a la fe, esa libertad tiene dos manifestaciones: una, la individual de escoger la religión que se quiera, a no dudarlo; otra, la del Estado, porque la libertad de religión es, en efecto, la libertad del magistrado secular de las influencias religiosas²⁵.

2.4 TEOLOGÍA POLÍTICA Y RAZÓN DE ESTADO

Buena parte de los intérpretes han concluido en este punto la enseñanza del filósofo, como si la tolerancia religiosa consistiera en esa libertad que

²⁵ VASSÁNYI, *op. cit.*, p. 421.

el Estado resguarda y de la que los individuos gozan. No han completado un camino que tiene más curvas y vericuetos de los esperados. A decir verdad, como esos teólogos que le disgustan, tuvo la maña de presentar la doctrina de una democracia de hombres libres en un Estado libre para disfrazar una estructura de dominación semejante a las del totalitarismo. Es aquí donde la libertad religiosa se introduce en las vísceras estatales y toma un nuevo cariz. Porque cuando se analiza el proceso constitutivo del Estado se advierte el inevitable paralelo teológico: en el capítulo XVI de la obra que estamos analizando, el Estado democrático funge de Dios o de profeta-legislador divino como si fuera Moisés; el pacto que funda el Estado hace las veces de Biblia o de ley; pero tanto en materia de religión como en la política de la democracia, el vulgo debe únicamente obedecer para ser feliz, que para él es lo mismo que vivir en paz.

El buen maquiavelista que es Spinoza entiende, como antes Jean Bodin y como Jean-Jacques Rousseau después, que la vida civil exige de un poder político absoluto que se rige según la conveniencia del Soberano. Desfondada la teología, el problema teológico-político en el filósofo no es tal: la democracia vacía las religiones y la teología cede su cetro a la filosofía. La teología política spinozista, así llamada erróneamente, al hacer inmanente la ley divina, deja la justicia y el derecho y la ley en manos del Soberano, al que se le concede por el pacto toda la fuerza para hacerse obedecer. Siendo el gobernante el único garante del derecho natural –de esa *libertas philosophandi*–, como tal posee el derecho de obrar a su arbitrio así en las cosas temporales como en las sagradas. Bien lo vio Yirmiyahu Yovel:

“Al hacer de las autoridades políticas las únicas intérpretes de lo que se entiende es la palabra de Dios, Spinoza asegura al gobierno secular un monopolio sobre el dominio normativo en su totalidad”²⁶.

El ciudadano Baruch de Spinoza no es un esclavo ni un súbdito por completo, goza de una libertad interior de pensar y de una libertad exterior de obedecer, esto es, de actuar respetando la ley, porque la religión no puede excusar al individuo concediéndole autoridad para infringir la orden del Soberano:

“si nadie estuviese obligado a obedecer al soberano en lo que cree perteneciente a la religión –sentencia–, resultaría que el derecho público dependería del modo de ser y de la fantasía de cada uno”²⁷.

²⁶ YOVEL, *op. cit.*, p. 134.

²⁷ SPINOZA, *Tractatus theologico...*, *op. cit.*, capítulo XVI.

2.5 LA PIRÁMIDE SPINOZISTA DEL PODER: LA RELIGIÓN CIVIL

Intentemos una reconstrucción del sistema religioso-político del escritor: este tiene al Rey en el vértice; de la cumbre descienden dos poderes: el de la filosofía y el de la teología, pero ambos –se ha visto– viven en contradicción porque difieren radicalmente. La articulación que elimina las tensiones opera, en principio, a nivel de los individuos: toda persona tiene el derecho a filosofar con libertad (*TTP*, XVI), dado que tal libertad no contradice la paz pública, la piedad ni los derechos del Monarca; al contrario, la libertad de pensamiento y expresión preserva todas estas cosas (*TTP*, XX). En segundo término, está la articulación política: como la teología conduce a un fin incompatible con la paz del Estado, los derechos sobre la religión tienen que pertenecer por completo al Soberano de modo que los actos externos deberán adecuarse a la paz del Estado (*TTP*, XIX).

Separando ambos saberes, deja a la teología (y a la *Biblia*) en la absoluta inutilidad: nada pueden decir ambas acerca de la verdad del hombre, del mundo o de Dios. Por lo tanto, la razón que destruye la verdad teológica concluye en dar prioridad a la política, que no es otra cosa que la razón de Estado bajo el manto piadoso de la obediencia a la autoridad²⁸.

En este cuadro encaja a la perfección la religión civil²⁹ que expone en el capítulo decimocuarto. Los siete dogmas de ese credo mínimo deben entenderse según el juego de fuerza y libertad, de lo exterior y lo interior, al que su sistema nos obliga: soy libre de pensar lo que quiera siempre que no altere la paz pública, asegurada por esa profesión de fe en el Monarca. La religión civil spinozista confirma la razón de Estado³⁰, porque

²⁸ Es la tesis de Leo STRAUSS, “How to study Spinoza’s *Theologico-Political Treatise*”, pp. 142-201, con la que coincidimos.

²⁹ BEINER, *op. cit.*, pp. 121-146.

³⁰ Atendiendo al *TTP*, XX, Manfred SVENSSON, “Fundamental doctrines of the faith, fundamental doctrines of society: seventeenth-century doctrinal minimalism”, pp. 166-167, escribe que puede entenderse como una subordinación de la religión a la paz y bienestar civiles, de modo que el minimalismo religioso sea un paso en el proceso de secularización. Sin embargo, cree que puede hallarse otra explicación para ese minimalismo, “como una reestructuración del dogma no por subordinación a las preocupaciones seculares, sino debido a una inquietud religiosa que considera las controversias en sí mismas impías”. De hecho Manfred Svensson abona esta inteligencia porque colabora a tomar en serio las preocupaciones religiosas de los escritores de la primera modernidad, además de que permitiría trazar “importantes paralelos entre estos autores y las corrientes contemporáneas que propugnan el mismo minimalismo doctrinal sin ningún deseo de subordinar la religión a fines seculares”. Aunque el razonamiento sea atendible, no nos parece el caso frente a la letra precisa de Baruch de Spinoza. Además, los dos argumentos de Manfred Svensson no son tan relevantes como cree: el primero, porque esos argumentos teológicos de los

se trata de una religión pragmática, cuyas afirmaciones no necesariamente son verdaderas, como dice Steven Nadler³¹, religión política de una ética individualista justificada en la libertad de pensamiento compatible con la obediencia política. El capítulo XIX tiene que ser leído en paralelo con el capítulo IV, en el que explica por qué la religión mosaica es una religión civil, pues a ello tiende la ley de Dios.

2.6 RAZÓN DE ESTADO E IUS CIRCA SACRA

Es un lugar común en los escritores modernos la idea, que Baruch de Spinoza repite, de que “la conservación del Estado” es su fin propio y su ley suprema (*TTP*, XVII), tanto como para las personas es su fin la autoconservación individual. Es la conclusión que extrae también del Antiguo Testamento: las leyes y prescripciones de Moisés o de quien fuere tienden hacia la constitución y conservación del Estado hebreo. La conservación del Estado es la única tendencia política, la única ley del Soberano, del mismo modo que la autoconservación individual es la única tendencia natural al hombre (*TTP*, XVI). Que el Estado deba conservarse a toda costa es una exigencia racional, pues sin Estado se volvería al estado de naturaleza.

El razonamiento spinozista es asombroso por paradójico. Aplicando el arte de la separación llega a la afirmación del Estado libre, es decir, Soberano, por democrático; y declara que los individuos gozan de la libertad de pensar lo que quieran siempre que aquel sea obedecido. Es así como la cuestión teórica que entraña la separación de religión y filosofía conduce al resultado práctico de que la libertad de las iglesias consiste en el sometimiento a la ley estatal que determina lo justo y lo injusto (*TTP*, XVIII).

Insiste en la virtud de la obediencia, no por los argumentos de piedad cristiana ni por las razones de la ética clásica, sino por su concepción protestante-gnóstica de la religión. Esta pertenece a lo interior del hombre y ahí debe permanecer, sujetándose así a la razón, puesto que si se vuelve algo exterior se desvirtúa y enloquece; y un poder religioso díscolo es siempre perjudicial al Estado. El Rey es uno solo, su poder no se divide ni se comparte; en el Estado democrático no hay una dualidad de poderes espiritual y temporal, sino uno único e indivisible³². El buen Soberano, el que se ocupa de conservar el Estado, no puede tolerar los excesos ecle-

filósofos modernos no han sido desconsiderados por los historiadores, aunque no siempre se los haya sopesado en su dimensión teológica con corrección; el segundo, porque hay no pocos trabajos que señalan y apuntalan la continuidad entre esa primera filosofía moderna y la tardomoderna de nuestros días.

³¹ NADLER, *A book forged...*, *op. cit.*, pp. 183-184.

³² Tomaž MASTNAK, “Spinoza: democracy and Revelation”, pp. 31-59.

siásticos, como se expone con largueza en el decimoctavo capítulo de su obra, lo que quiere decir que el Estado gobierna y domina las religiones que, domesticadas, sirven al Estado, enseñando a sus fieles la obediencia. La religión se ha convertido en un engranaje más del Estado moderno. La religión debe enseñar a las personas que obedecer al Monarca es también un modo de servir al propio interés. Cuanto vaya más allá de la devoción interior sale de los fueros de la religión y cae dentro del derecho estatal.

El procedimiento de Baruch de Spinoza es evidente a un buen lector: empieza separando racionalmente las piezas del juego y termina sumiéndolas en la razón de Estado. Por eso mismo, el reino de Dios no es otro que el reino del Monarca y no hay motivo ya para ambicionar una Cristiandad o un Estado cristiano. La regulación de lo sagrado por el Estado no atiende a la preservación de la pureza de la fe, sino que es un instrumento para la conservación del propio Estado³³; luego, en tanto que solo al Estado compete la preservación de la paz, los asuntos religiosos no pueden confiarse más que a él³⁴. La religión que es conforme a la ley de Dios debe reconocer la razón de Estado, pues Dios todo lo somete –salvo la conciencia– a la preservación de la autoridad, a la conservación del Estado, en el que todo recapitula (*TTP*, XIX). Al Estado corresponde el derecho de las cosas sagradas y quien aduzca la razón contraria obtiene el desprecio del filósofo: son razones “demasiado frívolas para merecer una refutación” (*ibid.*).

No hay en esto exageración alguna. Tampoco tergiversación de su pensamiento. Dice sin eufemismos: “que el bienestar del pueblo es la suprema ley a la que deben sujetarse todas las leyes divinas y humanas”; que al Soberano, que cuida del bien del pueblo y la tranquilidad pública, le compete

“determinar el modo como debe cada cual practicar la piedad para con el prójimo, es decir, el modo como debe cada uno obedecer a Dios” (*TTP*, XIX).

¿Qué significa esto que no sea la consagración del inmanentismo estatista, del “Estado-dios” de lo humano y lo divino, escrito por el hombre que, a diferencia de Thomas Hobbes, no sufre por las guerras de religión en su tolerante Holanda?³⁵. La religión pasa en definitiva al ámbito estatal y

³³ Mogens LÆRKE, “Jus circa sacra. Elements of theological politics in 17th century rationalism: from Hobbes and Spinoza to Leibniz”, pp. 41-64.

³⁴ Michael ROSENTHAL, “Toleration and the right to resist in Spinoza’s *Theological-Political Treatise*: the problem of Christ’s disciples”, pp. 118-121 y “Spinoza on why the sovereign can command men’s tongues but not their minds”, pp. 54-77.

³⁵ A ellas se refiere en el Prefacio del *TTP*, pero son cosas del pasado tras Westfalia.

deviene religión de Estado, esto es, “apropiada a la utilidad por el soberano” (*ibid.*). La curiosa tolerancia de Baruch de Spinoza será tolerante solo para con una religión dócil, una religión servil que sea útil a la democracia, y unos individuos que obedezcan al Soberano³⁶.

III. LA ARROGANCIA DE LA RAZÓN:

LA TOLERANCIA DEL ERROR EN PIERRE BAYLE “COMPELLE INTRARE”

O EL RETORNO DE LOS SOFISTAS

Después de los generalizados estragos que sobrevinieron a la Reforma protestante, el cielo intelectual europeo se desquició, las palabras y los signos ya no decían de anteriores sentidos, tanto que, como escribió Paul Hazard, la necesidad se presentó como doctrina de libertad y el materialismo fue sinónimo del triunfo del espíritu³⁷. El filósofo racionalista comenzó a parecerse al sofista griego y Pierre Bayle probaría en esa imitación una destreza sinigual. Calvinista, católico, calvinista de nuevo, escéptico fideísta, hasta incrédulo y ateo, variaciones protestantes –diría un Bossuet– acompañadas de una envidiable habilidad para escribir mucho acerca de las ideas de los demás y decir poco de las propias. Por eso Jean Henri Samuel Formey en sus *Pensées raisonnables opposés aux pensées philosophiques* (1749) señaló que el único principio de Pierre Bayle era no tener principios³⁸.

Este filósofo y escritor francés fue el sofista de la tolerancia religiosa, materia que abordó en casi en todas sus obras, desde la crítica de 1682 al libro del padre Louis Maimbourg sobre la historia del calvinismo a su *Diccionario histórico y crítico*, que comenzó a publicar en 1697, pasando por los *Pensamientos diversos sobre el cometa*, de 1683. Pero si ha trascendido es, sobre todo, porque en 1686 le dedica por entero los *Comentarios filosóficos* que aquí nos ocuparán.

Se dice hoy que nos importa porque la tolerancia religiosa tiene en él un anclaje antropológico que lo hace nuestro contemporáneo. Quienes lo estudian coinciden en sostener que su aportación está en haber enfocado el tema partiendo de la conciencia individual –su trono teológico y me-

Según su biógrafo Steven NADLER, *Spinoza*, pp. 388-389, el elogio a la tolerante Ámsterdam por Baruch de Spinoza puede que sea mordaz, retórico, en atención a la condena y castigo de su amigo Adriaan Koerbagh.

³⁶ Lo curioso de Baruch de Spinoza, para Justin STEINBERG, “Spinoza’s curious defense of toleration”, pp. 210-230, es que defienda la tolerancia a partir del anticlericalismo y a favor del Estado. Curiosa para nosotros es la tolerancia spinozista que todo lo subordina a la conservación del Estado.

³⁷ Paul HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, p. 221.

³⁸ *Apud* Jonathan I. ISRAEL, *Radical Enlightenment. Philosophy and the making of modernity*, p. 136.

tafísico— de cuya innata libertad deriva una exigencia moral de igualdad o reciprocidad exigida en lo jurídico-político³⁹. Entonces, habría sentado las bases para que la tolerancia religiosa se esgrima en términos de derechos subjetivos y no con el esquema de la razón de Estado⁴⁰. Veamos si es así.

El texto que concentra su disputa es el Evangelio de Lucas 14, 23: “Y dijo el amo al criado: sal a los caminos y vallados y obliga [a la gente] a entrar para que se llene mi casa”, recogido por san Agustín y empleado en Francia contra los protestantes⁴¹. Pero él no se propone una exégesis bíblica, sino una crítica a la intolerancia —de la Iglesia católica francesa especialmente— partiendo de una cartesiana alabanza a la razón, “la luz viva y distinta que ilumina a todos los hombres”, porque esta luz natural condena por falsa toda interpretación literal que imponga la obligación de cometer un crimen (I, I). Ergo, la Iglesia católica miente y es criminal⁴². Se debe tener siempre presente este espíritu anticatólico (II, V) para entender las ocurrencias de Pierre Bayle a la hora de combatir la religión católica. Así, donde la Iglesia defiende su autoridad y la de la tradición al exponer las Escrituras, en lo teológico y en lo moral, renegará de la tradición y

³⁹ De las obras clásicas destacan Jean DEVOLVÉ, *Religion, critique et philosophie positive chez Pierre Bayle* y Lucien DUBOIS, *Bayle et la tolérance*. De las actuales merecen citarse las de Stefano BROGI, “La tolérance et la règle d’or: Bayle face à la conscience de l’athée et du persécuteur”, pp. 63-78; Rainer FORST, “Pierre Bayle’s reflexive theory of toleration”, pp. 78-113; Ian HARRIS, “Toleration and its place: a study of Pierre Bayle in his *Commentaire Philosophique*”, pp. 225-243; Sally JENKINSON, “Two concepts of tolerance: or, why Bayle is not Locke” pp. 302-321; Jean.Pierre JOSSUA, “Pierre Bayle précurseur des théologies modernes de la liberté religieuse”, pp. 113-157; Elisabeth LABROUSSE, *Pierre Bayle*, t. II: Hétérodoxie et rigorisme, chapitre 18 et 19; John Christina LAURSEN, “Baylean liberalism: tolerance requires nontolerance”, pp. 197-215; Thomas M. LENNON, *Reading Bayle*, pp. 81-106; Antony MACKENNA, “Pierre Bayle: free thought and freedom of conscience”, pp. 85-100; Gianluca MORI, “Pierre Bayle, the rights of conscience, the ‘remedy’ of toleration”, pp. 45-60; Luisa SIMONUTTI, “Obsesión con la verdad: paradojas de Pierre Bayle”, pp. 141-161; y SOLÈRE, “The coherence of Bayle’s theory of toleration”, pp. 21-46.

⁴⁰ Cf. SEGOVIA, *op. cit.*

⁴¹ Pierre BAYLE, *Commentaire philosophique sur les paroles de Jésus-Christ “Les forcer à entrer”, dans lequel il est prouvé pour diverses raisons démonstratives qu’il n’y a rien de plus abominable que de procéder à des conversions forcées, et dans lequel tous les sophismes de ceux qui se convertissent au la force et les excuses que saint Augustin a faites des persécutions*. En el texto se citará la parte del libro, el capítulo y, de ser necesario, la página. Buena introducción a este texto es la de Fernando BAHR, “El *Commentaire philosophique* de Pierre Bayle”. pp. 59-80, que debe ampliarse con la clásica de Walter REX, *Essays on Pierre Bayle and religious controversy*, p. 153 and ss.

⁴² Como ha visto Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, pp. 53-54, Pierre Bayle parte del axioma de “la malicia esencial de la Iglesia Católica”.

adherirá al juicio único de la razón propia, la razón en todo como en sus contemporáneos Thomas Hobbes, Baruch de Spinoza y Locke.

3.1 LA RAZÓN Y LAS TINIEBLAS DE LA INTOLERANCIA

La exégesis bíblica para este pensador no requiere más asistencia que la de su razón; la suya no es una interpretación teológica, sino filosófica, fundamentalmente moral. En el sentido moral de la *Biblia* encuentra el argumento para rechazar una lectura que autoriza un crimen: la persecución, la conversión forzada y otros tormentos y delitos chocan con las verdades morales de la *Biblia* y la luz natural viene en auxilio de la tolerancia al enseñarnos a entender a Dios, la fe, la religión, la ley, etc. Es patente que como muchos otros de su tiempo el filósofo se convierte en maestro del teólogo, *theologia ancilla philosophia*.

Lo natural y lo sobrenatural, lo especulativo y lo práctico, todo lo que es accesible al hombre, sea o no revelado, queda bajo el regimiento de la luz natural que juzga de la verdad porque ella es la verdad:

“todo dogma particular –escribe Pierre Bayle–, bien se proponga como contenido en la escritura o bien en otro concepto, es falso desde el momento en que es refutado por las luces claras y distintas de la ley natural, principalmente, en lo concerniente a la moral” (I, I, p. 49).

¿Qué es esa razón, esa luz natural que brilla en los hombres?

La lectura atenta del *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo "obligales a entrar"* descubre que razón, luz natural, conciencia y ley natural son una sola y misma cosa, que los trata como sinónimos. Las palabras están indiferenciadas y los conceptos aparecen mezclados, por lo que la piedra angular que explica y justifica el conocer y el obrar de los hombres en lo natural y lo sobrenatural, en la tierra como en el cielo, se puede decir de cualquiera de esos modos. Desde el comienzo del texto no se sabe si es una facultad innata como en René Descartes o discursiva como en Aristóteles, si intuye desde el Cartesianismo o elabora trabajosamente, si es evidente en sí misma o requiere de un elucubrar. Incluso, no le interesa a nuestro filósofo discernir si es una capacidad intelectual o una tendencia sensible o pasional, o un instinto. Todo lo que dice en los iniciales capítulos del libro primero parecieran compendiarse en la tesis de que luz natural o conciencia son lo mismo que:

“los sentimientos de honestidad impresos en el alma de todos los hombres, en una palabra, esa razón universal que ilumina a todos los espíritus y que no falla jamás a quienes la consultan atentamente” (I, I, p. 45).

Cómo no advertir que todos los problemas para entenderlo nacen de esta actitud suya displicente y equívoca, de su decidida imprecisión conceptual. Es que este cartesiano⁴³, demostrando su afición por los sofismas, no hace nada para desembarazarse de las confusiones que plagan su *Comentario*... La permanente anarquía terminológica no es aceptable en un filósofo que, pretendiendo seguir a René Descartes, pareciera querer embrollarlo todo para defender su posición, como hicieran los sofistas⁴⁴. Aunque en cierto modo, la imprecisión conceptual en estas materias puede atribuirse a casi todo el pensamiento moderno⁴⁵, el equívoco general no lo exculpa, pues afirmar que razón y conciencia son lo mismo o que la ley natural se identifica con el sentimiento de lo justo o, bien, es fruto de un error metafísico o, bien, es artificio dialéctico de deliberada falsedad.

3.2 LA FE, DIOS Y LA RELIGIÓN EN EL REINO DE LA CONCIENCIA

Retomemos el razonamiento bayleano. Desde que ninguna verdad natural o racional, sobrenatural o teológica, puede ir contra la verdad de la propia razón, la fe religiosa misma es escrutada por la razón, lo que en buen romance significa que no admite una autoridad exterior, pues si se aceptara ese juez ajeno no habría fe (I, I). Esta operación la conocemos, la examinamos ya en Baruch de Spinoza. La revelación bíblica pasa por el mismo cedazo (I, II), reduciéndola al apéndice sobrenatural de la revelación natural que se da en la razón humana misma. Nuestra razón podrá valerse de las Escrituras como de un auxiliar, pero desde el momento que la luz natural es universal, a nadie se puede negar el derecho al libre examen porque

“todo lo que lleva a la buena disposición de un ortodoxo, en cuanto a la interpretación de la Escritura, se puede encontrar en un hereje, por lo que uno no necesariamente respeta y ama a Dios y su palabra más que el otro” (II, X, p. 266).

⁴³ Sobre el cartesianismo bayleano, cf. Todd RYAN, *Pierre Bayle's Cartesian metaphysics. Rediscovering early modern philosophy*.

⁴⁴ Véase si no. En un lugar afirma: “no podemos estar seguros de que una cosa es verdadera más que en la medida en que esté de acuerdo con esa luz primitiva y universal que Dios derrama en el alma de todos los hombres” (I, I, p. 43). Y más tarde: “Dios no ha impreso a las verdades que nos revela, al menos a la mayor parte de ellas, con una marca o un signo que nos permitan discernirlas con certeza; pues no poseen una claridad metafísica o geométrica, no producen en nuestra alma una convicción más fuerte que las falsedades y no existen pasiones que éstas no despierten (II, X, p. 247). Primero nos manda en todo seguir nuestra conciencia para después decirnos que esa guía segura nos lleva al error.

⁴⁵ Es de lo que hemos tratado en SEGOVIA, *op. cit.*

Luteranismo extremo que, quitando del medio la asistencia del Espíritu Santo, confía en las disposiciones anímicas del sujeto para garantizar una interpretación verdadera por personal.

La diosa razón conoce a Dios como una idea clara y distinta; conoce, entonces, que ese ser supremo debe ser adorado en espíritu porque desprecia una piedad exterior que no esté animada por una mente recta. Vía René Descartes estamos en el corazón del protestantismo:

“la esencia de la religión consiste en los juicios que nuestro espíritu hace sobre Dios, y en los impulsos de respeto, de temor y de amor que nuestra voluntad siente por él” (I, II).

Morando en este recinto íntimo, las creencias religiosas son incoercibles, descabellado sería el perseguirlas. Esta es la libertad de la conciencia en la que se resume toda la religión (II, V), porque no hay más rey y señor en materia religiosa que el propio individuo, que es propietario y juez absoluto de sus creencias. Nada debemos esperar o reclamar del magistrado, la conciencia es infranqueable a su potestad (II, VI), y “la religión es un asunto de conciencia que no se ordena” (II, VII).

Hay, por tanto, una “religión natural” (I, V) común a todo hombre, consistente en la religión de la razón que nos provee de ideas sobre la divinidad y suscita en nuestro espíritu sentimientos de temor y de amor que conmocionan la voluntad, como una persuasión moral del alma. Esta es la religión que Dios ha inscripto en la conciencia, que es anterior y superior a toda religión positiva⁴⁶. El hombre no necesita de nada más para acceder a Dios, bastándole su conciencia, pues naturalmente y sin necesidad de la gracia es *capax Dei*.

Siendo la conciencia la morada divina, actuar contra la conciencia es hacerlo contra Dios. Por lo tanto, los derechos de la conciencia serán los derechos mismos de Dios (I, V), lo que conduce hacia la divinización de la conciencia y, por lo mismo, del hombre⁴⁷. Todo lo que Dios quiere es que obedezcamos nuestras conciencias, porque Él es su amo⁴⁸; todo lo que la

⁴⁶ Destacamos la enorme semejanza con la doctrina spinoziana.

⁴⁷ Parece improbable que la divinidad de la conciencia sea por creación de Dios nada más. Tal vez sea un argumento sofisticado, como otros, que encierra algún grado de panteísmo desde que la conciencia es Dios o Dios está en la conciencia humana. Es un asunto que los estudios y especialistas en Pierre Bayle no han abordado.

⁴⁸ Según LAURSEN, “Baylean liberalism...”, *op. cit.*, p. 202, en la teología de Pierre Bayle “vivir de acuerdo a una religión verdadera en la uno no cree es peor que vivir según una religión falsa en la que uno realmente cree”. Dilema mal planteado: si la conciencia conoce la verdadera religión, ¿cómo puede ser errónea? La cuestión es que no existe tal cosa (“verdadera religión”) para el filósofo francés.

moral reclama es que nuestro querer sea el de la conciencia. La supremacía de la conciencia libre es una afirmación gratuita que nunca prueba, pero indispensable a su tesis de la tolerancia, ya que el hombre debe seguir su conciencia en todo, en lo supremo y lo menudo, en religión o moral:

“todo homenaje rendido a la conciencia, toda sumisión a sus juicios y a sus decretos –escribe Pierre Bayle–, es señal que se respeta la ley eterna y a la divinidad cuya voz se reconoce en el tribunal del corazón. En una palabra, todo hombre que hace algo porque lo cree agradable a Dios testimonia, al menos, que desea complacer a Dios y prestarle obediencia. Ahora bien, es cierto que ese deseo no puede estar desprovisto de bondad moral” (II, VIII, p. 209).

Santidad y moralidad son patrimonio de la conciencia humana por naturaleza.

No hay ley humana o divina que pueda ir contra la conciencia. La ley divina, porque ella es la conciencia misma o porque no hay nada divino que no sea racional, pues si no lo fuera no sería divino. La ley humana, porque debe postrarse ante la conciencia individual como ante Dios; si fuese contra ella, sería nula (I, VI; II, VII). La ley de la conciencia –que encierra el peligroso antinomianismo protestante– es la ley que el individuo debe seguir en religión y moral; pecaría al desobedecerla. Por ello, como todo hombre está dotado de una conciencia implantada por Dios, todo hombre que obra según su conciencia –creyente o pagano, cristiano o chino, ateo o hereje– obra según Dios (I, V).

Si se aplica esta doctrina a la tolerancia religiosa, se tendrá que, recapitulando la religión en la voz de la conciencia, una política tolerante con las religiones será la que permita la libertad de las conciencias individuales.

“La única certidumbre que tenemos de que los actos que nos parecen honrados y agradables a Dios deban ser practicados, es que sentimos interiormente en nuestra conciencia que debemos practicarlos” (II, X, p. 259).

3.3 *EL PROTESTANTISMO Y LA OSCURIDAD DE LA VIDA HUMANA*

La luz divina que en nosotros brilla, que Dios ha inscripto en nuestros espíritus, basta consultarla para pararnos del lado de la verdad y el bien; empero esa luz divina no nos proporciona intelecciones tan ciertas y evidentes como podría creerse. Pierre Bayle nos traslada ahora al reino de las tinieblas de este mundo, en el que la razón no es ya un sol, sino un farol que no extingue la negrura espesa de la noche. La segunda parte del *Comentario...* puede leerse como un ejercicio del pesimismo antropológico protestante inserto en un cuadro de burdo dramatismo por los

nubarrones que se ciernen sobre la conciencia, ocultando la verdad, sí, pero desautorizando, por igual, la intolerancia.

En primer término, señala “el imperioso poder de las pasiones”, que “oscurecen los objetos y distraen continuamente las facultades del espíritu” (II, I), de donde se concluye que las evidencias no son evidentes, “que la evidencia es una cualidad relativa” (II, I, p. 127), que nos obliga a movernos en un mundo de verdades putativas, rengas, de segundo grado. Por otra parte, Dios, que es un bromista, tiene el hábito de interponer excepciones a las verdades más comunes de la razón, que no solamente es esclava ya de evidencias dudosas, subjetivas, sino que, también, deberá estar atenta a las trampas divinas que la obligarían –para seguir a Dios– a no obedecer “a cierta ley natural” (II, IV).

Estamos en el supuesto de una contradicción entre la voluntad de Dios y la conciencia. El filósofo indicó que deberíamos obrar según el mandato divino (la citada excepción) y violar la propia conciencia, que importaría tanto como sugerir que Dios nos manda pecar. Mas, en un giro sofístico, distinguirá (II, VI, pp. 189-190) entre pecar en conciencia y pecar a sabiendas contra la conciencia (malicia), derrumbando sin advertirlo todo el edificio: porque si nadie obra contra su conciencia, solo se trataría de grados del pecado, pero de pecados al fin. La dificultad mayor no es teológica, tampoco moral, sino política, desde que el magistrado civil no puede legislar contra la conciencia individual, pero sí contra la malicia de la intención. Sin embargo, ¿cómo puede distinguir los ánimos el funcionario si no es árbitro de la conciencia de nadie?

No terminan acá las dificultades. La condición humana misma, limitada y débil, nos hace presos del error, del absurdo, de la confusión, porque pisamos en suelo movedizo y atestado de trampas. Nada es estable, todo se sujeta a la novedad que no podemos rechazar porque no sabemos cómo Dios obra (II, VI). Cuentan también los hábitos adquiridos, la enseñanza recibida, las demandas de los cuerpos y muchas otras cosas que vuelven penosa la tarea de la luz natural y trabajosa la búsqueda de la verdad hasta lo imposible. El camino de la razón es oscuro, está preñado de tropiezos que la doblegan antes del fin. Por eso su escepticismo⁴⁹, que no quiere sea pirronismo,

⁴⁹ Tempranamente estudió el escepticismo bayleano Arsène DESCHAMPS, *La genèse de scepticisme érudit chez Bayle*. Hoy lo afirma POPKIN, *The history of scepticism. From Savonarola to Bayle*, pp. 283-302, quien coincide con Gary REMER, “Humanism, liberalism, & the skeptical case for religious toleration”, p. 37 and ss., en que no es el escepticismo de los humanistas, sino uno más radical, pues ha desaparecido toda posibilidad de consenso o concordia religiosa y se funda en la conciencia individual. Sin embargo, LABROUSSE, *op. cit.*, chapitre. 9 et 19 y MACKENNA, *op. cit.*, pp. 94-95, creen que la doctrina de la tolerancia de Pierre Bayle no se basa en el escepticismo, sino en el racionalismo moral.

aunque aquí mucho se le parece, y que tiene un fondo protestante y hasta cartesiano: las verdades provisionales de René Descartes son las putativas de Pierre Bayle. La condición en que Dios nos ha puesto es miserable: la verdad se nos escapa, el bien nos es esquivo, la luz de la razón se apaga.

Hay una salida, porque la soberbia de la razón humana no se rinde frente a las dificultades, a pesar de que se resigne al conformismo:

“así las cosas, no cabrá pensar que Dios imponga al hombre la necesidad de amar la verdad real y que no le imponga también la de amar la verdad putativa” (II, X, p. 247).

Esto es: Dios quiere que amemos la tormenta de dudas e incertezas en las que nos movemos y que nos abracemos a ellas como tabla de salvación.

El hombre debe andar en este mundo de las apariencias porque Dios así lo ha querido, poniéndonos en un suelo en el que la verdad no se distingue de la falsedad ni el bien del mal. Según nuestras fuerzas, incluso con el auxilio divino, solo podemos conocer una verdad postiza y obrar un bien aparente (II, X), estando condenados a vivir en el error y el mal, supuesto que la razón pudiera aspirar a saber algo verdadero y la voluntad a quererlo. Es muy difícil hallar un hombre cuya conciencia no sea invenciblemente errónea.

Lejos de renunciar a la fallida ley de la conciencia, confirma que esa conciencia es todavía la llave de la verdad. Moralmente bastará con obrar según la virtud, pues la regla moral no ha sido opacada para quien con diligencia la busca⁵⁰. Y quien obra con moralidad salva su alma para la eternidad, pues la buena conducta basta a la salvación porque, dice:

“lo que salva no es ni la ortodoxia de aquéllos ni la de los que están en la verdad absoluta ya que, por mucha fe que se tenga, si no se es hombre de bien no se hallará la salvación” (II, X, p. 254)⁵¹.

Concedemos el punto: sostiene una moral racionalista; pero siendo así, no puede dejarse de lado el relativismo gnoseológico, que como apunta REX, *op. cit.*, p. 185, el filósofo lo exagera hasta el escepticismo. En este sentido, John Christian LAURSEN, “Pierre Bayle: el pirronismo contra la razón en el *Commentaire philosophique*”, pp. 35-58, y “Skepticism against reason in Pierre Bayle’s theory of toleration”, pp. 131-144 y Nawal EL YADARI, “Religious freedom and strength of belief in Bayle: the practical failure of the theory of toleration?”, pp. 70-84.

⁵⁰ Pierre Bayle está considerando la segunda tabla del Decálogo relativa al prójimo y que permanece clara a la razón. Se presume, entonces, que la primera tabla, la del supremo mandamiento del amor a Dios, siendo especulativa, no la conocemos con certeza (II, X, p. 253). Nueva paradoja sofisticada: podemos dudar del amor a Dios pero no al prójimo.

⁵¹ Advertimos nada más el giro bayleano en la doctrina protestante de la salvación: no basta la fe, porque se mueve en tierra fangosa, hay que ser buenos, casi una reintroducción de las obras meritorias.

Habiendo renunciado a toda verdad científica y moral, instala la tolerancia religiosa en los terrenos especulativos y prácticos. Conocer la verdad, no conocerla o estar en un error son lo mismo para él, es decir, son equivalentes en moral y en filosofía. Por eso deben tratarse igualmente todas las opiniones, según el principio de reciprocidad. Argumento falso porque distorsiona el concepto de conciencia, su función y el lugar que ocupa en la vida moral del hombre. Su escepticismo lo lleva a negar los derechos de la verdad para quien no la conoce –que en su psicología es todo hombre– y a concluir que tienen el mismo valor moral el hacer algo en virtud de una convicción falsa que el hacerlo por una creencia verdadera. Lo que le interesa no es el estatuto de la verdad, sino la tolerancia de las religiones. Como afirmó Elisabeth Labrousse, el *compelle intrare* se ha convertido en su contrario *compelle exire*⁵², abierto a cualquiera creencia y a toda conducta.

3.4 EL DERECHO A UNA CONCIENCIA ERRÓNEA

No solo proclama los derechos de la conciencia errónea, va más allá, pues, en el mundo de tinieblas en que se vive, a todo hombre debería reconocérsele el derecho primario a una conciencia errónea, es decir, a lo que ella ya es.

En teología moral la conciencia errónea se ha tratado siempre en el orden de la praxis; Pierre Bayle, en cambio, la ubica primero en el orden especulativo y después de la práctica, porque rechaza toda distinción entre cuestiones de hecho y de derecho (II, IX). La conciencia errónea obliga en ambos casos: si creemos sinceramente que dos más dos es tres o que la materia es una substancia espiritual, tenemos el mismo derecho a creerlo como el que asesina o roba porque cree que es bueno⁵³. El error en uno y otro caso es inocente, porque en todo lo que el hombre hace o piensa basta con que crea que sea verdadero o bueno, tomando como regla: “todo lo que se hace contra el dictamen de la conciencia es pecado” (II, VIII).

Según el erudito, entonces, “el asesinato cometido según los instintos de la conciencia es un mal menor que el de no matar cuando la conciencia lo ordena” (II, IX, p. 237). Así, si nuestra conciencia nos manda herir y no lo hacemos, peco; mas, si herimos, actuamos bien según nuestra conciencia y mal según la moral. Un acto puede ser bueno y malo a la vez, según

⁵² LABROUSSE, *op. cit.*, p. 540.

⁵³ Ponemos dos ejemplos paradójicos, sabiendo que Pierre Bayle se está refiriendo a verdades teológicas (el dogma trinitario o la transustanciación que, según apunta REX, *op. cit.*, pp. 157-158, eran discutidos por los hugonotes) o disposiciones religiosas (como la santa misa).

Pierre Bayle⁵⁴, absurdo argumento que exime todo comentario, salvo porque el legislador humano, emulando al divino, debe respetar la conciencia individual.

Debe destacarse la gravedad de la tesis de Pierre Bayle que saca a la conciencia del terreno práctico y la planta en el especulativo, pasando de la moral al reino de la especulación. De este modo relativiza toda verdad y ya no puede saberse cuándo la conciencia es verdadera y cuándo es errónea. No hay religión verdadera ni falsa, no hay ortodoxia ni herejía; toda secta –todo error– tiene derecho a ser reconocida con una laxitud igual a la de nuestros días⁵⁵. Y esto porque tiene la tendencia, como advierte Thomas Lennon, a convertir las cuestiones de derecho en cuestiones de hecho, reducir lo especulativo a lo práctico⁵⁶.

La maldad moral y el error especulativo consisten en no seguir las luces de la conciencia, de la que Dios no nos dispensa: “hay, por lo tanto, una ley eterna e inmutable que obliga al hombre, bajo pena del mayor pecado mortal que pudiera cometer, a no hacer nada en menosprecio y contra el dictamen de su conciencia” (II, VII, p. 213)⁵⁷. Desde que todo se reduce a la subjetividad de la razón individual no existe medio para distinguir la conciencia verdadera de la errónea.

“Nada perturba más a Bayle –dice con acierto Adam Sutcliffe– que la arrogancia de la certeza. Es en contra de tal arrogancia que se basa su argumento a favor de la tolerancia religiosa”⁵⁸.

Su relativismo extremo conduce a un mundo de fantasmas en el que la verdad y el error son irrelevantes, pues la conciencia libre es el juez de la rectitud de ella misma. Nada la obliga.

Si al filósofo reprochamos su confusionismo, al moralista lo acusamos de relativista hasta el absurdo por no tener más criterio que la conciencia. Sostiene:

⁵⁴ Dígase herir por perseguir o matar, como hacen los intolerantes, y el resultado no cambiará. Recordemos, además, los asesinos seriales yanquis que obran de acuerdo con los dictados de Dios a sus conciencias.

⁵⁵ Olivier ABEL, “The paradox of conscience in Pierre Bayle”, pp. 40-55 y Marta GARCÍA-ALONSO, “Creencia religiosa y conciencia errónea según Pierre Bayle”.

⁵⁶ LENNON, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁷ Se ha querido ligar la doctrina de Pierre Bayle a la escolástica, aunque son contrarias. Como enseña santo TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones disputatae de Veritate*, q. 17, a. 4, tenemos el deber de seguir nuestra conciencia, pero si esta es errónea no vuelve buena nuestra acción; además, la conciencia recta obliga por sí misma en tanto que la errónea sólo relativa y accidentalmente.

⁵⁸ Adam SUTCLIFFE, “Spinoza, Bayle, and the Enlightenment politics of philosophical certainty”, p. 70.

“es imposible que Dios permita a la verdad recurrir, para imponerse, a ninguna acción que no sea justa y de derecho común a todos los hombres. Porque del modo en que las cosas resultan ser, sería una necesidad inevitable que todo lo que estuviera permitido a la verdad contra el error le resultara permitido al error contra la verdad. Y así, por la misma disposición que dispensaría a la religión verdadera de la regla general, el crimen se haría necesario y el error se confundiría” (II, VIII, p. 218).

Evitar la posible violencia demanda que el gobernante o el filósofo no distinguan lo verdadero de lo falso, porque en este mundo de verdades postizas lo que concedo a uno debo otorgarlo también al otro.

¿No ha advertido que abre así la puerta a la anarquía y a la inmoralidad? Sí, pero los graves males que pudiera traer a la sociedad –cita la sodomía, el adulterio o el asesinato– no es de temer que sucedan, porque si algunos aventuraran a proponer su legalidad, bastará “el decoro mundano” para detenerlos (II, IX). ¿Una ingenuidad? Nos inclinamos a pensar que es ilógico, porque de sus enseñanzas se deriva la posibilidad real de que tales crímenes se vuelvan legales, como atestiguan estos tiempos. Si lo que se hace por error tiene igual derecho a hacerse de lo que se hace por verdad (II, X), resulta que no existe norma moral alguna o que esta es socialmente inútil para confutar el vicio, el pecado y el crimen. Lo único que se puede imponer es la voluntad del magistrado, la razón de Estado, pues cuando no hay diferencia entre pecado y crimen, vicio y delito, solo resta la ley positiva para dirimir los borrosos límites.

No nos adelantemos y no quitemos aún la mirada del corazón de los individuos. Para estos “la conciencia y el sentimiento interior que tenemos de la verdad son, para cada uno, la regla de lo que debe creer y hacer” (II, X, p. 28). ¡La sinceridad de la conciencia, norma de lo humano, típico argumento ilustrado! Como nadie puede presumir de verdad y todos debemos nadar en el océano de las medio verdades, Pierre Bayle puede argumentar como el juez romano: *quid est veritas?*

3.4 TOLERANCIA RELIGIOSA Y RAZÓN DE ESTADO

El universo de lo humano que él nos propone es de un subjetivismo relativista extremo regido por unas conciencias individuales que han desplazado toda ley, humana o divina. La conciencia, que al comienzo se fundaba en la “impresión” divina en el hombre, al introducirse la doctrina de la conciencia errónea lleva a una conclusión distinta: la conciencia se funda en sí misma, es autofundante, ocupando el lugar de Dios⁵⁹. Entonces, en este

⁵⁹ Lo observaron HAZARD, *op. cit.*, p. 85, MORI, *op. cit.*, pp. 52-53 y REX, *op. cit.*, p. 184 and ss.

mundo se planta la tolerancia religiosa encaminada a convertirse en la libertad subjetivista propia de la modernidad en la que el error y la falta de certidumbre se enseñorean pedantemente.

No habiendo criterio alguno que en materia religiosa distinga la ortodoxia de la heterodoxia, la herejía no solo no es punible, sino que hasta es deseable, desde que no sabemos cómo quiere Dios que lo conozcamos y veneremos fuera de las convicciones espirituales de cada uno, que es lo único que le place.

“La experiencia nos enseña que ha habido novedades buenas y santas en materia de religión, y sabemos que pueden producirse todos los días en los países infieles mediante la introducción del calvinismo, pero también conocemos novedades que no sirven más que de pretexto a los sediciosos” (II, VI, pp. 186-187).

No debe pasarse a la ligera por esta idea que, veremos, tiene enormes consecuencias prácticas.

Este mundo de Pierre Bayle, que no conoce de certezas, en el que todo es ortodoxo y válido, es un reino de ilegalidad en el que no se puede vivir. Una sociedad sin regla alguna de conducta, que todo lo decidiera por la conciencia de los individuos, una sociedad pluralista, sería un caos, un estado de naturaleza hobbesiano. La república de sectas heréticas que imagina (II, VI) sería el reino de la anarquía⁶⁰. Pero hay una carta salvadora, el Estado, encargado de preservar la paz, que debe juzgar de asesinos y ladrones sin atender a sus conciencias (II, IX). El ateo y el impío se han de sujetar a las leyes supremas del Estado, dice, como si el crimen fuera un límite al ateísmo y la impiedad cuando, en verdad, es un término para todos los individuos.

Lo que impedirá el desquicio social, al que lleva su teoría de la tolerancia, es el brazo de aquel Poncio Pilatos que repudiaba la verdad. “El bien público del Estado”, su conservación, es la única norma límite de la tolerancia, incluso de las creencias admitidas. El liberal relativista no teme afirmar que es necesario que “el soberano tenga el derecho de ordenar a sus súbditos que crean ciertas cosas y que tengan una cierta conciencia y no otra” (II, V, p. 174). Aquel que no podía violar las conciencias tiene ahora el poder de dictarles lo que deben creer, al igual que en Baruch de Spinoza.

Cesa en el Estado toda autoridad de la Iglesia o de las iglesias. La unidad del Soberano es clave en la tolerancia de Pierre Bayle, porque su decisión compensa la inseguridad en la que viven los hombres que

⁶⁰ La república de sectas heréticas del *Comentario filosófico...*, *op. cit.* parece ser una variación de la sociedad de ateos que Pierre Bayle anticipó en sus *Pensées diverses à l'occasion d'une comète*, p. 75.

razonan y discuten sobre verdades inalcanzables. Auspicio de un fuerte “decisionismo”, como advierte Jean-Michel Vienne, pues el

“escepticismo hacia las creencias individuales no puede ignorar la cuestión de la vida social; y en esta área, hay que apostar sin tener que esperar la definición abstracta”⁶¹.

No importa la contradicción, porque por sobre la ley absoluta de su conciencia el ciudadano encuentra otra más universal y absoluta: la ley de la razón de Estado. Cualquiera puede creer cualquier cosa, y el Estado no juzgará de la veracidad o falsedad de la creencia, que es lo mismo que tolerarlas, salvo por el “peligro que representen para la tranquilidad y la seguridad públicas” (II, v, p. 176).

El argumento se dirige, primero, contra los católicos papistas, pero el escritor lo aduce como norma general y es razonable que así lo haga, si bien en su corazón crea que las confesiones de protestantes, judíos y musulmanes son más pacíficas y respetuosas del Estado que la católica. Además, entiende razonable que el Estado limite la tolerancia como para defenderse hacen los países protestantes que han destituido el catolicismo, imponiendo una religión oficial, al igual que los Países Bajos donde habita. Por eso no es del todo plausible la tesis de un Estado secular, neutral en lo religioso⁶²; ni lo afirma ni lo niega⁶³. Es su método, nos advirtió Johann Heinrich S. Formey.

A lo sumo, no hay tolerancia para los intolerantes. Pierre Bayle es tolerante salvo con los intolerantes, porque, según John Christian Laurssen, para este filósofo la línea entre la religión y la política que conducía a la intolerancia estaría borrosa a causa de ciertas formas de entusiasmo (fanatismo) y superstición⁶⁴. Luego, el argumento a favor de la tolerancia no es religioso, sino político, pragmático⁶⁵. Sea como fuere, a todas las religiones les cabe la medida y nada las exime de respetar la ley del Estado. Pero tener que recurrir al Estado es tanto como reconocer el fracaso de la tolerancia subjetivista apoyada en las conciencias libres, como ha expuesto Gianluca Mori⁶⁶.

⁶¹ Jean-Marie Vienne, “La tolérance, de Spinoza à Locke”, p. 127.

⁶² Conclusión en JENKINSON, *op. cit.*, pp. 319-320.

⁶³ Es la larga discusión sobre si, no habiendo en Pierre Bayle una religión civil, existen elementos erastianos. Véase BEINER, *op. cit.*, pp. 176-188 y Marta GARCÍA-ALONSO, “Bayle’s political doctrine: a proposal to articulate tolerance and sovereignty”; LABROUSSE, *op. cit.*, chapitre 19 dice que Pierre Bayle acepta la intervención restrictiva del Estado, pero no los excesos hobbesianos.

⁶⁴ Así LAURSEN, “Baylean liberalism...”, *op. cit.*, p. 198.

⁶⁵ REX, *op. cit.*, p. 177 nota.

⁶⁶ MORI, *op. cit.*, p. 59.

IV. Conclusiones

SEMEJANZAS

Baruch de Spinoza y Pierre Bayle, al presentar sus teorías de la tolerancia religiosa, repiten los argumentos que cincelan la modernidad, no como época cronológica, sino como mentalidad o sistema de pensamiento. El racionalismo, común a ambos, reductivo de la verdad de las cosas a la razón que las piensa, prohija en los dos el naturalismo pragmatista con que estudian la *Biblia*, el inmanentismo subjetivista gnóstico-protestante al que reducen la fe y la religión, el cartesianismo que define a Dios como una idea concebida en la mente humana, la secularización de las autoridades eclesíásticas porque delegan en el Estado el *ius circa sacra*, la inanidad de las iglesias reducidas a sociedades privadas, todo lo cual remata en una cúspide del sistema en la que uno y otro coinciden: el voluntarismo del Estado, cuya ley de autoconservación es la suprema norma de la vida humana religiosa, moral y política.

A esta altura es de menor importancia en lo que difieren. Baruch podrá fundar la tolerancia religiosa en la *libertas philosophandi* como libertad natural; Pierre en el derecho del hombre a una conciencia errónea y en la arrogancia de la razón más allá del error y la verdad. Lo que nos ha interesado destacar es la comunión de ambos en un mismo resultado a pesar de los diferentes fundamentos: la soberanía de la ley humana, el absoluto poder del Estado, el voluntarismo estatista, único método de control de las anárquicas tendencias individuales. Ambos han planteado un escenario que se aproxima al del liberalismo que ellos anticipan: el individuo libre, supuestamente libre, en el vientre del Estado soberano absoluto.

BARUCH DE SPINOZA:

TOLERANCIA Y TOTALITARISMO

Su defensa de la libertad de filosofar anticipa la hodierna tesis de Richard Rorty de la prioridad de la libertad y la democracia sobre la verdad o la religión⁶⁷. La democracia tal como la entiende el “Filósofo maldito” es el sistema político que reclama esa relación subordinada de la verdad y la religión⁶⁸, y por eso es quien más se aproximó al Estado moderno, constituido por tres actores: las iglesias, encerradas en el recinto privado de la piedad y la obediencia; el Estado, gobernador del bienestar público

⁶⁷ Richard RORTY, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, pp. 31-61.

⁶⁸ ALVEAR, *op. cit.*, p. 60.

con control de las cosas sagradas y profanas; y el individuo librepensador, a quien el Estado garantiza pensar y, a veces, expresar su pensamiento.

Su tolerancia religiosa o su libertad cívica en verdad no pueden probarse, a lo sumo se infieren de un Spinoza leído con parcialidad o con indulgencia⁶⁹. Pero de una lectura más rigurosa –como la de Troisfontaines– podemos inferir la existencia de un régimen opresor que solo deja a los individuos la libertad de pensar⁷⁰. El único límite al Soberano omnipotente, ornado de corona y mitra, es la libertad de filosofar, pero ella misma está limitada por la soberanía; el ciudadano ya no puede vivir como quiera porque tal derecho lo ha cedido al Estado (*TTP*, xx). La libertad filosófica se reduce a la libertad de pensar, no siempre a la de decir y nunca a la de escoger el modo de vida que más nos plazca. ¿No es este el absurdo ideológico del totalitarismo democrático?

El totalitarismo democrático spinoziano⁷¹ se funda en esa gnóstica libertad de la razón que impera al interior de cada individuo puesto que más allá de sus entrañas rige la ley absoluta del Monarca absoluto que exige absoluta obediencia. Admirando el sistema, afirma Israel que las libertades de pensamiento y discurso son la meta primera de Baruch de Spinoza, “mientras que salvar las almas no desempeña ningún papel en su defensa de la tolerancia ni en el establecimiento de límites a la tolerancia”⁷². Entonces, si la tolerancia no sirve a la religión, el sabio holandés no ha tenido más propósito que la autoconservación del Estado. Son los propios spinozistas lo que defienden la conclusión.

Su república libre no admite más libertad de los ciudadanos de las que “en su conducta siguen las leyes de la sociedad” (*TTP*, xvi). En religión, la libertad consiste en la obediencia; en lo civil, la libertad es también obediencia, sublime forma de la racionalidad:

“tanto más gobierna un hombre conforme a la razón, es decir, es más libre y más fiel al derecho común, cuanto más se conforma al soberano al que está sujeto” (*op. cit.*, nota II).

⁶⁹ Como hace, por caso, Aaron L. HEROLD, “Spinoza’s liberal republicanism and the challenge of revealed religion”, pp. 239-252 y Charlie HUENEMANN, *Spinoza’s radical theology. The metaphysics of the infinite*, pp. 109-130.

⁷⁰ Claude TROISFONTAINES, “Liberté de pensée et soumission politique selon Spinoza”, pp. 187-207.

⁷¹ Es este uno de los puntos en el pensamiento de Baruch de Spinoza que los demócratas actuales niegan con ofuscación. Ha sido uno de los argumentos empleado por un evaluador de una revista científica para rechazar la publicación de este artículo en ella, volviendo el argumento contra el autor: es antidemocrático decir que el filósofo maldito es totalitario.

⁷² ISRAEL, *Radical Enlightenment... op. cit.*, p. 265.

Cualquier parangón con Thomas Hobbes o Jean-Jacques Rousseau –ambos se han trazado– debe aquí tener en cuenta no tanto el aparato teórico, en el que difieren, como el corolario, que los hace cofrades del mismo estatismo totalitario.

PIERRE BAYLE:
LA TOLERANCIA SOFÍSTICA

Vociferar la tolerancia religiosa y los derechos de la conciencia errónea para solucionar las dificultades de la cognoscibilidad de la verdad es resolver políticamente el problema moral del bien, el problema metafísico de la verdad y el teológico de la religión verdadera. Si Pierre Bayle comienza el *Comentario filosófico...* defendiendo la verdad con el argumento de la razón natural, lo concluye afirmando el derecho de la conciencia errónea fundándose en la voluntad⁷³. La crítica que su contemporáneo Pierre Jurieu le dirigiera es entonces acertada⁷⁴: “todo para él se ha vuelto materia indiferente, una generalizada adiáfora, que el Estado tolera si conviene a su conservación”.

Su protestantismo tiene una dirección cartesiana: la conciencia asemeja al *cogito* de René Descartes, el brazo secular es como una *res extensa*; por el desfallecimiento de la razón, describe el mundo de la moral –incluso el metafísico–, como el universo de lo probable; quizá la diferencia esté en el valor de la Revelación, pues si ambos la subordinan a la razón, Pierre Bayle rechaza el fideísmo cartesiano y adopta un racionalismo escéptico a costa de un triunfo pírrico sobre la religión. Cierto es que no pueda sostenerse que fue ateo, pero sí es evidente su racionalismo escéptico, pues no obstante criticar a los socinianos se les aproxima bastante⁷⁵. Debería hablarse en él de irreligiosidad, de una *licentia religionum*, que desemboca en la irreligión⁷⁶.

⁷³ REX, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁷⁴ Pierre Jurieu (1637-1713), francés y calvinista como Pierre Bayle, lo refutó en varios escritos: *Des droits des deux souverains en matière de religion, la conscience, et le prince Pour détruite le dogme de l'indifference des Religions & de la tolerance Universelle. Contre un Livre intitulé COMMENTAIRE PHILOSOPHIQUE Sur ces paroles de la Parabole Contrains-les d'entret* (1687); *Courte revue des maximes de morale et des principes de religion de l'auteur des pensées diverses sur des comètes* (1691) y *Le philosophe de Rotterdam accusé, atteint, et convaincu* (1706). Cf. Mara van der LUGT, *Bayle, Jurieu, and the Dictionnaire Historique et Critique*; LENNON, *op. cit.*, p. 86 and ss. y REX *op. cit.*, p. 189 and ss.

⁷⁵ Cf. Barbara Sher TINSLEY, “Sozzini’s ghost: Pierre Bayle and Socinian toleration”, pp. 609-624.

⁷⁶ ALVEAR, *op. cit.*, p. 153.

La deriva estatista del sistema bayleano es también moderna. Si somos capaces de leer sus ideas despejadas de las apariencias cultas con que adorna los sofismas, notaremos que remata en el crudo naturalismo voluntarista del descreído que habita un mundo que no cree en nada, pero que sigue necesitando de la idea de Dios, porque de lo contrario todo se derrumbaría. Pero el Dios del racionalismo habita en el cielo de las ideas y no puede evitar el anarquismo mundano de opiniones, doctrinas y conductas; únicamente puede controlarlo el poder que, en un giro paradójico, se avizora endeble. La moral natural, un sentimiento que la razón da a conocer es, también, de por sí, una religión natural. Pero si, como ha quedado probado, el último juez es la propia razón, un individualismo moral acecha la vida social que no puede contenerse más que por la fuerza, ¡Razón de Estado!

Se desentiende de la verdad porque abomina de las certezas. Como filósofo no pasa de la estatura de “crítico” y como moralista se refugia en un relativismo pragmático que confía al Estado la resolución de las controversias, igual que Baruch de Spinoza y Richard Rorty. Por eso sus argumentos son especiosos⁷⁷, para maquillar una salida indigna. No sorprende que en estos días se lo aclame como el filósofo de la tolerancia⁷⁸; él es el modelo del pensador moderno que, renunciando a una verdad que declara incognoscible, recurre a los derechos de cada individuo a creer y pensar lo que le parezca, apuntalando el hodierno sistema escéptico estatista.

Su estilo es del gusto hodierno, tanto como la retórica de los derechos de la razón o de los sentimientos. Fue un espíritu indiscreto al que le desagradaba el fanatismo, aunque puso mucho entusiasmo en combatirlo. No fue hombre de sistemas y de dogmas, pero inventó el dogma de la conciencia y justificó el sistema de pensar y vivir en el error. Nuevas “certezas” para rebatir las incertidumbres que lo abrumaban. Fue un filósofo superficial que maquilló su escasa profundidad con una ilustración servida por una pluma elegante y pesada. Retorcía los argumentos una y otra vez, como los sofistas, para dominar la superstición y la ignorancia del mundo. Pero, hijo del racionalismo en ascenso, acabó atrapado en la telaraña que él tejió.

⁷⁷ Dice LENNON, *op. cit.*, pp. 28-31, que sus textos y pensamientos son “polifónicos” y DEVOLVÉ, *op. cit.*, p. 426, sostiene que su exposición es intencionalmente oscura.

⁷⁸ VIENNE, *op. cit.*, p. 131, dice con agudeza: “El escepticismo de Bayle atrae la simpatía moderna pues el derecho de la conciencia favorece el individualismo contemporáneo; pero la conciencia de cada uno es libre siempre que el Estado asegure la mínima convergencia de las conciencias”.

5. Bibliografía

FUENTES

- BAYLE, Pierre, *Pensées diverses à l'occasion d'une comète*, in Pierre Œuvres diverses, La Haye, Compagnie des Libraires, 1737, t. 3, Première Partie.
- BAYLE, Pierre, *Commentaire philosophique sur les paroles de Jésus-Christ "Les forcer à entrer", dans lequel il est prouvé pour diverses raisons démonstratives qu'il n'y a rien de plus abominable que de procéder à des conversions forcées, et dans lequel tous les sophismes de ceux qui se convertissent au la force et les excuses que saint Augustin a faites des persécutions*, in Pierre Bayle, Œuvres diverses, La Haye, Compagnie des Libraires, 1737, t. 2, citamos por la traducción de José Luis Colomer, *Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo "Obligales a entrar", en el que se prueba por diversas razones demostrativas que no hay nada más abominable que realizar conversiones a la fuerza, y en el que se refutan todos los sofismas de los que convierten a la fuerza y la apología que San Agustín ha hecho de las persecuciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones disputatae de Veritate*, en *Quaestiones disputatas*, Torino et London, Maretti et Burns & Oates, 1900, vol. iv.
- SPINOZA, Baruch de, *Tractatus theologico-politicus*, en *Œuvres de Spinoza*, Paris, Charpentier, 1861, t. II, pp. 1-345. Citamos por la versión en castellano: *Tratado teológico-político*, Buenos Aires, Acervo Cultural Ed., 1977.
- SPINOZA, Baruch de, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, 1677. Citamos de la traducción de Atiliano Domínguez, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000.
- SPINOZA, Baruch de, *Tractatus politicus*, 1677. Citamos de la traducción de Atiliano Domínguez, *Tratado político*, Madrid, Alianza, 1986.

TEXTOS SECUNDARIOS

- ABEL, Olivier, "The paradox of conscience in Pierre Bayle", in *Reformation & Renaissance Review*, vol. 14, issue 1, Cambridge, 2012.
- Alvear Téllez, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- BAHR, Fernando, "El *Commentaire philosophique* de Pierre Bayle", en *Tópicos*, n.º 9, Santa Fe, 2001.
- BEINER, Ronald, *Civil religion. A dialogue in the history of political philosophy*, Cambridge and New York, Cambridge Univrsity Press, 2011.
- BILLECOQ, Alain, "Spinoza et l'idée de tolérance", in *Philosophique*, vol. 1, Besançon, 1998.
- BROGI, Stefano, "La tolérance et la règle d'or: Bayle face à la conscience de l'athée et du persécuteur", in *Prospettiva EP*, año XXXVII, N° 1-2, Macerata, 2014.

- DESCHAMPS, Arsène, *La genèse de scepticisme érudit chez Bayle*, Lieja, Imprimerie H. Vaillant-Carmanne, 1878.
- DEVOLVÉ, Jean, *Religion, critique et philosophie positive chez Pierre Bayle*, Paris, Alcan, 1906.
- DUBOIS, Lucien, *Bayle et la tolérance*, Paris, A. Chevalier-Marescq & Cie., 1902.
- EL YADARI, Nawal, “Religious freedom and strength of belief in Bayle: the practical failure of the theory of toleration?”, in *Reformation & Renaissance Review*, vol. 14, issue 1, Cambridge, 2012.
- FORST, Rainer, “Pierre Bayle’s reflexive theory of toleration”, in Melissa S. WILLIAMS and Jeremy WALDRON (ed.), *Toleration and its limits*, New York-London, New York University Press 2008.
- FORTE, Juan Manuel, “Historia y filosofía en la hermenéutica bíblica de Spinoza”, en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, vol. 25, Madrid, 2008.
- FRAENKEL, Carlos, *Philosophical religions from Plato to Spinoza. Reason, religion, and autonomy*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2013.
- FRANKEL, Steven, “The invention of liberal theology: Spinoza’s theological-political analysis of Moses and Jesus”, in *The Review of Politics*, vol. 63, issue 2 Notre-Dame, 2001.
- GARCÍA-ALONSO, Marta, “Bayle’s political doctrine: a proposal to articulate tolerance and sovereignty”, in *History of European Ideas*, vol. 43, issue 4, 2016, DOI: 10.1080/01916599.2016.1203593 [fecha de consulta: 21 de marzo de 2017].
- GARCÍA-ALONSO, Marta, “Creencia religiosa y conciencia errónea según Pierre Bayle”, en *Anuario Filosófico*, vol. 48, n.º 2, Pamplona, 2015.
- HARRIS, Ian, “Toleration and its place: a study of Pierre Bayle in his *Commentaire Philosophique*”, in Sarah HUTTON and Paul SCHURMAN (eds.), *Studies on Locke. Sources, contemporaries, and legacy*, Dordrecht, Springer, 2008.
- HARRISVILLE, Roy A. and Walter SUNDBERG, *The Bible in modern culture: Baruch Spinoza to Brevard Childs*, 2nd ed., Grand Rapids y Cambridge, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2002.
- HALPER, Edward C., “Spinoza on the political value of freedom of religion”, in *History of Philosophy Quarterly*, vol. 21, issue 2, Illinois, 2004.
- HAZARD, Paul, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, traducción de Julián Marías, Madrid, Alianza, 1998.
- HEROLD, Aaron L., “Spinoza’s liberal republicanism and the challenge of revealed religion”, in *Political Research Quarterly*, vol. 67, issue 2, Utah, 2014.
- HUENEMANN, Charlie, *Spinoza’s radical theology. The metaphysics of the infinite*, London & New York, Routledge, 2014.
- HUNTER, Graeme, *Radical Protestantism in Spinoza’s thought*, Aldershot, Ashgate, 2005.
- ISRAEL, Jonathan I., *Radical Enlightenment. Philosophy and the making of modernity, 1650-1750*, New York, Oxford University Press, 2001.
- ISRAEL, Jonathan I., “Spinoza, Locke and the Enlightenment battle for toleration”, in Ole Peter GRELL and Roy PORTER (eds.), *Toleration in Enlightenment Europe*, New York, Cambridge University Press, 2000.

- JAMES, Susan, *Spinoza on philosophy, religion and politics. The Theologico-political treatise*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- JENKINSON, Sally, "Two concepts of tolerance: or, why Bayle is not Locke", in *The Journal of Political Philosophy*, vol. 4, issue 4, Hoboken, New Jersey, 1996.
- JOSSUA, Jean-Pierre, "Pierre Bayle précurseur des théologies modernes de la liberté religieuse", in *Revue des Sciences Religieuses*, t. 39, N° 2, Strasbourg, 1965.
- LABROUSSE, Elisabeth, *Pierre Bayle*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1964, t. II: Hétérodoxie et rigorisme,
- LÆRKE, Mogens, "Jus circa sacra. Elements of theological politics in 17th century rationalism: from Hobbes and Spinoza to Leibniz", in *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, vol. 6, issue 1, Aarhus C, Denmark, 2005.
- LAURSEN, John Christian, "Baylean liberalism: tolerance requires nontolerance", in John Christian LAURSEN and Cary J. NEDERMAN (eds.), *Beyond the persecuting society. Religious toleration before the enlightenment*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988.
- LAURSEN, John Christian, "Blind spots in the toleration literature", in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 14, issue 3, London, 2011.
- LAURSEN, John Christian, "Pierre Bayle: el pirronismo contra la razón en el *Commentaire philosophique*", en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. xxxvi, n.º 1, Buenos Aires, 2010.
- LAURSEN, John Christian, "Skepticism against reason in Pierre Bayle's theory of toleration", in Diego E. MACHUCA (ed.), *Pyrrhonism in ancient, modern, and contemporary philosophy*, Dordrecht, Springer, 2011.
- LENNON, Thomas M., *Reading Bayle*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.
- LEVENE, Nancy K., *Spinoza's revelation. Religion, democracy, and reason*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2004.
- LUGT, Mara van der, *Bayle, Jurieu, and the Dictionnaire Historique et Critique*, Oxford & New York, Oxford University Press, 2016.
- MACKENNA, Antony, "Pierre Bayle: free thought and freedom of conscience", in *Reformation & Renaissance Review*, vol. 14, issue 1, Cambridge, 2012.
- MASTNAK, Tomaž, "Spinoza: democracy and Revelation", in *Filozofski vestnik*, vol. xxix, issue 2, Liubliana, 2008.
- MATEO SECO, Lucas, "Ley y libertad en Lutero. (Análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico)", en *Persona y Derecho*, n.º 7, Pamplona. 1980.
- MELAMED, Yitzhak Y. and Michael A. ROSENTHAL (eds.), *Spinoza's "Theological-political treatise". A critical guide*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 2010.
- MESNARD, Pierre, *L'essor de la philosophie politique au xvii^e siècle*, 3^{me} ed., Paris, Vrin, 1969.
- MIGNINI, Filippo, "La dottrina spinoziana della religione razionale", in *Studia Spinoziana*, vol. 11, Würzburg, 1995.

- MIGNINI, Filippo, “Spinoza: ¿más allá de la idea de tolerancia?”, en *Nombres. Revista de Filosofía*, año IV, n.º 4, Córdoba, 1994.
- MORI, Gianluca, “Pierre Bayle, the rights of conscience, the ‘remedy’ of toleration”, in *Ratio Juris*, vol. 10, issue 1, Hoboken, New Jersey, 1997.
- MORROW, Jeffrey L., *Three skeptics and the Bible. La Peyrère, Hobbes, Spinoza, and the reception of modern biblical criticism*, Eugene, Pickwick Publications, 2016.
- NADLER, Steven, *A book forged in hell. Spinoza’s scandalous Treatise and the birth of the secular age*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2011.
- NADLER, Steven, *Spinoza*, traducción de Carmen García Trevijano, Madrid, Acento, 2004.
- POLKA, Brayton, *Between philosophy and religion: Spinoza, the Bible, and modernity*, vol. I: *Hermeneutics and ontology*, Lanham and Plymouth, Lexington Books, 2010.
- POPKIN, Richard H., *The history of scepticism. From Savonarola to Bayle*, New York, Oxford University Press, 2003.
- POPKIN, Richard H., “Spinoza and Bible scholarship”, in Don GARRETT (ed.), *The Cambridge companion to Spinoza*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 1996.
- PREUS, J. Samuel, *Spinoza and the irrelevance of biblical authority*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2001.
- REMER, Gary, “Humanism, liberalism, & the skeptical case for religious toleration”, in *Polity*, vol. 25, issue 1, Chicago, 1992.
- REX, Walter, *Essays on Pierre Bayle and religious controversy*, Hague, Martinus Nijhoff, 1965.
- RORTY, Richard, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, en Gianni VATTIMO (comp.), *La secularización de la filosofía. Hermenéutica y posmodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- ROSENTHAL, Michael, “Spinoza’s dogmas of the universal faith and the problem of religion”, in *Philosophy & Theology*, vol. 13, issue 1, Bowling Green, Ohio, 2001.
- ROSENTHAL, Michael, “Spinoza on why the sovereign can command men’s tongues but not their minds”, in Melissa S. WILLIAMS and Jeremy WALDRON (ed.), *Toleration and its limits*, New York-London, New York University Press 2008.
- ROSENTHAL, Michael, “Spinoza’s republican argument for toleration”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, issue 3, Hoboken, New Jersey, 2003.
- ROSENTHAL, Michael, “Tolerance as a virtue in Spinoza’s *Ethics*”, in *Journal of the History of Philosophy* vol. 39, issue 4, Hoboken, New Jersey, 2001.
- ROSENTHAL, Michael, “Toleration and the right to resist in Spinoza’s *Theological-Political Treatise*: the problem of Christ’s disciples”, in Paul J. BAGLEY (ed.), *Piety, peace, and the freedom to philosophize*, Dordrecht, Springer, 1999.
- RYAN, Todd, *Pierre Bayle’s Cartesian metaphysics. Rediscovering early modern philosophy*, New York & London, Routledge, 2009.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “De la razón de Estado a la razón de los derechos. Tolerancia religiosa, libertad de conciencia y libertad de religión”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 15, Santiago, 2018.

- SERRANO, Vicente, "Freedom of thought as radical freedom in Spinoza's critique of religion", in *Reformation & Renaissance Review*, vol. 14, issue 1, Cambridge, 2012.
- SIMARD DELISLE, Guillaume, "Vérité et croyance chez Spinoza: les deux voies du salut", in Josiane BOULAD-AYOUB and Alexandra TORERO-IBAD (eds.), *Matérialismes des modernes. Nature et mœurs*, Laval, Presses of l'Université Laval, 2009.
- SIMONUTTI, Luisa, "Obsesión con la verdad: paradojas de Pierre Bayle", en M^a José VILLAVARDE RICO y John Christian LAURSEN (eds.), *Forjadores de la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2011.
- SIMONUTTI, Luisa, "Scepticism and the theory the toleration: human fallibility and *adiaphora*", in Gianni PAGANINI (ed.), *The return of scepticism. From Hobbes and Descartes to Bayle*, New York, Springer, 2003.
- SIMONUTTI, Luisa, "Spinoza and Boyle: rational religion and natural philosophy", in Robert CROCKER (ed.), *Religion, reason and nature in early modern Europe*, Dordrecht, Springer, 2001.
- SOLÈRE, Jean-Luc, "The coherence of Bayle's theory of toleration", in *Journal of the History of Philosophy*, issue 54, Baltimore, 2016.
- SPRIGGE, T. L. S., *The God of metaphysics*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- STEINBERG, Justin, "Spinoza's curious defense of toleration", in Yitzhak Y. MELAMED and Michael A. ROSENTHAL (eds.), *Spinoza's "Theological-political treatise". A critical guide*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 2010.
- STEINER, George, *Presencias reales*, traducción Juan Gabriel López Guix, Barcelona, Destino, 1991.
- STRAUSS, Leo, "How to study Spinoza's *Theologico-Political Treatise*", in Leo STRAUSS, *Persecution and the art of writing*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1980.
- STRAUSS, Leo, *Spinoza's critique of religion*, traducción de Elsa M. Sinclair, New York, Schocken Books, 1982.
- SVENSSON, Manfred, "Fundamental doctrines of the faith, fundamental doctrines of society: seventeenth-century doctrinal minimalism", in *The Journal of Religion*, vol. 94, issue 2, Chicago, 2014.
- SUTCLIFFE, Adam, "Spinoza, Bayle, and the Enlightenment politics of philosophical certainty", in *History of European Ideas*, issue 34, London, 2008.
- TINSLEY, Barbara Sher, "Sozzini's ghost: Pierre Bayle and Socinian toleration", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 57, issue 4, Pennsylvania, 1996.
- TOPOLSKI, Anya, "Tzedakah: the true religion of Spinoza's *Tractatus*?", in *History of Political Thought*, vol. xxxvii, issue 1, Exeter, 2016.
- TROISFONTAINES, Claude, "Liberté de pensée et soumission politique selon Spinoza", in *Revue Philosophique de Louvain*, t. 84, N° 62, Louvain, 1986.
- VASSÁNYI, Miklós, "The philosophical foundation of religious toleration in Spinoza (*TTP*), Bayle (*Commentaire Philosophique*) and Locke (*Epistola de Tolerantia*)", in *Bijdragen: International Journal for Philosophy and Theology* vol. 70, issue 4, Amsterdam, 2009.

- VERKAMP, Bernard J., “The limits upon adiaphoristic freedom: Luther and Melanchthon”, in *Theological Studies*, vol. 36, issue 1, Oxford, 1975.
- VIENNE, Jean-Michel, “La tolérance, de Spinoza à Locke”, in *Études Littéraires*, vol. 32, issue 1-2, Québec, 2000.
- VILLAVARDE, María José, “Spinoza: persecución, ateísmo, alquimia”, en M^a José VILLAVARDE RICO y John Christian LAURSEN (eds.), *Forjadores de la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2011.
- VILLAVARDE RICO, M^a José y John Christian LAURSEN (eds.), *Forjadores de la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 2011.
- WITTE, Jr., John, *Law and protestantism. The legal teachings of the Lutheran reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- YOVEL, Yirmiyahu, *Spinoza and others heretics*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 1989, vol. I: The Marrano of reason

Siglas y abreviaturas

a.C.	antes de Cristo
Cf.	confróntese
Cie.	Compagnie
Co.	Company
comp.	compilador
Conicet	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
Ed.	Editorial <i>a veces</i> edición
eds.	editores
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
q.	questio
ss.	siguientes
t.	tomo <i>a veces</i> tome
<i>TTP</i>	<i>Tractatus theologico-politicus</i>
vol.	volumen

EL EXTRAÑO SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL: ENTRE EL MITO Y LA REALIDAD ¿ES ADECUADO PARA CHILE?

THE STRANGE SEMIPRESIDENTIAL SYSTEM: BETWEEN MYTH AND REALITY, IS IT SUITABLE FOR CHILE?

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Se analiza el sistema de gobierno semipresidencial, buscando caracterizarlo sobre la base de la experiencia, pero con una mirada distinta a la de los autores del siglo xx. Se estudian sistemas de gobierno de países calificados como semipresidenciales y de los que han intentado reformas para atenuar el problema del hiperpresidencialismo. Sobre la base de las conclusiones obtenidas, se intenta dilucidar si la introducción del sistema semipresidencial es una alternativa adecuada para Chile.

Palabras clave: Sistema semipresidencial, hiperpresidencialismo, reforma, experiencia, alternativas.

Abstract

The semi-presidential system is analyzed, seeking to characterize it based on experience, but with a different perspective that authors of the 20th century. Government systems of countries classified as semi-presidential and of countries that have attempted reforms to mitigate hyper-presidentialism are studied, trying to determine whether the semi-presidential system is suitable for Chile.

Keywords: Semipresidential system, hyperpresidentialism, reform, experience, alternatives.

* Magíster en Derecho de la Empresa mención Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Artículo recibido el 13 de junio de 2020 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2020. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

I. Introducción

Desde hace ya varios años se dice que nuestro país padece de un “exacerbado presidencialismo”, en que el Presidente de la República se parece a un “monarca elegido”, en desmedro de un Congreso muy disminuido en sus facultades. Así, se habla, en forma transversal, de la posibilidad de adoptar como alternativa el *sistema semipresidencial*, tanto en la izquierda¹, en sectores demócrata cristianos², como en la centro-derecha³, con la finalidad de quitarle atribuciones al Presidente de la República, creando un cargo que tenga como tarea lograr un acercamiento entre el Ejecutivo y el Legislativo, equilibrando, así, las facultades del Presidente y del Congreso ¿pero de qué se trata, en realidad, este sistema semipresidencial?

Se debe recordar que los sistemas democráticos modernos se basan en el principio de la separación de poderes, que, en general, se reducen a los tres clásicos señalados por Montesquieu: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sin perjuicio de que esta separación hoy no es absoluta, sino que los poderes del Estado se distribuyen las competencias y cooperan entre sí, siguiendo el esquema de frenos y contrapesos característico del constitucionalismo moderno. En cuanto a la distribución de competencias, los sistemas democráticos pueden organizarse de diversas maneras, dando origen a formas teóricas de gobierno que pueden ser ordenadas de menor a mayor grado de separación de poderes, salvando algunas diferencias en la nomenclatura, a lo menos en las siguientes categorías: sistema de asamblea, sistema parlamentario, sistema semipresidencial, sistema presidencial reforzado, y sistema presidencial.

En efecto, el *sistema de asamblea*, el de menor separación entre los poderes del Estado, se caracteriza por un Legislativo con total predominio por sobre el Ejecutivo, quien literalmente se limita a “ejecutar” lo que decide el Parlamento, siendo este el caso de Suiza. El *sistema parlamentario* corresponde a un Legislativo que comparte competencias con el Ejecutivo, pero este último se genera a partir del primero. Si bien se celebra una sola elección popular, la parlamentaria, es a partir de esta que se genera el Ejecutivo, y los ministros son también parlamentarios. El Ejecutivo necesita de la confianza de las cámaras legislativas, es decir, existe el voto de confianza y la moción de censura, por lo cual, en la práctica, nunca habrá

¹ Véase el primer y segundo informe del Equipo Programático Constitucional del Comando 2013 de Michelle Bachelet en FRANCISCO ZÚNIGA URBINA (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, p. 170 y ss. y p. 293 y ss.

² Genaro ARRIAGADA, Jorge BURGOS e Ignacio WALKER, *Sobre derechos, deberes y poder. Una nueva Constitución para Chile*, p. 120 y ss.

³ Véase Felipe KAST, *Programa de gobierno del candidato a la presidencia Felipe Kast S. 2018-2022*, p. 90.

un Ejecutivo con el Parlamento en contra. Es este el caso de la mayoría de los países europeos, donde el Jefe de Estado es un rey o, bien, es nombrado por el Parlamento, en tanto que el gabinete se origina de entre los propios parlamentarios. En el *sistema semipresidencial* el Legislativo y Jefe de Estado se eligen democráticamente, en tanto que el gobierno recae en la coalición más votada, pero sin que el gabinete provenga del Parlamento, es decir, los ministros no son parlamentarios. Se trata de una “amortiguación” del sistema parlamentario. Aquí sí hay dos elecciones, la de Jefe de Estado y la parlamentaria, lo cual produce que eventualmente el Jefe de Estado y el gobierno puedan ser de colores políticos distintos, fenómeno conocido como “cohabitación”. Aquí el paradigma es Francia. En el *sistema presidencial reforzado* también hay dos elecciones: la presidencial y la parlamentaria, pero el Ejecutivo tiene predominio por sobre el Legislativo, el Presidente de la República es jefe de Estado y de gobierno, y los ministros son de su exclusiva confianza. Éste es el caso de la mayoría de los países latinoamericanos, incluido Chile. Finalmente en el *sistema presidencial* rige una total separación entre las atribuciones del Legislativo y del Ejecutivo. Aquí el Presidente de la República no tiene iniciativa legislativa, sino que toda ley comenzará por moción parlamentaria, tampoco existe la delegación de facultades legislativas del parlamento al gobierno (no existen los decretos con fuerza de ley), y todo gasto público requiere la aprobación del Parlamento. En este sistema el paradigma es Estados Unidos. En todo caso, no obstante lo clara que puede parecer la caracterización anterior, se trata solo de una clasificación teórica, pues en los hechos la intensidad con que se materializa la separación de poderes varía mucho entre países.

En el caso de Chile, el sistema presidencial reforzado ha sido la forma tradicional de gobierno durante la época republicana, aunque igual ha experimentado matices. Bernardino Bravo Lira⁴ señala que la figura del Presidente de la República solo adquirió consistencia a partir de 1830 bajo la influencia de Diego Portales, restableciéndose el gobierno identificado con los grandes intereses de la patria, y situado por encima de teorías y banderías, de forma tal que el país no obedecía a José Joaquín Prieto, Manuel Bulnes o Manuel Montt, sino al gobierno, igual como en la Colonia no se obedecía a Carlos III o Carlos IV, sino al Rey. Pero también se señala que el papel del presidente chileno ha variado mucho a lo largo de la historia, especialmente en cuanto a su relación con el Congreso y los partidos políticos⁵, siendo así reconocibles las siguientes etapas:

⁴ Bernardino BRAVO LIRA, *El Presidente en la historia de Chile*, p. 43 y ss.

⁵ A modo de ejemplo, véase a BRAVO, *op. cit.* y Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile*.

1. Un presidente gobernante (1833-1861) como resultado de la Constitución de 1833, en que el gobierno es efectivamente detentado por el Presidente de la República y el Consejo de Estado, dada la ausencia de partidos políticos;
2. Un presidente condicionado (1861-1891), consecuencia del surgimiento de los partidos políticos que limitan el poder presidencial;
3. Un presidente neutral (1891-1924) resultante de la guerra civil, en que los partidos se imponen al Presidente a través del Parlamento, situación reflejada en el famoso lema del presidente Germán Riesco “no soy una amenaza para nadie”⁶;
4. Un presidente negociador (1925-1973) surgido de la Constitución de 1925, en que la línea del gobierno se define mediante la concurrencia del Presidente y los dirigentes de los partidos y
5. Un nuevo presidencialismo reforzado (desde 1980)⁷, consecuencia de las mayores atribuciones que la Constitución de 1980 le otorga al Presidente de la República, así como también de las restricciones que se le imponen al Congreso, siguiendo, en parte, a la Constitución francesa de 1958, por ejemplo, la elección presidencial con segunda vuelta, las materias de ley, el fortalecimiento de la potestad reglamentaria, la iniciativa exclusiva en ciertas materias de ley, el veto, el requerimiento de examen de constitucionalidad, y los estados de excepción, aunque igual varias de las nuevas atribuciones se han restringido con el paso de los años.

Se dice, entonces, que esta marcada preponderancia del Presidente en desmedro del Congreso impide una adecuada canalización de los intereses ciudadanos por parte de sus representantes para influir en la marcha de la república, siendo, en definitiva, este desequilibrio de poderes la manzana de la discordia. Y es para subsanar este problema estructural que se propone implementar en Chile el sistema semipresidencial.

Sin embargo, en lo que a este sistema se refiere, si bien de un examen a las Constituciones se puede observar que es actualmente utilizado en una treintena de países⁸, en cada uno de estos se presenta con sus propias singularidades, lo cual hace, en realidad, muy difícil establecer objetiva-

⁶ BRAVO, *op. cit.*, p. 64.

⁷ Raúl BERTELSEN REPETTO, *En defensa de la Constitución*, p. 61 y ss.

⁸ A modo de ejemplos, considérese a: Austria, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Portugal, Rusia, Sri Lanka, algunos países africanos que en su mayoría fueron colonias francesas, y algunas exrepúblicas soviéticas.

mente una acertada caracterización, como también asegurar si en tal o cual Constitución se establece o no, en definitiva, el sistema semipresidencial. Fue el profesor francés Maurice Duverger quien en 1970 creó la noción de “semipresidencial” ante la insuficiencia de la clasificación binaria parlamentario-presidencial para analizar el sistema político de su país⁹, estableciendo que dicho sistema queda configurado al concurrir en forma copulativa los siguientes dos elementos:

- a) Que el Presidente de la República es elegido democráticamente en forma directa y está dotado de notables poderes propios, característica propia del presidencialismo y
- b) Que el gobierno, esto es, Primer Ministro y gabinete, es responsable ante el Parlamento, lo que es propio del parlamentarismo¹⁰.

Sin embargo, del primer elemento, la parte que se refiere a que el Presidente tenga notables poderes que puede ejercer por sí mismo de manera discrecional en caso de ser necesario, resulta dudosa como parte de una característica general de este tipo de régimen, pues en los hechos, tras estudiar diversos sistemas de gobierno comúnmente considerados como semipresidenciales, se puede concluir que esta característica no necesariamente concurre. A su vez, es fácil constatar que entre los sistemas de gobierno que suelen ser considerados como semipresidenciales por cumplirse los dos requisitos señalados por el profesor francés, en los hechos los matices son enormes¹¹. Así, por ejemplo, mientras los presidentes de Austria, Islandia o Irlanda casi no tienen atribuciones propias, cumpliendo casi en exclusiva fines decorativos, en contrapartida los presidentes de Rusia y Francia son poderosísimos, incluso más que el presidente chileno.

Pero independiente de la clásica caracterización de Maurice Duverger, tal vez el elemento más vistoso del sistema semipresidencial sea lo que en doctrina se suele denominar el ejecutivo “bicéfalo” o “a dos cabezas”¹², queriéndose así destacar el hecho de que efectivamente las atribuciones del Ejecutivo son compartidas por el Presidente de la República como jefe de Estado, y el Primer Ministro como jefe de gobierno, donde cada uno suele tener competencias propias, al tiempo que existen otras materias en las que deben actuar de común acuerdo. El sistema, sin lugar a dudas, es extraño, y resulta imposible no recordar a los dos cónsules de Roma en la época de la República, entre los años 509 y 27 antes de Cristo, quienes

⁹ Karine ROUDIER, *Droit constitutionnel*, p. 226.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 226 y Éric SALES, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, p. 25.

¹¹ Véase la desviación que advierte Maurice Duverger entre lo que dicen los textos constitucionales y cómo en los hechos funcionan las instituciones, en Maurice DUVERGER, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, p. 260.

¹² SALES, *op. cit.*, p. 32.

tenían por misión la conducción del Estado, y que debían, precisamente, tomar decisiones de común acuerdo, ya que cada cónsul tenía la facultad de vetar las resoluciones que el otro adoptara, con la finalidad de evitar que uno de ellos abusase de su poder, convirtiéndose en un tirano. Sin embargo, como ya se ha dicho, en el sistema semipresidencial cada cabeza del Ejecutivo tiene competencias propias, además de las que les son concurrentes, por lo que, en realidad, la evocación a los cónsules romanos es más por la apariencia formal que una efectiva equivalencia.

El primer antecedente histórico de un sistema de gobierno que reuniera los requisitos señalados en la caracterización de Maurice Duverger es la Constitución de la República de Weimar de 1919¹³, ¹⁴, señalando al respecto Carl Schmitt¹⁵ que en dicha Constitución se pretendió establecer un sistema parlamentario con una sólida conexión entre el Parlamento y un gobierno colegiado, a diferencia del modelo personalista de gobierno de la época de Otto von Bismarck, pero combinado, a su vez, con un primer ministro (el canciller) jefe de gobierno que fija las directrices de la política,

¹³ Se conoce como República de Weimar el periodo de la historia de Alemania comprendido entre 1918 y 1933, esto es entre el fin de la Primera Guerra Mundial y la llegada de Adolf Hitler al poder.

¹⁴ Para ilustrar que el diseño institucional de Weimar calza a la perfección con la caracterización de Maurice Duverger ya señalada, considérense las disposiciones siguientes de su Constitución, incluido el famoso artículo 48 que permitió a Adolf Hitler gobernar por decreto “hasta nuevo aviso” en respuesta al incendio del Reichstag del 27 de febrero de 1933: El presidente del Imperio puede disolver el Reichstag (artículo 25); el Presidente será elegido por el pueblo alemán (artículo 41); El Presidente representará a este en las relaciones internacionales, concertará alianzas y tratados con potencias extranjeras, y acreditará y recibirá los embajadores (artículo 45); el Presidente nombra y separa a los funcionarios civiles y militares, salvo que por una ley se disponga otra cosa (artículo 46); el Presidente tiene el mando supremo de todas las fuerzas defensivas (artículo 47); Si un país del Imperio no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes, el Presidente podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada, y cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada, pudiendo suspender de manera temporal en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 (artículo 48); el Canciller del Imperio, y a su propuesta, los ministros son nombrados y separados por el Presidente del Imperio (artículo 53); para el desempeño de sus funciones el Canciller y los ministros necesitan contar con la confianza del Reichstag, y tendrá que dimitir cualquiera de ellos cuando el Reichstag le retire la confianza (artículo 54); el Canciller preside el gobierno del Imperio y dirige sus asuntos conforme a un reglamento que ha de acordar el gobierno y ha de aprobar el Presidente (artículo 55); el Canciller fija las líneas generales de la política y responde de ellas ante el Reichstag, y en estas líneas generales, cada Ministro dirige los asuntos del ramo que le está encomendado, con independencia y responsabilidad propia ante el Reichstag (artículo 56); el Presidente puede llamar a referéndum (artículo 73).

¹⁵ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 326 y ss.

y con un presidente del imperio jefe de Estado que hiciera de contrapeso frente al poder del Parlamento. Por su parte, el modelo contemporáneo es el sistema de gobierno establecido en la Constitución francesa de 1958, muy influenciada por el pensamiento del general Charles de Gaulle. Y es aquí donde empiezan los problemas: el sistema de gobierno francés no es lo que parece, sino que en los hechos es mucho más “presidencial” de lo que se desprende de la lectura del texto constitucional y, asimismo, con el tiempo ha ido sufriendo transformaciones que lo han “presidencializado” más aún. Pero sin perjuicio de esto, Karl Loewenstein¹⁶, un contemporáneo a la dictación de dicha Constitución, ya advertía que el nuevo régimen francés corresponde a un “parlamentarismo frenado”, llegando a afirmar, incluso, que se trata de un parlamentarismo “castrado”, cuando analiza la gran pérdida de protagonismo del Legislativo en favor del Ejecutivo. Nótese que Karl Loewenstein utilizó dichos conceptos habiendo escrito no solo antes de que Maurice Duverger presentara su tesis, sino que, además, los hizo antes de las varias posteriores reformas que incrementaron aún más el poder presidencial, y antes de que debutara el fenómeno de la cohabitación. Por tanto, se puede concluir que ya los primeros autores afirmaban que se trataba de un régimen con un Ejecutivo muy fuerte, ¿cómo se explica, entonces, que en Chile se proponga su adopción para “moderar” el presidencialismo?

Llama poderosamente la atención que, no obstante dar la sensación de que el sistema semipresidencial parece tener una importante aceptación en la actual clase política chilena, lo cierto es que en general se advierte un profundo desconocimiento de sus reales alcances, al tiempo que también se puede constatar que en los libros chilenos que con frecuencia se utilizan como referencia para el estudio universitario, tanto de instituciones políticas como de derecho constitucional, casi no se le menciona, y cuando sí se le hace referencia, o lo es en forma muy genérica sin efectuar un análisis en profundidad¹⁷, o solo se ahonda algo más señalando aspectos característicos del sistema de gobierno francés citando a Maurice Duverger¹⁸ o, bien, se trata de obras ya antiguas¹⁹.

¹⁶ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 115 y ss.

¹⁷ A modo de ejemplo: Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 374 y s.; Fernando JIMÉNEZ LARRAÍN y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho Político*, p. 288 y s.; Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 452 y ss. y Pablo MARSHALL y Fernando MUÑOZ, *Derecho Constitucional: El sistema de gobierno y sus órganos*, p. 29 y s.

¹⁸ Hernán MOLINA GUAITA, *Instituciones políticas*, p. 226 y ss.

¹⁹ Cfr. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Regímenes políticos contemporáneos modernos*, p. 333 y ss. describe el sistema francés anterior a las grandes reformas efectuadas a la Carta francesa en 2000 y 2008.

En definitiva, resulta fácil constatar que el sistema semipresidencial en realidad tiene bastante de mito, ya que en los hechos no corresponde a la descripción teórica que comúnmente se suele hacer de él, y es a la demostración de esta tesis que se abocará en este trabajo, para finalmente evaluar si es o no recomendable la adopción de este sistema en Chile. El análisis propuesto se centrará en el sistema francés, y se revisarán ciertas medidas que se han adoptado en países latinoamericanos intentando contener el poder que detenta el Presidente de la República en desmedro del Parlamento.

II. *Un origen accidentado y circunstancial*

Suele olvidarse que para estudiar ciencias sociales, incluidos el derecho y las instituciones, resulta indispensable considerar el contexto en el que se desarrollan los fenómenos sociales y en el que surgen las instituciones y las normas, pues en caso de no considerar dicho contexto el investigador correrá el riesgo de llegar a conclusiones equivocadas respecto de la problemática que está estudiando. Por consiguiente, para comprender el sistema semipresidencial contemporáneo, esto es, el que tiene su fundamento en la Constitución francesa de 1958, se debe comenzar este análisis estudiando el conjunto de acontecimientos que ocurrían en Francia en esa época. Se trata en concreto, del colapso de la IVª República, que es el periodo de la historia francesa posterior a la Segunda Guerra Mundial entre 1946 y 1958.

Parece haber acuerdo en la doctrina francesa en cuanto a que el fracaso de la IVª República se produjo como consecuencia de dos fenómenos: la crisis institucional y la crisis colonial²⁰. En efecto, el cambio constitucional de 1958 puede ser presentado como un remedio a la crisis política que se desarrolló en la IVª República y el consiguiente bloqueo de sus instituciones. El signo esencial de mal funcionamiento institucional era la inestabilidad gubernamental. En menos de doce años, de octubre de 1946 a mayo de 1958 es posible nombrar veintidós gobiernos, contando el último dirigido por el general Charles de Gaulle, cuya existencia fue, asimismo, bastante breve, aunque por otras razones que las precedentes. La duración media de un gobierno era de siete meses. Las causas de esta situación fueron especialmente la ausencia de una verdadera mayoría parlamentaria o, dicho de otra manera, la existencia de coaliciones frágiles que se deshacen con

²⁰ SALES, *op. cit.*, p. 14 y ss.; ROUDIER, *op. cit.*, p. 45 y ss.; Philippe FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 187 et ss. y 193 et ss.

rapidez tras crearse y la insuficiencia de los medios jurídicos del Poder Ejecutivo. Así, este bloqueo institucional no permitió resolver rápida y eficazmente lo que se llamó en esa época la “crisis argelina”. En definitiva, la ineptitud para solucionar el problema colonial será el origen del fin de la IVª República, producto de una inestabilidad ministerial crónica, una asamblea nacional incapaz de ejercer sus funciones y una confusión de poderes que ponían a cada momento en peligro la continuidad del Estado²¹.

La guerra de independencia de Argelia (1954-1962) no hizo más que agravar la profunda crisis de un sistema de gobierno nominalmente parlamentario, pero que en los hechos se comportaba más como un desordenado sistema de asamblea. Así las cosas, en medio de dicho conflicto armado, el nombramiento de Pierre Pflimlin como Primer Ministro el día 13 de mayo de 1958, causó profunda indignación en Argel entre los militares y los residentes franceses, por considerar que encarnaba la estrategia de negociar con los rebeldes, produciéndose como consecuencia ese mismo día un alzamiento cívico-militar favorable a una Argelia francesa. Entonces, producto de este golpe de Estado, ante la incapacidad de las instituciones de controlar la emergencia, y temiéndose el estallido en Francia de una guerra civil, Pierre Pflimlin renuncia al cargo el 28 de mayo, y el presidente René Coty propone al Parlamento como Primer Ministro al retirado general Charles de Gaulle, atendiendo a dos fortalezas²²: el prestigio de la historia por encarnar la Francia libre durante la ocupación nazi y el haber guardado distancia de la política francesa, manteniendo, además, una estricta neutralidad respecto al conflicto de Argelia. La sola excepción al señalado distanciamiento de la política fue el famoso “discurso de Bayeux” el 16 de junio de 1946, con el que pretendió influenciar la redacción de la Constitución de la IVª República, abogando en dicha ocasión por la necesidad de un Ejecutivo fuerte y un Jefe de Estado que asumiera el papel de un árbitro de la República. El 1 de junio Charles de Gaulle se presenta ante la Asamblea Nacional para solicitar su investidura, pero con dos condiciones: ser investido de plenos poderes y recibir los medios necesarios para reformar la Constitución. Y así ocurre: el 2 de junio es investido de los plenos poderes por un lapso de seis meses y el 3 de junio el Parlamento vota una ley que le permite reformar la Constitución sin tener que utilizar (derogando) el procedimiento previsto en ella^{23, 24}.

²¹ ROUDIER, *op. cit.*, p. 45.

²² *Op. cit.*, p. 47.

²³ FOILLARD, *op. cit.*, p. 193.

²⁴ ROUDIER, *op. cit.*, p. 51: La ley señalaba: “La Constitución será revisada por el gobierno investido el 1º de junio de 1958”.

Sin embargo, la aceptación de parte del Parlamento de las condiciones exigidas por Charles de Gaulle no fue una simple cesión de atribuciones, sino que, por el contrario, se accedió a ellas estableciendo también el Parlamento un conjunto de limitaciones que debían verse obligatoriamente reflejadas en el nuevo texto constitucional:

- a) El sufragio universal como único origen del poder;
- b) La separación del Poder Ejecutivo del Poder Legislativo;
- c) La responsabilidad del gobierno delante del Parlamento;
- d) La independencia de la autoridad judicial para que pueda asegurar el respeto de las libertades esenciales y
- e) La organización de nuevas relaciones con los pueblos asociados de ultramar²⁵.

Solo bajo estas condiciones se comenzó a trabajar en la reforma del sistema político, teniendo siempre en mente que el nuevo régimen respetaría la forma de un sistema parlamentario, lo cual, por fuerza se desprende de la exigencia de un gobierno responsable ante el Parlamento.

En razón de lo anterior, se dio también del mismo modo la circunstancia de que cualquier cambio que implicara el establecimiento de un Ejecutivo fuerte, con un Jefe de Estado que fuera árbitro de las instituciones republicanas, según los ideales de Charles de Gaulle defendidos en el discurso de Bayeux, debía de todas maneras respetar la condición establecida en la ley de delegación de facultades en el sentido de que el futuro gobierno debía ser responsable ante el Parlamento. Por tanto, fácil de observar se puede observar que el triunfo de la ideas del General solo podría concretarse por medio de un delicado trabajo de persuasión, y no por la fuerza, para así no infringir los límites de la ley delegatoria, al tiempo que, además, puede observarse que desde el comienzo mismo del proceso de reforma ya se comenzaba a perfilar un sistema más bien híbrido como consecuencia de las circunstancias, es decir, por la influencia del contexto.

Pero en lo que sí en general estaban todos los actores políticos de acuerdo era en la imperiosa necesidad de “racionalizar” el parlamentarismo que regía en la IVª República, y que se veía a todas luces como absolutamente inoperante. Según Karine Roudier, se entiende por racionalización un conjunto de técnicas y modos de colaboración que buscan restablecer un equilibrio en las relaciones entre los poderes para estabilizar un régimen político. La racionalización persigue dos objetivos principales:

- a) El gobierno debe existir, es decir, ser puesto en funciones con un respaldo parlamentario y
- b) El gobierno debe ejercer su misión, es decir, gobernar²⁶.

²⁵ FOILLARD, *op. cit.*, p. 194.

²⁶ ROUDIER, *op. cit.*, p. 43.

Llama la atención que estos dos principios parecen ser a primera vista bastante básicos, de hecho se diría que son casi obvios, sin embargo, resultan ser críticos para el buen funcionamiento institucional, lo cual se ve reflejado, como ya se ha dicho, en la breve duración de los gobiernos de la IV^a República, la que terminó dramáticamente colapsando.

El proceso de reforma, en suma, terminó con un texto que en gran medida recogía el pensamiento del estadista francés. De ahora en adelante habrá un Presidente de la República con poderes reales, sin responsabilidad política, árbitro de la vida política nacional e internacional, y elegido sin depender de la voluntad del Poder Legislativo. Respecto del Parlamento, este ya no tendrá el monopolio de la legislación, sino que se introduce la noción de “materias de ley” (artículo 34), con lo cual se acota su dominio legislativo, pierde el monopolio de la aprobación de leyes al incorporarse la posibilidad de que el pueblo concorra también vía referéndum (artículo 11), al tiempo que será el gobierno quien vaya dirigiendo la actividad legislativa, señalando los tiempos legislativos, y estableciéndose materias de su iniciativa exclusiva. Por añadidura, el Parlamento estará controlado en su actuar mediante una nueva institución, el Consejo Constitucional (artículo 56 y siguientes), verdadera revolución jurídica frente a la tradición legalista francesa, ya que de ahora en adelante este órgano constitucional controlará los reglamentos internos de las cámaras de manera obligatoria, y se introduce por primera vez en el mundo el “control preventivo” de constitucionalidad de la ley, en contraposición al modelo tradicional de Tribunal Constitucional diseñado por Hans Kelsen en 1920 con una naturaleza represiva, para así impedir que el Parlamento excediese sus competencias legislativas en desmedro del gobierno, poniéndose fin a la omnipotencia del acto legislativo.

Cabe destacar en toda esta transformación constitucional la importancia del papel desempeñado por el destacado político gaullista Michel Debré²⁷, quien presidió el órgano técnico, sin poder de decisión, pero conformado por destacados juristas, que tenía por misión proponer a los órganos políticos versiones alternativas para solucionar los puntos litigiosos que surgían sobre el nuevo proyecto de Constitución, buscando alcanzar amplios acuerdos. Al fin el 27 de agosto pronunció un famoso discurso ante el Consejo de Estado en el que defendió los puntos fuertes del proyecto, el cual resultó decisivo para que dicho órgano emitiese el dictamen favorable que llevó a la adopción del texto definitivo por parte del Consejo de Ministros el 3 de septiembre, dando paso al referéndum del 4 de octubre de 1958 en que el pueblo francés respaldó la nueva Constitución.

²⁷ ROUDIER, *op. cit.*, p. 53.

De las ideas de Charles de Gaulle para el nuevo sistema político solo faltó la elección popular directa del Presidente de la República. En contrapartida, de todas formas se sustituyó su elección por el Parlamento, propia de la IVª República, por una a efectuarse por un colegio electoral de unos ochenta mil miembros conformada por diputados, senadores, consejeros generales y delegados de los consejos municipales, de los cuales estos últimos representaban un 90% de los votantes, en un claro intento de hacer que la elección del Jefe de Estado escapara de los partidos políticos (del Parlamento), logrando con ello, en parte, materializar el pensamiento gaullista expresado en el discurso de Bayeux de 1946²⁸.

Por tanto, la real implementación del sistema semipresidencial, conforme a la caracterización dada por Maurice Duverger, tuvo que esperar hasta la reforma constitucional de 1962, que es su verdadero origen, pues solo desde entonces tanto el Presidente de la República como el Parlamento fueron elegidos en forma directa por la ciudadanía. En efecto, un referéndum en abril de 1962 terminó por establecer la independencia de Argelia, para descontento de parte de quienes llamaran cuatro años antes a Charles de Gaulle al poder, considerándolo ahora como traidor, y como consecuencia de ello, el General sufrió un atentado el 22 de agosto de ese año del cual logró salir ileso. Sin embargo, este atentado le dio a la postre la ocasión para establecer su anhelada conexión directa entre el Jefe de Estado y el pueblo, ya que en su opinión el Presidente es el rodamiento esencial de la república. Con esta reforma pretendía dotar de mayor autoridad y legitimidad a los futuros presidentes, así como también “presidencializar” la Constitución, ambos objetivos imposibles de alcanzar en el contexto de 1958²⁹. La reforma fue aprobada vía referéndum el 28 de octubre de 1962, para evitar la influencia del Parlamento, concluyendo un procedimiento manifiestamente inconstitucional, respecto del cual se volverá más adelante, pero que incluyó la primera disolución de la Asamblea Nacional bajo la nueva Constitución como potestad discrecional del Presidente de la República³⁰.

En consecuencia, llama la atención constatar que el arquetipo moderno del sistema semipresidencial no fue así ideado por los redactores de la Carta francesa de 1958, sino que “así quedó” tras un largo proceso de crisis y transformaciones experimentado por el sistema político francés entre 1946 y 1962, que, después de todo, concluyó con el establecimiento de la elección popular directa del Presidente de la República en 1962. Se

²⁸ FOILLARD, *op. cit.*, p. 210.

²⁹ SALES, *op. cit.*, p. 33 et ss.

³⁰ ROUDIER, *op. cit.*, p. 66.

trata ante todo de un sistema parlamentario que fue racionalizado, pero que sigue funcionando sobre una lógica y una estructura de partidos propia de un sistema parlamentario. Se ha llegado, por tanto, a una primera conclusión de este trabajo: el origen accidentado y circunstancial del sistema semipresidencial francés, que proviene estructuralmente de un sistema parlamentario, produjo un sistema híbrido que no es de inmediato copiable en otras latitudes. Esta primera constatación ya debiera encender las alarmas ante una posible implementación en Chile.

III. Caracterización: entre el mito y la realidad

Ya se ha dicho que en Francia solo se puede hablar de un sistema semipresidencial una vez que quedó establecido que el Presidente de la República, este árbitro de las instituciones republicanas dotado de atribuciones propias, muchas de ellas discrecionales, será elegido democráticamente por los ciudadanos. Pero también se podría aseverar que el sistema semipresidencial solo quedó asentado una vez que el sistema parlamentario imperante, ya en algo racionalizado con el advenimiento de la Vª República en 1958, sufrió, como se verá, una primera “presidencialización” en 1962. Las cosas no son como parecen, por lo que es necesario hacer un estudio más detenido de cómo fue la aplicación de la nueva Carta francesa durante los primeros años de su entrada en vigencia.

Se trataba, en efecto, de un régimen oficialmente parlamentario, aunque con un fuerte contenido de racionalización en que la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento estaba establecida con claridad en los artículos 20, 49 y 50, como también lo estaba la disolución de la Asamblea Nacional. Pero igualmente estaba consagrada la irresponsabilidad política del Presidente de la República, al tiempo que el artículo 19 consagraba un conjunto de atribuciones presidenciales que no requerían de refrendo del Primer Ministro o del ministro responsable^{31,32}, no existiendo una norma

³¹ Artículo 19. Los actos del Presidente de la República distintos de los previstos en los artículos 8 (apartado 1), 11, 12, 16, 18, 54, 56 y 61 serán refrendados por el Primer Ministro y, en su caso, por los ministros responsables.

³² No requieren refrendo: nominar al Primer Ministro y poner fin a sus funciones cuando él presente su dimisión al gobierno (artículo 8), llamar a referéndum (artículo 11), disolver la Asamblea Nacional (artículo 12), asumir poderes extraordinarios cuando las instituciones, la independencia de la nación o la integridad territorial son amenazadas (artículo 16), enviar mensajes a las Cámaras (artículo 18), requerir al Consejo Constitucional sobre la constitucionalidad de tratados internacionales o de leyes antes de

equivalente en la Carta chilena de 1980³³, como tampoco la Constitución de Weimar permitía actuaciones del Presidente sin dicho refrendo³⁴. En todo caso, un sistema constitucional implica también una práctica, y por esta vía la personalidad de los primeros titulares en funciones rápidamente decantó la fuerza del Ejecutivo en desmedro del Parlamento, y la supremacía del poder presidencial. Se produjo en los hechos una suerte de “reforma dentro de la reforma”.

Se observa, en primer lugar, en cuanto al texto en sí, que la Constitución le señala al Presidente de la República las típicas atribuciones que corresponden a un Jefe de Estado, pero estando estas redactadas de forma bastante genérica^{35, 36}, mientras que al gobierno, y al Primer Ministro en su calidad de jefe de gobierno, les señala competencias más específicas y redactadas también de una forma mucho más precisa³⁷. Esta primera

su promulgación (artículos 54 y 61) y designar a tres miembros del Consejo Constitucional y a su presidente (artículo 56).

³³ Artículo 35. Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley.

³⁴ Artículo 50. Todas las órdenes y disposiciones del presidente del Imperio, incluso las relativas a la fuerza militar, necesitan para su validez el refrendo del Canciller o del Ministro del Imperio competente. El refrendo lleva anexa la responsabilidad.

³⁵ La Constitución francesa define al Presidente de la República en los términos siguientes:

Artículo 5. El Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado.

Es el garante de la independencia nacional, de la integridad territorial y del respeto de los tratados.

³⁶ A su vez, la Carta chilena de 1980 define al Presidente de la República de la siguiente manera:

Artículo 24.- El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El 1 de junio de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno.

³⁷ La Carta francesa define al gobierno y al Primer Ministro así:

Artículo 20. El Gobierno determinará y dirigirá la política de la nación.

Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada.

Será responsable ante el Parlamento en las condiciones y conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50.

Artículo 21. El Primer Ministro dirigirá la acción del gobierno. Será responsable de la defensa nacional. Garantizará la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, ejercerá la potestad reglamentaria y nombrará los cargos civiles y militares.

diferencia de texto, por el hecho de definir las atribuciones presidenciales de una manera tan “global”³⁸, ya abriría el camino para que un Presidente omnipotente tendiera a invadir las competencias de otras instituciones republicanas.

En lo que respecta a los titulares de los cargos, a la ya fuerte y carismática figura del general Charles de Gaulle se debe sí o sí agregar al ya citado Michel Debré, quien tras la primera elección presidencial de la nueva República en diciembre de 1958, en que resultó vencedor como era de esperarse el mismo General, fue nombrado Primer Ministro dado que el estadista necesitaba un hombre de su confianza para dirigir el gobierno, y este una y otra vez le había demostrado su lealtad y compartía su voluntad de renovar las instituciones. Si bien Charles de Gaulle interpretó que la amplia redacción del artículo 5 permitía una acción presidencial en todos los ámbitos políticos que fueran necesarios, dejando “el resto” al gobierno, Michel Debré, no obstante no adherir a esta interpretación, tampoco dejó que las tensiones entre ambos se manifestaran abiertamente, en gran medida por el fuerte apoyo popular de que gozaba el Presidente, reflejado en su cómodo triunfo en dos referéndum: en 1961 por la autodeterminación de Argelia y en 1962 sobre su independencia³⁹.

Pero resuelto el conflicto de Argelia, la relación entre ambos hombres se fue resquebrajando, lo cual tuvo como consecuencia una nueva práctica constitucional no escrita en la nueva República: la “renuncia-revocación”. El artículo 8 señala que el Presidente de la República nombra al Primer Ministro y pone fin a sus funciones cuando este renuncia al gobierno, es decir, según la Constitución el Presidente no puede destituir al Primer Ministro. Así, el 14 de abril de 1962 Michel Debré presentó a Charles de Gaulle su carta de renuncia, en la que, sin embargo, da a entender que deja el cargo como resultado de un acuerdo entre el Presidente y el Primer Ministro, y no como una elección individual de este último. A partir de entonces, se ha asentado la práctica de que en general, ante desacuerdos entre ambas autoridades, el Primer Ministro presente su carta de renuncia al Presidente de la República ante la imposibilidad de que este lo destituya, con lo cual se configura esta verdadera costumbre constitucional de la

Podrá delegar algunos de sus poderes en los ministros.

Suplirá, en caso necesario, al Presidente de la República en la presidencia de los consejos y de los comités a que se refiere el artículo 15.

Podrá, a título excepcional, suplir al Presidente de la República en la presidencia de un Consejo de Ministros en virtud de una delegación expresa y con un orden del día determinado.

³⁸ SALES, *op. cit.*, p. 47.

³⁹ ROUDIER, *op. cit.*, p. 60.

“renuncia-revocación”, que una vez más pone de manifiesto la autoridad presidencial por sobre el Primer Ministro⁴⁰.

Pero los reacomodos de fuerzas más allá del texto constitucional continuaron. Renunciado Michel Debré, Charles de Gaulle eligió como nuevo Primer Ministro a otro cercano, que, no obstante, no había sido parlamentario, y que se presentaba como un novato en política, Georges Pompidou, quien continuó aplicando la regla de aceptar la práctica activa de la presidencia, sin jamás oponerse al Presidente.

Así, se llega a la ya mencionada reforma constitucional de octubre de 1962, efectuada sin ocultamientos al margen de la Constitución. Señala la Carta fundamental que las reformas constitucionales se realizarán mediante procedimientos específicos establecidos en el artículo 89. Sin embargo, Charles de Gaulle, empeñado en instaurar la elección democrática directa del Presidente de la República, ahora más convencido tras el atentado que acababa de sufrir en agosto, optó por aprobar dicha reforma vía referéndum, utilizando la facultad presidencial del artículo 11, que no requiere de refrendo, con la finalidad de evitar la oposición a la reforma que era previsible en el Parlamento. El Consejo de Estado se manifestó contrario a este procedimiento, pero dicho dictamen no era vinculante. Por otra parte, el presidente del Senado requirió sobre el asunto al Consejo Constitucional, pero este dictaminó que solo era competente para controlar la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento, no de las adoptadas por referéndum. A su vez, Georges Pompidou defendió la utilización del referéndum argumentando que el artículo 3 permite al pueblo expresarse tanto por vía de sus representantes como por el referéndum, que el artículo 11 podía utilizarse para la organización de poderes públicos (y este era el caso), y que el artículo 89 no excluye recurrir al artículo 11. Pero la respuesta a dicha argumentación del gobierno fue la única moción de censura que hasta la fecha ha experimentado la Vª República, seguida, a su vez, de la primera disolución de la Asamblea Nacional (facultad presidencial que no requiere refrendo), y el nombramiento como Primer Ministro (otra facultad presidencial sin refrendo) nuevamente del censurado Georges Pompidou⁴¹. Se impuso otra vez la voluntad del árbitro de las instituciones, el Presidente de la República.

Esta nueva nominación de Georges Pompidou pone de manifiesto otra singularidad de la fuerte influencia del Presidente de la República sobre la nominación del Primer Ministro. Si bien se ha dicho que, de acuerdo con el artículo 8, el nombramiento del Primer Ministro es una facultad

⁴⁰ FOILLARD, *op. cit.*, p. 238 y ROUDIER, *op. cit.*, p. 61.

⁴¹ SALES, *op. cit.*, p. 33 and ss. y ROUDIER, *op. cit.*, p. 65 et ss.

presidencial propia que no requiere de refrendo, a esta norma deben hacerse a lo menos dos observaciones. Lo primero es que dicho nombramiento, aun cuando sea sin refrendo, no es del todo discrecional del Presidente como pudiese parecer a primera vista, si bien resulta evidente que cuando tenga mayoría parlamentaria en efecto, la designación sí será bastante discrecional, esto no será así cuando tenga un Parlamento en contra, pues en tal caso la designación forzosamente recaerá en alguien que cuente con la confianza del Parlamento, por lo general el líder del partido o coalición con más presencia parlamentaria, lo cual es propio de un sistema parlamentario. Sin embargo, y aquí se advierte otra singularidad del sistema francés, la Constitución no contempla otra institución típica de los sistemas parlamentarios, el voto de investidura, como sí ocurre, por ejemplo, en Alemania⁴², España⁴³ o Italia⁴⁴, con lo cual se puede advertir que, si bien este nombramiento no es del todo discrecional del Presidente de la República, en contrapartida el Parlamento no cuenta con una herramienta jurídica que le permita controlar dicho nombramiento, lo que, por ende, lleva a concluir que de todas maneras el Presidente francés puede siempre ejercer algún grado de influencia sobre el nombramiento del Primer Ministro, atribución que no tiene el típico Jefe de Estado de un sistema parlamentario.

La anterior constatación pone ya, en definitiva, al Primer Ministro en un segundo plano respecto del omnipotente Presidente de la República. Sin embargo, no debe pensarse a la ligera que para Charles de Gaulle el Primer Ministro era irrelevante o que buscara restarle autoridad en su labor de jefe de gobierno. Por el contrario, es célebre una conferencia de prensa dada por el General el día 31 de enero de 1964, en la cual resume perfectamente la práctica del régimen tras la reforma constitucional de 1962. En ella señala:

“El Presidente es naturalmente el solo titular del Estado (...). La autoridad indivisible del Estado es delegada entera al Presidente por el pueblo que lo ha elegido, y que no lo ha delegado a ninguna otra autoridad, ni ministerial, ni civil, ni militar, ni judicial, que no puede ser conferida o mantenida de otra manera que por él (...). El Presidente nombra al gobierno, y en particular al Primer Ministro, quien puede ser cambiado cuando estime que la tarea que le ha encomendado terminó, o bien si el Presidente ya no se lleva bien con él (...). La naturaleza, la extensión, la duración de la función de jefe de Estado, exigen que éste no sea absorbido por la coyuntura política, parlamentaria, económica, etcétera. Éste es de hecho

⁴² Artículo 63 de la Constitución alemana.

⁴³ Artículo 99 de la Constitución española.

⁴⁴ Artículo 94 de la Constitución italiana.

el sitio tanto meritorio como complejo y esencial del Primer Ministro francés (...). El Presidente define la orientación de la política nacional (...). Los campos de acción del Presidente y del Primer Ministro no deben estar separados de manera impermeable (...). Las entrevistas y consejos están destinados a permitir a los miembros del gobierno, partiendo por el Primer Ministro, a dar a conocer su punto de vista, precisar su acción, rendir cuentas de la ejecución, etcétera (...). Puede llegarse a que los dos planos sean confundidos, cuando se trate de un tema que involucra todo. Entonces el Presidente hace la repartición como él juzgue necesario⁴⁵.

Para el estadista francés el Primer Ministro desempeña un papel esencial en el gobierno, como jefe del gobierno que es, teniendo como función la conducción de las tareas cotidianas del Ejecutivo, pero sin que esto signifique, como se ha pretendido mediante reformas hechas en otros países que se verán más adelante, que se trate de una especie de jefe de la administración del Estado. Se trata, en suma, de un cargo político esencial para la conducción del gobierno⁴⁶, pero subordinado al Presidente de la República. En definitiva, no parece lógico caer en la usual simplificación de considerar que este Ejecutivo “bicéfalo” consista efectivamente en uno con dos cabezas que interactúan en un mismo plano, como era el caso de los cónsules romanos, sino que parece claro que en el diseño institucional que pretendía implantar Charles de Gaulle siempre hubo una de las dos cabezas con preponderancia sobre la otra, aun cuando las labores de la segunda cabeza fueran también de naturaleza política, y no meramente administrativas.

Bien vale, entonces, recordar las brillantes e incluso dramáticas palabras con que Guy Carcassonne describió al Primer Ministro francés resultante

⁴⁵ ROUDIER, *op. cit.*, p. 69 et ss.

⁴⁶ Además de las tareas generales indicadas en el artículo 21, la Constitución señala al Primer Ministro las siguientes atribuciones: proponer al Presidente su equipo gubernamental (artículo 8); ser consultado antes de una disolución de la Asamblea Nacional (artículo 12) y de la implementación de los poderes excepcionales (artículo 16); decidir la celebración suplementaria de sesiones parlamentarias (artículo 28); convocar una reunión extraordinaria del Parlamento y una nueva sesión antes de la expiración del mes siguiente al decreto de clausura (artículo 29); demandar que las sesiones de la asambleas sean secretas (artículo 33); iniciativa de ley (artículo 39); requerir al Consejo Constitucional en caso de desacuerdo con los presidentes de las cámaras en cuanto a la fijación de la tabla del día (artículo 39); convocar una comisión mixta paritaria (artículo 45); plantear la responsabilidad del gobierno a la Asamblea Nacional sobre un voto de confianza o sobre un texto de ley, y demandar al Senado la aprobación de una declaración de política general (artículo 49); presentar la dimisión de su gobierno en caso de aprobarse una moción de censura o rechazarse el programa o una declaración de política general (artículo 50); requerir al Consejo Constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 54) y las leyes (artículo 61); y proponer al Presidente de la República un proyecto de reforma constitucional (artículo 89).

de las reformas y de la práctica constitucional implementada por Charles de Gaulle:

“Emocionante por su variedad, frustrante por su subordinación, agotador por su densidad, la función del Primer Ministro es a la vez ingrata y buscada, está ahí para soportar porque es la más expuesta, y durar porque debe hacerlo tanto tiempo como su capacidad de resistencia lo permita, y con la condición de no hacer sombra al astro que le ha dado vida”^{47, 48}.

Parece interesante hacer breve mención a una singular atribución del Primer Ministro enmarcada dentro de su facultad de plantear la responsabilidad del gobierno a la Asamblea Nacional, la denominada “moción de censura provocada”. La situación normal, según el artículo 49 apartado 2, es que la Asamblea presente una moción de censura, herramienta jurídica típica del parlamentarismo. Sin embargo, cuando el texto de una ley se encuentre en discusión ante la Asamblea y su aprobación se vislumbra difícil por una oposición virulenta o una mayoría poco convencida, el artículo 49 apartado 3 permite al Primer Ministro plantear la responsabilidad del gobierno a la Asamblea Nacional previa deliberación del Consejo de Ministros, suspendiéndose en tal caso la tramitación por veinticuatro horas para que los diputados presenten una moción de censura, y si ello ocurre y la moción se aprueba, el proyecto de ley es rechazado y el gobierno debe dimitir, pero si la moción de censura fracasa, se tiene por aprobada la ley por la Asamblea y el gobierno sigue en funciones. Se fuerza así la aprobación por la Asamblea, lo que no significa que el proyecto se convertirá en ley, pues falta aún la aprobación del Senado y, en todo caso, puede el Presidente negar la promulgación (vetar). De todas formas, con la finalidad de evitar abusos de parte del Primer Ministro, desde 2008 solo pueden provocarse mociones de censura respecto de proyectos de leyes de presupuestos, de leyes de financiamiento de seguridad social, o de un solo proyecto o proposición de ley de cualquier otro tipo por periodo ordinario de sesiones⁴⁹.

Ahora se estudia el “hecho mayoritario”, que ocurre cuando el Presidente de la República, el gobierno y el Parlamento pertenecen a un mismo sector político, y la “cohabitación”, que existirá si solo el gobierno y el Parlamento tienen la misma orientación, mas no el Presidente. Así, el hecho mayoritario debe considerarse como la situación de normalidad institucional en el funcionamiento del sistema de gobierno francés, en tanto que la cohabitación constituye la excepción⁵⁰.

⁴⁷ ROUDIER, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁸ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 365 cita en el mismo sentido a Henry Capitant y a Pierre Messner.

⁴⁹ ROUDIER, *op. cit.*, p. 151 et ss.

⁵⁰ FOILLARD, *op. cit.*, p. 205.

El hecho mayoritario nace de la transformación del sistema de partidos, desde un multipartidismo, que era la causa principal de la crónica inestabilidad gubernamental de la IVª República, a un sistema de partidos que favorece la formación natural de dos polos en la forma de coaliciones más estables, coincidiendo con la clásica división entre la “derecha”, de orientación más liberal, y la “izquierda”, de orientación socialdemócrata. Lo anterior se logró mediante el cambio del sistema electoral, reemplazándose el anterior sistema de naturaleza proporcional por un nuevo sistema mayoritario uninominal a dos vueltas, es decir, por cada circunscripción se elegiría un único diputado con una segunda vuelta en caso de no resultar una mayoría absoluta⁵¹. En todo caso, como ya podrá intuirse, esta bipolarización tendió a darse de forma espontánea en relación con la figura del general Charles de Gaulle, donde todas las fuerzas políticas partidarias bajo su liderazgo se agruparon en la coalición de derecha, en tanto que las fuerzas opositoras, socialistas y comunistas principalmente, conformaron la coalición de izquierda. Debe considerarse que el hecho mayoritario queda configurado a partir de las reformas hechas al régimen en 1962, siendo determinante para el asentamiento de este fenómeno al menos lo siguiente:

- a) El cambio del sistema electoral;
- b) El papel determinante del Jefe de Estado en la República y
- c) La elección del Presidente de la República mediante sufragio universal directo⁵².

De este diseño, resulta en extremo probable que la coalición que obtenga la mayoría en el Parlamento coincida con la que respalda al Presidente electo. En cuanto a los efectos del hecho mayoritario, basta notar que en este caso el Presidente de la República será el líder indiscutido del gobierno, y la Constitución recibirá una interpretación más flexible y con una marcada orientación presidencial. Así, cuando François Mitterrand llega a la presidencia en 1981, es decir, a los veintitrés años de vigencia de la Constitución, con celeridad, los socialistas pasaron de acusar que el régimen político francés era una “dictadura permanente” y un régimen “de la derecha para la derecha” a sentirse cómodos en el poder.

La situación contraria es la cohabitación. Lo primero que llama la atención sobre la base de lo que se ha expuesto hasta ahora es cómo es posible que el Presidente de la República y el Parlamento puedan ser elegidos por mayorías de orientaciones políticas distintas, si ya se señaló que el sistema institucional diseñado por la Carta de 1958 razona sobre la base de una estructura de partidos de tipo parlamentaria, donde por definición

⁵¹ ROUDIER, *op. cit.*, p. 117.

⁵² FOILLARD, *op. cit.*, p. 205 et ss.

nunca habrá un Ejecutivo con un Parlamento en contra, y donde, también, el sistema electoral mayoritario recién descrito tiende a generar de modo espontáneo dos grandes coaliciones. Bajo este esquema, es de esperar que ambas mayorías coincidan. Sin embargo, contrariamente a lo que podría pensarse, la cohabitación no es consecuencia directa del diseño institucional establecido en la Carta francesa, sino que su ocurrencia deriva del calendario electoral. En efecto, el Presidente de la República tiene en su origen un mandato que se extiende por siete años, en tanto las cámaras del Parlamento funcionan con legislaturas de solo cinco años. En consecuencia, las elecciones presidenciales y parlamentarias no son simultáneas, por no coincidir la duración de los respectivos mandatos, siendo esta la verdadera razón que explica la posibilidad de que en un momento dado el Presidente y el Parlamento sean sustentados por mayorías de distinta orientación política. Y a lo anterior debe agregarse, además, que el periodo parlamentario de cinco años también podrá verse alterado si el Presidente de la República hace uso de su facultad de disolver la Asamblea Nacional. Se volverá más adelante sobre este punto.

En cuanto a los efectos de la cohabitación, vale la pena una mayor detención que en el caso anterior. Primero, que el Primer Ministro, como Jefe del Gobierno, va a asumir el papel de jefe del Ejecutivo, restaurándose así su autoridad mediante una interpretación de la Constitución más literal, restringida, y con una orientación más parlamentaria, en tanto que el Presidente de la República será el líder de la oposición. En estas circunstancias, el poder presidencial efectivo solo puede influir en la política a través de unas pocas herramientas jurídicas: en virtud de su papel de árbitro de las instituciones republicanas puede negarse a firmar ordenanzas del gobierno, influir en la formación de la tabla del Consejo de Ministros que él preside, y negarse a iniciar un proceso de reforma constitucional, como también ejercer sus poderes discrecionales que no requieren refrendo (disolver la Asamblea Nacional, asumir poderes excepcionales, enviar mensajes a las cámaras y requerir el dictamen del Consejo Constitucional), sin olvidar la notable influencia que aún podría ejercer por su mediático papel de Jefe de Estado⁵³.

En definitiva, resulta curioso constatar que, con el paso del tiempo, los franceses tuvieron que “aprender a usar” su Constitución, especialmente tras el fin del mandato de Charles de Gaulle y el advenimiento del fenómeno de la cohabitación en 1986, siendo particularmente interesante observar que la interpretación de la Constitución se hace más rígida en época de cohabitación, y con ello el Primer Ministro pasa a ser el jefe del

⁵³ ROUDIER, *op. cit.*, p. 108 et ss.

Ejecutivo y el Presidente el líder de la oposición; mientras que en época de hecho mayoritario la interpretación se vuelve más flexible y el Presidente pasa a ser de pleno el líder de la República.

Lo dicho hasta aquí parece suficiente para considerar que en los hechos el Presidente de la República francés es mucho más fuerte que el chileno. Así, por ejemplo, saltando las diferencias evidentes que se desprenden entre ambos Presidentes, por el hecho de funcionar cada uno en sistemas de gobierno diferentes, si se atiende a aquellas facultades que de una manera más objetiva podrían entenderse como similares entre ambos Jefes de Estado, se encuentra con que el primer mandatario francés tiene entre sus atribuciones:

1. Iniciativa de ley,
2. Potestad reglamentaria,
3. Iniciativa de reformas constitucionales,
4. Poder de declarar estados de emergencia,
5. Poder de veto,
6. Requerir un examen de la constitucionalidad de tratados y leyes y
7. Poder de disolver las cámaras,

en tanto que el Presidente chileno solo tiene por atribuciones las seis primeras (iniciativa de ley, potestad reglamentaria, iniciativa de reformas constitucionales, poder de declarar estados de emergencia, poder de veto, y requerir un examen de la constitucionalidad de tratados y leyes), careciendo de la facultad de disolver las cámaras⁵⁴, lo cual en principio no debe extrañar, pues dicha herramienta jurídica es propia de un sistema parlamentario. Se puede concluir, entonces, este apartado señalando categóricamente que el Presidente de la República francés es más fuerte que el chileno, con lo cual se suma un nuevo argumento para rechazar la teoría de que el exacerbado presidencialismo chileno puede atenuarse adoptando un sistema semipresidencial “a la francesa”, el arquetipo de dicho sistema.

IV.- Una mutación: ¿hacia una “Sexta” República?

Pero la historia sigue. Una vez desaparecido Charles de Gaulle, el sistema de gobierno francés lógicamente se siguió reacomodando, pero no tanto para atenuar el poder presidencial. Ya se ha dicho que en 1986 debutó

⁵⁴ Aunque esta atribución sí estaba consagrada en el texto original de la Carta chilena de 1980, fue derogada en la gran reforma constitucional de 1989, con lo cual nunca entró en vigencia, pues el Congreso solo inició su funcionamiento el 11 de marzo de 1990.

el fenómeno de la cohabitación, entre el presidente socialista François Mitterrand y el primer ministro derechista Jacques Chirac. A esta primera cohabitación (1986-1988) seguirían dos más, la segunda entre el mismo presidente François Mitterrand y el primer ministro de derecha Édouard Balladur (1993-1995), y la tercera entre el ahora presidente derechista Jacques Chirac y el primer ministro socialista Lionel Jospin (1997-2002). Sin embargo, estas tres cohabitaciones resultaron ser experiencias muy distintas entre sí, como consecuencia del carácter de los involucrados y del momento en el cual se desarrolló cada experiencia⁵⁵. Esta constatación hace posible afirmar desde una óptica razonable, que es difícil establecer una caracterización única de la cohabitación, con lo cual esta dificultad impide aventurar *a priori* el desempeño y la probabilidad de que tenga éxito una futura implementación del sistema semipresidencial en Chile.

Se recuerda, en primer lugar, que cuando los socialistas ganaron la presidencia en 1981 uno de los primeros objetivos del nuevo gobierno fue cambiar el sistema electoral mayoritario uninominal a dos vueltas existente desde el comienzo de la Vª República por uno proporcional, y la reforma, en efecto, se realizó. Sin embargo, en las elecciones parlamentarias de 1986 ganó la derecha, produciéndose la primera cohabitación. Y acto seguido, de súbito se dio pie atrás volviendo a reformarse el sistema electoral para reimplantar el anterior sistema mayoritario uninominal a dos vueltas, que es el que rige hasta hoy en Francia.

Dicho retroceso se entiende en gran medida porque la primera cohabitación fue altamente conflictiva, combinándose para ello no solo el fuerte carácter de François Mitterrand y Jacques Chirac, sino que, además, como se ha señalado, los franceses tuvieron que aprender a usar su Constitución en cohabitación, decantando el problema en una interpretación más estricta y literal de lo que se hacía antes. Así, varias veces el Presidente se negó a firmar ordenanzas y a promulgar leyes invocando su papel de árbitro de la República. La segunda cohabitación fue por completo diferente, pues François Mitterrand, estando en su segundo periodo, ya no podía ser reelecto, al tiempo que había anunciado su retiro político al final de su mandato por razones de salud, en tanto que Édouard Balladur prontamente señaló que no pretendía competir por la presidencia. En este contexto, la segunda cohabitación estuvo marcada por la buena voluntad del Presidente y del Primer Ministro, buscando siempre alcanzar acuerdos. Sin embargo, la larga tercera cohabitación, en suma, preparó el camino para que ocurriera una nueva y muy importante transformación en el sistema de gobierno francés.

⁵⁵ ROUDIER, *op. cit.*, p.112 et ss. y SALES, *op. cit.*, p. 43 et ss.

En efecto, la última cohabitación fue una larga experiencia de cinco años producida como consecuencia de un verdadero error de cálculo de Jacques Chirac en 1997, cuando se hallaba en su segundo año de mandato. Hasta ese momento lo normal era que el Presidente disolviera la Asamblea Nacional para destrabar conflictos con una mayoría parlamentaria que le era hostil, eliminando, de esta forma, el riesgo de bloqueos institucionales, entregando, en definitiva, a los ciudadanos la resolución de la controversia. Sin embargo, creyendo que contaba con un importante apoyo popular, decretó lo que la doctrina ha llamado una disolución “de confort”, queriendo así obtener una mayoría parlamentaria afín que le permitiera ejercer cómodamente los cinco años finales de su periodo. Pero ocurrió lo impensable, disolvió la Asamblea Nacional y obtuvo la mayoría el Partido Socialista. La disolución anticipada provocó que los cinco años finales de mandato presidencial coincidieran con los cinco años de duración normal de la legislatura. En definitiva, se consideró que la cohabitación es perjudicial para el buen funcionamiento de las instituciones republicanas, por lo cual se pactó en definitiva entre el presidente Jacques Chirac y el primer ministro Lionel Jospin reformar la Constitución para evitar así que volviera a ocurrir una cohabitación. Para ello se redujo el mandato presidencial de siete a cinco años, uniformándolo con la duración de la legislatura y, al mismo tiempo, se invirtió el calendario electoral, celebrándose primero la elección presidencial, y unas semanas después la elección parlamentaria, intentando que la popularidad del Presidente recién electo genere, a su vez, una mayoría afín en la Asamblea Nacional, para evitar que resulte electo un Presidente con un Parlamento en contra⁵⁶. Se dice desde entonces que se restableció el “orden natural” de las elecciones⁵⁷. La reforma tuvo lugar en el año 2000, entrando en vigencia para la elección presidencial y parlamentaria de 2002.

Efectuada esta reforma al calendario electoral, se dice que una nueva cohabitación se ha vuelto muy improbable. Nada hace descartar en el futuro nuevas cohabitaciones, si bien dicho fenómeno sigue siendo en teoría posible, lo cierto es que es muy improbable que ocurra de nuevo, pues es difícil que un Presidente disuelva un Parlamento afín, con lo cual desaparece la principal rareza del sistema semipresidencial, la existencia de un Presidente de la República con el gobierno en contra. Se debe notar, entonces, que el fenómeno de la cohabitación ocurría en Francia no como se suele afirmar a consecuencia del diseño institucional con un Ejecutivo a dos cabezas, pues se trata de una condición necesaria, pero no suficiente para dicha ocurrencia, sino que este fenómeno en verdad, se producía como consecuencia

⁵⁶ SALES, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁷ FOILLARD, *op. cit.*, p. 222.

de no coincidir los tiempos de duración de los mandatos presidencial y parlamentario, es decir, el origen del fenómeno se encuentra en el diseño del calendario electoral, por lo cual es falso afirmar que la cohabitación es una característica intrínseca del semipresidencialismo. Tampoco parece correcta la afirmación que se suele hacer en Chile, de que la sola existencia de este Ejecutivo a dos cabezas permitirá una relación más fluida entre el Ejecutivo y el Legislativo, pues aun cuando el gobierno y el Parlamento, en teoría, siempre tendrán la misma orientación política, de todas formas es tan fuerte la influencia del Presidente de la República que nada permite asegurar que la esperada fluida relación en la realidad llegue a ocurrir.

A mayor abundamiento, y esto es lo más preocupante, la doctrina francesa está conteste en que el sistema semipresidencial francés se ha presidencializado aún más a lo largo del tiempo, sobre todo tras la reforma del año 2000, y es tan grande la transformación que ha experimentado el sistema de gobierno en comparación con el diseño establecido en su inicio bajo la influencia del general Charles de Gaulle, que hay profesores que señalan que Francia está viviendo hoy la “Sexta” República, o que, al menos, se estaría irreversiblemente en camino a ella, pues la Vª República “ha muerto”⁵⁸. Se dice que el peso político del Parlamento ha sido barrido, al tiempo que se observa en la ciudadanía un importante rechazo al sistema denunciando una auténtica crisis de representatividad, donde el Parlamento no es capaz de canalizar del modo adecuado los intereses ciudadanos. ¿Suena esto conocido? Además, en 2008 una tímida reforma constitucional introdujo mayores atribuciones fiscalizadoras al Parlamento, pero de todas formas el resultado práctico final no fue tan decisivo como se pensó, subsistiendo un sistema “hiperpresidencializado”. En definitiva, resulta fácil verificar que el sistema semipresidencial ya ha sido superado en Francia, no correspondiendo en lo absoluto el régimen en la actualidad imperante en ese país con la descripción teórica que de él se hace en la literatura, y que es predicada con porfía. Y, no obstante ello, parecen aumentar los partidarios de su introducción en Chile.

V.- ¿Y si tratamos de recharacterizar este sistema sobre la base de otros países semipresidenciales?

Con lo que se ha dicho hasta aquí está más que claro que el sistema francés no es lo que parece, y está muy lejos de ser el arquetipo del sistema semi-

⁵⁸ ROUDIER, *op. cit.*, p. 233 et ss. y SALES, *op. cit.*, p. 27.

presidencial. Por lo anterior es que conviene ahora analizar otros regímenes semipresidenciales actuales distintos del francés. Se descarta de plano la referencia a los regímenes vigentes en Austria, Irlanda e Islandia, si bien en los tres países de acuerdo con sus Constituciones el Presidente de la República es elegido por sufragio universal directo, en los hechos se trata de un cargo meramente decorativo, casi sin atribuciones propias y, en definitiva, se trata más bien de sistemas parlamentarios. Tampoco se hará referencia a Rusia por tratarse hasta hoy de un régimen autoritario o, al menos, poco democrático y, si bien el reciente referéndum de reforma constitucional de julio de 2020 pretendió, en efecto, moderar los poderes presidenciales, es evidente que habrá que esperar algunos años para evaluar los reales efectos de dicha reforma. Se centrará este estudio, por el contrario, en dos países europeos mucho más cercanos a la realidad francesa, Portugal y Finlandia, por tratarse de dos democracias consolidadas, con sistemas de partidos de tipo parlamentario, y miembros de la Unión Europea, es decir, se trata de dos países factibles de ser comparados con Francia, intentando lograr, de esta manera, una nueva caracterización del sistema semipresidencial sobre la base de la experiencia comparada de democracias equivalentes.

Se dice en Francia que para entender su sistema de gobierno es necesario tener presente la forma en que se puso en práctica la Carta francesa tras la reforma de 1962⁵⁹, que ya se ha revisado, lo cual no hace sino confirmar que un sistema constitucional es mucho más que el texto de la Constitución, sino que, además, se trata de una práctica. Lo anterior, porque, como también se ha señalado, si bien son muchos los países que se definen como semipresidenciales en razón de sus textos constitucionales, lo cierto es que las diferencias entre sus regímenes se suelen producir en las prácticas constitucionales, en la forma en que la norma suprema es implementada, produciéndose así el señalado fenómeno de que un sistema nominalmente semipresidencial termine en realidad funcionando como presidencial, por ejemplo, en Francia, o como parlamentario en Austria. Esta precisión es importante, pues con frecuencia se escucha en Chile que, en caso de adoptarse el sistema semipresidencial para atenuar el exacerbado presidencialismo, dicho sistema debe adoptarse “a la portuguesa” en vez de seguir el hiperpresidencializado modelo francés. Pero ¿qué significa esto realmente? Para responder esta pregunta, es necesario volver a considerar el contexto en el que surge la Constitución portuguesa de 1976, y su posterior evolución.

En Portugal, tras la revolución que termina la larga dictadura conocida como “Estado Novo”, la transición se llevó adelante en forma negociada

⁵⁹ ROUDIER, *op. cit.*, p. 70.

con los militares, estableciéndose el sistema semipresidencial, es decir, con un Ejecutivo a dos cabezas, como resultado de un acuerdo implícito entre los diversos actores para que durante un primer momento el Presidente de la República fuera un oficial del Ejército, en tanto el Primer Ministro sería un político civil. Bajo este diseño, la repartición de competencias entre las dos cabezas del Ejecutivo era bastante similar a la señalada por el texto constitucional francés, donde el Presidente tenía entre sus atribuciones el poder de veto y solicitar la verificación de la constitucionalidad de las resoluciones parlamentarias y del gobierno *ex ante* y *ex post*. Sin embargo, en 1982 la Constitución fue revisada con apoyo favorable de todos los sectores políticos, teniendo en mente dos grandes objetivos: limitar los poderes del Presidente y subordinar a los militares al poder de los partidos políticos. Si bien el Presidente conservó algunas prerrogativas propias, el cambio más importante fue que, aunque el gobierno sería responsable tanto ante la Asamblea como ante el Presidente, solo era políticamente responsable ante la Asamblea, con lo cual, en contraste al texto original, el Presidente ya no podría destituir al gobierno invocando una falta de confianza política, aunque aún podría hacerlo en circunstancias políticas “excepcionales”⁶⁰. Por otra parte, se buscó introducir cambios en el sistema de partidos con la finalidad de producir mayorías de gobierno estables, donde los partidos tendían a agruparse en dos bloques (igual que en Francia), es decir, se estableció una estructura de partidos de tipo parlamentaria.

Hoy por hoy, la Constitución portuguesa señala, en efecto, un ejecutivo bicéfalo (artículo 190), la elección directa del Presidente de la República (artículo 121), poderes presidenciales exclusivos (artículo 133 y siguientes), el nombramiento del Primer Ministro y del gobierno por parte del Presidente (artículo 187), y un gobierno censurable por el Parlamento (artículo 194), todas disposiciones típicas de un sistema semipresidencial. Así, en los veinte años siguientes hubo en general gobiernos de mayoría, donde el Ejecutivo siempre gozaba de apoyo parlamentario, repitiéndose el fenómeno de un Ejecutivo que predomina sobre el Parlamento. Se tiene, por tanto, que entre 1987 y 1995 las mayorías absolutas estables de un solo partido, junto con un Presidente que se veía a sí mismo más como un árbitro y un facilitador que como un tomador de decisiones políticas, se combinaron para encuadrar al Presidente portugués como un observador interesado e, incluso, activo, pero no como el centro gravitatorio del Poder Ejecutivo, que recayó con firmeza en el Primer Ministro y su gobierno⁶¹.

⁶⁰ Marina COSTA LOBO, “El aumento de protagonismo del primer ministro dentro de un sistema semipresidencial: 1976-2010”, p. 5 y ss.

⁶¹ COSTA, *op. cit.*, p. 8.

Se adoptó, asimismo, una serie de medidas que fueron haciendo al Primer Ministro aún más fuerte y más independiente de los partidos políticos, como la creación de un “ministerio de la presidencia” que aislaba al Primer Ministro de la contingencia, como también se hizo usual el aumento de los ministros sin militancia partidista y de ministros técnicos sin cartera, todo lo cual tuvo el efecto de ir presidencializando el sistema de gobierno, al tiempo que el Parlamento se iba domesticando frente al Ejecutivo⁶². Se observa que, en los hechos, el Ejecutivo portugués de todas maneras predomina con mucha fuerza por sobre el Parlamento, igual como ocurre en Francia, en tanto que la diferencia con el sistema francés es que en Portugal en este fuerte Ejecutivo bicéfalo predomina el Primer Ministro en vez del Presidente. En definitiva, del punto de vista práctico nada ha cambiado, y como igual predomina el Ejecutivo sobre el Legislativo, es falso señalar que en Chile un sistema semipresidencial a la portuguesa serviría para atenuar el exacerbado presidencialismo.

El otro caso interesante de estudiar es Finlandia, que tiene una larga experiencia semipresidencial que se puede rastrear desde su primera Constitución de 1919⁶³. Se ha destacado de Finlandia que, al igual que Francia, su Constitución se caracteriza por ser ambigua o de lecturas contradictorias, es decir, permite tanto una interpretación presidencial cuando hay hecho mayoritario como una parlamentaria frente a una cohabitación. Sin embargo, posee una larga tradición de encarnar en el Presidente de la República el papel de árbitro de las instituciones republicanas, pero sin que llegue a involucrarse en las labores ordinarias del gobierno. Esta caracterización fue respetada por la actual Constitución de 1999⁶⁴. El Presidente de la República es elegido por sufragio universal directo (artículo 54), en tanto que el Parlamento elige al Primer Ministro, quien es nombrado para este cargo por el Presidente de la República, y los restantes ministros son nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro (artículo 61). Pero la gran singularidad la presenta la muy alta fragmentación del Parlamento finlandés, que impide la formación de amplias mayorías, la cual ocurre como consecuencia de existir, además de la clásica división izquierda-derecha, varios otros grupos de interés, como la provincia autónoma de Aland, la minoría lingüística

⁶² COSTA, *op. cit.*, p. 15.

⁶³ Se hace notar que en NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 333 y ss. se analiza el sistema semipresidencial finlandés de la Constitución de 1919, en que el Presidente era elegido por un colegio de grandes electores, mientras que en la actual Constitución de 1999 el Presidente es elegido en forma directa.

⁶⁴ Véase a Alfredo HIDALGO, “Una revisión de la noción semipresidencial. Finlandia y Francia, dos modelos semipresidenciales frente a frente”.

sueca, los descendientes de los samis (lapones), y, por supuesto, los europeístas y anti Unión Europea. De hecho durante el siglo XX ningún gobierno se formó con mayoría absoluta. En estas condiciones, ocurre que una cohabitación “a la finlandesa” se dará siempre en ausencia de una mayoría parlamentaria sólida.

Por otra parte, el Parlamento finlandés sí puede ejercer control efectivo sobre el gobierno, especialmente en materias presupuestarias, pues la combinación de altos cuórumos con la atomización del Parlamento obliga al gobierno a negociar. En efecto, respecto de los cuórumos parlamentarios cabe destacar el artículo 73, que permite acelerar el complejo procedimiento de reforma constitucional ante situaciones urgentes con el apoyo de los $\frac{5}{6}$ de los votos emitidos, y el artículo 87 que permite la aprobación de fondos extras con una mayoría de al menos $\frac{2}{3}$ de los votos emitidos. En definitiva, si bien en un sistema fragmentado el apoyo mayoritario es más difícil, en contrapartida en el caso finlandés la confianza parlamentaria hacia el gobierno no está garantizada *per se* para toda la legislatura, por lo que la responsabilidad política del gobierno es susceptible de ser demandada en cualquier momento. Pero ocurre también que, si bien en Finlandia los gobiernos siempre han sido débiles, esta debilidad ha permitido un papel activo, pero no omnipotente de un Presidente de la República que busca facilitar la negociación entre los grupos parlamentarios, dando así lugar a un modelo de democracia consensual típicamente finlandés⁶⁵. Se produce así un equilibrio real y efectivo en el reparto de competencias entre el Presidente de la República, el gobierno, y el Parlamento.

Se prueba, entonces, que el sistema semipresidencial portugués no es tan distinto al francés como suele afirmarse, en tanto que el sistema finlandés sí difiere muchísimo de los dos anteriores, y objetivamente parece presentar características que permiten establecer una nueva caracterización del semipresidencialismo: las funciones políticas son, en efecto, compartidas por tres órganos, el Presidente, el gobierno, y el Parlamento. La clasificación de los sistemas de gobierno tendría que hacerse, por tanto, de la forma siguiente: está, en primer lugar, el monismo del sistema parlamentario, caracterizado por la concentración de poderes en las manos del líder de la mayoría parlamentaria (el Primer Ministro), luego está el dualismo del sistema presidencial, caracterizado por reparto de competencias más o menos equilibrado entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, y, al fin, un tercer modelo “a la finlandesa”, que se podría caracterizar por una división tripartita del poder entre los tres órganos, Presidente, Gobierno y Parlamento. A este tercer sistema, muy distinto

⁶⁵ HIDALGO, *op. cit.*

del parlamentario y del presidencial, se puede llamar “semipresidencial”. Parece que esta nueva caracterización es mucho más precisa y realista que la clásica, ambigua y ya superada propuesta por Maurice Duverger sobre la base de la elección presidencial.

VI.- ¿Se puede realmente atenuar el exacerbado presidencialismo (... o al Ejecutivo)?

Antes de intentar responder esta interrogante, se señala que un somero examen a los sistemas de gobierno contemporáneos, en sus diversas formas y en países de todos los continentes y tradiciones jurídicas, conduce a una inquietante conclusión preliminar: parece ser que la configuración normal de los sistemas de gobierno contemporáneos es que el Ejecutivo tienda a predominar sobre el Parlamento. Lo anterior es fácil de constatar en la cotidianidad de los sistemas presidenciales, en especial en los latinoamericanos. Pero esta aseveración comienza a ser más sorprendente cuando al examinar el funcionamiento de los sistemas parlamentarios, como el caso de Alemania, España o Italia, donde también el Ejecutivo tiene atribuciones que lo llevan a una posición que le permite ejercer mayor influencia sobre la acción estatal que la que en efecto y en los hechos puede ejercer. Señala Giovanni Sartori que este tipo de gobiernos funcionan, o funcionan mejor, cuando el Poder Legislativo no gobierna, cuando está limitado, el parlamentarismo funcional nunca es puro, no incorpora el principio de la soberanía del mismo, es decir, aunque resulte paradójico, cuanto menos parlamentario sea en verdad un gobierno, mejor será su desempeño⁶⁶. A modo de ejemplo,⁶⁷ lo normal es que el Ejecutivo tenga iniciativa de ley, incluso iniciativa exclusiva en ciertas materias, puede influir en los tiempos legislativos estableciendo urgencias para la formación de la tabla de las cámaras, tiene potestad reglamentaria autónoma y delegada, donde esta última suele utilizarse en forma abusiva, como también es normal que el Ejecutivo pueda requerir el examen de constitucionalidad de la legislación aprobada por el Parlamento. Si a lo anterior se agrega la facultad del Jefe de Estado de disolver las cámaras, y que los sistemas electorales tienden a favorecer la formación de mayorías estables, sea mediante sistemas ma-

⁶⁶ Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, p. 126 y ss.

⁶⁷ Véanse en la Constitución alemana los artículos 68, 76, 80 y 81, en la española los artículos 82, 85, 87, 115, 116, 159, 162 y 166, y en la italiana los artículos 71, 74, 76, 77, 88 y 135.

yoritarios, como la elección por circunscripciones uninominales o, bien, a través de sistemas proporcionales que tienden a sobrerrepresentar a las listas más votadas, tal como el muy utilizado sistema D'Hont, resulta muy difícil que un gobierno parlamentario no tenga asegurada, al menos en un mediano plazo, una importante base cameral estable, y que esta no le sea hostil.

Por estos motivos, la moción de censura es poco usada, entendiendo en esencia, que en un sistema parlamentario por definición nunca habrá un gobierno con el Parlamento en contra, independiente de que el sistema electoral tienda a formar mayorías. Por otra parte, señala Giovanni Sartori que la disolución de las cámaras suele no resolver los problemas, pues la experiencia demuestra que repetidas veces, la posterior elección parlamentaria tiende a más o menos repetir la distribución de fuerzas existente antes de la disolución o, incluso, a empeorar la situación⁶⁸. Recuérdese que recién en 2018, con la caída del gobierno de Mariano Rajoy, España vivió su primera moción de censura justo al cumplirse los cuarenta años de su Constitución, lo que confirma lo excepcional de este procedimiento. También ya se ha visto que los sistemas semipresidenciales tienen Ejecutivos tan fuertes que terminan comportándose como presidenciales reforzados, con la muy peculiar excepción finlandesa, lo cual confirma la tesis de que el sistema de gobierno por sí solo no disminuye la fuerza del Ejecutivo sobre el Legislativo.

Dicho todo lo anterior, se vuelve a la pregunta de este apartado: ¿se puede atenuar el presidencialismo? Pues bien, de lo dicho hasta aquí se cree que es preciso reformular la pregunta a partir de otra conclusión que ya se ha hecho notar: es un error hablar de un exacerbado "presidencialismo", ya que el problema que se quiere denunciar con esta aseveración se refiere realmente a que el Ejecutivo es demasiado fuerte con respecto al Parlamento, es decir, el problema es el conjunto de atribuciones que, tanto la Constitución y sus normas de desarrollo como las prácticas constitucionales de cada Estado, llevan al Ejecutivo a dominar al Parlamento. No es lo que puede o no puede hacer el Presidente de la República o el Primer Ministro, cada uno considerados, sino que se trata de ponderar lo que puede o no puede hacer el Ejecutivo en su conjunto frente al poder real del Parlamento. Por tanto, es falso afirmar que en un sistema parlamentario, por su propia esencia, el Parlamento será más protagonista que el Ejecutivo. La pregunta correcta sería entonces: ¿se puede atenuar al Ejecutivo frente al Parlamento? Para intentar responder esta interrogante, se analizan dos sistemas presidenciales sudamericanos: Argentina y Perú.

⁶⁸ SARTORI, *op. cit.*, p. 174.

En Argentina, el artículo 99 de la Constitución señala que el Presidente es el jefe supremo de la nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país. Pero no puede disolver las cámaras. Buscando, en concreto, atenuar el presidencialismo, la reforma constitucional de 1994 introdujo la figura del Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 100), quien tiene como función ser el “jefe de la administración pública”, es designado por el Presidente, pero puede ser removido por el Poder Legislativo mediante una moción de censura. Se habló de establecer un “régimen presidencialista flexibilizado”, queriendo con ello lograr un real equilibrio entre los poderes del Estado⁶⁹. Le corresponde enviar al Congreso los proyectos de ley de los ministerios y el presupuesto nacional, previo acuerdo de gabinete y aprobación del Ejecutivo (inciso 6°); concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, sin votar (inciso 9°); presentar una memoria detallada del estado de la nación en lo relativo a sus respectivos departamentos (inciso 10); producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Ejecutivo (inciso 11) y tiene el deber de acudir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar sobre la marcha del gobierno, pudiendo ser interpelado para una moción de censura, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras (artículo 101). Así también, debe presentar los “decretos de necesidad y urgencia”, dentro de los diez días de dictados, a la Comisión Bicameral Permanente (artículo 99 inciso 3°). La Carta argentina da cuenta de un jefe de gabinete “enlace institucional” entre el Ejecutivo y el Legislativo, haciéndolo políticamente responsable frente a este, con lo cual se buscaba no solo atenuar el presidencialismo argentino, sino que, también, crear un “fusible” ante una posible crisis institucional.

Sin embargo, salta a la vista una primera constatación que hace dudar del éxito de la reforma: este funcionario tiene a su cargo la administración de la nación, con lo cual el gobierno (lo político) sigue concentrado en el Presidente. Pero luego comenzó a ocurrir que los jefes de gabinete no cumplían su deber constitucional de acudir mensualmente al Congreso, y en gran medida esto ocurría porque en los hechos su responsabilidad política efectiva no era ante el Legislativo, sino que ante el Presidente, con lo cual el jefe de gabinete formará parte del Ejecutivo, y los informes, en vez de lazos entre ambos poderes, se convirtieron en una instancia de mero control por parte del Legislativo y de defensa de la gestión ejecutiva asumida por el jefe de gabinete. Lo anterior es, en gran medida, porque

⁶⁹ Marcelo Alberto LÓPEZ ALFONSÍN y Ariela SCHNITMAN, “Sobre el semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional argentina de 1994”, p. 93 y ss.

siempre el gobierno resultaba con una mayoría afín en al menos una de las Cámaras⁷⁰. Además, ocurrió que en 2006 la Ley n.º 26124 estableció que el jefe de gabinete puede disponer las reestructuraciones presupuestarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades, exceptuándosele de la prohibición de la Ley n.º 25917, que impide aumentar el gasto corriente en detrimento del gasto de capital, donde esta nueva atribución constituye una delegación de facultades inconstitucional por incumplir el artículo 76 de la Constitución que:

“prohíbe la delegación legislativa en el poder ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”⁷¹.

Así, el jefe de gabinete pasó de ser un medio de atenuación del presidencialismo, a un instrumento de acumulación de facultades propias del Legislativo en el Ejecutivo. Y, por si fuera poco, se impuso la práctica abusiva de que, a través de los “decretos de necesidad y urgencia”, el Congreso delegue la generación de normas al jefe de gabinete, y como en los hechos este está subordinado al Presidente, esta vía ha servido para que el Ejecutivo adopte como propias más atribuciones del Legislativo, con lo cual, en definitiva, el régimen terminó de *hiperpresidencializarse*, produciéndose así el efecto inverso al esperado en 1994.

Un fenómeno parecido se observa en Perú, donde la Constitución de 1993 establece que el Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la nación (artículo 110), le corresponde dirigir la política general del gobierno (artículo 118 N° 3), nombra y remueve al Presidente del Consejo de Ministros, y nombra y remueve a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, de aquel (artículo 122), sobre quién recaen las siguientes funciones (artículo 123):

1. Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno;
2. Coordinar las funciones de los demás ministros;
3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

⁷⁰ En Argentina la Cámara de Diputados se elige mediante el sistema proporcional D'Hont, en tanto en el Senado se utiliza un sistema mayoritario para elegir tres senadores por provincia: dos para la lista más votada y uno para la segunda.

⁷¹ LÓPEZ y SCHNITMAN, *op. cit.*, p. 97.

A su vez, el Consejo de Ministros y su Presidente son responsables ante el Congreso (artículos 123, 133 y 135), y el Presidente puede disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros (artículo 134). Por estas disposiciones se dice, a veces, que Perú se rige por un sistema semipresidencial.

Sin embargo, la realidad es muy distinta. El presidente del Consejo de Ministros no dirige la política general del gobierno, que es atribución del Presidente de la República. Luego, señala César Ochoa, que no están tasadas con precisión las amplias medidas que se otorgan al Presidente y no se regulan los controles sobre el titular de dichos poderes, lo que acrecienta los peligros para el Estado democrático de derecho si titulares autorizados del poder pudieran sentirse amparados para suspender la Constitución sobre la base de la referida cláusula que crea la apariencia de legitimidad de una concentración de poder absolutista⁷². Señala, además, el artículo 107 que el Presidente de la República y los congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes (no el gobierno). Asimismo, tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia (artículo 105). Se debe notar, también, que el sistema de partidos de Perú es muy fragmentado, el que sumado a un sistema electoral proporcional⁷³, genera un Congreso en el cual es muy difícil que una mayoría clara se oponga al Presidente, produciendo esto, a su vez, que el presidente del Consejo de Ministros, en teoría responsable ante el Congreso, en los hechos esté subordinado al Presidente de la República, y si este último tiene mayoría parlamentaria, en tal caso, dicho Ministro perderá por completo toda iniciativa. Asimismo, dicha combinación de sistema fragmentado de partidos con sistema electoral proporcional hace más débiles a los partidos frente al Presidente, quienes pueden perder mucho en caso de una disolución. Por esto señala César Ochoa que la Carta de 1993 ha optado por la disolución como “espada de Damocles” del Presidente que es colgada sobre el Congreso a fin de que este se avenga a una relación de confianza forzada, un matrimonio de conveniencia, con gabinetes sin mayoría parlamentaria. Y como se ha condicionado la disolución al supuesto de la caída por responsabilidad política de dos gabinetes, siendo así, se abre la posibilidad de que una mayoría parlamentaria opositora opte por censurar de manera individual a los ministros eludiendo la disolución, y, a su vez, que el Presidente de la República, como jefe de gobierno, mantenga la misma orientación

⁷² César OCHOA CARDICH, “Tipología y análisis del régimen político de la constitución peruana de 1993”, p. 33.

⁷³ En Perú se eligen los parlamentarios utilizando el sistema D’Hont.

política pese al cambio de personas en el equipo ministerial, con lo cual la confrontación entre poderes generaría un impasse político insoluble⁷⁴. Todo lo anterior es sin perjuicio de que, en estricto rigor, no hay responsabilidad política del gobierno, ya que el jefe del gobierno es el Presidente de la República, quien es irresponsable en el ámbito político, en tanto que aquí los votos de censura solo obligan a hacer cambios en el gabinete, incluido el presidente del Consejo de Ministros, pero sin que caiga “el Gobierno”⁷⁵. En definitiva, resulta claro en Perú el constante predominio del Ejecutivo sobre el Legislativo.

Al parecer, se ha demostrado que el problema de la postergación del Parlamento frente al Ejecutivo es en efecto, eso, una postergación ante el Ejecutivo, por lo cual el mayor protagonismo que pueda tener el Parlamento no depende de la forma en que se estructure en el ámbito interno del Ejecutivo, sino que es consecuencia de que se logre estructurar un real equilibrio entre las atribuciones del Presidente, del gobierno y del Parlamento, y es por esta razón que los intentos latinoamericanos de frenar el presidencialismo fracasan, pues se crean nuevos funcionarios cuyas atribuciones no logran equilibrar la distribución de competencias entre los tres órganos señalados, sino que en los hechos terminan subordinados al Presidente de la República, quien, a su vez, se enfrenta a un Parlamento débil. Por tanto, respondiendo sin la pregunta inicial, se cree que sí es posible atenuar el poder del Ejecutivo en la medida en que efectivamente haya una voluntad real de establecer un equilibrio efectivo entre las competencias de los señalados tres órganos constitucionales.

Pero ahora se varía la pregunta: ¿es malo un Ejecutivo tan fuerte? Es posible que no haya una respuesta absoluta. Sin embargo, se debe recordar que es el Ejecutivo quien tiene la carga de “hacer andar el buque”, de hacer cumplir la ley, es el encargado de que la institucionalidad funcione para alcanzar el bien común, de la misma forma en que el jefe de hogar debe velar por el bien de su familia, y si no lo hace, se le puede acusar por abandono de deberes. Y es por esto que las Constituciones radican en el Ejecutivo el gobierno y la administración del Estado, lo que, a su vez, justifica la existencia de atribuciones como la iniciativa de ley, exclusiva en ciertas materias (por lo general, las presupuestarias), la potestad reglamentaria, el veto, o el requerir examen de constitucionalidad. Por otra parte, es ineludible pensar que el poder que se le entregue va de la mano con el establecimiento de un adecuado sistema electoral, pues con

⁷⁴ OCHOA, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁵ Jans Erik CAVERO CÁRDENAS, “Notas sobre la disfuncionalidad del régimen presidencial en el Perú”, p. 140.

un Parlamento fuerte, pero muy fragmentado se corre el riesgo de caer en un caótico sistema de asamblea que vuelva al Estado ingobernable, tal como el que motivó a Charles de Gaulle a emprender la reforma que llevó a Francia de la IVª a la Vª República, o como lo fue el pseudoparlamentarismo chileno entre 1891 y 1925. Señala Giovanni Sartori que en un esquema asambleísta:

- a) el gabinete no dirige la legislatura;
- b) el poder no está unificado, sino disperso y atomizado;
- c) la responsabilidad casi desaparece del todo;
- d) hay poca o ninguna disciplina partidista;
- e) los primeros ministros y sus gabinetes no pueden actuar rápida y decisivamente;
- f) las coaliciones muy pocas veces solucionan sus desacuerdos y nunca tendrán seguridad de contar con el apoyo legislativo y
- g) los gobiernos nunca pueden actuar y hablar con una voz única y clara⁷⁶.

Como dice Dieter Nohlen, el contexto hace la diferencia, y no existe un “sistema ideal” que se pueda transferir o implementar sin más⁷⁷. Parece razonable, por tanto, que en general el Ejecutivo tenga asegurada cierta preponderancia sobre el Parlamento.

En cuanto a Chile, parece interesante una idea que expone Raúl Bertelsen, que pudiera ayudar a disminuir el excesivo poder y la exposición mediática del Presidente de la República, la cual ni siquiera requiere de reforma constitucional, y puede implementarse en el marco de nuestro actual sistema presidencial⁷⁸. El artículo 33 inciso 3º de la Constitución señala:

“El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional”,

permitiendo esta norma que el Presidente, como jefe de Estado, se dedique a la adopción de las grandes decisiones políticas, que es lo propio de gobernar, pero desligándose de las múltiples labores de coordinación que entraban su accionar, que serían delegadas a un ministro. Con ello se tendría un Presidente enfocado en gobernar, sin tantos puntos de prensa, entrevistas televisivas o discursos anunciado tal o cual proyecto. Este ministro coordinador no sería un Primer Ministro jefe de gobierno, sino

⁷⁶ SARTORI, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁷ DIETER NOHLEN, *Ciencia política y democracia en su contexto*, p. 82.

⁷⁸ BERTELSEN, *op. cit.*, p. 79 y ss.

que un verdadero jefe de gabinete que quite al Presidente de la sobreexposición a la crítica directa de los medios y de la opinión, dándole así, mayor sobriedad al cargo. Un Presidente demasiado protagonista no le hace bien a la institucionalidad.

VII.- Un pequeño gran problema: la imposibilidad de copiar el contexto

Se ha hecho referencia a la importancia que tiene el contexto para el estudio de las ciencias sociales, que en el caso del derecho, se traduce especialmente en la necesidad de considerar el entorno en el cual surgen las instituciones y las normas, que pueden tener un muy buen desempeño en su lugar y tiempo originarios, pero que al trasplantarlas a un contexto diferente, termina siendo muy probable que dichas normas o instituciones no logren producir los resultados exitosos de buena fe esperados. En definitiva, se puede copiar el texto de una norma extranjera, pero no siempre es posible reproducir el contexto en el cual dicha norma opera, lo cual la condena al fracaso.

Y en Chile los ejemplos abundan: La reforma tributaria de la presidenta Michelle Bachelet de 2014 introdujo al ordenamiento jurídico dos nuevas instituciones: la “cláusula general antielusiva” (artículo 4 bis del *Código Tributario*) y la noción de “renta atribuida” (felizmente derogada en 2020). La primera surgió en la República de Weimar⁷⁹ en el contexto del gran endeudamiento que generó el Tratado de Versalles de 1919 a Alemania por tener que pagar indemnizaciones a los vencedores de la Primera Guerra Mundial. El Imperio alemán era una confederación de Estados germanos, cada uno con su propio ordenamiento jurídico, con fuerte influencia de la costumbre como fuente de derecho, y en que el *Código Civil* alemán, vigente desde 1900, recién comenzaba a uniformar el derecho y la jurisprudencia. En este contexto, frente a la fuerte dispersión normativa en el territorio alemán, el mayor esfuerzo fiscal obligó a elaborar una cláusula que unificase la interpretación de la ley y los contratos considerando la naturaleza y los fines económicos de los actos jurídicos celebrados por los contribuyentes, para lograr una recaudación más eficiente. Se trataba de una norma de interpretación, pero en Chile se copió con el único fin de combatir la elusión, no obstante que el or-

⁷⁹ Gonzalo VERGARA QUEZADA, *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*, p. 84 y ss.

denamiento jurídico chileno contiene desde siempre un único y general sistema de interpretación de la ley y del contrato dictado por el *Código Civil*, es decir, en Chile se copió la cláusula sin que existiera el problema que motivó su creación en Alemania. Por su parte, la renta atribuida surge en Estados Unidos como régimen tributario especial de incentivo para las denominadas sociedades anónimas “S” (Corporation S), a las que se les aplica transparencia fiscal de modo que sus ganancias y pérdidas son atribuidas en directo a los accionistas, en vez de que la sociedad tribute por sus ganancias corporativas, sino que solo tributan los accionistas por las ganancias a ellos atribuidas a título individual, para así evitar una doble tributación. Pero en Chile se introdujo no con fines de estímulo para evitar la doble tributación, sino que se introdujo para evitar la postergación del reparto de utilidades de la sociedad a los socios, como parte del FUT, es decir, con una finalidad por completo distinta a la que originó la creación de la norma, siendo luego suprimida por la reforma tributaria de febrero de 2020. Por fin, en materia constitucional, se toma como ejemplo el control preventivo de constitucionalidad introducido en Chile en 1970 bajo la forma de un procedimiento adversarial, el que hoy es criticado con dureza por cierta doctrina, no por ser contramayoritario, sino que por no respetar ciertos estándares mínimos que garanticen el debido proceso. Sin embargo, en el modelo francés introducido por la Carta de 1958, el Consejo Constitucional efectúa el control preventivo requerido por un legitimado mediante el pronunciamiento de un dictamen fundado, que no es un juicio⁸⁰, con lo cual desaparecen muchos de los vicios que se le enrostran al control preventivo efectuado por el Tribunal Constitucional chileno, lo que lleva a constatar que el problema denunciado en Chile se produce por haber copiado mal el modelo francés, estableciéndose aquí un procedimiento de control preventivo “a la chilena”.

A continuación se ven, entonces, los problemas que presentaría introducir en Chile el sistema semipresidencial sin la necesaria reflexión. Primeramente se recuerda que el sistema semipresidencial francés provino de una reforma a un sistema parlamentario, es decir, de una cultura institucional parlamentaria que en Chile no se tiene. Se observa que en los regímenes que usualmente son clasificados como semipresidenciales el sistema de partidos está combinado con un sistema electoral mayoritario que tiende a generar dos bloques estables, estructura de partidos propia de un sistema parlamentario que en Chile no existe. Además, resulta impensable reformar hoy el sistema electoral actual por uno mayoritario, sea uninominal a una o dos vueltas, o, bien, a través de un sistema propor-

⁸⁰ Véase la Ordonnance N° 58-1067, en especial el artículo 17 y siguientes.

cional, pero con una barrera de exclusión alta, como era el antiguo sistema mayoritario moderado frecuentemente denominado “binominal”⁸¹, ya que en Chile hoy impera con fuerza el sesgo de que mientras más proporcional sea el sistema electoral, más democrático es este, con lo cual una reforma en sentido inverso parece imposible en el corto plazo⁸². Por el contrario, en Chile la actual Cámara de Diputados está muy atomizada. Señala Giovanni Sartori que un Parlamento electo con representación proporcional que cuenta con hasta cinco partidos no presenta un grado perjudicial de fragmentación⁸³. Nótese, entonces, que si en 2001 el Congreso chileno estaba conformado por seis partidos más algunos independientes, en 2020, efectuada la primera elección con el nuevo sistema proporcional, la Cámara quedó integrada por dieciocho partidos más los independientes, lo cual da cuenta de una elevadísima atomización. Así las cosas, resulta muy difícil imaginar una mayoría estable que sostenga a un gobierno responsable ante el Congreso. Se señaló que la excepción finlandesa se explica por razones culturales, y por los altos cuórum de ciertas materias que obligan al Ejecutivo a negociar, mientras que en Chile ahora se observa un fuerte rechazo a los cuórum supramayoritarios. También hay que recordar que en Francia el sistema semipresidencial no fue así diseñado por los constituyentes de 1958, sino que es el resultado de una evolución condicionada con fuerza por el contexto y por quienes fueron los primeros titulares de los órganos constitucionales, es mucho más presidencial de lo que parece, y, en definitiva, no sirve para atenuar al Ejecutivo frente al Legislativo.

Se debe considerar, asimismo, que América Latina a lo largo de la historia ha tendido al caudillismo, pues bajo su idiosincrasia la gente tiende a personificar la autoridad y la legitimidad del poder más en el Presidente de la República (en el Ejecutivo) que en el Parlamento. En efecto, basta con notar que cuando las cosas andan mal, las personas tienen el reflejo de responsabilizar de los problemas “al gobierno”, es decir, al Ejecutivo, no al Legislativo, lo cual no deja de ser curioso, pues aun cuando la gente se queja en términos generales de “los políticos”, o vocifera en contra de los

⁸¹ La Ley n.º 20840 de 27 de abril de 2015 sustituyó el famoso sistema binominal por el proporcional D’Hont.

⁸² En todo caso advierte Dieter Nohlen que aún hoy siguen siendo válidas las tres condiciones de éxito de la representación por mayoría que enunciara Tocqueville, 1. Homogeneidad social, 2. Consenso político básico de la población en torno a la fórmula mayoritaria y 3. Posibilidad de que la minoría pueda convertirse en mayoría, todas estas circunstancias que parecen no concurrir hoy en Chile. Dieter NOHLEN, *Sistemas electorales y partidos políticos*, p. 118.

⁸³ SARTORI, *op. cit.*, p. 73.

parlamentarios, al final en última instancia siempre la responsabilidad de lo bueno y lo malo termina radicándose en el Ejecutivo. Buena o mala, es esta una condición cultural imposible de cambiar. Y de definitiva, se cree que este reflejo cultural puede contribuir a explicar la *hiperpresidencialización* que han experimentado varios países del continente en lo que va del siglo XXI, piénsese a modo de ejemplo en: Hugo Chávez, Nicolás Maduro, Evo Morales, Daniel Ortega, Rafael Correa, Cristina Fernández, etcétera. En consecuencia, es muy difícil lograr que en países latinoamericanos culturalmente muy presidencialistas funcionen con acierto, instituciones propias del parlamentarismo, que son la base del sistema semipresidencial, como es el caso de la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento, y donde se han introducido estas figuras, han fracasado de modo estrepitoso.

VIII.- Conclusiones

El sistema semipresidencial está lleno de mitología, y es de muy difícil caracterización, pues varía mucho de país en país, resultando que en muchos de ellos realmente impera o un régimen parlamentario o uno muy presidencializado. Más aún, respecto del modelo francés, se trata de un sistema hiperpresidencializado, más aún que el chileno, que tuvo un origen circunstancial, y del que hoy se dice que está superado.

Los sistemas semipresidenciales suelen ser evoluciones de sistemas parlamentarios, por lo cual requieren sistemas electorales que formen mayorías estables, lo que lleva a imaginar que con Parlamentos fraccionados y sistemas electorales proporcionales el semipresidencialismo es inviable.

Hoy en Chile rige un sistema proporcional y una reforma en sentido inverso resulta impensable.

Se observa, también, que un sistema semipresidencial que en realidad sea funcional requiere forzosamente de una constante buena voluntad entre el Presidente y el Primer Ministro, cosa que es difícil que ocurra siempre, ya que no se produce de forma espontánea en un Ejecutivo bicéfalo.

Se puede constatar que en general, cualquiera sea el sistema de gobierno, siempre predomina el Ejecutivo por sobre el Legislativo, en gran medida porque es el Ejecutivo quien tiene la carga de que la institucionalidad funcione, por lo que es falso afirmar que las instituciones propias del parlamentarismo, esenciales en los sistemas semipresidenciales, tienen por sí solas la capacidad de atenuar al Ejecutivo y, por ello, también es falso afirmar que con el sistema semipresidencial se acaba el hiperpresidencialismo. No es determinante la forma en que se distribuyen las competencias

entre el Presidente y el gobierno, como sí lo es el papel secundario al que suele quedar relegado el Parlamento frente al Ejecutivo.

Una caracterización distinta a la de Maurice Duverger, pero más acorde a la experiencia contemporánea, debería considerar el reparto equilibrado de competencias entre el Presidente, el gobierno y el Parlamento. Si no se da esta equilibrada repartición tripartita, el sistema forzosamente deviene o en presidencial o en parlamentario. Pero como esta equilibrada división depende de tantos factores institucionales, políticos y culturales, parece muy improbable que salga del ámbito de la teoría.

Además, la idiosincrasia latinoamericana tiende al caudillismo, esto es, a personificar el poder en el Ejecutivo y no en el Parlamento, y como esto se trata de un aspecto cultural, el problema es insoluble. De ello dan cuenta intentos comparados de atenuar el poder del Ejecutivo por la vía de crear un funcionario que descomprima la labor presidencial, que, sin embargo, han devenido en estrepitosos fracasos por terminar siendo absorbido por el Presidente, produciéndose el efecto inverso de aumentar aún más el poder del Ejecutivo en desmedro del Legislativo.

En definitiva, no se puede divagar sobre cómo debieran reestructurarse las competencias del Ejecutivo y del Congreso sin considerar las limitaciones que impone el contexto, y los posibles efectos de reformas realizadas sin la necesaria reflexión. Por tanto, se afirma categóricamente que el sistema semipresidencial no es adecuado para Chile.

IX.- Bibliografía

FUENTES PRIMARIAS

- Constitución de Alemania, (1949).
- Constitución de Argentina, 1994.
- Constitución de Chile, 1980.
- Constitución de España, 1978.
- Constitución de Finlandia, 1999.
- Constitución de Francia, 1958.
- Constitución de Italia, 1947.
- Constitución de la República de Weimar, 1919.
- Constitución de Perú, 1993.
- Constitución de Portugal, 1976.
- Ordonnance N° 58-1067 du 7 novembre 1958, Loi Organique du Conseil Constitutionnel, France.

LIBROS Y ARTÍCULOS

- ARRIAGADA, Genaro, Jorge BURGOS e Ignacio WALKER, *Sobre derechos, deberes y poder: Una nueva Constitución para Chile*, Santiago, Uqbar Editores, 2017.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, *En defensa de la Constitución*, Santiago, Thomson Reuters, 2020.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Presidente en la historia de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1986.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia Constitucional de Chile*, 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019, reimpresión
- CAVERO CÁRDENAS, Jans Erik, “Notas sobre la disfuncionalidad del régimen presidencial en el Perú”, 2005. Disponible en [www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3A66D4FA1E4C3B07052579DD0076E8EB/\\$FILE/122.R%C3%A9gimen_presidencial_y_parlamentario_en_el_Per%C3%BA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3A66D4FA1E4C3B07052579DD0076E8EB/$FILE/122.R%C3%A9gimen_presidencial_y_parlamentario_en_el_Per%C3%BA.pdf) [fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].
- COSTA LOBO, Marina, “El aumento de protagonismo del primer ministro dentro de un sistema semipresidencial: 1976-2010”, 2010. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5743032.pdf> [fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6ª ed., Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1988, reimpresión.
- FOILLARD, Philippe, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22ª ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- HIDALGO, Alfredo, “Una revisión de la noción semipresidencial. Finlandia y Francia, dos modelos semipresidenciales frente a frente”, 1996. Disponible en www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_122.pdf?noga=1 [fecha de consulta: 5 de junio de 2020].
- JIMÉNEZ LARRAIN, Fernando y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho Político*, Concepción, Editorial Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2017.
- KAST, Felipe, *Programa de gobierno del candidato a la presidencia Felipe Kast S. 2018-2022*, Santiago, Evópoli, 2017.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2018.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto y Ariela SCHNITMAN, “Sobre el semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional argentina de 1994”, 2016. Disponible en <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/935/765> [fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].
- MARSHALL, Pablo y Fernando MUÑOZ, *Derecho Constitucional: El sistema de gobierno y sus órganos*, Valdivia, Derecho Austral, 2016.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Instituciones políticas*, 12ª ed, Santiago, LexisNexis, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Regímenes políticos contemporáneos*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- NOHLEN, Dieter, *Ciencia política y democracia en su contexto*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- OCHOA CARDICH, César, "Tipología y análisis del régimen político de la constitución peruana de 1993", 1994. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14281/14901> [fecha de consulta. 8 de mayo de 2020].
- ROUDIER, Karine, *Droit constitutionnel*, Mesnil-sur-l'Estrée, Bréal, 2017.
- SALES, Éric, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2015.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, Santiago, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., 1996.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1992.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2^a ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. I.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo, *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*, Santiago, Editorial Libromar SpA, 2016.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, 3^a ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, vol. I.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.), *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.

Siglas y abreviaturas

Cfr.	confróntese
coord.	coordinador
ed.	edición
FUT	Fondo de Utilidad Tributaria
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Société Anonyme <i>a veces</i> sociedad anónima
SpA	Sociedad por acciones
ss.	siguientes
vol.	volumen

¿LOS ENEMIGOS DE TUS ENEMIGOS
SON TUS AMIGOS?
ABUSO DEL DERECHO
Y NEOCONSTITUCIONALISMO.
COMENTARIO A PROPÓSITO
DE UN PROYECTO DE REFORMA
CONSTITUCIONAL

ARE THE ENEMIES OF YOUR ENEMIES
YOUR FRIENDS?
ABUSE OF LAW AND
NEO-CONSTITUTIONALISM...
COMMENT ON A CONSTITUTIONAL
REFORM PROJECT

*Diego Miranda Reyes**

Resumen

En el presente artículo analizamos cómo impactaría la introducción de la figura del abuso del derecho, de origen iusprivatista, a la Constitución chilena. Se estudia un proyecto de reforma constitucional sobre la materia desde una perspectiva neoconstitucionalista.

Palabras clave: abuso del derecho, neoconstitucionalismo.

Abstract

In this article we analyze how the introduction of the figure of abuse of the right, of iusprivatista origin, would impact the Chilean Constitution.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Concepción. Magister en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor clínica jurídica de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 7 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2020. Correo electrónico: dmirandareyes@gmail.com

A constitutional reform project on the matter is studied from a neo-constitutional perspective.

Keywords: Abuse of the right, neoconstitutional perspective.

Introducción

El 24 de enero de 2017 ingresó al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional¹ que, mediante una modificación al artículo 5º de la Constitución Política, persigue incorporar a su texto la figura del abuso del derecho. Con ocasión de dicha propuesta nos interesa analizar cómo impactaría la intromisión de esta doctrina de origen iusprivatista en nuestra Carta Política, vista, esta última, a la luz de los predicados del neoconstitucionalismo.

Se trabaja sobre la premisa que ambas instituciones detentan como elemento común el constituir una respuesta frente a una determinada manera de entender el derecho. Nos referimos al positivismo jurídico². Sin perjuicio de lo anterior, ellas nacen, se fundamentan y desarrollan en distintos escenarios del mundo jurídico, aspecto que no resulta inocuo si se pretende otorgar un tratamiento conjunto y adecuado a ellas.

Para realizar la tarea anterior, el primer apartado:

- i) se dedicará a exponer de modo general las ideas contenidas en el proyecto de reforma constitucional, como también
- ii) a señalar algunas ideas sobre el abuso del derecho y el neoconstitucionalismo, que más que pretender conceptualizarlos, tiene por objetivo destacar sus puntos de encuentro.

En el segundo apartado, se analizarán algunos de los temas que, a nuestro juicio, estas dos figuras ofrecen a la discusión constitucional. Así, se hablará:

- i) del origen de derecho privado del abuso del derecho y de la rai-gambre pública del neoconstitucionalismo;

¹ El proyecto corresponde a una moción presentada por los diputados de la república: Germán Becker, Bernardo Berger, Nicolás Monckeberg, Cristián Monckeberg, Paulina Núñez, Leopoldo Pérez y Jorge Rathgeb.

² Reconociendo la variedad de escuelas que pueden entenderse como pertenecientes a una filosofía iuspositivista, para los efectos del presente trabajo entenderemos por positivismo jurídico aquella corriente de pensamiento que defiende un formalismo legal donde todos casos posibles son subsumibles en reglas predeterminadas por la ley. Respecto a las corrientes del positivismo jurídico puede consultarse: Andrés BOTERO BERNAL, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, pp. 63-170.

- ii) se tratará la procedencia de la hipótesis de abuso de los derechos fundamentales,
- iii) de la conexión para estos efectos entre derecho y moral y
- iv) de la existencia de lagunas axiológicas y su vinculación con la figura del abuso del derecho.

Finalmente, expondremos un par de conclusiones con relación a todo lo tratado.

I. Aspectos generales

1.1. IDEAS PRINCIPALES DEL PROYECTO QUE PERSIGUE MODIFICAR LA CARTA FUNDAMENTAL EN MATERIA DE ABUSO DEL DERECHO. BOLETÍN N.º 11.105-07

La moción inicia su propuesta con una afirmación en los siguientes términos:

“ha sido considerado un avance en las Constituciones Políticas más modernas, la inclusión dentro de su articulado, de una norma que proscriba el uso abusivo de los derechos”.

La forma de hacerlo que se propone para nuestra Constitución Política, es la siguiente:

Artículo único: Agréguese el siguiente inciso final al artículo 5º de la Constitución Política de la República: “Todos los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes, deben ejercerse conforme a su finalidad y suponen la responsabilidad civil y penal que trae aparejado su propio ejercicio [sic]”³.

Así, sería una preocupación de la moción el desmarcarse de la acusación de ser la doctrina del abuso del derecho una institución con sede solo en el ámbito del derecho privado. En efecto, frente a ella señala: “lo cierto es que hoy nadie niega su incorporación al mundo del derecho público”⁴.

Sustenta su aserto en la doctrina de Álvaro Ortúzar, quien ofrece una reconstrucción del concepto de abuso del derecho que comprende al ámbito público. En ella se lo concibe como: “el ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho, que priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho de otro”⁵. Sobre lo anterior, nos interesa destacar dos ideas.

³ *Boletín*, n.º 11.105-07, “Modifica la Carta Fundamental en materia de abuso del derecho”.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

La primera, es que este autor concibe el abuso del derecho en estos términos con una deliberada intención, o, como él mismo señala, con: “un objetivo preciso: utilizar los mismos términos con que la Constitución se refiere al recurso de protección”⁶.

La segunda, es que este autor (y el proyecto de reforma al hacerlo suyo) concibe el abuso del derecho como un *conflicto entre derechos*. Apreciamos que esta es una toma de postura con amplias consecuencias jurídicas, que alcanzan, incluso, la manera en que se concibe el derecho. Frente a esta alternativa, simplemente destaquemos que existen otras que ven en el abuso del derecho un conflicto entre principios y reglas⁷, un conflicto entre intereses contrapuestos⁸, una infracción al principio de la buena fe⁹, un conflicto entre la norma jurídica y la moral¹⁰, entre otros.

Más adelante, vemos que la moción hace extensiva de manera expresa la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales, al señalar: “incluso para el ejercicio de las libertades, resulta razonable aplicar como limitante el abuso del derecho”¹¹. Señala como ejemplo, el derecho de reunión (el proyecto lo califica como derecho a manifestarse) y el derecho de propiedad privada. Sobre ello nos referiremos más adelante en un apartado especial, dedicado a la materia.

Más adelante, se destaca que el artículo 5º de la Constitución ya contempla una regla de respeto a los derechos, pero: “con una clara connotación de limitación hacia el Estado”¹². En su texto, la moción afirma:

“el tema del abuso del poder en la autoridad fue de aquellos que más discusiones y atención tomó en el proceso constituyente que resultó en nuestra actual Carta Fundamental [sic]. Pero no existe una norma que sirva de sustento al sistema en particular, (...)”¹³.

Ello solo existiría fragmentariamente, por ejemplo y con relación a ciertos derechos fundamentales, en el recurso de protección. La consagración del abuso del derecho daría solución a esta situación. Como vemos, identifica el abuso de poder con el abuso del derecho, e indica al recurso de protección como mecanismo que cautela situaciones de esta naturaleza.

⁶ *Boletín*, n.º 11.105-07, *op. cit.*

⁷ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*.

⁸ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*.

⁹ Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*.

¹⁰ Lino RODRÍGUEZ-ARIAS, “El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos”.

¹¹ *Boletín* n.º 11.105-07, *op. cit.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

Por último, constatando el vacío que significaría el no contemplar una norma que consagre el abuso del derecho, y “el problema que ello representa es que queda más bien entregado al criterio del juez de turno”¹⁴, es que se defiende su incorporación al texto constitucional: “a fin de entregar una solución objetiva y real a los casos de abuso tanto del gobernante como de los gobernados”¹⁵.

1.2. ABUSO DEL DERECHO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. UN ENEMIGO COMÚN

Conforme sugiere el título, en este trabajo postulamos que tanto la figura del abuso del derecho como el neoconstitucionalismo surgen para dar cuenta de un estado de las cosas contra el cual se rebelan: el iuspositivismo clásico y el formalismo legal. Ahora bien, previo a desarrollar esta idea resulta necesario destacar otra similitud que comparten, cual es los problemas que presenta su conceptualización.

En efecto, respecto al abuso del derecho¹⁶ creemos que su estudio nos conduce al análisis del derecho subjetivo, y este, a su vez, a preguntarnos por el derecho entendido en su conjunto, calificándolo para estos efectos como objetivo¹⁷. De dicha secuencia, la conclusión es que el concepto de esta figura se encuentra condicionada en último término por la noción de derecho objetivo que se sustente. A su vez, ello nos permitirá deducir y explicar la variedad de posturas que existen sobre la materia.

En este sentido, desde la filosofía del derecho quienes, por ejemplo, conciben el derecho como integrado tanto por reglas como por principios, defenderán que es este el escenario en el cual se debe enfrentar la figura del abuso del derecho¹⁸. Sin embargo, la circunstancia de admitir a los principios como normas integrantes del ordenamiento jurídico no permite agrupar a todos los autores que así lo consideren bajo una misma noción de derecho y, mucho menos, de lo que debemos entender por abuso del derecho. En este

¹⁴ *Boletín* n.º 11.105-07, *op. cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Otro tanto podrá decirse de la noción de derecho subjetivo, en tanto presupuesto del primero y donde en la actualidad quizá la mayor fuerza que desafía la forma de entenderlo sea, en lo que nos interesa, la fuerte irrupción del derecho constitucional y el efecto horizontal de sus disposiciones, donde nociones como, por ejemplo, la función social de la propiedad ofrece argumentos que invitan a reconducir su entendimiento.

¹⁷ Ello, por lo demás, está lejos de ser algo novedoso, y tal como se destaca en doctrina, “el propio Ihering nos ha dicho, el concepto de interés le obligó a tener en cuenta el fin y el derecho en sentido subjetivo lo impulsó a tratar del Derecho en sentido objetivo”. José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, “Rudolf von Ihering”, p. 264.

¹⁸ ATIENZA y RUIZ, *op. cit.*, p. 43.

sentido, el autor Enrique Barros Bourie¹⁹, desde el derecho privado, funda la aceptación de esta figura en una infracción al principio de la buena fe²⁰. Otros, verán que el abuso al derecho ensalza la victoria de consideraciones de otro orden, básicamente morales, sobre las jurídicas. En esta dirección podemos recordar la obra de Lino Rodríguez-Arias Bustamante y su doctrina de los actos antinormativos²¹, que se sustentaría en la falta de adecuación entre la finalidad subjetiva, que es aquella que impulsa a obrar al individuo, y la finalidad objetiva, que encuentra como elemento externo al daño mientras que el interno estaría constituido por la falta de un motivo legítimo.

Desde otra mirada, encontramos a quienes entienden que:

“el derecho, en última instancia, termina siendo una lucha sostenida entre diversos intereses que entran en colisión y que deben seleccionarse y preferirse”²².

En virtud de este entendimiento del derecho, Pablo Rodríguez Grez desarrolla su doctrina al sostener:

¹⁹ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 628 y ss. En otro de sus trabajos, el autor se avoca de forma exclusiva al estudio de los límites en el ejercicio de los derechos subjetivos y del abuso del derecho, donde, a nuestro parecer, trabaja sobre el mismo fundamento antes mencionado. Por ejemplo, cuando señala: “Por mucho que el ordenamiento normativo que lo reconoce defina el contenido del derecho subjetivo, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo *contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas*, que debe ser limitado por el derecho objetivo. Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso del derecho”. Enrique BARROS BOURIE, “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, p. 18. En la misma línea podríamos ubicar la opinión de otra voz autorizada del derecho privado chileno, cuando indica: “el ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno”. Fernando FUEYO, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, p. 295.

²⁰ Precisemos que para este autor la buena fe se manifiesta como un principio, pero uno muy distinto, no obstante el alcance de términos, a aquellos que proponen un ordenamiento jurídico conformado, básicamente, por principios (en el sentido de normas jurídicas susceptibles de cumplimiento gradual) y reglas. La buena fe se concibe aquí como un principio general del derecho, propio del derecho privado y con fundamento en nociones de justicia conmutativa.

²¹ RODRIGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, tomo IV, n.º 16, p. 9 y ss.

²² RODRIGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 138. Una noción como la expuesta le permite al autor postular, sin caer en incoherencias, que “puede ejercerse legítimamente un derecho de mala fe, con el propósito de perjudicar, siempre que con ello se persiga la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento normativo”, *op. cit.*, p. 141. Su diferencia con Enrique Barros Bourie es ostensible en este punto.

“el ‘abuso del derecho’ no conforma un principio general de derecho, sino una forma de reprimir la invocación de un derecho aparente con el fin de obtener la satisfacción de un interés no tutelado, sea por desvío o por exceso”²³.

Por último, mencionar lo que podemos calificar como una visión “genuina” del derecho, aludiendo a la definición de esta palabra en el derecho romano clásico. Aquí no bastará con determinar un elenco cerrado de condicionantes y requisitos, que, pasados en lista, determinen la concurrencia o no de un actuar conforme a derecho. Lo que constituiría la esencia del ejercicio de nuestro oficio es una aproximación directa a la *cosa jurídica*. Determinar si una conducta se erige como transgresora y abusiva del derecho es una labor propiamente jurídica, pues tiene lugar en el marco de un juicio, aspecto esencial de esta rama del conocimiento, y no encuentra razón de ser en la simple ley, que pertenecería a lo político²⁴.

Por su parte, el neoconstitucionalismo no corre mejor suerte respecto a su conceptualización, utilizándose su nombre para querer significar asuntos que pueden resultar dispares entre sí. Así, tal como apunta Susanna Pozzolo:

“el término ‘neoconstitucionalismo’, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa expansión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa y redujo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos”²⁵.

Alcanzamos igual diagnóstico si tenemos presente la obra de Paolo Comanducci²⁶, quien nos invita a distinguir entre un neoconstitucionalismo ideológico, uno teórico y uno metodológico al utilizar para estos efectos

²³ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 173.

²⁴ Conforme a este postulado fue cuando la ley, en tanto norma general y abstracta, resultó insuficiente para dar eficacia y razón al actuar del sujeto que fue preciso adentrarse en el ámbito que resulta, en esencia, jurídico, esto es, en el juicio. En palabras de Jorge Streeeter, ello denota: “lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes”. Jorge STREETER, “La ciencia del derecho”, p. 291.

²⁵ Susanna POZZOLO, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, p. 209. Del mismo modo, en Susanna POZZOLO, “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”, p. 365. Mencionemos que la autora comenta que por neoconstitucionalismo se ha significado tanto el constitucionalismo en general como, también, un modelo de sistema jurídico dotado de características especiales, tales como el contar con una constitución larga y densa.

²⁶ Paolo COMANDUCCI, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, p. 89 y ss.

la división tripartita propuesta por Norberto Bobbio respecto del positivismo jurídico. En el medio chileno y desde una visión crítica, podemos observar la opinión de Eduardo Aldunate, quien concluye que este término puede utilizarse con tres sentidos:

- i) *histórico*, para referir a ciertos “rasgos” de la evolución constitucional observable en algunos países europeos y latinoamericanos pos Segunda Guerra Mundial, y donde la práctica jurisprudencial o, incluso, sus textos constitucionales, dan cuenta de determinadas características en la forma de entender la Constitución (fuerza normativa directa), los derechos fundamentales (valores o principios), la técnica para resolver sus conflictos (ponderación), entre otros;
- ii) *ideológica*, para significar la corriente de pensamiento jurídico que valora positivamente la visión histórica antes referida, y
- iii) *doctrinaria*, denominación que pretende agrupar el conjunto de propuestas que se han realizado en la materia, las que el autor evita llamar teóricas al no reconocerles un carácter completo y, en ocasiones, coherente²⁷.

Ahora bien, reconociendo la dificultad que supone definir y caracterizar tanto al abuso del derecho como al neoconstitucionalismo, lo que nos interesa destacar para efectos del presente trabajo es lo que, opinamos, constituye un elemento común a ellas y respecto a la cual estimamos existe general consenso²⁸, más allá de las distintas conceptualizaciones y enfoques que podemos encontrar entre los autores que han tratado estas materias. Nos referimos a que ellas constituyen construcciones orientadas

²⁷ Eduardo ALDUNATE LIZANA, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, pp. 79-102.

²⁸ Así, por ejemplo, cuando se señala: “pese a que algunos sostengan dudas sobre la reconstrucción del neoconstitucionalismo –que a veces parece presentarse como un movimiento de confines inciertos, refiriéndose más bien a una familia de posiciones culturales en lugar de una doctrina– se pueden evidenciar algunos aspectos útiles para connotarlo. Entre éstos, es central la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores”. POZZOLO, “Apuntes sobre...”, *op. cit.*, p. 366. En la misma dirección, respecto al neoconstitucionalismo, entre otros: Andrea PORCIELLO, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, especialmente, pp. 41-140; Ignacio NUÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, p. 516; Paolo COMANDUCCI, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, p. 176; Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, p. 309; desde un punto de vista crítico y con ocasión de la relación ponderación (neoconstitucionalismo) y subsunción (positivismo), ALDUNATE, *op. cit.*, p. 97. Respecto a la figura del abuso del derecho, entre otros: ATIENZA Y RUIZ, *op. cit.*, p. 34; Federico CASTILLO, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*, p. 123.

a refutar los predicados de una filosofía iuspositivista del Derecho o, al menos, de alguna de sus manifestaciones a la hora de entenderlo y aplicarlo.

De esta manera y conforme al camino anunciado, comencemos mencionando que en doctrina se ha señalado:

“en sociedades contemporáneas, constantemente afectadas por conflictos que tienen notables repercusiones éticas, la separación entre Derecho y justicia privaría de legitimidad a los propios instrumentos jurídicos y a la acción política”²⁹.

Este párrafo podría, a nuestro parecer, formar parte tanto de un texto que abogue por la superación de un formalismo jurídico que riña con las exigencias de justicia sustantiva, argumentando, por ejemplo, en defensa de la aceptación del abuso del derecho, como también, y que constituye la intención de la autora, de oponer esta línea de pensamiento con aquella existente en el Estado de derecho del siglo XIX, cuyo propósito era establecer la legalidad entre Estado y ciudadanos, impidiendo la arbitrariedad del primero y favoreciendo la seguridad jurídica del segundo.

En este sentido, la primacía de la Carta Política y su efecto normativo directo, implica, entre otros aspectos, el abandono de la primacía de la ley dentro del sistema de fuentes formales del derecho. En efecto:

“la Constitución ya no es sólo norma suprema dirigida a disciplinar en forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley. Es ahora la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social y que destruye el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley”³⁰.

Lo propio, cuando ya reconociendo en su sustrato una directa crítica a su oponente (positivismo jurídico) se reconoce que:

“el Neoconstitucionalismo, como modelo de Constitución, pareciera ser un dato, un hecho de la realidad, que revela lo realmente interesante para los teóricos y filósofos del Derecho: la aparente insuficiencia del positivismo teórico para dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos y la eventual incapacidad del positivismo metodológico para operar en aquéllos”³¹.

En consecuencia, en tanto crítica al iuspositivismo, se le acusa de haber perdido su capacidad explicativa de una realidad que dista mucho de aquella del XIX, donde la primacía de la ley era indisputada.

²⁹ Susanna POZZOLO, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, p. 19.

³⁰ NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 517.

³¹ *Op. cit.*, p. 516.

De manera vinculada a lo que venimos diciendo, se afirma a propósito de los contenidos materiales y sustantivos que implican entender el derecho desde la óptica neoconstitucionalista, que:

“la Constitución, además, se comprende –al mismo tiempo– como límite y no solo como programa del poder político, ha establecido puntos intransitables para cualquier mayoría, protegiendo al individuo y a las agrupaciones sociales. Estas reglas marcan el confin entre lo que la política puede hacer y lo que no puede hacer”³².

Lo anterior, quiere decir que el legislador no podrá impunemente estructurar el contenido de un derecho subjetivo, fijando el alcance y sentido que debe tener, pues el juzgador constitucional deberá custodiar que en dicha labor no se de origen a una situación que pueda catalogarse como transgresora de los derechos fundamentales, que se muestran como límite material a la actividad legislativa o, dicho de otro modo, y recurriendo a las clásicas palabras de Herbert Krüger³³, si bien antes los derechos valían en el ámbito de la ley, hoy la ley vale en el ámbito de los derechos fundamentales. Lo anterior, impensado bajo una lógica iuspositivista clásica.

Por otra parte, y con relación al abuso del derecho, se postula que su aparición como figura de aplicación general se debe a la doctrina francesa del siglo XIX, destacando que ello

“no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente más radical de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estará destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el *Código*) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez”³⁴.

En la misma dirección cuando se afirma:

“el abuso del derecho no supuso, en su momento, sino la recepción de una técnica que permitiría superar una concepción estrictamente positivista del ordenamiento jurídico y, junto a ella, la superación, asimismo, de una idea del derecho subjetivo claramente individualista”³⁵.

³² POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 68.

³³ Herbert KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, p. 12.

³⁴ ATIENZA Y RUIZ, *op. cit.*, p. 34.

³⁵ CASTILLO, *op. cit.*, p. 123.

De este modo, con base en estas primeras ideas de los autores citados, referidas tanto al neoconstitucionalismo como al abuso del derecho, podemos postular razonablemente que ellas ven en el positivismo jurídico, así entendido, un estado no deseado y al que debe dársele solución.

II. Asuntos específicos.

Abuso del derecho en el contexto de un Estado constitucional ¿Todavía amigos?

El proyecto de reforma constitucional que motiva el presente trabajo, da lugar a plantearse una serie de cuestionamientos en torno a aspectos medulares tanto de la figura del abuso del derecho como del neoconstitucionalismo.

Este es el caso, tratándose del primero, de su aplicación al ámbito público, de la concepción de abuso del derecho sobre la cual se trabaja, de su asimilación con el abuso de poder, de las causales que contempla, por mencionar algunos. Tratándose del segundo, puede cuestionarse el propósito perseguido al consagrar positivamente la figura del abuso del derecho en el texto constitucional, la valoración de la labor del juez en el estado actual de la cuestión o analizar cuáles serían los mecanismos de implementación de esta figura habida consideración del sistema concentrado de constitucionalidad existente entre nosotros.

Antes de abordar los temas específicos que dan forma a este apartado, resulta interesante destacar que una revisión general de los textos constitucionales latinoamericanos³⁶ nos permite constatar que solo dos de ellos contemplan una disposición que de manera expresa consagra la figura del abuso del derecho. Se trata de las Constituciones Políticas de los Estados de Colombia³⁷ y Perú³⁸.

³⁶ Resulta oportuno mencionar que la situación para el continente europeo es diversa. En efecto, la Carta sobre derechos fundamentales de la Unión Europea contempla en su artículo 54 una cláusula general de proscripción del abuso del derecho. En ella se establece: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”. Análoga disposición puede encontrarse en el artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁷ El numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia prescribe: “Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

³⁸ El inciso segundo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú prescribe: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

Sobre este punto, solo nos interesa destacar que Chile, para el caso de aprobarse el proyecto de reforma constitucional, si bien pasará a formar parte de este reducido grupo, presenta una diferencia sustantiva respecto de los otros ordenamientos jurídicos mencionados, cual es que entre nosotros impera, conforme a la posición mayoritaria, un sistema de control concentrado de constitucionalidad, mientras que en Colombia y Perú existe uno de carácter difuso, lo que evidentemente supone importantes consecuencias en la materia que estudiamos.

2.1. ORIGEN IUS PRIVADO DEL ABUSO DEL DERECHO
Y ORIGEN IUS PÚBLICO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.
SU INCIDENCIA EN EL CONCEPTO DE DERECHO

El abuso del derecho nace como un mecanismo para corregir los excesos del positivismo jurídico o, al menos, de una de sus maneras de entenderlo, lo propio es defendido respecto del neoconstitucionalismo.

De esta manera, de dicha *similitud* podría entenderse que no debiese existir mayor problema en que converjan, al incorporarse al texto constitucional la figura del abuso del derecho, y que este se aplique conforme a los predicados del neoconstitucionalismo. Sin embargo, creemos que no podemos descansar en esta primera aproximación al asunto, toda vez que existen ciertos aspectos que pueden poner en tela de juicio su veracidad. Uno de ellos tiene relación con las *lógicas* de acuerdo con las cuales operan estas doctrinas.

Por lo pronto, el abuso del derecho nace para poner coto a situaciones donde el ejercicio de un derecho subjetivo patrimonial resultaba excesivo y difícil de condenar al tenor de la ley que lo establecía. Así, se desarrolló al alero del caso concreto, con sede en la judicatura, lugar donde emana la que para algunos³⁹ constituye la expresión propia y primordial del derecho, esto es, la sentencia judicial. Suma a lo anterior, que esta actividad se desplegó en su origen con arreglo a las exigencias propias de la *justicia conmutativa*, pues esta era la lógica de los problemas que se planteaban ante la magistratura, básicamente referidos al ejercicio del derecho de propiedad, intentando el juez, en consecuencia, al emitir su sentencia cumplir con la premisa de *dar a cada uno lo suyo*.

Por su parte, observando el ámbito en el cual se desenvuelve el neoconstitucionalismo, resulta fácil observar que, a lo menos, no puede plantearse una identidad de enfoques. En efecto, siendo parte sustantiva de su actividad el juzgamiento de la ley a la luz del texto constitucional, ella

³⁹ STREETER, *op. cit.*, pp. 285-313.

reviste un marcado carácter político, lo que implica una visión que no puede detenerse en la realidad del caso concreto. Ahora, sin pretender consignar límites precisos entre lo político y lo que podríamos llamar propio del ámbito jurídico, al reconocer la naturaleza complementaria y evolutiva de ambos planos, lo cierto es que somos de la idea que no corresponden a terrenos que resulten simplemente identificables, pudiendo referirse a uno u otro sin distinción. Tienen un significado que les resulta propio.

Dicho esto, puede sugerirse que en la tarea política existe, en términos genéricos, una vocación que, con centrado enfoque cuantitativo, tiende a responder con mayor fuerza a la noción de *justicia distributiva*. Desde dicha premisa, resulta razonable cuestionarse si existen situaciones y realidades que analizadas desde una lógica conmutativa puedan entenderse como hipótesis de abuso de derechos subjetivos, pero que ponderadas a la luz de las finalidades de la justicia distributiva, puedan conducir a una respuesta diversa.

Dar a cada uno lo suyo (bajo la lógica de derecho subjetivo del estado liberal) no se condice, sí o sí, con un predicado de justicia que persiga el bienestar en términos cuantitativos, siéndole indiferente (en el sentido de no corresponder a su tarea primordial) su aplicación a un caso concreto. Ello, pues su mirada se sitúa en un plano más elevado, buscando dar solución a problemas de un carácter más estructural, lo que trae aparejado como precio a pagar el no encontrarse en situación de poder distinguir la variedad y riqueza del caso concreto.

Visto así, es difícil cuestionar un sistema en clave de principios y valoraciones, en cuanto a su nobleza (neoconstitucionalismo), pues presenta como contrapartida, el riesgo de prescindir de las circunstancias del caso concreto. Por lo demás, ello puede ser totalmente legítimo y deseable, atendidos los casos. Piénsese, por ejemplo, en una normativa legal inspirada en la búsqueda del *principio* de igualdad jurídica y material con sus recurrentes problemas de sobreinclusión o infrainclusión (consecuencia de sus características de generalidad y abstracción). En estos casos, respectivamente, se incluirá o excluirá a una persona o situación de la aplicación de los efectos buscados por la norma atendidos sus fines, dando lugar a una situación que podemos calificar de injusta para el caso concreto (juzgada la utilización particular del derecho conferido por la ley), pero que resulta ser de una plenitud legítima y eficaz en términos globales.

En este sentido, ambas figuras confieren un *rol preponderante al juez*, pero quizá *respondiendo a preguntas diversas*. Así, desde un punto de vista, se podrá afirmar:

“lo sustancial de ser juez está en su experiencia de conocer, y por ende poder decir lo que es justo en la causa singular descrita por los hechos que se le demuestran y por las peticiones de los litigantes”⁴⁰.

Por su parte, y desde otro ángulo, advirtiendo la doble naturaleza jurídico-política del texto constitucional, se podrá afirmar:

“la labor del juez constitucional tiene también esa doble naturaleza, es también una labor jurídica y política e implica que la Justicia Constitucional debe también poseer una doble legitimidad, jurídica y política”⁴¹.

Otro aspecto muy relacionado y ya esbozado, tiene relación con que la manera en que concebimos al abuso del derecho se encuentra directamente vinculada con la noción que en última instancia tengamos del derecho, entendida esta última voz como sinónimo de derecho objetivo. Lo propio podrá decirse respecto al entendimiento de los derechos fundamentales, toda vez que hoy se encuentra con vasta difusión la idea que ellos ostentan una naturaleza tanto subjetiva como objetiva.

En este sentido, la visión neoconstitucionalista tiene mucho que decir sobre la manera en cómo se entiende el derecho, por ejemplo, cuando se afirma que: “el Estado constitucional restauraría aquellos ligámenes entre Derecho y justicia que fueron cortados por el positivismo jurídico”⁴². De esta manera, la inclusión de la figura del abuso del derecho en un texto constitucional que será leído en clave neoconstitucionalista, nos dirá tanto del abuso del derecho como del derecho en tanto sistema, sirviendo de herramienta el primero para reafirmar los postulados del segundo.

Conviene recordar que la figura del abuso del derecho surge como una manera de combatir los excesos a que conducía una concepción de derecho subjetivo que enarbolaba la idea de libertad y absolutez. Ambos atributos que se defendían con la validez que les confería el estar *jurídicamente protegidos*, esto es, positivados en la ley y en el entendimiento de un positivismo jurídico ideológico, siguiendo la tripartición de Norberto Bobbio⁴³.

A su vez, en el contexto de un Estado constitucional hay quienes entienden que el derecho no es solamente un sistema coercitivo, sino un sistema finalizado, con contenidos morales y cuya labor fundamental es el desarrollo del bien común. Existiría, en consecuencia, un cambio de paradigma, y:

⁴⁰ STREETER, *op. cit.*, p. 291.

⁴¹ Tania BUSCH, “Aproximaciones al fundamento de la jurisdiccionalidad del control constitucional”, p. 277.

⁴² POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Juan RUIZ MANERO, “Bobbio y el positivismo”, p. 13.

“lo que permitiría, en última instancia, calificar como ‘jurídico’ a un sistema normativo o a una norma específica sería, por lo tanto, el contenido de justicia que es expresado”⁴⁴.

Todo lo anterior, conduce a que se sostenga que:

“de estas modificaciones –como se ha dicho, introducidas por el Derecho del Estado constitucional– deriva el abandono de la perspectiva típica del liberalismo que centraba su interés sobre los derechos en función a la libertad para adoptar una perspectiva que concebía a los derechos en atención a la justicia y el anti-individualismo”⁴⁵.

Luego, de seguirse lo anterior, los postulados neoconstitucionalistas presionan el concepto clásico de derecho subjetivo, presupuesto y justificación de la doctrina del abuso del derecho, y empujan a una relectura del mismo, la que se debería efectuarse con arreglo a sus ideas constituyentes o, al menos, incluyéndolas a las tradicionales de libertad y absolutez, como son el caso de las exigencias de justicia y sociabilidad.

Por su parte, del tenor del proyecto de reforma constitucional se aprecia que por su intermedio se busca regular la actuación “de gobernantes y gobernados”, sin expresar con mayor detalle el alcance de su afirmación. Ello nos preocupa, pues como hemos señalado, la institución del abuso del derecho surge como una respuesta frente a un ejercicio ilícito de un derecho subjetivo. Por su parte, conforme a nuestra Constitución Política, las autoridades (“gobernantes”) actúan habilitados por las potestades que les atribuye el ordenamiento jurídico y no en virtud de derechos subjetivos (ello, por supuesto, sin perjuicio de las relaciones subjetivas que puedan emanar del ejercicio de sus potestades).

La diferencia entre ambas figuras escapa la mera claridad dogmática y se justifica y explica en responder a dos realidades e ideas matrices distintas, las que, incluso, en casos puede resultar opuesta. Por nombrar un ejemplo, el artículo 16 de la Ley n.º 20285, sobre acceso a la información pública, al regular la obligación de la autoridad pública de proporcionar la información requerida, prescribe en su inciso final que: “*Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades, dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*”. Lo anterior, en armonía con el proyecto de reforma podría entenderse como una consagración de esta doctrina en el plano de las potestades públicas. No somos de esa idea.

No todo abuso es abuso del derecho, queriendo decir con ello que esta figura obedece a sus fundamentos y tradición en términos tales que le

⁴⁴ POZZOLO, *Constitucionalismo...*, op. cit., p. 33.

⁴⁵ Op. cit., nota al pie 33.

han conferido una individualidad que proyecta y supone algo mucho más concreto que la simple adición de un derecho y de un ejercicio abusivo del mismo. Lo anterior, se entiende sin perjuicio de aceptar la posibilidad de una reconstrucción de ella, pero defendiendo la idea que dicha tarea deberá realizarse con prudencia y reconocimiento de los elementos que le confieren una autonomía propia, y que lo convierten en una técnica jurídica determinada. En este sentido, cuando se señala que:

“el Derecho Privado ha aportado a la evolución del derecho constitucional y, el mismo, debe ser posible de transformaciones, que atiendan la Justicia y la convivencia pacífica; pero, ese cambio debe hacerse sobre la base científica del mismo, para no caer en el error de llegar a su trivialización”⁴⁶.

II.2. ABUSO DEL DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL EJERCICIO PONDERATIVO

Bajo este título analizamos una arista particular de un asunto de carácter más general, cual es determinar el ámbito de aplicación de la teoría del abuso del derecho. A este respecto, pueden encontrarse opiniones en diversos sentidos. Así, existen autores⁴⁷ y jurisprudencia⁴⁸ que la conciben con gran amplitud, otros que le atribuyen un campo de acción más restringido⁴⁹, y otros que reconociendo en la institución un origen y aplicación más restringida proponen una reestructuración de su definición que permita hacerla aplicable a toda la esfera jurídica⁵⁰.

⁴⁶ Jaime ARRUBIA, “La constitucionalización del Derecho Privado”, p. 47.

⁴⁷ En este sentido, cuando se señala: “los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, ya que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución manifiestamente excesivos)”. RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ Así, por ejemplo, cuando se ha resuelto: “que todos los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular, y cuando ello acontece se produce un mal uso o abuso de los mismos. Por eso, el abuso del derecho se ha inscrito dentro de la teoría general jurídica, de manera que su influjo se extiende a todas las ramas de dicho ordenamiento”. CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 11 de septiembre de 2014, rol n.º 22.267, considerando 7º.

⁴⁹ En este sentido, encontramos autores que excluyen la aplicación de esta doctrina a aquellos casos en que las partes hayan acordado o la ley dispuesto un equilibrio determinado, por lo que: “resta, entonces, un solo campo al acto abusivo (cuando se reclama sobre la extensión o restricción de la ‘prestación’ en que deviene el ejercicio del derecho) y este se reduce a los casos en que ni las partes ni la norma (la ley) han dispuesto el equilibrio básico original. Y esto ocurrirá en la parte de los casos”. RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁰ En tal sentido, al reconocer que: “(...) la figura del abuso del derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del Derecho privado, en relación con el derecho

Presente lo anterior, aquí la discusión se centra en determinar la procedencia de aplicar la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales, situación que presenta sus propias particularidades, según señalaremos y donde el neoconstitucionalismo también tendría algo que decir.

De las jurisdicciones donde se ha tratado esta materia, destacamos el caso español⁵¹, donde, si bien puede entenderse que la figura del abuso del derecho resulta aplicable tratándose de derechos fundamentales (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), nos resulta de utilidad al poder encontrar en ella tanto voces a favor como en contra.

En este sentido y por la pertinencia de aplicar esta figura a los derechos fundamentales se encuentra la doctrina sustentada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Sobre la base de entender a las normas jurídicas regulativas como estructuras de dos niveles –el de reglas y el de principios– estos autores postulan que, por regla general, se podrá abusar de los derechos fundamentales. La excepción la constituirían, por razones estructurales no sustantivas, aquellos derechos que no contemplen una libertad o un poder con ámbito de permisiones de ejercicio para sus titulares. Estiman que la dificultad que, en principio, existe para aceptar la incorporación de esta figura a los derechos fundamentales se explica:

“con la idea de que los derechos fundamentales incorporan razones ‘absolutas’, esto es, razones que no pueden ser derrotadas por ningunas otras; de ahí que se los vea como ‘triumfos’, como límites frente al poder de las mayorías”⁵².

Dicha constatación debe, a su juicio, ser precisada en dos sentidos. Hacia *dentro*, en el sentido de que el carácter absoluto de los derechos

de propiedad y, en general, con los derechos de contenido patrimonial, y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero, como hemos visto, una reconstrucción racional de la figura –tal como la que se expresa en nuestra definición– posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial”. ATIENZA, Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 64.

⁵¹ La Constitución española no contiene mención al abuso de derecho como límite de los derechos en ella reconocidos, sin embargo, los artículos 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí lo hacen respecto a los derechos y libertades en ellas consagrados, debiendo, además, tenerse presente que la Constitución Española confiere a estos instrumentos un valor interpretativo explícito. Incluso, conforme lo afirma la doctrina de dicho país “es importante hacer notar que el abuso del derecho aparece regulado en el título preliminar del Código Civil, habiendo admitido el Tribunal Constitucional su eficacia general en todo el ordenamiento jurídico español”. Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, p. 38.

⁵² Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, “Abuso del derecho y derechos fundamentales”, p. 56.

fundamentales solo es atribuible a su contenido esencial. Hacia *fuera*, pues ellos pueden encontrarse en situación de conflicto con otros derechos, ocasionando que, en definitiva, los derechos fundamentales se limiten entre sí.

En coherencia con su visión conflictivista de los derechos, en cuanto al método que resultaría idóneo para resolver los casos de abuso de derechos fundamentales, los autores postulan la utilidad del mecanismo de la proporcionalidad⁵³. En esta parte podemos advertir, nuevamente, un punto de cruce entre esta figura y el neoconstitucionalismo, toda vez que, según se ha destacado,

“quizás la principal novedad o propuesta metodológica del Neoconstitucionalismo sea el famoso principio de proporcionalidad (también llamado método de la ponderación)”⁵⁴.

En esta línea, resulta oportuno destacar cual es la técnica, y por esta vía, el espíritu que descansa en la aplicación del contenido sustantivo de la Constitución Política. A este respecto, por ejemplo, se ha dicho:

“la constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un *punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada*; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales”⁵⁵.

La técnica del abuso del derecho no persigue una actitud conciliadora, sino que, más bien, se expresa como una herramienta que se activa frente a una constatación, conforme a la cual, según algunas de las doctrinas que lo explican, la conducta *prima facie* permitida y encuadrable dentro del ejercicio de un derecho subjetivo resulta ilícita al contravenir el valor

⁵³ La función del abuso del derecho sería la de: “justificar el establecimiento de un límite, ya sea a un simple derecho subjetivo o a un derecho fundamental. Cuando se trata de esto último (y, en realidad, también cuando se trata del límite a derechos subjetivos, a derechos patrimoniales) lo que hay que hacer es aplicar un test de proporcionalidad que nos permita ponderar cuál es el peso relativo, por ejemplo, de las razones a favor del derecho de huelga, por un lado, y de las provenientes del derecho a la libertad de los empresarios, de la libertad de los otros trabajadores para no ir a la huelga o de los derechos (o intereses) de terceros a no sufrir determinados daños, por el otro. El abuso del derecho tendrá lugar cuando pueda afirmarse justificadamente que estas últimas razones pesan más que las primeras”. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ Ignacio NUÑEZ, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black holes & Revelations’”, p. 333.

⁵⁵ Luis PRIETO SANCHIS, “El constitucionalismo de los derechos”, pp. 219-220.

justicia (que se encuentre dentro o fuera de la norma), el principio que subyace a la regla, el interés jurídico protegido, el valor moral, entre otras, según la noción que de esta figura y del derecho se sustente.

En los términos de estos mismos autores, ante la verificación de infracción del principio subyacente en la regla u otro principio del sistema, la regla simplemente cede, no se busca su *punto óptimo de recíproca satisfacción*.

Recordemos que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero conciben el abuso del derecho como *un conflicto entre reglas y principios*, y no respecto de cualquier principio, sino aquel que sirve de razón de la regla, esto con el propósito explícito de mantener a esta figura como un asunto del todo jurídico y de esta forma no necesitar recurrir a nociones ajenas a este enfoque.

Si se sigue que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios no se observa qué regla debe excepcionarse en su aplicación como consecuencia de la figura del abuso del derecho⁵⁶. Se trataría lisa y llanamente de una situación concreta que no puede entenderse con legitimidad comprendida en el ejercicio de un derecho fundamental. Todo ocurriría fuera del principio sin relación con regla alguna.

Una opción que permitiría mantener el concepto de ilícito atípico que estos autores postulan del abuso del derecho sería que consideren que los derechos fundamentales revisten la naturaleza de reglas, pues conforme su doctrina:

“son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una *regla que permite la conducta en cuestión*; sin embargo –y en razón de su *oposición a algún principio o principios*–, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”⁵⁷.

Otra alternativa, que también desdibujaría, a nuestro juicio, la nitidez de su construcción dogmática, sería concebir al abuso del derecho del derecho ya no como un conflicto entre reglas y principios (en tanto ilícito atípico), sino que como un conflicto entre principios. Esta es la línea que parecieran seguir los mismos autores cuando afirman:

⁵⁶ En ese sentido Manuel Atienza y Juan Manero cuando destacan: “nuestro relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes, deben ser excepcionadas”. ATIENZA y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 20. Lo destacado es nuestro.

“el abuso del derecho (entendido como una categoría general) es, en realidad, un esquema de ponderación, incluso cuando la figura se ve en el contexto de los derechos patrimoniales: considerar que se da un supuesto de abuso de derecho significa que el *valor de la justicia* (entendida en un cierto sentido: evitar un grave daño, etc.) pesa más, dadas las circunstancias, *que el de certeza o seguridad* (aplicar la regla tal y como está establecida, sin considerar la existencia de una laguna axiológica)”⁵⁸.

Por otro lado, según mencionamos, también existen autores que rechazan la aplicación del abuso tratándose de derechos fundamentales. Es esta postura se encuentran entre otros, los autores Antonio Rovira y José Luis Serrano.

El primero, en su tesis doctoral, que tiene, precisamente, por objeto de estudio “el abuso de los derechos fundamentales” aborda diversos temas, entre los que destacan la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales (inalienables e imprescriptibles, por oposición a los derechos subjetivos) y la existencia de límites en el ejercicio de todo derecho o facultad, incluso los fundamentales.

En apretada síntesis, la conclusión a que arriba el autor puede entenderse sintetizada en el siguiente párrafo, cuando de modo categórico afirma:

“el abuso de los derechos fundamentales es jurídica y políticamente imposible, innecesaria, y contraria a la esencia y naturaleza que define a estos derechos, y su reconocimiento viola la finalidad y las garantías que tiene que reunir todo límite para no convertirse en limitación”⁵⁹.

Lo es jurídicamente, en razón de la especial naturaleza de los derechos fundamentales, que tornan: “imposible el trasplante de la teoría clásica del abuso al ejercicio de estos derechos”⁶⁰.

Lo es porque:

“el trasplante de esta doctrina se convierte en un arma, que en manos del Estado puede llegar a prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental”⁶¹.

En este sentido, desarrollando esta conclusión en el cuerpo de su obra, el autor destaca que esta doctrina supone un instrumento que poseen los jueces y no existe ninguna garantía de que un aumento de su poder contribuya a que el magistrado la utilice de modo progresivo, siendo, por lo demás,

⁵⁸ ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁹ Antonio ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, p. 354.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 353.

⁶¹ *Ibid.*

el Poder Judicial el más conservador de todos. Situación que lo inclina a abogar por la inconveniencia de aceptarla respecto de los derechos fundamentales.

Por su parte, José Luis Serrano, arribando a la misma conclusión que Antonio Rovira, lo hace, a su juicio, por argumentos distintos, que apelan a la naturaleza de los derechos fundamentales más que a una precaución referida a la posición judicial. En efecto, señala:

“hay un límite estructural a los sistemas jurídicos que impide (o debería impedir en óptica garantista) el funcionamiento del principio de interdicción del abuso de derecho, cuando el derecho del que se abusa es un derecho de vida o libertad, esto es, un derecho fundamental, pero que esa limitación nada tiene que ver con la orientación de los jueces, sino con la propia estructura de la división de poderes y con la propia jurisdiccional del Estado”⁶².

Precisando su postura, y otra vez dejando evidencia de su diferencia con Antonio Rovira, manifiesta:

“la razón no es el incremento del poder de los jueces, sino al contrario la salvaguarda de la función jurisdiccional del Estado en cuanto derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello porque *ponderar un derecho equivale a evaluarlo, a medirlo*”⁶³.

A su juicio:

“todos estos derechos fundamentalísimos son irrenunciables, inalienables, inembargables, imprescriptibles... en una palabra: inconmensurables”⁶⁴.

De esta manera, es la conjugación de dos ingredientes lo que determina como resultado la improcedencia de aplicar la figura del abuso del derecho a los derechos fundamentales. Primero, el constituir la doctrina del abuso del derecho una institución jurídica que supone *ponderación*, que equivale a medición. Segundo, el ser los derechos fundamentales inconmensurables, esto es, por concepto no susceptibles de medición.

No nos resulta tan claro el ser el abuso del derecho una figura que supone ponderación. Por lo pronto, solo una visión conflictivista de los derechos podría entenderlo así. De esta manera, además de un problema estructural o de lógica operativa de la institución del abuso del derecho, lo que nos preocupa es estar obviando alguna propiedad inherente a los

⁶² José Luis SERRANO, “La clasificación de los constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales”, p. 290.

⁶³ *Op. cit.*, p. 290. Lo destacado es nuestro.

⁶⁴ *Ibid.*

derechos fundamentales que determine la improcedencia de referirse a una hipótesis de ejercicio abusivo de los mismos.

Respecto a la último, en una visión conflictivista, si se les entiende como mandatos de optimización los derechos fundamentales tendrán una vocación de expansión y el límite vendrá constituido, en efecto, por haberse llegado a ese lugar que, atendida las posibilidades jurídicas y materiales concurrentes, determina que se ha alcanzado su mayor grado de concreción posible. Infringida esa línea, su ejercicio devengará en inconstitucional. Ahora, si *el principio que lo inspira sigue consumándose no obstante haber traspasado esa frontera* (trasgresión que se concluirá en una lógica proporcionalista), no lo será por estar actuando *fuera* del derecho fundamental o, dicho de otro modo, por haberse alcanzado el fin del derecho constitucional.

Algo distinto puede ser lo que ocurre en el ámbito de los derechos subjetivos propiamente tales, en oposición a los fundamentales, de tal manera que cuando acusamos a su respecto la aplicación de la figura del abuso del derecho estamos (también) diciendo que el titular está actuando *fuera del derecho*. En la hipótesis de abuso no se está ejerciendo el interés jurídicamente protegido⁶⁵ o se está yendo en contra del principio que funda la regla permisiva o del sistema⁶⁶ que se estima preponderante.

En este orden de ideas, no podríamos descartar la idea de que los derechos fundamentales son inconmensurables, lo que no es igual a desconocer los límites que se imponen a ellos como una manera de conciliarnos cuando dos o más concurren a una misma situación (ponderación, propia del neoconstitucionalismo). Esta línea que se traza obedece a exigencias que no podrían atribuirse a la naturaleza de los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, en razón de ella y por existir más de uno.

En estrecha relación con lo anterior, la consideración a la técnica del abuso del derecho y de la ponderación⁶⁷ da espacio a cuestionar su compatibilidad conceptual. En efecto:

“en la ponderación de derechos en sentido estricto se procede a la valoración del peso –tanto abstracto como relativo–, de los derechos o principios enfrentados que, por definición, *pertenecen a dos sujetos diferentes*”⁶⁸.

⁶⁵ Empleando los términos de la obra de Pablo Rodríguez Grez.

⁶⁶ Empleando los términos de la obra de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

⁶⁷ Para estos efectos seguiremos a Artuo Muñoz Aranguren, quien señala: “por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella”. MUÑOZ, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 40. Lo destacado es nuestro.

Por su parte, la doctrina del abuso del derecho tiene como objetivo juzgar el ejercicio de un determinado derecho subjetivo que, atendidas las circunstancias del caso concreto, contravienen los principios jurídicos, los intereses o valores morales (según la doctrina que se siga) involucrados en él, pero que, en ningún caso, tiene como eje central de su actividad la existencia de un segundo derecho en juego. En este sentido, cuando se señala:

“cuando se concluye que A abusó de su derecho X, se está afirmando que el ejercicio concreto de ese derecho subjetivo –dadas las circunstancias concurrentes– contraviene el fin institucional para el que dicho derecho fue reconocido por el legislador⁶⁹.

En suma, tratándose del abuso del derecho, a diferencia de lo que ocurre en la ponderación, el conflicto no se produce entre dos derechos subjetivos distintos, sino que entre reglas y los principios, entre intereses contrapuestos⁷⁰ o entre la norma jurídica y la moral⁷¹, según la noción que se siga, de tal manera que:

“en la ponderación existe una tensión, por así decirlo, externa, entre las dos esferas de interés distintas y enfrentadas. En el abuso esa tensión es interna, ya que el devenir abusivo se desarrolla en el seno del propio derecho subjetivo ejercitado”⁷².

Por último, desde un punto de vista lógico, la coexistencia de estas dos técnicas parece sugerir la necesidad de una secuencialidad entre ellas al momento de su aplicación. En el sentido que:

“el análisis de si se ejercitó el derecho o no de forma abusiva (operación analítica, como ya se ha indicado, de carácter sustancialmente subsuntiva) parece anteceder al de la ponderación de los derechos en conflicto”⁷³.

Ello, toda vez que la ponderación presume un conflicto entre dos normas que, *prima facie*, resultan lícitas, luego, si el ejercicio del derecho es abusivo (ilícito) no habría ponderación que realizar⁷⁴. Por tanto, examen de licitud (abuso del derecho) debe preceder al de ponderación (que la presupone).

De esta manera, aquí podrían postularse los primeros elementos de divorcio entre abuso del derecho y su aplicación a los derechos funda-

⁶⁹ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁰ RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.*

⁷¹ RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*

⁷² MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁷³ *Op. cit.*, p. 42.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 41-43.

mentales desde los predicados del neoconstitucionalismo (especialmente, con razón de su técnica ponderativa).

II.3. ABUSO DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y MORAL

Quizá uno de los más importantes cuestionamientos que se le formula al neoconstitucionalismo es el de abrirle la puerta a la moral en asuntos que bajo la lógica positivista eran de conveniencia y naturaleza jurídicas. Incluso, y más grave aún, a una moral no entendida como algo objetivo, con el eminente peligro que se aplique *la moral del juez* que conoce del caso concreto.

En efecto, se destaca que las colisiones entre el neoconstitucionalismo y el positivismo metodológico

“se producen con su idea de la separación entre Derecho y Moral, de la cual se desprenden (1) la idea de las fuentes sociales del Derecho (el Derecho es el resultado de prácticas sociales), (2) la posibilidad de describir el derecho avalorativamente y (3) la consecuente inexistencia de una obligación moral de obedecer el Derecho”⁷⁵.

En esta línea, no resulta difícil encontrar entre los autores que podemos calificar de neoconstitucionalistas afirmaciones como que:

“las constituciones contemporáneas asumen un gran número de principios morales que si bien han sido positivados en su texto, solo serán plenamente comprendidos a la luz de una concepción del Derecho que no pretenda separar Derecho y moral”⁷⁶.

O, bien, de autores que explicando el alcance de lo que conocemos como neoconstitucionalismo precisen que:

“principios y directrices, los pilares de la rematerialización constitucional, implican que el Derecho se aproxime a la moral y que la moral se aproxime al Derecho”⁷⁷.

Por su parte, si recordamos que algunos conciben la figura del abuso del derecho como un conflicto entre una norma jurídica y la moral, además de tratarse de una institución que surge, al igual que el neoconstitucionalismo, como una crítica al formalismo jurídico propio del positivismo, parecería que su consagración en el texto constitucional constituye un

⁷⁵ NÚÑEZ, “Explorando el neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 338.

⁷⁶ POZZOLO, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷⁷ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 519.

adecuado instrumento para concretizar el temido efecto moralizador al derecho. Sin embargo, estimamos que esto no es en todo momento cierto, pues tal conclusión va a depender de *la naturaleza y configuración que se le atribuya al abuso del derecho*.

Así, y tal como dijimos, quienes postulen que: “el abuso del derecho viene a significar una limitación de los derechos positivos por la intervención de la ley moral”⁷⁸ van a estimar la compatibilidad entre él y esta característica del neoconstitucionalismo como evidente.

Ahora, esta *vinculación derecho-moral posibilitada por la figura del abuso del derecho* no es compartida por todos, incluso por aquellos que también se muestran reacios a un entendimiento avalorativo del derecho. En este sentido quienes defienden que:

“hay, pues una relación intrínseca entre las normas y los valores, puesto que el establecer, por ejemplo, la obligatoriedad de una acción p implica necesariamente atribuir a esa acción un valor positivo. Pero, además, considerábamos que existe una preeminencia del aspecto justificativo o valorativo sobre el directivo (tesis esta estrictamente contraria a la de Hans Kelsen) en cuanto, por ejemplo, tiene sentido decir que calumniar es una acción disvaliosa y, por eso, está prohibida, mientras que, en nuestra opinión, no lo tendría (en contra de lo que piensa Hans Kelsen) decir que calumniar es una acción disvaliosa porque está prohibida”⁷⁹.

Quienes siguen esta línea de pensamiento no estarían de acuerdo con una conexión derecho-moral en los términos antes mencionados, porque:

“el razonamiento judicial no se encontraría, en tales supuestos, limitado a razones proporcionadas por el propio Derecho, sino que se abriría a todo aquello que puede ser alegado en una controversia moral ordinaria. El juez se encontraría en la posición de un legislador no limitado”⁸⁰.

De esta manera, la afinidad acusada no sería tal o, a lo menos, se vería fuertemente disminuida si se postula que el núcleo central de la problemática del abuso se encuentra en:

“que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (y singularmente del derecho de propiedad) implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones”⁸¹.

⁷⁸ RODRÍGUEZ-ARIAS, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁹ ATIENZA Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 60.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 35. Lo destacado es nuestro.

Luego:

“la figura del abuso del derecho resulta, así, en un *mecanismo de autocorrección del Derecho*: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas”⁸².

De esta manera, conforme a estos autores, el abuso del derecho opera como un instrumento de *autocorrección*, sin necesidad de recurrir a una moralidad extrajurídica, el valor de la norma se encuentra en ella misma o en el sistema del que forma parte, esto es, siempre *dentro del derecho*.

Por último sobre este punto, cabe reiterar la idea que la identidad entre neoconstitucionalismo y moral o entre abuso del derecho y moral, son cuestiones que en último término van a depender de la concepción que tengamos del Derecho en su conjunto. Por ello, estimamos oportuno lo expuesto por Luis Prieto Sanchíz, cuando reconociendo el carácter polisémico del neoconstitucionalismo, identifica cuatro acepciones al término, correspondiendo la tercera de ellas a entenderlo: “como Filosofía y *Concepto del Derecho*, que aborda la cuestión de la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral”⁸³.

II.4. NEOCONSTITUCIONALISMO, ABUSO DEL DERECHO Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS

Adelantándose que la siguiente cita está argumentando sobre la conveniencia de utilizar la ponderación como técnica de aplicación de la teoría del abuso del derecho, piénsese si es razonable estimar que podría, igualmente, estar haciendo alusión a alguna de las características del neoconstitucionalismo. En efecto, en ella y refiriéndose a la labor legislativa, se dice que:

“eliminar por completo las lagunas axiológicas está fuera de su alcance; y, por lo que hace a los intérpretes, la única manera de no identificar ninguna laguna de esta clase (y de evitar la necesidad de ponderar en los casos correspondientes) sería adoptar una teoría fuertemente formalista de la interpretación, incompatible, a nuestro juicio, con los fundamentos del orden jurídico del Estado constitucional”⁸⁴.

⁸² ATIENZA Y RUIZ, *Ilícitos...*, *op. cit.*, p. 59.

⁸³ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 513. Lo destacado es nuestro.

⁸⁴ ATIENZA Y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 57.

En línea con lo que hemos señalado, se ha defendido:

“aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado ‘modelo axiológico de la constitución concebida como norma’ ”⁸⁵.

Por ella se quiere significar una Constitución integrada por un conjunto de normas que son expresión de un determinado contenido, ellas manifiestan una idea, un valor, que resulta vinculante.

Por su parte, en la laguna axiológica:

“lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o justa y, más precisamente, una norma diferenciadora, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto”⁸⁶.

No es la falta de norma, es la falta de justicia que supone la aplicación de la primera a un caso determinado lo que genera la laguna axiológica:

“de este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el juez individual”⁸⁷.

En este mismo sentido y desde el punto de vista de la inaplicabilidad de un precepto legal, se ha señalado que:

“la norma no desaparece del horizonte del Derecho, sino que obliga al sentenciador a preterir su deber primario de aplicar la ley –a olvidar el orden lógico de aplicación heredado y modelado por el Estado Legislativo de Derecho– y a resolver el conflicto directamente en base a un precepto constitucional (sin invalidar la norma desplazada) cuando la aplicación de la norma legal conduzca a un resultado que repugne con los principios y directrices constitucionales o bien la disposición primariamente aplicable omita la consideración de una propiedad relevante del caso que sí resulta ponderada por la norma constitucional. *La Constitución opera hoy como ese parámetro de justicia imprescindible en la detección (o construcción) de las lagunas axiológicas*”⁸⁸.

⁸⁵ Susanna POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, p. 342.

⁸⁶ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo..”, *op. cit.*, p. 525.

⁸⁷ POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad..”, *op. cit.*, p. 341.

⁸⁸ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo..”, *op. cit.*, p. 525. Lo destacado es nuestro.

La situación de ser la Constitución cuna de lagunas axiológicas da cuenta de una realidad que no ha pasado desapercibida por la doctrina, cual es que:

“en la actualidad, en tiempos del denominado Estado Constitucional de Derecho, los roles de las teorías omnicomprendivas del Derecho respecto de las lagunas parecen haberse alterado. Mientras en el pasado, la existencia de aquéllas era negada por las versiones más radicales del positivismo (verdaderamente el paleopositivismo) hoy lo es por el no-positivismo neoconstitucionalista”⁸⁹.

Ahora, este mismo autor ve en ello una característica del neoconstitucionalismo, a saber, la *omnipresencia constitucional*, que implicará, por un lado, que prácticamente cualquier conflicto resulta atingente a esta mirada, como también que cualquier principio de rango constitucional puede, atendido al caso, ser desplazado por otro de igual jerarquía. A su juicio:

“tal aparente debilidad intraconstitucional, lejos de revelar un defecto, da cuenta del inmenso potencial de las Constituciones en operatividad neoconstitucional: contribuyen a lograr –o más bien restablecer– un ideal pre codificador que la ilustración transformó de aspiración en realidad artificial: la plenitud del Derecho”⁹⁰.

Expuesta la fuerte relación existente entre el neoconstitucionalismo y las lagunas axiológicas, queremos dejar enunciada la eventual vinculación que ellas pueden tener con la figura del abuso del derecho. En efecto, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero conciben al abuso del derecho como una manera de enfrentar lagunas axiológicas, que, en su terminología, dan lugar a ilícitos atípicos⁹¹.

En tal sentido se pronuncian los autores mencionados cuando explicando una de las modalidades de dichos ilícitos, señalan que esta hipótesis está constituida por aquellos casos en

“los que el punto de partida es la existencia de una regla permisiva que cubre, en el caso en cuestión, la conducta correspondiente; la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta, sin embargo, incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (que constituye, así, una *laguna axiológica* del sistema de reglas) y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso”⁹².

⁸⁹ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 524.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 522.

⁹¹ De esta naturaleza, junto con el abuso del derecho, son las hipótesis de fraude a la ley y desviación de poder.

⁹² ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 50.

De tal manera, lo que ocurría en estos casos, es que se produce:

“un desplazamiento de una regla permisiva *prima facie* aplicable (pero incoherente con el balance entre los principios relevantes del sistema) por una nueva regla prohibitiva que refleje adecuadamente dicho balance. Este desplazamiento tiene lugar, a nuestro juicio, en la figura del abuso del derecho, (...)”⁹³.

En definitiva, teniendo presente, por un lado, que conforme a los postulados cercanos al neoconstitucionalismo la Constitución se transforma, siguiendo las palabras de Ignacio Nuñez, en

“una eficiente máquina de producción de lagunas axiológicas con criterio de contraste que se ubica en una norma jurídica positiva, suprema y axiológicamente rebosante: la Constitución”⁹⁴,

y, por el otro, que el abuso del derecho puede concebirse, según alguna doctrina, en un mecanismo que procura dar solución a estas demandas de justicia sustantiva, la afinidad para mantenerse en este punto.

Conclusiones

Como apreciación general, podemos observar que en sus relaciones con la ley, el neoconstitucionalismo y la figura del abuso del derecho resultan ser dos fenómenos que tienden a complementarse. Ahora, con relación a sus vinculaciones con la Constitución dicha sana convivencia no resulta tan pacífica o, al menos, no en todos sus aspectos.

Somos de la idea que existen ciertas consideraciones, de profundo significado, para sostener que los derechos fundamentales son *reconocidos* a las personas por la Constitución, no siendo dichas *razones* simplemente trasvasijables a los derechos subjetivos *creados* por el legislador. En este sentido, destacamos la importancia de reflexionar sobre ellas y, en definitiva, cuestionar una presunta identidad ontológica entre derechos fundamentales y derechos subjetivos.

El abuso del derecho se concibió teniendo al derecho subjetivo como piedra angular de su configuración, lo que, por lo demás, explica que la forma usual de estudiarla sea a partir de él. Dicho lo anterior, esto no supone la imposibilidad de una reconstrucción de esta figura que permita su aplicación en un contexto constitucional, pero sí implica que ello deberá realizarse ha-

⁹³ ATIENZA y RUIZ, “Abuso del derecho...”, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁴ NÚÑEZ, “Constitución, neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 527.

ciéndose cargo de la naturaleza, función y lógica sobre la cual ella ha vivido, de tal manera, que los esfuerzos argumentativos serán más exigentes al pretender justificar su aplicación a una realidad que, en principio, le resulta ajena.

Desde un punto de vista de conceptual, el abuso del derecho y la técnica ponderativa propia del neoconstitucionalismo aplicable a los conflictos de derechos fundamentales, no deja de presentar serias dudas respecto a su compatibilidad. En efecto, la primera supone un examen de revisión *del* derecho subjetivo cuyo ejercicio se acusa desviado, mientras que la ponderación descansa en la existencia de dos derechos (en apariencia, lícitamente ejercidos) que entran en conflicto y respecto del cual debe resolverse la preferencia de uno sobre el otro.

Lo propio ocurre desde un prisma lógico, que sugiere la existencia de una secuencialidad en la aplicación de estas técnicas, debiendo el análisis de licitud del ejercicio del derecho subjetivo preceder al examen ponderativo que se desarrolla bajo la premisa, *prima facie*, de dicha licitud.

Por otra parte, la vinculación dada por la moral entre el abuso del derecho y el neoconstitucionalismo, solo se dará de manera necesaria en la hipótesis que se conciba a la figura del derecho como una confrontación entre la norma jurídica y la moral. Por lo demás, en ello subyace un pronunciamiento sobre nuestra idea de derecho.

Siendo una de las características que se le atribuye al neoconstitucionalismo el concebir un modelo axiológico de Constitución Política y el ser fuente de nutridas lagunas de la misma naturaleza, las que deben ser resueltas con arreglo a la misma, es posible encontrar doctrina que atribuye igual función a la figura del abuso del derecho.

En definitiva, la relación entre el neoconstitucionalismo y abuso del derecho pone a prueba el proverbio que reza que los enemigos de mis enemigos son mis amigos, pues no obstante tener ambos como rival al formalismo legal propio del iuspositivismo, cuando sus conexiones superan dicho objetivo y el uno invade el terreno del otro, apreciamos que su amigable convivencia se puede poner en tela de juicio e, incluso, llegar a sostener que lo perseguido por uno es debilitado por el otro, colocándose los antiguos aliados en actual situación de *conflicto*.

Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, n.º 1, Valdivia, 2010.
- ARRUBIA, Jaime, “La constitucionalización del Derecho Privado”, en *Nuevo Derecho*, vol. 5, n.º 7, ciudad, 2010.

- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2ª ed., Madrid, Editorial Trota, 2006.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, “Abuso del derecho y derechos fundamentales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 18, Madrid, 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, Miguel CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho”, en *Derecho y Humanidades*, n.º 7, Santiago, 1999.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- BOTERO BERNAL, Andrés, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, en Jorge Luis FABRA ZAMORA, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, ciudad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 1.
- BUSCH, Tania, “Aproximaciones al fundamento de la jurisdiccionalidad del control constitucional”, en *Derecho y Humanidades*, n.º 12, Santiago, 2006.
- CASTILLO, Federico, *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*, Madrid, INAP, 2007.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Isonomía*, n.º 16, Ciudad de México, 2002.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- KRÜGER, Herbert, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1950.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 41, Alicante, 2018.
- NÚÑEZ, Ignacio, “Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, ciudad, 2012.
- NÚÑEZ, Ignacio, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: ‘Black holes & Revelations’”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, n.º 1, Talca, 2015.
- PORCIELLO, Andrea, *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, Lima, Palestra Editores, 2019.
- POZZOLO, Susanna, “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”, en Jorge Luis FABRA ZAMORA, Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, vol. 1.
- POZZOLO, Susanna, *Constitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Editorial Palestra, 2011.

- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21, vol. 2, Alicante, 1998.
- POZZOLO, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Miguel CARBONELL, Leonardo GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PRIETO SANCHIS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo IV, n.º 16, Ciudad de México, octubre-diciembre de 1954, pp. 9-43 y tomo V, n.º 17 y 18, Ciudad de México, enero-junio de 1955, pp. 11-35.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, “Rudolf von Ihering”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 4, Madrid, 1987.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, *El abuso de los derechos fundamentales*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1980.
- RUIZ MANERO, Juan, “Bobbio y el positivismo”, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 26, 2015. Disponible en <http://journals.openedition.org/revus/3324> [fecha de consulta: 27 de junio de 2020].
- SERRANO, José Luis, “La clasificación de los constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales”, en *Persona y Derecho*, n.º 54, Pamplona, 2006.
- STREETER, Jorge, “La ciencia del derecho”, en *Revista de Estudios Públicos*, n.º 86, Santiago, 2002.

Siglas y abreviaturas

coords.	coordinadores
ed.	edición <i>a veces</i> editor
eds.	editores
etc.	etcétera
http	Hypertext Transfer Protocol (Protocolo de transferencia de hipertexto)
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LL.M	Masters in Law
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)

p. página
pp. páginas
ss. siguientes
UNAM Universidad Nacional Autónoma de
México
vol. volumen
vs. versus

Derecho Constitucional Privado

ORIGEN Y EVOLUCIÓN
DE LA TEORÍA DE LA SIMULACIÓN
DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS
EN DERECHO ESPAÑOL

ORIGIN AND EVOLUTION
OF THE THEORY OF LEGAL BUSINESS
SIMULATION IN SPANISH LAW

*Germán Ovalle Madrid**

Resumen

La presente contribución revisa los aspectos fundamentales que subyacen a la noción de contrato y la manifestación de voluntad –estereotipada en sus orígenes– relacionada con la mentira, la falsedad y el moderno concepto normativo de *simulación* del negocio jurídico desarrollado en derecho privado. Su relevancia radica en que se trata de un fenómeno expansivo y vigente, cuyo estudio y desarrollo se encuentra inacabado.

Palabras claves: Manifestación de voluntad, contrato, mentira, falsedad, simulación.

Abstract

This paper deals with the concept of simulated contract in the light of its theory and doctrinal development, investigating its historical origin, the forms it adopts and the legal consequences in private law, its most relevant classifications or types, as well as the various schools that have developed the effects of this business phenomenon. I conclude with some reflections about the limits of the faculty of simulating contracts.

Keywords: Manifestation of will, contract, lie, falsehood, simulation.

* Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 8 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 27 de agosto de 2020. Correo electrónico: german.ovalle@montt-group.com

I. Nociones del origen de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos

1. LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: EL FENÓMENO DE LA SIMULACIÓN

§1. Tras la noción jurídica de *sujeto de derecho*, subyace la idea de que cada uno de ellos expresa *una sola* voluntad al celebrar un acto jurídico determinado. Revelar que esa expresión de voluntad en cada caso particular es o no la fiel representación de su querer interno, constituye un juicio de adscripción en virtud del cual se le considerará, respectivamente, verdadera o falsa¹. En consecuencia, como cuestión previa, se impone la necesidad de adherir a una determinada noción de verdad y falsedad.

Así, en la mitología griega se simbolizaba la concepción de “verdad” a través de una figura femenina que en términos alegóricos representaba la *desnuda realidad*. Por ello, el verbo griego para designar la verdad era ‘*alétheia*’ que significa ‘desnudar’, poner las cosas al descubierto, en suma, manifestarlas².

Ahora bien, en el plano de la expresión de la voluntad, el concepto de ‘verdad’ posee una dimensión negativa que corresponde a la ausencia del error que una persona podría padecer. Esto ocurre en los casos en que el sujeto se representa una realidad falsa lo que generalmente subsiste hasta que es corregido³. En este contexto ideal, el falso concepto de la realidad presente en la persona se expresa y se mantiene de modo inseparable en las decisiones que adopta de manera consciente. En el plano material, por su lado, es posible distinguir errores voluntarios e involuntarios: a los primeros se los denomina, por lo común, *mentiras*⁴ y a los segundos, *equivocaciones*.

En el *plano jurídico* el error voluntario o “mentira” adopta la forma de *falsedad*⁵ y en los casos en que esta se expresa en un contrato, constituye el supuesto de la *simulación contractual*.

¹ Véase infra, §§23 s.

² Hernán NAVARRO, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, p. 19 y s., expone las necesarias distinciones entre la verdad absoluta, la verdad psicológica, la verdad moral, etc. También, sobre la concepción filosófica de verdad y falsedad, véase Bertrand RUSSELL, *Fundamentos de Filosofía*, p. 275 y s.

³ Cfr. NAVARRO, *op. cit.*, p. 24.

⁴ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, “Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español”, p. 82 y s.

⁵ Por encima de las diferencias, un sector de la doctrina considera que las diversas figuras de falsedad responden a la idea de simulación. Así, véase Enrique ORTS BERENGUER, *Derecho Penal*, pp. 711-712; Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, p. 22.

§2. Para el derecho civil y particularmente, para el *derecho de contratos*, la voluntad de obligarse se expresa a través de dos canales de comunicación:

- a) el consentimiento verbal y
- b) el consentimiento escrito por medio de un documento.

Cuando la finalidad de dicho consentimiento es la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, el documento que lo contiene se denomina *negocio jurídico*⁶, todo lo cual constituye una manifestación de la autonomía personal de las partes en la generación del consentimiento obligacional⁷. Si el contrato es suscrito por o en representación de dos o más personas, también se le denomina contrato o negocio jurídico⁸.

La *expresión de voluntad* documentada en el negocio jurídico puede ser en todo o solo en parte, verdadera o falsa. En este contexto, el docu-

⁶ Federico de CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico, passim*. En el mismo sentido, Ramón RAGUÉS I VALLÉS, “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”, p. 129, lo concibe de un modo más reducido, como “todas aquellas conductas por medio de las cuales un sujeto adquiere o recibe bienes”. Joan PONT CLEMENTE, *La simulación en la nueva LGT*, p. 85 y s., sostiene que el “negocio jurídico” es un tipo de “hecho jurídico” de carácter voluntario al que la ley reconoce aptitud para modelar las consecuencias jurídicas queridas. Sin perjuicio de que la española se sirve con regularidad del concepto de “negocio jurídico”, lo cierto es que los textos legales utilizan casi siempre el concepto de ‘contrato’. Lo anterior debido que el concepto de *negocio jurídico* surgió al margen de la *influencia francesa*, en la doctrina pandectista alemana. En efecto, estos últimos mediante sus métodos de abstracción jurídica construyeron el concepto de negocio jurídico en tanto engloba todas las manifestaciones de voluntad que el ordenamiento jurídico reconoce y dota de relevancia. Dicha figura se recogió en el *Código Civil* alemán y se acogió en los países de influencia germánica. Así, véase Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, p. 19 y s. y nota 9. Agrega que la figura de “negocio jurídico” es por completo extraña en Francia, Bélgica, Suiza y los países del *Common Law*.

⁷ Véase PONT, *op. cit.*, p. 86, define la autonomía privada como el poder conferido por el ordenamiento jurídico a la persona para que gobierne sus intereses. Este autor agrega que dicho poder de autorregulación solo se logra en la medida que el contenido normativo del negocio no se encuentre sustraído a la autonomía privada, como en los casos que la ley los regula imperativamente. Dicha autonomía de voluntad –al menos en lo referente a las *formas* externas en que se manifiesta– era en su totalidad regulada y rígida en el derecho romano y la omisión de las formas preestablecidas o canales obligatorios configuraban un *pactum nudum*, sin efectos jurídicos. Al respecto, véase ampliamente, Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, p. 214 y s.

⁸ FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 2, citando a Friedrich Karl von SAVIGNY, *System Des Heutigen Roemischen Rechts*, Band 3, §87 y en Carl Friedrich Ferdinand SINTENIS, *Das Practische gemeine Civilrecht*, §22; También, José Antonio CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia, passim*. Otra cosa es lo que sucede en el ámbito religioso-sacramental, en particular, en el matrimonio, en el que la voluntad interna posee supremacía sobre las formalidades externas. Al respecto, véase Cristina GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*, p. 89. También, Pedro BENITO GOLMAYO, *Instituciones del derecho canónico*, 1885, p. 13 y s.

mento no constituye la expresión de un pensamiento *previo a la manifestación*, sino que solo es su representación en el medio social⁹. Si esta expresión de voluntad no es verdadera, *no significa una ausencia* de esta, sino solo que no coincide con los derechos y obligaciones que las partes en realidad desearon crear, modificar o extinguir, la que aparece *formalmente tergiversada, falseada o incongruente*, conforme sus diversos matices¹⁰.

Cabe agregar que lo declarado por las partes en el negocio jurídico no tiene una pretensión de validez universal o absoluta, ya que pueden existir errores de hecho, jurídicos o en las expresiones de las partes¹¹, sin que ello afecte sin excepción la validez y obligatoriedad del contrato^{12, 13}.

El *fenómeno simulatorio* consiste en una manifestación deliberada e intencional de los contratantes que tiene por objeto y finalidad expresar algo diferente a lo querido, disfrazándolo en todo o en parte, de otra cosa¹⁴. En estos casos existe divergencia voluntaria o consciente, ya que el emisor manifiesta una voluntad que discrepa de su querer interno, como en las declaraciones por broma (*iocandi causa*)¹⁵ y en la reserva mental¹⁶.

⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, 1941, p. 363 ha definido estos extremos del siguiente modo: “La persona, en cuanto representa un hecho, se llama testigo; la cosa, en cuanto representa un hecho, se llama documento”.

¹⁰ PONT, *op. cit.*, p. 87, resalta la declaración de voluntad como el “vehículo imprescindible para dar a conocer o exteriorizar lo querido”. Agrega que el negocio jurídico requiere, en este contexto, de voluntad y exteriorización. De este modo se logra diferenciar la voluntad de la exteriorización de lo querido y lo no querido, discrepancia que puede surgir en forma de simulación.

¹¹ La cuestión acerca del sentido de que las partes que se obligan jurídicamente han querido darles a sus expresiones de voluntad es un asunto y un problema que surge al mismo tiempo de la declaración. Esto implica un juicio de valor que ha de ser resuelto por las mismas normas hermenéuticas que el ordenamiento jurídico ha establecido al efecto. Al respecto, véase Giuseppe STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, p. 137.

¹² NAVARRO, *op. cit.*, p. 73.

¹³ Por todos, véase Erich DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, p. 190 y s. agrega que se trata de una *buena fe* sobre la base de los *usos sociales*, principio que se contiene en el artículo 1277 del *Código Civil*, como principio de interpretación de los negocios jurídicos.

¹⁴ Cfr. J. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código Civil, Art. 1088 a disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, p. 268 y s.

¹⁵ Véase STOLFI, *op. cit.*, p. 141, sostiene que *falta la seriedad del querer*, en cuyo caso el acto es nulo por ser soloe una apariencia externa carente de sustancia y la nulidad se mantiene aun cuando no aparezca con claridad la falta de seriedad y ello haya llevado a la otra parte a creer en la veracidad del negocio. Agrega que la ilusión, negligencia o precipitación en la apreciación de los hechos de una de las partes no puede desprenderse la voluntad que el declarante no quería manifestar. Esto sucede en los casos de declaraciones hechas por broma, diversión o pasatiempo.

¹⁶ María CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación de los negocios jurídicos*, p. 15-16. También, Alfonso de COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 287. Respecto al con-

2. SÍNTESIS DEL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SIMULACIÓN

a. El derecho romano

§3. Debido al formalismo imperante en el antiguo derecho romano en cuanto a la formación del consentimiento en los pactos jurídicos, la simulación era una figura desconocida para el tráfico patrimonial de esta época. Así, la declaración externa, compuesta de las formalidades exigidas¹⁷ para cada acto en particular –como una venta o un arrendamiento– era lo único relevante en el uso negocial, de manera tal que el querer interno de los contratantes carecía de importancia^{18, 19}.

§4. Ahora bien, en el derecho romano se utilizaron solemnidades *estereotipadas*, ya no para sus fines originales, sino para la celebración de otras figuras diferentes como especies de negocios jurídicos que hoy se denominaría *negocios indirectos*, persiguiendo las partes una intención distinta a la primitiva. Este fenómeno no corresponde al concepto de simulación contractual predominante en la actualidad.

cepto de simulación, véase ampliamente FERRARA, *op. cit.*, p. 41 y s., que lo define como la antítesis de *veritas*, señalando: “la simulación no es realidad, sino ficción de realidad. Desde el punto de vista subjetivo, simular significa ‘darse falsamente por’”. También, Tulio ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*, p. 249 y s., para quien “la simulación significa fingir una contradicción entre la voluntad interna y la voluntad declarada de la que nace un negocio aparente” y *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, p. 19 y s., señala: “la simulación es sinónimo de ocultamiento, pero también de engaño. El fin perseguido no es la mera ocultación, sino la voluntad y acuerdo de engaño a los terceros con la apariencia creada”. Miguel Ángel del ARCO TORRES, Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho Civil*, p. 1306, quienes lo definen como “un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer”. Agregan la clásica la definición de simulación de Bernhard Windscheid, “La declaración de una voluntad no verdadera, que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico”. En el mismo sentido, véase José BONET CORREA, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, libro 4º, p. 422.

¹⁷ Hellmut SUÁREZ MARTINEZ, *Simulación*, p. 183, sostiene: “el desarrollo formalista del derecho no sólo debía descartar la posibilidad de tal figura, sino que él mismo, en la rigidez de sus fórmulas, llegó a constituir en grado eminente su consagración ya que bajo el empleo de ellas aparecían reglamentadas todas las diversas relaciones jurídicas”.

¹⁸ Véase Teodoro MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano*, pp. 312-313; Cesar CORONEL JONES, *La simulación de los actos jurídicos*, pp. 119-120, sostiene que debido al excesivo formalismo de los primeros tiempos, puede decirse, siguiendo a Ernest Glasson, que la simulación es legal, puesto que la intención real de las partes no influye en el derecho que no contiene reglas relativas a la simulación y se conforma con el cumplimiento de las formas establecidas para la realización de los actos, sin indagar en el querer interno.

¹⁹ Véase MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 312-313, para quien no hay antecedentes que vinculen esta figura, en sus orígenes, con el derecho penal romano.

Por ello

“los juristas, al dejar de utilizar la ‘Mancipatio’ únicamente en supuestos de venta y aplicarla con otras finalidades, además de la de transferir la propiedad, como eran las de crear la ‘manus’ o testar, disfrazaban bajo formas antiguas actos nuevos”²⁰.

§5. Probablemente la simulación contractual encuentra su origen en la concurrencia de la *mala fe* al momento de la celebración del negocio jurídico. En efecto, el primer texto que menciona el término ‘simulación’ parece ser el de Aquilo Galo²¹ quien no distinguía los conceptos de simulación y dolo, ya que consideraba al primero como elemento esencial del *dolus malus*^{22, 23}. De este modo no concibe la simulación como una discrepancia entre la voluntad y la declaración del negocio jurídico, sino que –guiado por un criterio objetivo y material del derecho y de la voluntad– solo le interesaba averiguar mediante la comparación de los elementos integrantes de la relación jurídica en cuestión, si se había fingido alguno de sus elementos o presentado como reales cuando no lo eran, considerando en ese caso al negocio, nulo²⁴.

En esta época de Aquilo Galo, el vicio de la simulación se *constataba tras revelar la discrepancia entre la realidad y la apariencia, entre la sustancia y la ficción*. Por esta razón, los pasajes del *Digesto* que se refieren a esta figura no invocan la falta de voluntad como causa determinante de la nulidad. Según Francisco Ferrara, esto se debía a que “los juristas romanos prescindían de este análisis psicológico del negocio simulado”, detenién-

²⁰ CARCABA, *op. cit.*, pp. 39-40, señala como ejemplo es probable que la primera ley que trata del fenómeno de la simulación sea la “Lex Iulia de maritandis ordinibus”, mediante la cual se estudió el “negotium simulatum” en los casos de fraude de la legislación augústea.

²¹ Citado por Marco Tulio Cicerón a propósito del caballero de Siracusa. Cfr. CARCABA, *op. cit.*, p. 39. Asimismo, FERRARA, *op. cit.*, p. 137 y s., entrega como ejemplo de la regulación de la simulación por parte de los romanos, los siguientes pasajes del *Digesto*: “Contractus imaginar iuriss vinculum non optinent, cum facti simulator non intercedente veritatis, fragmento 4, D. 44,7. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei intelligitur, fragmento 55 D. 18,1”.

²² CARCABA, *op. cit.*, p. 40.

²³ Véase Marcel PLANIOL, George RIPERT, *Derecho Civil*, p. 871 y s., sostienen que, sin perjuicio que el dolo se parece a la simulación, difieren en esencia, ya que el primero se dirige contra una de las partes, por la otra o un tercero; y la segunda, es un acuerdo de las partes para engañar a un tercero. Así, el dolo está destinado a obtener bajo engaño el consentimiento de la otra parte del contrato y mediante la simulación, ninguna de las partes resulta engañada. El dolo para los romanos así era entendido y al efecto, Servius Sulpicius Lemonia Rufus, lo definía como *Aliud Simulator, aliud agitar*.

²⁴ Véase Polynice VAN WETTER, *Curso elemental de derecho romano: contiene la historia del derecho romano y la legislación de Justiniano*, t. II, p. 149.

dose solo en una concepción material y objetiva del mismo. Para ellos el negocio simulado era nulo, por la única razón de no corresponderse con la realidad. Esa es la razón por la cual en el derecho romano se concibió la antítesis entre la *simulata gesta* y la *veritatis substantia*, puesto que la verdad debía prevalecer sobre la ficción, es decir, “el acto fingido no debía tener eficacia alguna”²⁵. En consecuencia, la intención de los contrayentes no tuvo mayor relevancia en dicha época y solo con la llegada del Bajo Imperio, el elemento psicológico cobró relevancia en este ámbito²⁶.

§6. Para María Carcaba Fernández, la simulación como fenómeno en el que conscientemente las partes deciden hacer parecer algo que no es real, comienza a tener relevancia a partir de la ‘*Lex Iula*’ de *Maritandis ordinibus*²⁷. En dicha ley, y sin contar en esa época con una teoría general del fenómeno simulatorio, se trató el denominado *negotio simulatum* en los contratos en fraude de la legislación augústea²⁸.

La *simulatio* del *negotio* se empleaba muchas veces para ocultar otro negocio que las partes habían celebrado con seriedad, lo que hoy se calificaría como un caso de simulación relativa²⁹; el caso más frecuente era la venta simulada –bajo la expresión ‘*imaginaria venditio*’–, que las más de las veces encubría una donación.

Los juristas del Bajo Imperio partían de un punto de vista objetivo y sostenían³⁰ que había que prescindir de la apariencia de la convención fingida y que solo se debía atender al acto realmente querido por las partes³¹, es decir, la orientación era la búsqueda de la verdadera naturaleza de la operación^{32, 33}.

²⁵ FERRARA, *op. cit.*, p. 138. En el mismo sentido, CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 334. También, SUÁREZ, *op. cit.*, p. 184.

²⁶ CARCABA, *op. cit.*, p. 41, la llegada del Bajo Imperio dará lugar a las máximas ‘plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur’ y ‘plus actum quam scriptum valet’.

²⁷ *Op. cit.*, p. 40.

²⁸ Cfr. CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 334, para quién “el ‘Codex’ le dedica un título especial, con la rúbrica expresiva de ‘plus valere quod agitur quam simulate concipitur’”.

²⁹ FERRARA, *op. cit.*, p. 139, considera que “las Fuentes no tienen una expresión técnica para designar el negocio disfrazado con la apariencia de otro: se dice *quod actum, quod gestum est*, en oposición a *scriptura, verba*”. En el mismo sentido, CARCABA, *op. cit.*, p. 40. También, SUÁREZ, *op. cit.*, p. 184. En el mismo sentido José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, p. 643.

³⁰ A través de los siguientes principios: *In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici decet. Non quod scriptum sed quod gestum est inspicitur. Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur.*

³¹ El cual, según lo señala FERRARA, *op. cit.*, p. 139, “si reunía todos los requisitos sustanciales exigidos para su validez, era eficaz: en otro caso, era nulo”.

³² CARCABA, *op. cit.*, p. 42.

³³ Cabe mencionar que la acción de rescisión por lesión en el precio de la compraventa, de común utilidad o como *forma en los contratos simulados*, su origen histórico se remontaría

En este sentido hay un giro de lo objetivo, formal y expresado en el contrato, a lo subjetivo, interno e intencional de las partes del negocio jurídico. Tanto en el *Digesto* como en el *Corpus Iuris Civile* se pueden encontrar diversos casos de simulación relativa³⁴ como, *v. gr.*, aquella que se realiza con interposición de persona, porque la verdadera no quiere dar a conocer su identidad³⁵.

b. El derecho intermedio

§7. Durante la época de los glosadores, la legislación que regulaba la simulación tampoco logró un desarrollo significativo. Esto se refleja, *v. gr.*, en

al año 285 d.C. en un texto contenido en la *Compilación Justiniana*, que declara “humano que, cuando se ha vendido un fundo de mayor precio, restituyendo el precio al comprador pueda recuperarse la cosa, por medio de la autoridad judicial, a no ser que el comprador elija pagar lo que falta hasta el justo precio [...]. No se entiende que la cosa ha sido vendida por menor precio si no ha sido pagada la mitad del verdadero precio”; Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, p. 509, quien siguiendo a Cesare Mirabelli (citado en el texto) da cabida a la ineficacia de la compraventa de un fundo por haberse vendido a un precio inferior al justo, es decir, inferior a la mitad del valor de la cosa, cuestión que se basa en razones de equidad y que requiere para su aplicación de la intervención judicial, pudiendo sanarse por el comprador, mediante el pago del suplemento del precio al vendedor. Agrega que esta es una institución de un momento evolutivo tardío del *derecho romano*, influenciada probablemente por la Patrística y cuya aplicación se generaliza en el *derecho común*. La dificultad radica en explicar su fundamento y naturaleza. Para algunos autores la lesión es un *vicio del consentimiento*, en específico un error sobre el valor de la cosa vendida, para otros es un vicio objetivo independiente de un error o engaño, consistente en el desequilibrio entre las prestaciones que produce una excesiva onerosidad.

³⁴ FERRARA, *op. cit.*, p. 140 y s., enumera una serie de ejemplos de regulación de simulación relativa: 1º *Venditio donationis causa*, en la cual la falta del precio excluye la voluntad de contratar a título oneroso –Cum in venditione quis praetium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere y si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio in sui substantia– 36, *D.* 18 I; 2º *Lacatio donationis causa*, en la cual debe estimarse que tanto el arrendamiento como la venta hechos por un precio irrisorio son simulados –Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar, inducit– 46, *D.* 19, 2; 3º *Aestimatio donationis causa*, en la hipótesis de la donación entre cónyuges encubierta bajo la forma de una estimación exagerada de los bienes de la dote aportada por la mujer, con la consecuencia de la obligación del marido de restituir mayor valor al disolverse el matrimonio, por eso se establece la nulidad –Si res aestimata post contractum matrimonium donationis causa approbetur, nulla est aestimatio– 12, *D.* 23, 2; 4º *Venditio transactionis causa*, en la cual se ha llevado a cabo una transacción, pero se finge que lo que se da con tal objeto se entrega a título de venta; mas no por ello el vendedor aparente podrá reclamar el precio de la venta fingida –Cum ea quae transactionis causa dari aut retineri convenit, velut emptorem eumquem accipere placuerat obtinere praescribitur, his quae simulate geruntur pro infectis habitis frustra ficti praetii postulatur numeratio– 21 C. 2, 4. También, Cesar CORONEL JONES, *La simulación de los actos jurídicos*, p. 120.

³⁵ FERRARA, *op. cit.*, p. 144.

la Glosa de Acursio³⁶ en la que el tratamiento de la simulación es escaso y fragmentario. En este periodo la incipiente teoría de la simulación se mantuvo conforme a los textos romanos que la habían concebido originariamente³⁷.

Con posterioridad, en los siglos XIV y XV, se observa un mayor grado de desarrollo que se explica en suma por la irrupción del fenómeno de la *usura*³⁸. Debido a que esta práctica estaba prohibida por la autoridad, las partes simulaban los contratos a fin de ocultar su verdadera intención, a saber, el pacto usurario de cobro de una tasa de interés superior a la permitida por la ley.

§8. De modo paralelo, se desató en esta época un gran interés e indagación en el fuero interno del individuo. De este influjo tendente a desentrañar los motivos de la persona surgió un puente entre los principios del orden moral y el ordenamiento jurídico, de modo que los primeros comenzaron a proyectarse en el segundo. En lo que aquí interesa, este fenómeno se vio reflejado en la *bipartición de la simulación*, según qué sentido el sujeto contratante le diera a la misma. Así, el comentarista de la época Alberico explicó dicha bipartición distinguiendo la *simulación* de la *hipocresía* y calificando la primera como *buen*a y la segunda como *mala*³⁹. Sentó, además, el principio en virtud del cual la simulación no puede oponerse a los terceros de buena fe⁴⁰, que se conoce bajo la fórmula *nulli praeiudicat dolosa simulatio*⁴¹.

³⁶ Que, según FERRARA, *op. cit.*, p. 147, simplemente “resume toda la labor exegética de los glosadores precedente”. En el mismo sentido, SUÁREZ, *op. cit.*, p. 186.

³⁷ FERRARA, *op. cit.*, p. 148. De opinión diversa, SUÁREZ, *op. cit.*, p. 185, estima que “es propiamente hablando en el derecho intermedio, en donde los juristas encuentran el verdadero laboratorio de la doctrina de la simulación”.

³⁸ Véase CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 334, para quien “la doctrina medieval calificó la materia de *utilitis et quotidiania* [Baldo degli Ubaldi] por estar en el centro de la lucha contra los procedimientos inventados para eludir las prohibiciones legales, en especial las persecutorias del préstamo usurario». En el mismo sentido, CORONEL, *op. cit.*, p. 121.

³⁹ Es probable que la simulación mala se concibió como aquella que transgredía la ley o que perjudicaba intereses protegidos jurídicamente.

⁴⁰ El cual, según cita Ferrara, *op. cit.*, p. 148, se preguntaba, ¿desde una perspectiva teórica ‘*an simulatio sit peccatum?*’, y entiende que, si lo es, puesto que la simulación ‘*proprie est mendacium in exteriorum factorum signis consistens*’. Asimismo, CORONEL, *op. cit.*, p. 121, quien sostiene que fue Alberico Gentili el primero en señalar que la simulación no podía oponerse a los terceros de buena fe; ‘*Nulli praeiudical dolosa simulatio*’. Agrega que en el *Corpus Juris Civile* se presentan ciertas soluciones a casos de simulación, pero sin una estructura dogmática. Más tarde, en el derecho pretoriano, donde se le otorga preponderancia a la voluntad, ya se encuentran principios sobre la teoría de la simulación y reglas que permiten inferir que no era causal de nulidad y que mientras el acto aparente carecía de valor, el secreto tenía plena eficacia si cumplía los requisitos legales.

⁴¹ FERRARA, *op. cit.*, p. 148.

De esta forma, en este periodo se precisó por primera vez el concepto de simulación y su estructura jurídica básica, fijándose las condiciones para el ejercicio de la acción de simulación⁴². Hasta este punto de la historia, es posible enunciar que la dicotomía entre voluntad y declaración aparece en forma tardía e indirecta en el escenario de las cuestiones a resolver por la normativa civil, esto es, como un *descubrimiento colateral* al ejercicio de la actividad mercantil. A partir de esta época y en razón a la generalización del uso del dinero, la exposición en un mayor grado del patrimonio en el contexto de los negocios, el desuso de las solemnidades romanas y la llegada del consensualismo contractual privado, las nuevas formas contractuales comenzaron a constituirse como necesarios para la agilidad del incipiente comercio entre las nuevas naciones⁴³.

*c. El derecho comparado:
Siglos XVII y XVIII*

§9. Uno de los primeros estudios sobre la simulación diferenció la simulación *desnuda* de la simulación *vestida*, que hoy se conoce como simulación absoluta y la simulación relativa, respectivamente. En otro estudio se distinguió el negocio *simulado* del negocio *disimulado* a través del concepto de *simulación relativa*^{44, 45}.

En ese contexto, destacan los autores franceses que afirman que el negocio simulado no existe, sino en apariencia y que el acto oculto *es válido* cuando no envuelve un fraude contra la ley o contra terceros. Por otro lado, vinculando la simulación con la sanción de nulidad a propósito de las personas incapaces de suceder, se plantea que la liberalidad hecha a tales personas es nula, aun cuando esté disfrazada bajo la forma de otro

⁴² FERRARA, *op. cit.*, p. 149, señala que fue Baldo degli Ubaldi quien definió la simulación como ‘*simulatio est machinatio quaedam per quam aliud exterius ostenditur a partibus aliud vero intenditur intrinsicus*’. También, mediante el aforismo *sicut hábeas sine spiritus, quia consensus est remotus*, la distingue de la falsedad. En el mismo sentido, CORONEL, *op. cit.*, p. 120; SUAREZ, *op. cit.*, p. 186.

⁴³ GROSSI, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁴⁴ Véase FERRARA, *op. cit.*, p. 158; CORONEL, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵ Véase FERRARA, *op. cit.*, p. 159, advierte que Jean-Claude Juncker “considera también como simulación la declaración unilateral no verdadera y, con ello, confunde la simulación y el dolo. En efecto, distingue la simulación en *simples* y *duplex*, según que en el acuerdo fingido intervenga un solo contratante o intervengan los dos, cuando, en realidad, sólo en el segundo caso puede hablarse de simulación en sentido jurídico”; Asimismo refiere que Ernest METZGER define el contrato simulado como “*conventio in speciem factam ad fallendum alterum*”, y la simulación como “*inexistens aliqua et vitiosa qualitas in contractu*”. Al final, refiere que Junge, define la simulación como el “acto por el cual se hace cosa distinta de la que se muestra” y la distingue de la mentira y la falsedad.

contrato o mediante persona interpuesta^{46,47}, todo lo cual transcurre coetáneamente con el desarrollo de la distinción entre la simulación absoluta y la relativa⁴⁸.

§10. En el antiguo derecho francés era usual en la simulación de negocios jurídicos realizar un acuerdo simulatorio o '*contre-lettres*'⁴⁹, y estaban regulados en la ley los determinados casos cuyo uso estaba prohibido. Con posterioridad, el artículo 1321 del *Code Civil* de Napoleón, que dispuso: "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles nones point d'effet contre les tiers"⁵⁰. Esta norma, que no definía sin ambages el concepto de contraescritura, dejó abierta la posibilidad de interpretarla de dos modos diversos:

- a) aquellas declaraciones ocultas y destinadas a comprobar la simulación de un acto ostensible (las verdaderas *contre-lettres*) y
- b) las declaraciones adicionales por medio de las cuales las partes simplemente modifican o explican el acto ostensible.

El *Code Civil* de Napoleón no estableció un régimen general de la simulación, contándose solo dos disposiciones sobre la materia:

- a) el artículo 1396, relativo al matrimonio estableció que:

"ningún cambio o contraescritura será por otra parte válida, sin la presencia o consentimiento simultáneo de todas las personas que fueron parte en el contrato de matrimonio" y

- b) el artículo 911 del mismo cuerpo legal, que declara nula la disposición a un incapaz, pese a que se disimule bajo una apariencia onerosa o utilizando persona interpuesta⁵¹.

§11. Por su lado, en derecho alemán, el fenómeno de la simulación se abordó de un modo más directo, completo y claro al prescribir en el artículo 117 del *Código Civil* alemán de 1900, que será nulo todo nego-

⁴⁶ SUÁREZ, *op. cit.*, p. 188.

⁴⁷ Autores franceses como Charles Dumaulin, Bertrand D' Argentré y Robert Pothier se mencionan en FERRARA, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁸ La distinción entre simulación absoluta y simulación relativa posee una trascendencia innegable y fundamental en el análisis del delito de contrato simulado, ya que como se verá, la simulación absoluta en verdad encubre una exacción del patrimonio, sin contraprestación alguna.

⁴⁹ Véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Sivia DÍAZ ALABART y Luis Humberto CLAVERIA GONSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XVII, vol. 1ºB, Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*, p. 590.

⁵⁰ Traducción libre del autor: "Las contraescrituras no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes; no tienen efecto contra los terceros". Véase Enrique PAILLAS, *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*, p. 11.

⁵¹ CORONEL, *op. cit.*, p. 121.

cio jurídico simulado, esto es, cuando en el negocio jurídico se presta un consentimiento en apariencia, pero con una intención oculta. De igual manera se reguló en los artículos 828 y 829 del *Código Civil* sajón que disponían, respectivamente, que “si las partes han tenido la intención de celebrar un contrato aparente tan solo sin haberlo querido, el contrato es nulo” y que

“si se celebra realmente un contrato, empleando la apariencia de otro, las reglas aplicables serán las correspondientes a la voluntad real de las partes”.

En estas disposiciones se logra atisbar en el contexto del derecho continental, la intención legislativa de sistematizar un régimen sancionatorio para esta práctica, pues no solo se distingue entre la simulación absoluta y relativa, sino que se presentan sanciones civiles diversas para cada una de ellas⁵².

Durante la misma época, en Italia, diversos autores desarrollaron la teoría de la simulación. Especial mención merece el cardenal Francesco Mantica, quien en especial se ocupó de la prueba de la simulación por medio de conjeturas, refiriendo las distintas clases de presunciones con base en las que aquella se puede deducir⁵³. Por su lado, el cardenal Giovanni de Luca trató la *simulación de los feudos* aplicando con suma corrección los principios del fenómeno simulatorio⁵⁴. Sin embargo, este avance de la doctrina no fue acogido por la generalidad de los *Códigos civiles* de la época, los cuales no regularon de forma completa la simulación, limitándose a incorporar normas dispersas al respecto⁵⁵.

d. El derecho español

§12. En España, el *Código de las Siete Partidas* es el primero que regula la simulación, aunque lo hace de un modo incompleto, como lo muestran algunas de sus disposiciones⁵⁶:

⁵² Véase CARCABA, *op. cit.*, p. 48.

⁵³ Autores como Segismundo Scaccia, Lorenzo María Casaregis y el cardenal Francesco MANTICA se mencionan en FERRARA, *op. cit.*, p. 164. En el mismo sentido, CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 334. CORONEL, *op. cit.*, p. 121. En igual forma, SUAREZ, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁴ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, p. 164, agrega: “podemos afirmar con plena seguridad que, en la elaboración de la teoría de la simulación, el primer lugar corresponde a la *doctrina italiana*. Los prácticos alemanes se ajustaron a los principios alguna vez que otra, pero, en general, se mantienen rudos, incompletos y enredados en prejuicios tradicionales; los autores franceses permanecen extraños a este movimiento”.

⁵⁵ CARCABA, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁶ Cfr. *Op. cit.*, p. 42.

“otrosi dezimos que todo pleyto o postura que sea fecha ante testigos o por carta o por engaño de usura que nono deve ser guardada. E esto seria como cuando aquel que presta los dineros en verdad toma por ellos algún heredamiento en peños, e faze muestra de fuera que aquel que gelo da a peños que gelo vende fazendo ende fazen carta de vendida porque puede ganar los frutos y que no sean demandados por usura. E por ende dezimos que tal engaño como este non deve valer, seyendo probado tal pleyto, que verdaderamente fuesse prestamo, e la carta de la vendida fuesse fecha por enfinta”⁵⁷.

Esta norma asigna una connotación negativa a las *conductas de engaño* realizadas por medio de documentos o pleitos falsos, que en realidad encubrían operaciones tradicionalmente prohibidas como la *usura*. En leyes posteriores, se dejó de lado esta vertiente de la simulación y se incorporó al ordenamiento jurídico el caso de las donaciones hechas en fraude de la Hacienda Real⁵⁸ ya fueran del todo simuladas o, bien, disimuladas bajo la forma de otro contrato.

§13. Con la *petición 5* de las *Leyes de Cortes de Burgos* de 1453, titulada “De las donaciones que se hacen en fraude de pechar que no valan”, se amplió la regulación de la simulación. Lo novedoso de esta ley es que utilizó la expresión ‘encubierta’ e hizo mención por primera vez –a propósito de las peticiones hechas de manera encubierta entre sí por los hijos del donante– lo que hoy se conoce como el *acuerdo simulatorio*. Después, esta norma se incorporó a la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como en las *Ordenanzas de Reales de Castilla*, *Nueva Recopilación* y *Novísima Recopilación*⁵⁹.

§14. En la época de la codificación del ordenamiento jurídico español⁶⁰, se comenzó a construir estructuralmente el concepto y el sistema de la simulación de contrato, sobre la base de la noción de causa falsa⁶¹. La idea

⁵⁷ *Los códigos españoles concordados y anotados. Tomo tercero. Código de Las Siete Partidas. Tomo II, que contiene la tercera, cuarta y quinta partidas*, véase La quinta partida, p. 716

⁵⁸ CARCABA, *op. cit.*, p. 42, agrega que se puede encontrar un ejemplo de lo que se ha señalado en las *Leyes de Estilo*, en particular la Ley 212, que lleva por título “Del que da todos sus bienes a su fijo por escusar [sic] los pechos, como se libra” a lo que ESTA AUTORA postula: “[...] si alguno da todo quanto tiene a su hijo clérigo, donación exenta en principio del pago de impuestos, habrá que entenderse de que lo hace maliciosamente para excusar el pago de los tributos debidos, motivo por el que se ordena su nulidad. Parece contemplarse aquí el supuesto de donación simulada absolutamente estimándose que no tiene sentido que alguien quedando prácticamente en la indigencia, done todos sus bienes a sus hijos, precisamente al que es clérigo, sobre todo cuando existen otros hijos”.

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 42-43, con ulteriores referencias.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 43. En el mismo sentido, CORONEL, *op. cit.*, p. 121.

⁶¹ Véase José BONET CORREA, Isabel REINA OJEDA, *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, pp. 1017-1018. Considerando la causa falsa como un caso de error, véase María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, pp. 483-484.

de legislar en este sentido se debe a la influencia del *Code Civil* napoleónico, lo que se reflejó en la recepción del artículo 1131 que dispone: “l’obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”⁶². En efecto, con base a dicha norma legal, los juristas españoles de la época redactaron los artículos 998 y 999 del *Código Civil* de 1851, en los siguientes términos: “La obligación fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto legal”, pero “el contrato será válido, aunque la causa en el expresada sea falsa, con tal que se funde en otra verdadera”⁶³. De este modo se marcó una diferencia entre la obligación y el contrato, además de confirmarse la idea de la presunción de validez de los contratos.

En efecto, los contratos gozan de una *presunción de validez y veracidad*⁶⁴, que se ampara en la regla que dice que los contratos se presumen sinceros mientras no se pruebe y declare judicialmente⁶⁵, la simulación⁶⁶. Dicha presunción de validez es una presunción *iuris tantum*, esto es, subsiste mientras no se pruebe la simulación del contrato y se declare por sentencia judicial ejecutoriada. Dicha formulación procede del artículo 1277 del *Código Civil* en tanto dispone que “aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”. Conforme la jurisprudencia sobre la materia, aún dada la falta de expresión de la causa en el contrato, dicha norma compele a que se lo presuma existente y lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario⁶⁷.

⁶² Traducción libre del autor: “La obligación sin causa o con una falsa causa o una causa ilícita, no puede producir ningún efecto”.

⁶³ En palabras de CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 334: “el proyecto de 1851 seguía [perfeccionándolo, según pretendía Florencio García Goyena] el modelo del *Código Civil* francés [artículo 1321], para negar eficacia a las ‘contraescrituras’ respecto a los terceros. El *Código Civil*, conforme al texto del proyecto de 1888 [artículo 1236], reduce el significado del precepto del ámbito de la prueba, señalando el valor que como prueba tiene la escritura hecha para desvirtuar otra anterior [artículo 1219]; como después indica el de las escrituras de reconocimiento”.

⁶⁴ La presunción tiene un doble alcance: a) Presunción de existencia y b) Presunción de licitud. Al respecto, véase José Antonio DORAL, Miguel Ángel DEL ARCO, *El negocio jurídico*, p. 192. También ALBALADEJO, DÍAZ y CLAVERÍA, p. 580, para los que el legislador parece decir en el precepto en cuestión es que cabe no manifestar la causa, es decir, que se permite a los contratantes que no la indiquen; si esto sucede, se presumen dos hechos: que la causa existe y que es lícita. Agrega que si esta norma nombra solo al deudor, lo hace por inercia histórica (imitación del Proyecto isabelino).

⁶⁵ Cfr. DORAL, DEL ARCO, *op. cit.*, p. 224. Se trata de la acción de simulación absoluta o relativa que confieren los artículos 1275 y 1276 del *Código Civil*, respectivamente. También, María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, “Estructura y función del tipo contractual”, p. 604.

⁶⁶ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 269, señala que la simulación requiere prueba, porque “el contrato se presume sincero mientras no se prueba que es disimulado”.

⁶⁷ Cfr. STS, 29 de enero de 1983.

En doctrina se distinguen los efectos de los contratos, entre las partes y frente a terceros. Entre las partes se define como un efecto positivo, en tanto cada parte lo puede hacer valer frente a la otra. Respecto de los terceros, se denomina efecto de “oponibilidad negativa” sobre la base del principio *nemo alteri stipulari potest*. En este caso se diferencian los terceros absolutos respecto de quienes la ley no les concede la facultad de impugnar en juicio su validez o su ineficacia, mientras que los terceros relativos o perjudicados, sí lo pueden hacer. En el caso de la simulación de contrato⁶⁸, la ley les concede a los terceros la acción de simulación no en el sentido de ser perjudicados, sino copulativamente en cuanto el contrato *es simulado*.

Desde la perspectiva procesal, la validez del negocio jurídico se logra destruir recurriendo a las presunciones. Estas son medios de prueba *indirecta* que consisten en deducir de un *hecho base* un *hecho consecuencia*. El hecho base es demostrado con los otros medios de prueba. Por ello se concluye que la presunción es la averiguación de un hecho desconocido, deduciéndolo de otro conocido⁶⁹. En doctrina, el hecho conocido sobre el

⁶⁸ Cfr. José Antonio DORAL GARCÍA, *El contrato como fuente de obligaciones*, pp. 82-83. Otros autores hablan definen el mismo efecto como inoponibilidad positiva, esto es, aquellos que despliegan una ineficacia funcional refleja respecto de los terceros afectados sobre la base de legítimos intereses que poseen respecto de una o ambas partes contratantes. Así, véase Eduardo ZANNONI, *La ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, pp. 136-137.

⁶⁹ Si la presunción responde a una operación lógica o la deducción la hace la propia ley, las presunciones se llaman de *derecho* o *legales* –*praesumptiones iuris seu legis*–; por su lado, si las hace el juez, se denominan *judiciales* o de *hombre* (*praesumptiones hominis seu iudicis*). A su vez, las presunciones legales se subdividen en absolutas o *iure et de iure*, las cuales no admiten prueba en contrario y las presunciones tan solo legales o *iuris tantum*, que pueden ser destruidas por la prueba en contrario. Cfr. José CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, p. 800 y s. agrega que, para un sector de la doctrina, con especial referencia a Marcel PLANIOL, George RIPERT, *Traité élémentaire*, N° 53, p. 20, las presunciones *iuris tantum* son una simple *dispensa de prueba*, es decir, un desplazamiento del peso de la prueba, que hace la ley o una *dispensa de prueba* a favor de una parte, acompañada de una *denegación de prueba* con respecto a la otra. En el mismo sentido, véase José Andrés ROZAS VALDÉS, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, p. 26; Ernesto ESEVERRI MARTÍNEZ, *Presunciones legales y Derecho tributario*, p. 49 y s.; Diego MARÍN-BARNUEVO FABO, *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, p. 55 y s.; Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, p. 24 y s.; Ana María CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, p. 15 y s. Por su lado, la presunción legal descansa sobre tres premisas: a) el hecho base; b) el hecho presunto y c) la inducción lógica que los enlaza. Con todo, el fundamento lógico de la presunción se asienta sobre el *principio de normalidad* en tanto existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos o, en el fenómeno de la causalidad, unas mismas causas producen siempre unos mismos fenómenos. Se trata de un mecanismo probatorio orientado a la fijación de los hechos, a obtener una certeza siquiera aproximativa, que constituye un instrumento de carácter formal orientado normalmente al órgano jurisdiccional para la demostración de los hechos que hayan de incidir en la resolución del mismo o una finalidad “aliviadora” (*Erleichterung*). Al efecto, por todos, véase ROZAS, *op. cit.*, p. 19 y s., especialmente p. 24 y s.

cual descansa el hecho “desconocido” –en los casos en que exista la causa del negocio jurídico– es el contrato mismo. En el ámbito de la simulación de contrato, la presunción solo tiene relevancia en juicio, ya que su vocación es servir de base para el pronunciamiento judicial o sentencia⁷⁰. En el escenario judicial, la acreditación de la simulación contractual exige un pleito contradictorio en el que son emplazadas las partes del negocio jurídico. En ese litigio corresponderá destruir la presunción *iuris tantum* del artículo 1277 del *Código Civil*, en relación con las normas pertinentes de la LEC⁷¹, recurriendo a la prueba de presunciones.

Sin embargo, con posterioridad, la doctrina española se separó de la francesa en materia de tratamiento de la simulación. Aquella optó por un concepto *más estricto* de la simulación, concibiéndola como la contradicción entre el convenio ostensible, público y autenticado y otro de carácter privado que lo *modifica o completa*^{72, 73, 74}.

⁷⁰ La finalidad de la acción de simulación es el reconocimiento judicial de la ficción del contrato. Por todos, véase FERRARA, *op. cit.*, p. 436.

⁷¹ Véase FERRARA, *op. cit.*, p. 375 y s. afirma sin vacilaciones la premisa aquí sostenida en cuanto que el contrato se estima *verdadero* y, por esto, con fuerza material de producir sus efectos, mientras la simulación no se pruebe. Es más, agrega, debido a la presunción de legitimidad que lo acompaña, basta su alegación para que produzca consecuencias jurídicas, correspondiendo a otros a demostrar su ilegitimidad, ya que el derecho, como la vida, distingue lo normal de lo que no lo es, y parte siempre del principio de normalidad. Siendo la simulación un fenómeno anómalo, incumbe, pues, a quien pretenda restar eficacia o lograr una distinta de la que dimana con normalidad un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación, en base al principio “in dubio benigna interpretatio adhibenda est, *ut magis negotium valeat quam pereat*”.

⁷² Cfr. CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, p. 335, señala: “sin embargo, la jurisprudencia francesa ha venido dando un sentido más amplio a la figura de la simulación, al comprender dentro de ella al matrimonio y a la sociedad simulados, sin necesidad de ‘contre-lettres’”. También, José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, p. 449, muestra que el *Código Civil* francés, en su artículo 1321, dispone: “les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractantes: elles n’ont point d’effet contre les tiers”.

⁷³ Cfr. CARCABA, *op. cit.*, p. 43: “hubiera resultado más sencillo seguir el modelo francés y basar la simulación en un precepto semejante al contenido en el art. 1321 del Código napoleónico, concibiéndola, consecuentemente, como la contradicción entre dos convenios”; CORONEL, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁴ El influjo de la codificación decimonónica llevó a otras legislaciones que le siguieron, a reproducir fórmulas similares en sus respectivas legislaciones. Al respecto, véase CORONEL, *op. cit.*, pp. 123-127, explica particularmente, de la legislación comparada, cabe mencionar lo dispuesto en los siguientes *Códigos Civiles*: El *Código Civil* portugués se refiere a la simulación en los artículos 240^a, 243 y en el artículo 2200. El *Código de las obligaciones* suizo busca la real y común intención de las partes por sobre las expresiones erróneas o inexactas, declarando inoponible la simulación al tercero de buena fe, según se desprende del artículo 16. La Ley Civil Japonesa declara nula la declaración disconforme a la voluntad, solo en el evento que la otra parte conozca o pueda conocer la voluntad real, pero dicha nulidad no es

En síntesis, en el decurso histórico del fenómeno de la simulación, se comprueba que la consagración legal de esta figura se desarrolló en el

oponible a terceros de buena fe. El *Código Civil* austríaco de 1911, obliga a la reparación a quien para perjudicar a otro cumple un acto simulado y si se aparenta una convención, esta se rige por las normas relativas a la verdadera naturaleza del negocio (artículos 869 y 916). El *Código General de Bienes del Estado de Montenegro* al referirse a la simulación señala que debe apreciarse la intención real de las partes, incluso desestimando la declaración que hayan efectuado. La *Legislación Civil* rusa de 1923 dispone al respecto en su artículo 34: “es nulo el acto jurídico que, de acuerdo entre las partes, no ha sido pasado más que por forma y sin intención de producir consecuencias jurídicas”. Su artículo 35 dispone: “si un acto jurídico simulado es concluido con el fin de disimular otro acto, en este caso se hace aplicación de los principios que rigen el acto que han tenido realmente en vista”. El moderno *Código Civil* chino de 1929, por su parte, declara nula la declaración ficticia de voluntad, pero inoponible frente a terceros de buena fe. Si se disimula otro acto, se aplican las disposiciones de este último, según se desprende del artículo 87. El *Código polaco de las Obligaciones* sanciona con la nulidad la declaración hecha de común acuerdo, para crear una apariencia, pero si busca disimular otro acto habrá que atenerse a este (artículo 34). Por otro lado, establece que la simulación no puede lesionar derechos adquiridos por terceros de buena fe (artículo 35). Legislaciones americanas: *Código Civil* de Brasil (1917) establece en el artículo 102 los casos en que se está en presencia de simulación y hay simulación en los actos jurídicos que otorgan derechos a personas distintas a quienes en realidad se les otorgan, o en los que contienen declaraciones no verdaderas y en los que el instrumento público es antedatado o posdatado. En los artículos 103 y 104 se declara la eficacia de la simulación que no persigue dañar a terceros o violar preceptos legales, puesto que, de pretenderse estos fines, los contratantes nada podrán alegar o requerir en juicio relativo a la simulación del acto. En el artículo 105 se faculta a los terceros lesionados y a los representantes del poder público o del Estado a demandar la simulación. Conforme la legislación venezolana, se regula en el artículo 1281 y la ley faculta al acreedor para demandar la nulidad de los actos simulados ejecutados por el deudor, en un plazo de cinco años desde que tuvo noticia del acto simulado. A su vez, indica que la simulación no produce efectos contra terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda de simulación, pero si los terceros estaban de mala fe, quedan sujetos a la acción de simulación y a la de daños y perjuicios. Conforme a la legislación mexicana, su artículo 1684 dispone: “los actos y contratos simulados por los contrayentes, con el fin de defraudar los derechos de un tercero, pueden rescindir o anularse en todo tiempo, a petición de los perjudicados”. Conforme el *Código Civil* chileno, se regula la simulación en el artículo 1707, tomando de base al legislador francés. En el derecho estadounidense son los tribunales los que han desarrollado la doctrina de la simulación. El *Código* peruano regula la simulación en los artículos 190 a 194 disponiendo en su artículo 190 que: “por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo” y en su artículo 191: “Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”. Por su lado, el artículo 192 dispuso: “la norma del art. 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona” y el artículo 193: “la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso”. El artículo 194 asevera: “la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”. El *Código Civil* argentino, regula la simulación en los artículos 955 a 960. Así el

derecho continental europeo moderno, como una sanción civil con base en el principio de buena fe de los contratos. En ese contexto, se configuró un régimen atributivo de veracidad al acto disimulado, cuya carga recaía en los contratantes que simulaban. Respecto de los terceros, el valor del acto se limitó a la declaración contenida en este, de modo que en los casos en que aquella no estaba de acuerdo con el ánimo de los manifestantes, la sanción de nulidad operaba como correctivo cuando el acto disimulado produjera un perjuicio patrimonial a quien había tomado el acto ostensible como verídico.

Por su lado, las legislaciones de cuño decimonónico consideraron que los casos de simulación relativa se debían resolver conforme a las normas del acto disimulado, aplicándose la sanción de nulidad solo cuando existiera perjuicio. Así, si el acto simulado produjo este efecto frente a un patrimonio ajeno, el hecho social que significa la convención sería inoponible para el perjudicado y en tales circunstancias, la aplicación de las reglas del acto disimulado sería un efecto menor propio de la normativa civil.

II. La simulación de los negocios jurídicos conforme a la doctrina del derecho privado

1. CUESTIÓN PREVIA:

LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

§15. La causa de los contratos constituye el antecedente que motiva la voluntad de obligarse jurídicamente. Si la voluntad existe y es manifestada

artículo 955 dispone: “la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por el se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”. El artículo 956 clasifica la simulación en absoluta y relativa, según si se oculta o no otro acto, el artículo 957 declara como no reprobada legalmente la simulación que no perjudica a nadie y que no tiene fines ilícitos, el artículo 958, al tratar de la simulación relativa declara que no puede anularse el acto oculto que es serio y no viola la ley, ni ocasiona perjuicio a tercero, el artículo 959 señala que las partes no pueden obtener beneficio alguno del acto simulado que viola la ley o perjudica a tercero y solo tienen acción para dejar sin efecto el acto y el artículo 960 dice que de existir un contradocumento, los jueces pueden conocer del acto simulado y del contradocumento siempre que en este no se infrinja precepto legal alguno y no se perjudique a tercero. En materia de proyectos de simulación menciona que existen varios proyectos que han servido de inspiración a diversas legislaciones: “Esboco” de *Texeiras de Freitas* que sirvió de fuente al *Código Civil* argentino que se refiere a los casos en que hay simulación, a la diferencia entre la simulación relativa y absoluta y a los efectos de cada una. El *Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones*, que rigió como ley en el Estado de Albania afirma la validez del contrato oculto entre las partes siempre que reúna los requisitos legales y la ineficacia del aparente, salvo en los derechos de terceros y de los acreedores.

de un modo serio, el negocio jurídico se perfecciona con una finalidad concreta y querida por las partes que lo celebran. En consecuencia, conforme al ordenamiento jurídico español la causa de los contratos ha de *existir* y, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1276 del *Código Civil*⁷⁵ esta sea *verdadera y lícita*. Por el contrario, la expresión de una causa falsa⁷⁶ acarrea la sanción de nulidad del acto⁷⁷.

El artículo 1275 del *Código Civil* exige, por su lado, que la causa de los negocios jurídicos sea lícita, esto es, que no sea contraria a las leyes ni a la moral⁷⁸. Dicha norma legal equipara los efectos de la falta de causa a los de la ilicitud de esta, declarando en ambos casos, la ineficacia del contrato.

El contenido de este vasto concepto de la ilicitud de la causa, el legislador lo ha dejado al desarrollo jurisprudencial y doctrinal⁷⁹. En particular, la moderna doctrina civilista ha señalado que constituyen o tienen causa ilícita las convenciones que poseen un objeto o contenido ilícito y, además

⁷⁵ ALBALADEJO, DÍAZ Y CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 578, agrega que el artículo 1276 del *Código Civil* tiene su antecedente en el artículo 999 del Proyecto Isabelino, que disponía: “el contrato será válido, aunque la causa en el expresada sea falsa, con tal que se funden en otra verdadera”. Su antecedente inmediato es el artículo 1131 el *Código napoleónico* en lo relativo a la *fausse cause* que estaba junto a la lícita, *ne peut avoir aucun effet* de modo que el legislador francés de aquella época decidió unir en una sola norma la causa ilícita y la falsa causa. Dichos redactores galos destinaron el artículo 1133 a explicar que es la ilicitud. Los distintos códigos civiles españoles, tales como el de 1851, 1882 y 1888, explicaron de igual modo la sanción de ilicitud, reservando otro artículo para tratar especialmente la hipótesis de causa falsa.

⁷⁶ Véase José ALMAGRO NOSETE, “Arts. 1214 a 1314”, pp. 609-610.

⁷⁷ José Luis ALBÁCAR LÓPEZ *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, T. IV, Arts. 1.088 a 1.444 doctrina, antecedentes y concordancias*, p. 1047. Así, véase STS, 11 de noviembre de 1876 que estableció que “la causa en los contratos onerosos es para cada una de las partes la prestación o promesa de una cosa o un servicio hecha por la otra parte, debe ser verdadera y lícita, cuestión que se presume”. En el mismo sentido, véase ALBALADEJO, DÍAZ y CLAVERÍA, *op. cit.*, pp. 593-594.

⁷⁸ Conforme BONET, REINA, *op. cit.*, pp. 1016-1017. Sobre la expresión de causa falsa del artículo 1276 del *Código Civil*, véase ALBALADEJO, DÍAZ y CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 578 y s.; MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 642 y s.; Jaime de CASTRO GARCÍA *et al.*, *Código Civil*, pp. 574-575; José CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 1955, p. 540 y s. Sobre la jurisprudencia del artículo 1276 del *Código Civil*, véase BONET, REINA, *op. cit.*, pp. 1017-1018; José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*; Óscar MORENO GIL, *Código Civil y jurisprudencia concordada*, p. 1297 y s.; ALBÁCAR, SANTO, GARRIDO DE PALMA, SÁNCHEZ, GUILLÓN, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, CABANILLAS, *op. cit.*, p. 1046 y s.; Luis DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, p. 145 y s.; Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Código Civil, concordancias, notas y jurisprudencia*, p. 1688 y s.; Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Comentarios del Código Civil. Arts. 1088 al 1314*, p. 609 y s.; José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Derecho de obligaciones, “Teoría General del Contrato”* p. 112.

⁷⁹ Cfr. Luis DIEZ-PICAZO, Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 341, señalan que una primera doctrina asumió el problema de la simulación como un *vicio de la voluntad*. Posteriormente, se ha situado a la simulación como un problema de *inexistencia de causa* (simulación absoluta) o, bien, que ella sea *falsa* (simulación relativa).

aquellas que, no siendo directamente antijurídicas, se consideran contrarias a la moral⁸⁰ o a las buenas costumbres⁸¹. La amplitud del tema requiere revisar en cada caso particular las estipulaciones, el provecho de los contratantes y el móvil perseguido, con la finalidad de esclarecer las contradicciones con la moral⁸², sobre la base de un concepto contemporáneo al juzgamiento de esta.

§16. La falsedad de la causa es una variante de la simulación, que afecta a los sujetos del negocio –interposición ficticia de personas– o al objeto de este⁸³, que consiste en una divergencia intencional de la voluntad externa y la interna de las partes del negocio jurídico. A través de dicha maquinación, los contratantes persiguen con cierto disimulo una finalidad diversa a la causa típica del contrato.

La falsedad de la causa de los contratos tiene, a su vez, dos variantes:

- a) la *simulación absoluta* en los casos en que detrás de la apariencia no existe negocio alguno y
- b) la *simulación relativa* en aquellos que existe un negocio de distinta caracterización jurídica al ostensible.

En la primera clase de simulación, el acto aparente carece de contenido real porque oculta la voluntad de no celebrar acto alguno⁸⁴. En esta clase de simulación no existe voluntad de obligarse, ya que los contratantes quieren demostrar la realización de un acto determinado para ocultar la ausencia de vinculación jurídica personal, de tal modo que la apariencia formal del acto jurídico⁸⁵ representa obligaciones ficticias.

Por otra parte, en la segunda especie, la apariencia oculta otro acto que es el querido, en realidad, por las partes⁸⁶. En este supuesto, la obligación

⁸⁰ Sobre este concepto, véase STS de 11 de diciembre de 1986, ponente: Pérez Gimeno.

⁸¹ Véase STS de 8 de marzo de 1918. También STS de 24 de febrero de 1986, ponente: Fernández Rodríguez, sobre diferencias entre causa ilícita y ausencia de causa. La ilicitud supone existencia de causa, pero viciada. La falta de causa supone total ausencia de ella.

⁸² STS de 24 de febrero de 1986, ponente: Fernández Rodríguez.

⁸³ Cfr. Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil, I Parte General*, pp. 754-755. También, ALMAGRO, *op. cit.*, pp. 609-610; LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 113 s.

⁸⁴ Dicha falta de voluntad es virtual, ya que si hay voluntad entre las partes para simular. Así, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 79, sostiene que en la simulación absoluta *las partes realizan un acuerdo consistente en aparentar un contrato que en la realidad no existe*, acuerdo que, a juicio de Pérez y Alguer, diferencia este instituto de la reserva mental y se distingue, a su vez, del error, por el carácter consiente de la discordancia entre voluntad y declaración. También, ALBALADEJO, DÍAZ y CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 596.

⁸⁵ La noción de “acto jurídico” se sitúa en el intermedio entre un hecho jurídico y un contrato y, en sentido estricto, se da cuando en el supuesto de hecho de la norma que reconoce el efecto jurídico se tiene en cuenta un acto voluntario de la persona, *v. gr.*, la renuncia de un derecho o el reconocimiento de un hijo. VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ ALBÁCAR, SANTOS, GARRIDO DE PALMA, SÁNCHEZ, GUILLÓN, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, CABANILLAS, *op. cit.*, p. 1048.

ostensible se presenta como una convención provista de los requisitos exigidos legalmente para su existencia formal, pero su fondo, es decir, la causa del negocio no es verdadera, ya que le falta sinceridad frente a la real intención de los contratantes.

En ambos casos, las consecuencias jurídicas del ánimo simulatorio manifestado son los eventuales perjuicios que este acto puede provocar en un patrimonio ajeno; así, la configuración de cada especie de simulación contractual es un indicio de la sanción a que se exponen las partes del contrato elusivo.

2. CONCEPTO DE SIMULACIÓN CONTRACTUAL

§17. El concepto de *simulación contractual* es de carácter jurídico y se compone de diversos elementos. La palabra ‘simular’ significa en castellano “representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es”. Dicho término proviene del latín ‘*simulare*’, que significa fingir o hacer aparecer lo que no es cierto. En este contexto, el concepto de simular que como se mencionó presenta dos especies, posee un solo tronco común: el *engaño*. Este último podrá consistir en una mera ficción con la que se pretende burlar a los terceros haciéndoles creer la existencia de algo que no existe⁸⁷ o, bien, en un disfraz que oculta la realidad mostrando una cosa diferente de la que realmente es⁸⁸.

En el ámbito etimológico, simulación es “el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa apariencia de otra”, de modo que, en lo jurídico, es “simulado” aquel contrato que no reuniendo

⁸⁷ FERRARA, *op. cit.*, p. 43. En el mismo sentido, véase MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, p. 642. También, PLANIO, RIPERT, *Derecho Civil, op. cit.*, p. 871 y s.

⁸⁸ ROSEMBUJ, *La simulación...*, *op. cit.*, p. 19, agrega que “la simulación es sinónimo de ocultamiento, pero también de engaño. El fin perseguido no es la mera ocultación, sino la voluntad y el acuerdo de engaño a los terceros con la apariencia creada”; Pablo SALVADOR CODERCH, “Simulación comercial”, p. 28; CASTAN, *Derecho civil...*, *op. cit.*, 1955, p. 540 y s.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 441. Véanse SsTS de 29 de octubre de 1956, 30 de septiembre de 1968, 23 de mayo de 1980, 6 de julio de 1981; 6 de febrero de 1982; 18 de julio de 1989, 23 de septiembre de 1989, 30 de septiembre de 1989, 16 de mayo de 1990, 23 de diciembre de 1992, 29 de julio de 1993, 25 de mayo de 1995; 8 de febrero de 1996, 26 de marzo de 1997, 30 de septiembre de 1997, 21 de octubre de 1997; SsAP Ciudad Real de 22 de julio de 1998 y A?? Coruña de 12 de octubre de 1998. CARCABA, *op. cit.*, p. 23; ROSEMBUJ, *Simulación...*, *op. cit.*, p. 27, agrega que todo lo que no sea un acto o negocio jurídico se encuentra fuera del ámbito de la simulación. Los hechos jurídicos nunca discurrirán por la vía de la simulación, sino eventualmente como formas de fraude de ley o del abuso de las formas. Sobre la simulación en la teoría del contrato civil, véase Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Parte General*, 1986, t. 1, p. 354 y s.; Lluís PUIG I FERRIOL *et al.*, *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, p. 602 y s.; CASTAN, *Derecho civil...*, *op. cit.*, 1955, p. 540 y s.; También, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 441.

existencia legal, quienes figuran como contrayentes tienen el ánimo y la finalidad –*comúnmente fraudulenta*– de que tal contrato aparezca que sí se ha celebrado⁸⁹; por ello, *la simulación de un acto es una categoría diversa a la nulidad*, aunque la primera sea sancionada con la segunda, como aquellos negocios jurídicos celebrados en *fraude de la ley*⁹⁰.

En general, se estima que la presencia de un contrato con ánimo de ocultar una real intención es indicio del engaño o ardid en contra de alguien. El mero engaño es una señal eficiente de lo oculto y sus eventuales consecuencias lesivas para terceros. Dicha divergencia⁹¹ entre voluntad real y voluntad declarada es la causa u origen inmediato del fenómeno de la *simulación* en derecho, consistente en una desvirtuación del contrato en forma voluntaria e intencionada, mediante un acuerdo *ad-hoc* sobre la calificación del contrato y, a veces, también de su naturaleza jurídica. Esa desvinculación acarrea, como consecuencia esencial, una desviación o degeneración respecto del régimen jurídico contractual aplicable, circunstancia sin la cual el acto se sometería a las reglas generales⁹².

Por eso el concepto de simulación se construye a partir del contraste entre el pacto escriturado y el conjunto de normas jurídicas aplicables a dicho tipo contractual específico⁹³. Así, *v. gr.*, las partes simulan el arrendamiento de un inmueble, pero en realidad han convenido un comodato o préstamo de uso gratuito⁹⁴. En este supuesto se debe distinguir la defraudación o elusión de la norma que regula dicho tipo contractual como presupuesto formal del acto simulado, del efecto patrimonial defraudatorio, cuyo examen y constatación normalmente se revela *ex-post facto*, de modo que la sola contravención legal no basta para explicar ni menos para fundamentar la existencia de un ánimo de producir perjuicio.

3. DOS ACEPCIONES DE LA SIMULACIÓN

§18. Existen al menos dos escuelas que han intentado explicar el fenómeno de la ausencia de concordancia entre lo pretendido y lo que en efecto, ha sido manifestado por las partes en un negocio jurídico, es decir, sobre la

⁸⁹ Sobre el concepto de simulación como desvirtuación, véase. CANO, *op. cit.*, p. 93 y s.

⁹⁰ Así, STS de 25 de junio de 1930.

⁹¹ “Discrepancia” para otros. Cfr. LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 108.

⁹² CANO, *op. cit.*, p. 93.

⁹³ GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pp. 754-755.

⁹⁴ Véase STS de 30 de septiembre de 1989 que declaró: “el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer”.

simulación. Conforme la corriente denominada “voluntarista” –mayoritaria en España y predominante en la doctrina francesa⁹⁵– hay simulación cuando existe divergencia o discrepancia consciente y querida entre la voluntad y la declaración de las partes. En estos casos, dicha corriente sostiene que ha de primar la voluntad de las partes por encima de lo declarado^{96, 97}. Subyace a esta doctrina la protección del interés del crédito como forma de reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de medio eficaz para promover el afianzamiento de las libertades públicas, de manera que la voluntad expresada tendrá un valor relativo frente a la voluntad real.

Por su parte, la tendencia denominada “declaracionista” entiende, con una vocación de protección de los intereses del tráfico, que la simulación consiste en la discrepancia entre la declaración y una contradecación, debiendo primar lo declarado⁹⁸. Para esta escuela, lo preponderante es la declaración por encima de la voluntad interna, ya que lo relevante para el mundo del derecho son los elementos externos que pueden ser conocidos por los interesados en el acto y no los internos, que quedan como meras intenciones en el fuero interno de los declarantes. De este modo, un sujeto no puede sustraerse a los efectos de una manifestación no querida internamente, pues de lo contrario, se argumenta que peligraría la seguridad jurídica en relación con el restringido acceso a la veracidad y certeza del contenido de los actos.

Como es de notar, ambas teorías presentan problemas de difícil solución. Por una parte, la escuela “voluntarista” –que fija su atención en la voluntad de los contratantes– no es capaz de explicar la *validez* del negocio celebrado alegando reserva mental o error inexcusable; por la otra, la escuela “declaracionista” –que atiende primero a la voluntad declarada– no logra justificar la *validez* de los contratos en los que la declaración del contratante, bien expresada, no se considera suficiente por haber sido contraído un negocio con error excusable⁹⁹.

⁹⁵ STOLFI, *op. cit.*, p. 129 s. También, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 30.

⁹⁶ Díez-PICAZO, GULLÓN, *op. cit.*, p. 340. En el mismo sentido, véase María Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, Francisco CAPILLA RONCERO, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente L. MONTÉS PENADÉS, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Encarna ROCA I TRIAS, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, p. 379-380. También, Roberto RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, pp. 184-185.

⁹⁷ Louis JOSSEERAND, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, p. 207.

⁹⁸ Con mayores referencias, véase SALVADOR, *op. cit.*, pp. 31-34. Representantes de la corriente “declaracionista” principalmente, véase CASTAN TOBENAS, *Derecho civil...*, *op. cit.*, 1955, p. 541 y s.; ALBALADEJO, DÍAZ Y CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 589. Representante de la corriente “voluntarista”, véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 108; PONT, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁹ Cfr. PONT, *op. cit.*, pp. 88-89.

§19 Frente a estas dos posiciones y a fin de resguardar los intereses de terceros afectados por los vicios del consentimiento señalados y otras situaciones anómalas –*v. gr.*, la reserva mental– surgió la teoría de la responsabilidad. Esta última considera, además de la voluntad y la declaración de las partes, la conducta de los contratantes quienes deberán responder de los daños¹⁰⁰ que causen a personas ajenas al contrato si incurren en algún grado de culpa en el momento de la celebración del negocio jurídico¹⁰¹. Esta escuela pretende *reducir el rigor* de la teoría de la voluntad y sostiene, en principio, que el negocio es válido por concurrir voluntad y declaración, pero que, si se produce una discrepancia entre ambos elementos, debe indagarse si tal discrepancia es o no *imputable al autor*. En el caso de que esta le sea imputable a título de dolo o culpa, los efectos no deseados del negocio no vincularán al obligado y surgirá la necesidad de indemnizar los perjuicios ocasionados al destinatario de la declaración^{102, 103}.

§20. La *teoría de la confianza*, por su lado, pretende moderar los efectos de la teoría de la declaración, sosteniendo que la declaración debe prevalecer sobre la voluntad en el entendido de que el derecho debe buscar la certidumbre de las relaciones contractuales, aún por encima de la verdad real. Con todo, esto no significa que ante una discrepancia entre lo internamente querido y lo externamente señalado deba atenderse sin más a la declaración; en esos casos, según esta teoría, lo que procede es analizar el conocimiento o desconocimiento de la discrepancia por la otra parte y estimar nulo el negocio cuando no hay manifestación de voluntad del agente, por *faltar una expectativa digna de protección*.

En definitiva, quienes ven en la voluntad real el fundamento de la obligación deben permitir la impugnación del acto simulado cuando concurra un error que manifieste una discrepancia entre la declaración y el querer interno, como lo hacen la teoría de la voluntad y la de la responsabilidad. Para estas, lo relevante es determinar qué es “*divergencia*”. La doctrina sostiene que esta existe cuando las partes del negocio han querido establecer solo la apariencia externa del negocio, excluyendo los *efectos* que le son propios¹⁰⁴.

¹⁰⁰ STOLFI, *op. cit.*, p. 129 y s. La idea que subyace a este planteamiento es que los terceros no deben cargar con los efectos de la nulidad judicialmente declarada.

¹⁰¹ Véase PONT, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰² CANO, *op. cit.*, pp. 114-116, indica que los terceros directamente dañados por la simulación en sus *intereses legítimos*, por ser tales, el daño se produce en sede extracontractual, siendo en efecto, el contrato el acto jurídico ilícito que les ocasiona daño y les permite impugnarlo, debiendo demostrar el daño y el *nexo causal entre simulación y vulneración de intereses*. DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, *op. cit.*, p. 343.

¹⁰³ STOLFI, *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁴ Así, véase Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “Ingeniería financiera y derecho penal”, p. 177.

§21. El *Código Civil* español adoptó la *teoría de la voluntad* al regular el fenómeno de la simulación. A dicha conclusión se llega a partir de los términos ‘intención’, ‘consentimiento’, ‘voluntad’ y ‘convención’. Estos indican que la sustancia del negocio es la voluntad real, exigiendo la convergencia de los elementos internos de la voluntad y los externos de la declaración. En su defecto, esto es, en los casos en que no exista tal convergencia, la ley impide el surgimiento del acto jurídico a la vida del derecho^{105, 106}.

§22. La *jurisprudencia* se ha pronunciado en este sentido definiendo negocio simulado como *aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, ya sea que esa realidad no exista, o que sea distinta de lo que se muestra al exterior*¹⁰⁷. En particular, distingue la simulación del acuerdo simulatorio¹⁰⁸; esta consiste en la exhibición de la voluntad de crear la *forma de simulación* y, al mismo tiempo, la conciencia *interpartes* sobre lo que se hace, así como de los efectos que se pretenden conseguir^{109, 110}.

¹⁰⁵ STOLFI, *op. cit.*, pp. 132-134.

¹⁰⁶ En Italia, Nicolás COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, pp. 399-400, estima que es inaceptable la teoría de la declaración por desestimar por completo la voluntad real y solo dar valor a la apariencia, ya que el derecho no protege la sola exteriorización y por ello estima acertada la teoría de la responsabilidad por atemperar las teorías extremas y no oponerse al ordenamiento. Henri MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, pp. 133-134, agrega que la manera de entender las discrepancias entre la voluntad interna y la declarada, y sus consecuencias, difiere en su esencia según cuál sea el *sistema* que adopte la legislación.

¹⁰⁷ Así, SAP Las Palmas de Gran Canaria de 19 de marzo de 1998. También, STS 31 de diciembre de 1998: “la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público”.

¹⁰⁸ Véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, pp. 109-110. También, ALBALADEJO, DÍAZ y CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 589.

¹⁰⁹ ROSEMBUJ, *La simulación...*, *op. cit.*, p. 20. También, CARCABA, *op. cit.*, p. 26, para quien “la necesidad del pacto simulatorio ha sido negada por Pugliese, al pensar que en el supuesto de declaraciones unilaterales recepticias no se exige la existencia del entendimiento previo de los contratantes, y estimar que para poder hablar de simulación es suficiente el conocimiento por la otra parte del significado anormal de la declaración”. También, CANO, *op. cit.*, p. 102 y s., afirma: “en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ataca *nunca* el acuerdo de simular, sino el contrato simulado. Esto último constituye el argumento funcional de que, al menos en la práctica, el acuerdo simulatorio no tiene entidad propia respecto del contrato a que se refiere y afecta [la cursiva es añadida]”. Este mismo autor llama la atención de que “el acuerdo simulatorio es esencial, pues permite distinguir la simulación de la doble reserva mental. Ésta, por ocurrir exclusivamente en el interior del sujeto, es intrascendente. Tal pacto forma parte integrante del contrato simulado. Por ello, destruye su realidad y lo convierte en aparente. Frente a ello, el pacto fiduciario, está fuera del contrato de fiducia y por esto él mismo es verdadero, no falso, como el simulado y, por ser verdad, no es dañino, como lo es éste, por ser falso”. Véase también, p. 117.

¹¹⁰ Véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 448-450. En el mismo sentido véase LACRUZ, LUNA, DELGADO, RIVERO, *op. cit.*, p. 118. Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 1230

Conclusiones

En los orígenes del derecho privado, la manifestación de voluntad en los contratos no supuso incongruencia entre lo espiritual, lo querido del sujeto y lo declarado en las formas estereotipadas.

En los primeros siglos de esta era, la mentira o falsedad de lo declarado, querido y convenido por las partes constituyó una manera de escapar a la rigurosidad de ciertas leyes que imponían límites a la autonomía de la voluntad.

Una vez asumido el fenómeno de la simulación de contratos, el derecho privado ha evolucionado debiendo elaborar una teoría que ha tenido en consideración la autonomía de la voluntad, los derechos de orden público y los intereses de los terceros.

El fenómeno de la simulación adopta tantas formas como la mentira/falsedad mismas y siempre constituirá una materia que exija considerar diversos institutos jurídico-sustantivos y procesales para su resolución o sanción.

Bibliografía

- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Trivium, 1998.
- ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis *et al.*, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, T. IV, Arts. 1.088 a 1.444 doctrina, antecedentes y concordancias*, Madrid, Trivium, 1995.
- ALBADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 2002, vol. II.
- ALBALADEJO, Manuel, *La simulación*, Madrid, Edisofer S.L., 2005.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, SIVIA DÍAZ ALABART y LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GONSALVEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. T. XVII, vol. 1ºB, Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993.
- ALMAGRO NOSETE, José, “Arts. 1214 a 1314”, en IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Comentarios del Código Civil. Arts. 1.088 al 1314*, Barcelona, Bosch, 2000, t. 6.

del *Código Civil*: “los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra terceros”. Por su lado, si dicho *contradocumento* consta en escritura pública, se debe tener presente lo establecido en el artículo 1219 del *Código Civil*: “las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero”.

- ARCO TORRES, Miguel Ángel del, Manuel PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de derecho civil*, Granada, Comares, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *El delito de falsedad documental*, Madrid, Dykinson, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Falsedad ideológica y deber de veracidad”, en AA.VV., *Homenaje a Enrique Ruíz Vadillo*, Madrid, Colex, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La reforma de las falsedades documentales”, en *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 1, Madrid, 1996.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Simulación de negocio jurídico y falsedad documental”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 2, Madrid, 1998.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *El delito de falsedad documental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en Enrique BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *La administración desleal*, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La problemática de la administración en el Derecho Penal español (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español)”, en *Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992]*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (coord.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, T. II, Arts. 138 a 385*, Madrid, Trivium, 1997.
- BENITO GOLMAYO, Pedro, *Instituciones de derecho canónico*, 6ª ed. Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1885, t. II.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Marcial Pons, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Granada, Comares, 2000.
- BONEL Y SÁNCHEZ, León, *Código Civil español*, Barcelona, López Robert Impresor, 1891, t. IV.
- BONET CORREA, José, *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Madrid, Civitas, 1990, t. V.
- BONET CORREA, José, Isabel REINA OJEDA, *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1993.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, Bosch, 1990.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, traducción de Carlos García Posada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

- CASARES, JULIO, *Diccionario ideológico de la lengua española*, Barcelona, Gustavo Gili, 1942.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 9ª ed., Madrid, Reus, 1955, t. I, vol. 2.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 11.ª ed., Madrid, Reus, 1971, t. I, vol. 2.
- CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico, *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Barcelona, Bosch, 1949.
- CASTRO GARCÍA, Jaime de *et al.*, *Código Civil*, 8ª ed., Madrid, Colex, 1996.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, Murcia, Laborum, 2004.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, 4ª. ed., trad. Felipe J. Tena, México D.F., Uteha, 1938.
- COROMINAS, Joan y José A PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1991, vol. I.
- CORONEL JONES, Cesar, *La simulación de los actos jurídicos*, Bogotá, Nomos, 1989.
- COSSIO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, t. I.
- DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. Wenceslao Roces, Madrid, Blass, 1926.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2002, t. II.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, Tecnos, 1979, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1995, vol. III.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 6ª. ed., Pamplona, Thomson Civitas, 2007, vol. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 1995, vol. I.
- DORAL GARCÍA, José Antonio, *El contrato como fuente de obligaciones*, Pamplona, Eunate, 1993.
- DORAL GARCÍA, José Antonio, Miguel Ángel DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón, *Donación de inmuebles, forma y simulación*, 2ª ed., Navarra, Arazandi, 2003.

- ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1966, t. II, 2ª parte.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones legales y Derecho tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ESPÍN CANOVAS, Diego, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, *Código Civil, concordancias, notas y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 2000.
- FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1961.
- FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, *La obligación negativa*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2001.
- GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, Civitas, 1988, t. I.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.
- GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Barcelona, Serlipost, 1990.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. Primera parte, Instituta-Digesto*, Barcelona, Jaime Molina, 1889.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. Primera parte, Código*, Barcelona, Jaime Molina, 1895, t. II.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. Segunda parte, Código*, Barcelona, Jaime Molina, 1895, t. II.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano. Primera parte, Digesto*, Barcelona, Jaime Molina, 1897.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón, *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1995.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "Estructura y función del tipo contractual", en Lluís PUIG I FERRIOL *et al.*, *Manual de Derecho Civil. Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato*, 3ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, tomo II.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información*, ciudad, La Ley, 1994.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GUZMÁN PÉREZ, Cristina, *Simulación del consentimiento matrimonial. Aportación de los canonistas españoles 1917-1983*, Madrid, Colex, 1999.

- IBARRA RODRÍGUEZ, Alejandro, “Delimitación conceptual de los términos ‘evasión tributaria, elusión tributaria, fraude a la ley tributaria y economía de opción’”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 14, Bogotá, 2006.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado; teleología jurídica*, trad. Eligio Sánchez Larios y José María Cajica Jr., Puebla, Editorial Cajica, 1946.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Manual de derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Derecho de obligaciones, “Teoría General del Contrato”*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, vol. II.
- LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, t. II.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil, Parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- LORCA MARTÍNEZ, José, *El fraude en la transmisión de bienes*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Manual de derecho penal, Parte Especial*, Madrid, Akal, 1990, t. II.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan, *Los deberes de información tributaria*, Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1992.
- Los códigos españoles concordados y anotados. Tomo tercero. Código de Las Siete Partidas. Tomo II, que contiene la tercera, cuarta y quinta partidas*, Madrid, Imprenta de la Publicidad a cargo de M. Rivadeneyra, 1848.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, 6.ª ed., Madrid, Reus, 1967, t. VIII, vol. 2º.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego, *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- MAZEAUD, Henri, *Lecciones de derecho civil*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1959-1965.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Madrid, Dilex, 2004, vol. I.
- MÉNDEZ, Rosa M., A. Esther VILALTA, *Acción declarativa de simulación de un contrato*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 2001.
- MOLINER, María, *Diccionario de uso del español, H-Z*, Madrid, Gredos, 1992.
- MOMMSEN, Teodoro, *Compendio del Derecho Público Romano*, Buenos Aires, Impulso, 1942.
- MORENO GIL, Óscar, *Código Civil y jurisprudencia concordada*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1996.
- NAVARRO, Hernán, *El documento auténtico y la casación civil y penal*, Madrid, Montecorvo, 1977.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Parte General*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, t. I.

- ORTS BERENGUER, Enrique, *Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- PAILLAS, Enrique, *La simulación. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- PARICIO, Javier, “Sobre el origen y naturaleza civil de los bonae fidei iudicia”, en Alberto Murillo Villar (coord.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, t. II.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Responsabilidad civil de administradores de sociedades”, en Luis Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Derecho de daños*, 2^a. ed., Barcelona, Bosch, 1995, t. I.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, Ivó COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo Art. 252 del Código penal*, Barcelona, Atelier, 2016.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la Teoría del Derecho y la Dogmática jurídica*. Disponible en www.upf.es/dret/filos/curricu/jperez_archivos/aplicabilidad.pdf [fecha de consulta: 7 de Febrero de 2006].
- PLANIOL, Marcel, George RIPERT, *Derecho Civil*, México D.F., Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- PLANIOL Marcel y George RIPERT, *Traité élémentaire*, Paris, Librairie Generale De Droit et De Jurisprudence, 1926, t. II.
- PONT CLEMENTE, Joan Francesc, *La simulación en la nueva LGT*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, 3^a ed., Barcelona, Bosch, 1988, t. II, vol. I.
- PUIG I FERRIOL, Lluís et al., *Manual de derecho civil. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, 3^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, t. II.
- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte Especial*, 7.^a ed. actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, Madrid, Mateu Cromo Artes Gráficas, 1988.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las falsedades documentales y evolución del derecho positivo español”, en Francisco MUÑOZ CONDE (COORD.), *Falsedad y defraudaciones*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (coord.), *Libertad económica o fraudes punibles? : riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21^a, Madrid, Espasa Calpe, 1992.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Naturaleza y situación del contrato del ‘falsus procurator’”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, t. 29, Pamplona, 1976.

- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Madrid, Colex, 2000.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, Miguel C., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1995.
- ROSEMBUJ, Tulio, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- ROSEMBUJ, Tulio, *La simulación y el fraude de ley en la nueva ley general tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- ROZAS VALDÉS, José Andrés, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejero, Ciudad de México, Librería de Ángel Pola, 1939.
- RUIZ ZAPATERO, Guillermo, *Simulación negocial y delito fiscal*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- RUSSELL, Bertrand, *Fundamentos de Filosofía*, Santiago, Cultura, 1936.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, “Simulación negocial”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Pablo SALVADOR CODERCH, *Simulación y deberes de veracidad derecho civil y derecho penal: Dos estudios de dogmática jurídica*, ciudad, Editorial Aranzadi, 1999.
- SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil, Art. 1088 a disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, vol. II.
- SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Comentarios del Código Civil. Arts. 1088 al 1314*, Barcelona, Bosch, 2000, t. 6.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Ingeniería financiera y derecho penal”, en Luis ROMÁN PUERTA, *Fenómenos delictivos complejos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand, *Das Practische gemeine Civilrecht*, Leipzig, Verlag von Carl Focke, 1847.
- STOLFI, GIUSEPPE *Teoría del negocio jurídico*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- SUÁREZ MARTÍNEZ, Hellmut, *Simulación*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1993.
- TAVEIRA TÓRRES, Heleno, “Derecho tributario y autonomía privada (El poder de tributar y la teoría de los negocios jurídicos en la actualidad. Metodología para la interpretación de los hechos tributarios)”, en *Crónica Tributaria*, n.º 118, Madrid, 2006.
- TORRALBA, Vicente, *Derecho civil para ciencias económicas y empresariales*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1989, vol. II.

- URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 20ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1993.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coord.), Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, Francisco CAPILLA RONCERO, Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, Vicente L. MONTÉS PENADÉS, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Encarna ROCA I TRIAS, *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- VAN WETTER, Polynice, *Curso elemental de derecho romano: contiene la historia del derecho romano y la legislación de Justiniano* trad. Leopoldo de Michelena, Madrid, J. Góngora y Álvarez Impresor, 1889, t. I y II.
- VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- VILLEY, Michell, *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*, Pamplona, Universidad de Pamplona, 1979.
- VON SAVIGNY Friedrich Karl, *System Des Heutigen Roemischen Rechts*, Berlin, De Gruyter Band 3.
- Vox. Diccionario general ilustrado de la lengua española*, Barcelona, Ediciones Spes, 1945.
- ZANNONI, Eduardo A., *La ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles, "Comentario", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Marcial Pons, 2001.

Siglas y abreviaturas

- art. artículo
- arts. artículos
- C. Capitulum
- coord. coordinador
- D. *Digesto*
- d.C. después de Cristo
- D.F. Distrito Federal
- dir. director
- ed. edición *a veces* editor
- etc. etcétera
- http Hypertext Transfer Protocol
- n.º número
- op. cit.* *opus citatis* (obra citada)
- p. página
- pp. páginas
- s. siguiente
- S.A. Sociedad anónima

- S.L. Sociedad Limitada
t. tomo
Uteha Unión Tipográfica Editorial Hispano
Americana.
vol. volumen
www World Wide Web
Cfr. confrontar;
LEC Ley de Enjuiciamiento Civil;
SAP Sentencia de la Audiencia Provin-
cial;
SsAp Sentencias de la Audiencia Provin-
cial
STS Sentencia del Tribunal Supremo de
España
SstS Sentencias del Tribunal Supremo Es-
paña
trad. traducción
v. gr. *verbi gratia* (por ejemplo)

ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA *LAESIO ENORMIS* Y LA DOCTRINA DEL PRECIO JUSTO

ORIGINS AND DEVELOPMENT OF THE *LAESIO ENORMIS* AND THE FAIR PRICE DOCTRINE

*Arturo Salazar Santander**

Resumen

La lesión enorme, a través de su compleja historia y desarrollo, desde el derecho romano posclásico hasta los modernos instrumentos de derecho uniforme, ha sido la gran institución garante de la justicia de las prestaciones del acuerdo contractual. Se ha cuestionado y reinterpretado, ampliado y restringido en numerosas ocasiones, pero el sustrato de justicia material, más allá del acuerdo de voluntades, es lo que se ha mantenido estable. No obstante, en los ordenamientos jurídicos, que tomaron el modelo del *Code de Napoleon*, es una institución problemática con la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*. En cambio, en aquellos ordenamientos que le confieren una procedencia amplia, se puede reconocer con claridad la concreción del principio de equilibrio contractual como exigencia de la buena fe objetiva y la equidad.

Palabras clave: *Laesio enormis*, equilibrio contractual, justo precio, *Dolus in ipsa res*.

Abstract

Laesio enormis, through its complex history and development, from postclassic Roman law to modern instruments of uniform law, has been the great institution that guarantees the justice of exchanges of contractual agreement. It has been questioned and reinterpreted, expanded and restricted on numerous occasions, but the material justice substratum, beyond the agreement of wills, is what has remained stable. However,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 28 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de agosto de 2020. Correo electrónico: aasalazar@uc.cl

in legal systems, which took the model of the Napoleon Code, it is a problematic institution with the autonomy of the will and the *pacta sunt servanda*. On the other hand, those systems that give it a broad provenance can clearly recognize the concretion of the principle of contractual equilibrium as a requirement of objective good faith and fairness.

Keywords: *Laesio enormis*, Contractual equilibrium, Fair price, *Dolus in ipsa res*.

I. Introducción

En el presente trabajo se estudia la institución jurídica de la lesión, desde una perspectiva histórico-dogmática, analizando sus aspectos evolutivos y sus transformaciones, desde el derecho romano hasta el derecho codificado, buscando comparar los puntos de concordancia y discrepancia en el tratamiento jurídico de la lesión en las distintas épocas históricas, con el objetivo de analizar el sustrato de justicia conmutativa en los actos y contratos. El texto tiene por objetivo comprender cómo la lesión a pesar de sus notables diferencias en su tratamiento en la historia del derecho, mantiene un principio de justicia correctiva y conmutativa en los contratos que va más allá del acuerdo de las partes y permanece estable a lo largo de las transformaciones de derecho positivo. Ese sustrato es el derecho natural, el cual, no obstante, se manifiesta en mayor o menor medida en determinados sistemas jurídicos, así, con gran amplitud en el derecho medieval e hispánico, y con un tratamiento más restrictivo en el derecho natural racionalista y el derecho codificado. Estos cambios obedecen a transformaciones sociales, económicas, ideológicas y culturales, que son estudiadas junto con la historia de la lesión, otorgando un aporte que escapa a los elementos únicamente jurídicos de la lesión, para entenderla como la institución central de la justicia conmutativa en la contratación. El mayor o menor peso que tomará esta institución depende de factores que a menudo escapan del ámbito jurídico *per se*.

Se estudiará con mayor detención al derecho romano y derecho medieval así como el derecho hispánico. El primero de ellos, por ser el origen histórico de la lesión y, por tanto, merecedor de un acabado estudio sobre su recepción en la compilación justiniana y su posterior olvido hasta ser resucitada en el derecho medieval por obra de los canonistas, los glosadores y comentadores. Dicha obra jurídica medieval merece un estudio detenido relacionando la lesión a las teorías escolásticas sobre asuntos ético-económicos y la cosmovisión aristotélico-tomista que informaba la teoría del justo precio, bastante desarrollada por los canonistas. Al estu-

diar tanto su base romanística como medieval, se cuestionará la tesis en boga que vincula la lesión a la *restitutio in integrum*, para relacionarla, en cambio, al dolo, lo que no ha sido usualmente tratado por la doctrina. Del mismo modo, se estudiará que la afirmación corriente “el precio justo es el precio de mercado” es inexacta e imprecisa en el contexto medieval, dando cuenta de la profunda noción social y económica subyacente a dichas diferencias entre ambos conceptos. Se analizará con detención, también, la lesión y el precio justo en la Escuela de Salamanca y el derecho hispánico, como una prolongación del derecho medieval en tiempos que a la par era cuestionada e, incluso, atacada con dureza por otros derechos europeos, en tiempos del derecho natural racionalista, antecedente de la Codificación. Respecto de estos últimos se revisará con menor detención porque el peso que tuvo la lesión en ambos sistemas jurídicos fue inferior al que tuvo en el derecho medieval, toda vez que se buscó negar la lesión o reducirla a su mínima expresión, poniendo en entredicho la justicia conmutativa de los contratos. No obstante, se destacará cómo la concepción más amplia de lesión, resurge en el *Código Civil* alemán. Al captar la *ratio iuris* de la lesión, se podrá, luego, comprender la tensión que se produce en el derecho codificado moderno, con los principios de autonomía de la voluntad, *pacta sunt servanda*, e intangibilidad contractual, que el *Código* chileno recoge en el célebre artículo 1545, que reza así:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La lesión, en general, es el desequilibrio producido en los actos y contratos en que una parte recibe más de lo que la otra parte entrega y puede ser caracterizada como la institución que resguarda el principio de equilibrio contractual originario en los actos y contratos por medio del cual se puede rescindir un negocio en que se infrinja un criterio determinado de reciprocidad en las prestaciones, por el agravio patrimonial que genera en uno de los contratantes, que atenta contra la buena fe y la equidad. Se denomina “enorme” cuando el desequilibrio entre lo dado y recibido excede el límite del cincuenta por ciento de la contraprestación. Su fundamento en la equidad y la buena fe, en general y en el equilibrio contractual en específico, son con toda probabilidad lo único constante en una institución cuya historia es reconocida como especialmente compleja¹.

¹ Giuseppe MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, p. 3, “Todo lo que se puede decir de la rescisión del contrato, se reduce a una triple y desalentadora proposición negativa: no se sabe cómo ha nacido, no se sabe lo que es, no se sabe para qué sirve”.

II. Antecedentes.

El principio de equilibrio contractual, y la exceptio doli

Si bien en el derecho romano clásico, existen numerosos ejemplos de aplicación práctica de la equidad para dejar sin efecto los contratos que causen un resultado injusto, el principio de equidad y conmutatividad inserto en la rescisión por lesión enorme, solo se origina formalmente en la célebre *Lex Secunda* contenida en el *Corpus Iuris Civilis*, toda vez que tanto la jurisprudencia clásica como los rescriptos posclásicos son casuísticos. El principio sancionador de la lesión enorme no es tanto fruto de la Roma postclásica, sino del pensamiento cristiano e influencias estoicas, que desarrollaron las doctrinas del justo precio y la justicia conmutativa que debe reinar en los contratos; y dicha labor se inicia en realidad con Justiniano, más allá del alcance casuístico de los rescriptos. La expresión *humanum est*, en el texto de la *Lex Secunda*, da cuenta de la creciente influencia del cristianismo en el derecho².

Un papel muy importante en esta labor, la tuvo la *exceptio doli*, la cual

“no se opone a un engaño perpetrado en un negocio (el así llamado *dolus praeteritus*) sino a cualquier comportamiento contrario a la *bona fides*, es decir, a esos cánones genéricos de corrección que debían ser propios de todo tráfico jurídico”

y que se manifestaban en una injusta pretensión procesal³. La *exceptio doli* permitía acercar a las acciones de derecho estricto a los criterios de equidad de las acciones de buena fe, ampliando las facultades de apreciación del juez y objetivando el concepto de dolo como comportamiento contrario a la buena fe. En los juicios de buena fe, la excepción de dolo estaba comprendida en su esencia, a diferencia de los juicios de derecho estricto, en los que debía insertarse en la fórmula⁴. Este antecedente cobra relevancia para el posterior desarrollo y evolución de la *laesio enormis* en el derecho medieval, más allá de una norma puntual contenida en un rescripto imperial.

El derecho medieval, profundizó el alcance de la equidad ya presente en el derecho romano, moldeando todo el derecho y convirtiéndose en una verdadera “cláusula general”, más allá de ser un “canon de interpretación”

² Nathalie WALKER SILVA, , *La rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, pp. 51-54.

³ José Felix CHAMIE, “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, p. 18.

⁴ María Victoria SANSÓN RODRÍGUEZ, “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el derecho romano clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales”, pp. 39 y 53.

puntual que se manifestaba “como un corrector benévolo del *rigor iuris*”⁵. La experiencia y principios jurídicos del derecho común medieval, que enfatizó en la equidad, la buena fe y el equilibrio, no deja de tener sus semejanzas al actual énfasis del derecho contemporáneo de la contratación en la equidad, colaboración de las partes y equilibrio contractual.

Tras el predominio de la concepción voluntarista, subjetivista, individualista y liberal del contrato, en el derecho contemporáneo se recuperan las nociones de justicia contractual⁶ y así la lesión vuelve a tener un papel trascendente como regulador de la justicia de los intercambios. Sin embargo, sería erróneo confundir este principio de equilibrio, con la buena fe y la equidad, puesto que el equilibrio es una manifestación de la justicia contractual, que según Patricia López Díaz, puede ser alcanzada usando como medios a la equidad y la buena fe⁷. La equidad es una categoría más amplia, que es la “justicia aplicable al caso concreto”⁸ y la buena fe, en cuanto “norma abierta” y principio general del derecho, es la directriz de comportamiento de las partes que impone los deberes de corrección y lealtad contractual, y respecto al equilibrio, el deber de mantener una simetría o proporcionalidad prestacional⁹. Sin perder sus contornos y perfiles jurídicos distintivos, tienen una estrecha relación que se armoniza en el principio de equilibrio contractual, en el que cumplen funciones de por sí complementarias.

El principio de equilibrio contractual según Patricia López, tampoco es sinónimo de la *equivalencia de las prestaciones*, que implica igualdad matemática de las prestaciones. Para que haya equilibrio contractual, basta que las prestaciones sean cualitativamente recíprocas o conmutativas, y cuantitativamente equivalentes o proporcionales¹⁰, posición que no se comparte, porque tanto la *equivalencia de las prestaciones*, como el *equilibrio contractual* son en términos técnicos, sinónimos que versan sobre la necesaria adecuación sinalagmática de lo dado y recibido, sin que se precise de una exacta identidad matemática, que en el tráfico jurídico contemporáneo, es imposible. Basta un *equilibrio dinámico*, de relativa estabilidad,

⁵ José Felix CHAMIÉ, “El principio de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, p. 228.

⁶ Federico DE CASTRO, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”; Juan BENITEZ CAORSI, *Solidaridad contractual: Noción posmoderna del contrato*, pp. 23-35.

⁷ Patricia Verónica LÓPEZ DÍAZ, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, p. 126.

⁸ *Op. cit.*, pp. 126-127.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 124 y 127.

cuyo objetivo es la simetría proporcional de las prestaciones recíprocas y así, proteger la *justicia* (sustantiva y material) del acuerdo de voluntades¹¹.

Patricia López Díaz define el principio de equilibrio como:

“aquel en virtud del cual las desproporciones significativamente importantes acaecidas durante la conclusión del contrato (equilibrio inicial u originario) o durante su ejecución (equilibrio funcional o sobrevenido) deben ser corregidas y sancionadas”¹².

El equilibrio contractual originario, tal como se mencionó, es

“aquel que debe existir al momento de formación del consentimiento y que puede destruirse en aquellos supuestos en que una parte acepta las condiciones inicuas que la otra le impone, aprovechándose del estado de necesidad, apremio económico, dependencia, ignorancia, inexperiencia, debilidad mental o desigualdad de poder de negociación en que se encuentra la primera para obtener una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada”.

Este concepto usado por Patricia López y José Chamíé¹³, coincide materialmente con la llamada concepción objetiva-subjetiva de la lesión. En cambio, es ajena a la denominada concepción objetiva de la lesión, recogida por el *Code Civil* de 1804 y el *Código Civil* de Andrés Bello, lo cual genera tensiones y conflictos para compatibilizarlo con el principio de equilibrio contractual. En lugar de establecer una norma de lesión aplicable a la generalidad de contratos, el *Código* de Andrés Bello regula restringiendo la facultad de solicitar la rescisión por lesión enorme, en la compraventa y permuta de bienes inmuebles (artículos 1889 y 1900 del *Código Civil*), en la partición de bienes (artículo 1348 del *Código Civil*), en la aceptación de una herencia (artículo 1234 del *Código Civil*), en la cláusula penal enorme (artículo 1544), el mutuo con intereses excesivos (artículo 2208 del *Código Civil*, sin perjuicio de la Ley n.º 18101) y la anticresis (artículo 2443 del *Código Civil*). Nada más.

Cabe preguntarse, cómo puede resguardarse el equilibrio contractual originario, entendido como el *sinálagma* conmutativo y recíproco entre lo que se da y se recibe, cuando el propio *Código Civil* en el artículo 1441 establece que la conmutatividad no es reciprocidad, sino que definiendo a los contratos onerosos conmutativos sostiene que existen “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar, o hacer a su vez”. Es necesario destacar la

¹¹ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 127-128.

¹² *Op. cit.*, pp. 130-131.

¹³ *Op. cit.*, p. 133 y CHAMIÉ, “El principio ...”, *op. cit.*, pp. 219-221.

frase *se mira como equivalente*, puesto que no es lo mismo que si dijera que *es equivalente* o que consisten en *una cosa recíprocamente equivalente*. Las partes son dueñas de establecer, por regla general, la equivalencia que estimen conforme a sus intereses, sin que haya un principio general de lesión que lo impida¹⁴. Al no exigir una medida objetiva como regla general de equivalencia y conmutatividad, esto es, una norma de onerosidad material, se debe entender como mera onerosidad formal. Para el derecho chileno, es suficiente que la cosa a la que cada parte se obliga, “se mire como equivalente”, no exige que sean económicamente proporcionales¹⁵.

El equilibrio funcional, en cambio, al ser propio de la etapa de cumplimiento del contrato, y específicamente en aquellos contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida, no tiene relevancia en el presente estudio sobre la *laesio enormis*. Por el contrario, es relevante para conceptualizar instituciones como la teoría de la imprevisión y alteración sobrevenida de las circunstancias, la excesiva onerosidad sobrevenida, la imposibilidad del fin que las partes acordaron y, en general, el problema planteado por la pérdida de la base del negocio, en el derecho comparado. Son instituciones que tienen como fin preservar el *sinalagma* contractual frente a eventuales desequilibrios que se produjeran durante el transcurso de la ejecución contractual, que sean consecuencia de circunstancias independientes de la voluntad de las partes y que alteren de modo hartamente oneroso y desproporcionado el alea normal del contrato conforme a las expectativas razonables de las partes, de modo que el legítimo sacrificio pecuniario exigido al deudor por parte del acreedor para el cumplimiento de sus obligaciones, no se transforme en *excesivamente oneroso*. Lo cual no significa de ningún modo, debilitar el vínculo contractual, sino entender la posibilidad de la pérdida de la base del negocio que se asumió como riesgo por los contratantes, según la intención y representación que estas tuvieron, conforme a la buena fe¹⁶.

III. La lesión en el derecho romano

Haciendo un brevísimo resumen, Daniel Peñailillo describe la historia de la lesión en los siguientes términos:

¹⁴ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Los contratos: Parte general*, p. 107.

¹⁵ Juan Manuel ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión: enfoque doctrinal y jurisprudencial*, p. 36.

¹⁶ Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, pp. 148-154 y 314-331.

“en la época imperial romana, por obra de dos rescriptos de Diocleciano y Máximo, quedó configurada como una institución de derecho privado, que luego por influencia del derecho canónico medieval, profundizó su fundamento y universalizó su aplicación, por su composición ha oscilado entre una estructura puramente objetiva, basada en la desproporción de las prestaciones recíprocas y una más subjetiva que la ha llevado hasta el ámbito de los vicios del consentimiento incluso. Desde la Edad Media, ha estado vinculada estrechamente al tratamiento de la usura”¹⁷.

Existe consenso en los tratadistas en situar el origen formal de la institución de la rescisión por lesión enorme, en constituciones imperiales que resolvían casos particulares, se afirma que la lesión tiene orígenes en el derecho romano posclásico¹⁸. Según Alejandro Guzmán Brito, en el derecho romano clásico, el precio justo de las cosas a lo más era una cuestión moral tratada por los estoicos y en la época posclásica, por los Padres de la Iglesia, sin relevancia jurídica¹⁹. Alvaro D’Ors planteaba, que para el derecho romano, la determinación del precio quedaba en su totalidad bajo el libre acuerdo voluntario de las partes contratantes; el precio justo en el derecho romano clásico era jurídicamente irrelevante, solo era una cuestión moral²⁰.

No obstante, en un fragmento de Paulo, que sirvió de antecedente a la doctrina medieval del justo precio, se puede leer lo siguiente:

“Los precios de las objetos de la herencia deben fijarse por la utilidad común y no por la afección o la utilidad particular, pues el que posee un esclavo que es hijo natural suyo no resulta enriquecido por el sobreprecio que pagaría por él si lo poseyera otra persona [...]. El precio de las cosas varía algo según los lugares y momentos: no se estimará el aceite en igual precio en Roma que en España, después de años estériles que de años de mucha producción, pero tampoco debe fijarse el valor por circunstancias transitorias ni por carestías excepcionales (Paul. 2 ad leg. Iul. Et Pap.)”²¹.

Esta noción incipiente de justo precio ubicada en un comentario de Paulo a la *Lex Falcidia*, no se generalizó, pero tuvo fuerte influencia sobre la elaboración medieval de la doctrina del justo precio²².

La lesión como institución no aparecerá, sino con dos rescriptos imperiales, el primero recogido en *Códex* 4,44,2, del año 285 d.C., y el

¹⁷ Daniel PEÑAILILLO, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, p. 214.

¹⁸ Lo que debe matizarse conforme a lo que se expondrá, y precisar que más que posclásica, sería justinianeana, con toda seguridad.

¹⁹ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, p. 137.

²⁰ Álvaro D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 490.

²¹ *Digesto de Justiniano*, xxxv, 2, 63, p. 665.

²² Alejandro VALDES CRUZ, *El justo precio*, p. 66.

segundo rescripto, ubicado en *Códex*, 4,44,8, del año 293 d.C.; por primera vez se reconoce, aunque de modo excepcional y para el caso particular, la facultad del vendedor de rescindir la venta por un precio que es inferior a la mitad del valor del inmueble, y el comprador puede completar el precio para mantener la compra²³. Por el contrario, no hay norma ni fragmento alguno en el *Digesto* que autorice la rescisión de la venta por lesión enorme en el precio de la cosa.

El principio general aplicado en Roma, respecto al precio de la compraventa, era la absoluta libertad de las partes contratantes en fijar el precio de la cosa vendida, bastando el mero consentimiento de ambas partes, el precio deba consistir en dinero, ser verdadero, cierto y determinado libremente y sin vicios, no requería que fuera justo.

El principio antedicho, fue recogido en dos textos, el primero de Ulpiano, conocido como la regla *licere se circumvenire*, ubicado en el *Digesto* 4.4.16.4 y reza así

“Idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire”. “El mismo Pomponio dice que en el precio de la compra y de la venta, es naturalmente lícito a los contratantes engañarse”.

El segundo, de Paulo, ubicado en *D.19.2.22.3*, y dice así

“Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est”. “Así como en el comprar y en el vender está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más, y vender por más lo que valga menos, y de este modo engañarse mutuamente también es de derecho en las locaciones y conducciones”.

La única forma de privar de efectos a una compraventa, con una válida celebración, era mediante el remedio de la *restitutio in integrum*, para lo cual, la desproporción de la cosa y el precio debía estar encuadrada en una de las causas que autorizaban dicho remedio²⁴. El concepto de precio

²³ D'ORS, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 490.

²⁴ “La *restitutio in integrum* fue concedida en una serie de casos previstos en el Edicto pretorio: *metus*, *dolo*, *minoridad*, *capitis deminutio*, *falso tutor*, *absentia rei publica causa*, y casos análogos, como la *alia iusta causa*, la *alienatu iudici mutandi causa facta* y el *fraus creditorum*. No obstante, si de una manera el pretor estaba obligado a subsumir las hipótesis a los casos mencionados, se reservaba el derecho de conceder la restitución cuantas veces lo exigiera la equidad (*ut quotiens aequitas restitutionem suggerit*), con la expresa limitación de que las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos y los decretos de los príncipes no se opusieran” WALKER, *op. cit.*, p. 31.

justo no pertenece a los juristas romanos, al menos del periodo clásico, sino que es de origen Patrístico. San Ambrosio, en su obra *De Officiis ministrorum*, habría sido de los primeros en emplear esa expresión²⁵, una vez afianzado el cristianismo en el Imperio romano. Según Manuel García Garrido no obstante, el concepto de precio justo apareció en el derecho justiniano, al instaurar la *laesio*, la justicia o adecuación del precio se sumó a las exigencias del precio verdadero y cierto²⁶, reflejando un criterio de rectitud moral de la conducta desconocido en el derecho romano clásico, por influencia de los nuevos principios cristianos²⁷. En opinión de Cesar Rascón, el concepto de precio justo de los rescriptos imperiales romanos consistía en el precio de mercado, admitiéndose una valoración del precio desde el punto de vista equitativo²⁸.

No será sino hasta fines del siglo III d.C., en que los emperadores Diocleciano y Maximiano, respondiendo a un caso particular, de Aurelio Lupo, reconocen la lesión en la venta, fijando un criterio matemático, el límite de la *dimidia pars*, para determinar la existencia de lesión²⁹. La norma en cuestión la *Lex Secunda*, fue recogida en la compilación justiniana, ubicada en el libro 4, título 44, ley 2 del *Códex* (4.44.2), dice así, C. 4.44,2,

“Impp.Diocletianus et Maximianus AA.Lupo: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel, si emptor elegerit quod iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit”³⁰

que en español se lee como:

“Si tú o tus padres hubiereis vendido a un precio menor una cosa de mayor precio, es humano que, o restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo mediante la autoridad del juez o bien si el comprador lo prefiere, recibas tú lo que falta para el precio justo. Parece ser precio menor, si no se ha pagado ni la mitad del precio verdadero”³¹.

En la *Lex Secunda*, están contenidos los caracteres básicos de la institución, según una concepción objetiva, la posibilidad de dejar sin efecto la venta de una cosa (*rem*), que debe ser inmueble (*fundus*), cuando ha

²⁵ WALKER, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ Manuel GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano (instituciones)*, p. 63.

²⁷ Silvia VALMAÑA, “Evolución histórica del concepto de justo precio y de rescisión por *laesio ultradimidium*”, p. 756.

²⁸ Cesar RASCÓN, *Rescisión de los contratos por lesión (la justicia de los precios)*, p. 30.

²⁹ CHAMIÉ, “El principio..”, *op. cit.*, p. 223.

³⁰ *Corpus Iuris Civilis Cum Glosii Acursii*, columnas 1014 y 1015.

³¹ WALKER, *op. cit.*, p. 37.

vido vendido a un precio inferior al justo (*dimidia pars*), cuyo fundamento radica en la equidad (*humanum est*), reconociendo la posibilidad del comprador de completar el precio justo de la cosa, y se concede solamente en favor del vendedor, cuando el comprador no haya pagado ni siquiera mitad del justo precio de la cosa vendida³².

El otro texto, es más críptico y está ubicado en C.4.44.8, se conoce como la *Lex Octava* y responde a una consulta planteada por Aurelio Evodia, y dice así, C.4,44,8:

“Impp.Diocletianus et Maximianus AA et CC.Aureliae Eudodiae: Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit: dolus et calliditate atque insidiis emptoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegui ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venditum significans, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitases substantiam, et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes, ad hunc quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praetita servanda”³³.

En dicho caso, se vendió un fundo, con la autorización del padre, y la solución planteada establece que no basta un precio “poco menor”, sino que debe haber sufrido “dolo o miedo”, apartándose del criterio de la *Lex Secunda* al introducir elementos subjetivos, para luego volver al criterio de dicha norma, en la frase, “a no ser que se te hubiese dado un precio menor a la mitad del valor del fundo cuando tuvo lugar la venta”³⁴. Al interpretar en un todo armónico la *Lex Octava*, se debe concluir que dicha ley no hace sino repetir el principio general que excluía la posibilidad de rescindir una venta por regla general, salvo que hubieran vicios como *metus* o *dolus*, y que el solo hecho de recibir un precio “*paulo minore*” (poco menor) no permite rescindir la venta. Por excepción se permite la rescisión, si el precio recibido es inferior a la mitad del precio justo, al momento de la venta (“nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est”). Mientras que la *Lex Secunda*, habla de “*iusto pretio*” y “*veri pretii*”, en tanto que la *Lex Octava*, solo habla de “*iustii pretii*”³⁵.

³² WALKER, *op. cit.*, pp. 37-38.

³³ *Corpus Iuris Civilis...*, *op. cit.*, columnas 1017 y 1018.

³⁴ WALKER, *op. cit.*, pp. 38-39.

³⁵ *Op. cit.*, p. 39.

Se ha discutido si en realidad la lesión estaba reducida a los inmuebles, toda vez que el vocablo '*rem*' podría implicar sin distinción bienes muebles o inmuebles, pero el uso de la expresión *fundus* cuyo equivalente sería inmueble, la restringiría solo a dichos bienes. Con Diocleciano se habría limitado solo a los inmuebles debido a la expresión *fundus*, pero luego al compilarla Justiniano se habría entendido que aplica a los bienes muebles por la expresión *res*. En sus orígenes la rescisión por lesión aplicaba a la venta de bienes inmuebles, para proteger a los pequeños propietarios frente a la crisis del Imperio romano en el siglo III d.C.; no hay registro que se haya aplicado a la venta de bienes muebles al menos en esta época³⁶. Únicamente es explícita su extensión a los bienes muebles a partir de los glosadores medievales.

Hay que destacar que estos rescriptos imperiales fueron dictados en una época de creciente intervencionismo del Imperio en materias económicas, que llevó a Justiniano a dictar un edicto de precios, fijando los precios de numerosos bienes, frente a las adversas condiciones económicas de la época, marcando un contraste con la anterior actitud hacia la economía en el Imperio temprano y la República, donde las intervenciones del poder público eran la excepción y no la norma como sucedía en el Bajo Imperio³⁷.

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

La doctrina, en general, se ha inclinado por asociar la *laesio enormis* justiniana, al remedio pretoriano de la *restitutio in integrum*³⁸. Si bien ambas instituciones son remedios con fundamento en la equidad y la buena fe, que dejan sin efecto actos en los que se produce un perjuicio, como consecuencia de ser contrarios a las exigencias de la *aequitas*, tienen importantes diferencias. De partida, las causales de la *restitutio in integrum* son de naturaleza subjetiva (menor de edad, miedo, dolo, ausencia, etc.) y la rescisión por lesión es de tipo objetiva, el precio ascendiente a más de la mitad del justo valor de la cosa. La base subjetiva de la *restitutio in*

³⁶ Silvia VALMAÑA, *Evolución histórico-jurídica de la rescisión por laesio ultradimidum*, pp. 280-285; Guillermo MARGADANT, "La historia de la laesio enormis como fuente de sugerencias para la legislación moderna", p. 36.

³⁷ John BALDWIN, "Medieval theories of Price", pp. 16-17.

³⁸ Rubén STIGLITZ y Mariana BERNAL FANDIÑO, "La lesión enorme en Argentina y Colombia: un estudio comparado", p. 139; WALKER, *op. cit.*, pp. 33-34; Bernardo LARRAÍN VIAL, "La teoría de la lesión en el Derecho comparado (I)", p. 35; Carolina DEVOTO BERRIMÁN, "La lesión enorme ante la legislación comprada y Código Civil Chileno", p. 149.

integrum se explica para proteger a ciertos sujetos considerados en inferioridad en el derecho romano, y frente a los cuales no sería equitativo exigirles el *strictum ius*. Mientras que, en la lesión, es irrelevante el estado de inferioridad, solo importa la desproporción del precio y cosa. Se asemejan, en cambio, en su efecto “rescisorio”, al proceder la devolución total de las prestaciones, y anulación de sus efectos³⁹.

Por otra parte, la *restitutio in integrum* procedía únicamente si no existían otros remedios jurídicos para reparar el perjuicio, tenía carácter subsidiario⁴⁰ y no se admitía ninguna posibilidad para restablecer la equidad que no sea destruir el acto. En cambio la *Lex Secunda* permitía la *reductio ad aequitatem* al completar el justo precio de la cosa vendida⁴¹, y del texto oscuro de la *Lex Secunda*, no se evidencia ninguna relación de prelación o subsidiariedad respecto a otra acción.

Una interesante posición, entre quienes procuran ir más allá de la usual vinculación de la lesión a la *restitutio in integrum*, es la de José Félix Chamie, quien afirma que, al ser la *exceptio doli* una sanción contra el enriquecimiento injusto, es perfectamente plausible una relación originaria entre la lesión y la *exceptio doli*. Dentro de los medios de tutela del derecho romano, ante una situación que atenta contra la equidad, y al margen del uso genérico del término *rescissio*⁴², puede estar contenida tanto la acción del negocio según el *iudicia bonae fidei* así como la *restitutio in integrum* y la *exceptio doli*.

Una vez que se asimilaron los *iudicia bonae fidei* y *iudicia stricti iuris*, la *exceptio doli* amplió su alcance y eficacia, transformándose en una *exceptio doli generalis*⁴³. Esta hipótesis cobra fuerza, si se considera que el derecho medieval relacionó la lesión con el dolo, y postuló la existencia de un *dolus in re ipsa* en la lesión. Si la *restitutio in integrum*, procura resguardar al menor incapaz, ausentes y, en general, quienes contraten en situaciones de inferioridad jurídica, ignorancia, debilidad, etc. y, por tanto, tiene una naturaleza subjetiva y personal; la *exceptio doli generalis*, no se dirige contra un engaño, ni en casos de inferioridad jurídica, sino que procede ante “cualquier comportamiento contrario a la *bona fides*” y, de este modo, sería procedente la *exceptio doli*, por ejemplo, ante el caso de una despro-

³⁹ WALKER, *op. cit.*, pp. 34-35; ABRIL, *op. cit.*, pp. 18-19; Rafael ÁLVAREZ VIGARAY y Regina AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el derecho civil español, común y foral*, pp. 20-22; MARGADANT, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰ WALKER, *op. cit.*, p. 31.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 35.

⁴² Que era usado sin la precisión técnica y sistemática propia del derecho moderno, solo un concepto genérico de “cortar, anular”.

⁴³ CHAMIE, “Rescisión...”, *op. cit.*, pp. 16-19.

porción que sea reflejo de condiciones inicuas que el contratante impone y son aceptadas por el otro debido a su estado de necesidad, que uno de los contratantes explota en su beneficio⁴⁴. La norma justiniana de la *dimidia pars pretii* según José Chamié, habría constituido una presunción de dolo, superando las incertezas probatorias y facilitando la distinción del dolo bueno y el dolo malo⁴⁵.

Pese al decaimiento del procedimiento formulario y su sustitución por el procedimiento del *cognitio*, el contenido sustantivo de la *exceptio doli* fue recogido en el requerimiento general de la *bona fides*, y la expresión *exceptio doli*, significó un recurso al principio de buena fe. Muchos casos de injusticia contractual quedaban subsumidos bajo la *exceptio doli generalis*, al negarle tutela y aprovechamiento jurídico al accionante en contra de las exigencias de la equidad natural. El dolo era un tipo de número, en cualquier caso, opuesto a la buena fe. Si el comportamiento del demandante no se adecua al estándar de buena fe, la *exceptio doli* podía prosperar, lo mismo con la *actio de dolo*⁴⁶.

Otra postura considera con simpleza que es un caso de *iudicium bonae fidae*. El encuadramiento sistemático de la lesión, en la compilación justiniana, esclarecería su naturaleza jurídica y procesal, según Sciuto, puesto que el título *De rescindenda venditione*, agrupa una serie de casos en los cuales, la infracción a la buena fe contractual, permitió rescindir ventas que fueron válidamente celebradas, incluyéndose elementos como el dolo, la fuerza, la lesión, etc., entre las violaciones al principio de la buena fe. Lo anterior reforzado por la consideración del contrato de compraventa como un contrato de buena fe. La acción para rescindir la venta habría sido la *actio venditi*, del *iudicium bona fidei*, adaptando el proceso formulario a la *cognitio extraordinem*⁴⁷.

Teniendo presente este desarrollo de la jurisprudencia romana sobre la buena fe y su incidencia en la configuración de la lesión como institución que regula el equilibrio contractual (aunque de alcance restringido aún), a continuación corresponde seguir el desarrollo histórico y doctrinal de la lesión en la jurisprudencia medieval.

⁴⁴ CHAMIÉ, “Rescisión...”, *op. cit.*, pp. 19-21.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁶ Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, pp. 667, 668, 671 & 674.

⁴⁷ WALKER, *op. cit.*, pp. 49-50.

IV. La interpretación medieval de la *laesio enormis*: Glosadores y comentadores

La rescisión por lesión enorme, no fue aplicada durante la Alta Edad Media, entre otras razones, por el complejo y precario panorama político-jurídico e institucional que existió tras la caída del Imperio romano de Occidente y las constantes invasiones bárbaras, el escaso tráfico jurídico y comercial junto al declive de las grandes urbes. El *Corpus Iuris Civilis*, desapareció por siglos de Occidente. Los visigodos no recibieron la institución en su derecho, admitiendo el principio de la libre determinación del precio por las partes, que era la norma en el antiguo derecho germánico⁴⁸.

El *Codex Theodosianensis* negó la aplicación y procedencia de la lesión, y siguiendo este *Código*, también el *Breviario de Alarico* y el *Código de Eurico*. El derecho de los pueblos germánicos invasores, afirma un irrestricto y absoluto respeto a la palabra empeñada así como la imposibilidad de rescindir la venta por desequilibrio entre el precio y la cosa. Por consiguiente, el derecho romano-visigótico, que llegó a ser la norma jurídica “cultá” en Occidente de dichos siglos, rechazaba la rescisión de las ventas por lesión.

En Oriente, el panorama fue muy distinto. La traducción griega del *Corpus Iuris Civilis*, las *Basílicas*, conservó la *Lex Secunda* y la incorporó en la ley de *Bas. 19.10.66*, con interesantes modificaciones, eliminando imprecisiones del lenguaje y extendiendo su aplicación a la venta de todo tipo de bienes, tanto muebles como inmuebles, sin extenderla en cambio, al comprador⁴⁹.

Una vez que fue redescubierto el *Corpus Iuris Civilis*, hacia el siglo XII y renace la tradición romanística en Occidente, también fue redescubierta la *Lex Secunda*, que fue estudiada y desarrollada profusamente por los glosadores, quienes crearon la denominación *laesio enormis* o también *laesio ultra dimidium*; y continuando la obra de los Glosadores, tanto los posglosadores o comentaristas como los canonistas y teólogos^{50, 51}.

⁴⁸ Eduardo ANDRADES RIVAS, “Evolución histórica de la lesión enorme”, pp. 38-45; VALMAÑA, *Evolución histórico-jurídica...*, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁹ WALKER, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 57-58.

⁵¹ No obstante, hay quienes sostienen que, con anterioridad a la Escuela de Bolonia, ya aparecieron rastros de la lesión en el manual *Brachylogus* de comienzos del siglo XII, en Francia, el cual era un sumario de derecho de Justiniano. Con posterioridad, juristas como Vacarius, hacia 1149 escribieron glosas al respecto. Véase BALDWIN, *op. cit.*, p. 22; José Antonio MARTIN PEREZ, *La rescisión del contrato. En torno a la lesión enorme y al fraude a los acreedores*, p. 97.

Los glosadores y comentaristas estudiaron el ámbito de aplicación de la lesión y sus límites, discutieron sobre la validez de las renunciaciones, la forma en que se debe computar la lesión, el plazo de prescripción, los mecanismos procesales para ejercer la acción; en tanto, los canonistas, asumiendo lo anterior, buscaron introducir en el tráfico jurídico y mercantil, la concepción aristotélica y cristiana de la justicia conmutativa, vinculando la rescisión por lesión enorme a los esfuerzos de la Iglesia en la lucha y prohibición contra la usura.

Los canonistas desarrollaron la doctrina del *iustum pretium*, cuyo punto de partida fue la *Summa Theologica* de santo Tomás de Aquino⁵². Fue una verdadera y magna tarea de moralización de las relaciones jurídico-económicas que más adelante será estudiada en detalle⁵³. Se ha dicho, incluso, que la prohibición de la usura, fue el centro de la doctrina canonista, aunque, más bien, el problema principal era la justicia y equidad en los intercambios económicos, del cual la usura era un punto lateral que despertó gran interés por ser radicalmente contrario a la justicia conmutativa⁵⁴.

Un principio guía de la jurisprudencia medieval fue el repudio a la ganancia excesiva de uno de los contratantes por sobre el otro, lo que permitió extender la rescisión por lesión enorme mucho más allá de los alcances limitados del derecho romano posclásico, otorgando dicho remedio al comprador y al vendedor, incluyendo la rescisión de la venta de bienes muebles e inmuebles e, incluso, transformándola en un remedio de alcance general para todo acto y contrato^{55, 56}. En esta línea, Baldo degli Ubaldi siguiendo a Aristóteles, sostuvo que en todos los contratos, la equidad o igualdad debe ser servida, prohibiendo que una parte se enriquezca a expensas de la otra⁵⁷. En la Edad Media, según José Chamié, la *reductio ad aequitatem* por desequilibrio inicial (*laesio enormis, ab initio*) y por desequilibrio sobrevenido (*laesio supervivens*) fue una práctica extendida, y se ejercía la revisión del contrato para mantener el equilibrio entre las prestaciones, como un requisito para la validez de los contratos; un desequilibrio originario, hacía al contrato susceptible de *reductio* o de rescisión por *laesio enormis*⁵⁸.

La *Lex Secunda*, que estableció la norma de la *dimidia pars veri pretii*, fue extendida al comprador. No había razón para otorgar esta acción solo al vendedor y negársela al comprador, la equidad mandaba otorgar la misma

⁵² ABRIL, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁵³ Véase *supra*.

⁵⁴ Raymond DE ROOVER, "Economía escolástica", p. 95.

⁵⁵ GUZMÁN, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 138; ABRIL, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁵⁶ MARTIN, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁷ James GORDLEY, "Equality in Exchange", p. 1638.

⁵⁸ CHAMIÉ, "El principio...", *op. cit.*, pp. 222-224.

protección jurídica a ambas partes. El desarrollo y profundización en la institución de la lesión, fue obra de los glosadores quienes la trataron, no solo como una institución que opera en un caso muy particular, sino un principio que debe informar todo el derecho medieval⁵⁹.

Pero una vez extendida la lesión al comprador, se presentó el problema de su medición, y fue uno de los puntos más controvertidos, cuyas consecuencias se reflejan incluso en el *Código* de Andrés Bello; por un lado, Azón y Acursio contra Martino, Placentino y Alberico. Los primeros, sustentados en una interpretación literal del texto justiniano, afirmaban que la forma de calcular dicho exceso era idéntica tanto para el vendedor como para el comprador, así, si el justo precio de la cosa era diez, habría lesión si el vendedor recibe cuatro y si el comprador paga dieciséis, es perjudicado en más de la mitad del justo precio, calculando la fracción mitad siempre desde el justo precio de la cosa. La regla de Azo se llamó *ultra dimidium* y era un criterio aritmético para medir la lesión. Los segundos, calculaban la lesión según el perjuicio proporcional y la diferencia se calculaba contada desde el precio pagado, para el vendedor, cuando el doble de precio pagado fuera inferior al precio justo, si la cosa vale diez y recibe cuatro. En ese caso es idéntico. El problema está en el comprador, pues usando esa regla, debe ser perjudicado en más del doble de justo precio de la cosa recibida, en relación con el precio pagado. Si la cosa vale diez y el comprador paga veintiuno, hay perjuicio, porque es mayor que el doble del justo precio. No así, cuando paga dieciséis, no habría lesión. La fracción mitad aplicaba a valores distintos, al justo precio en el vendedor y al precio pagado en el caso del comprador, y desde una base distinta se calculaba el perjuicio. La regla de Martino, Alberico y Placentino, se llamó *ultra duplum* y consistía en un criterio geométrico para medir la lesión.

En general, el derecho común siguió la doctrina de Azo y Acursio, criterio que fue recogido, por ejemplo, en las *Siete Partidas*, la Ley 56 del título 5, Partida 5^o (V, 5,56) y posteriormente, el *Ordenamiento de Alcalá*, el *Ordenamiento Real*, la *Nueva Recopilación* y la *Novísima Recopilación* mantuvieron el mismo criterio⁶⁰.

Del mismo modo, una vez concedida la lesión al comprador, este tenía el derecho de invocar el remedio rescisorio, pero el vendedor tenía la opción de consentir en la rescisión o pagar la diferencia entre el precio de venta y el justo precio⁶¹.

⁵⁹ CHAMIÉ, "Rescisión...", *op. cit.*, pp. 34-37

⁶⁰ Alejandro GUZMÁN BRITO, "Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al Código Civil de Chile", pp. 209-217.

⁶¹ BALDWIN, *op. cit.*, p. 23.

4.1 DOLUS IN RE IPSA:

FUNDAMENTO DEL ALCANCE GENERAL DE LA LESIÓN

Los glosadores no se limitaron a copiar y ampliar la lesión justinianea a nuevos casos, sino que desarrollaron soluciones nuevas y creativas, tratando de mantener la máxima coherencia posible entre los textos del *Corpus Iuris Civilis*, que tenían en suma veneración. Así, elementos implícitos que podían deducirse de la jurisprudencia romana, fueron tratados extensamente por los glosadores. Uno de ellos, fue la cuestión del dolo y la lesión. Los doctores del derecho común, amparados en un texto del Ulpiano, ubicado en el *Digesto*, elaboraron una interesante teoría para fundamentar la *laesio enormis*, que se conoce como *dolus in re ipsa*⁶². El texto de Ulpiano, sobre el cual se construyó dicha teoría, está ubicado en el *Digesto* 45,1,36 y dice así,

“Ulpianus Libro XLVIII as Sabinum: Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, et si nullus dolus intecessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; quum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit”,

que en español se lee:

“Si alguno, habiendo convenido obligarse de un modo, se obligó de otro por ardid, quedará ciertamente obligado por rigor del derecho, pero puede utilizar la excepción de dolo; porque como se obligó por dolo, le compete la excepción. Lo mismo es, también si no medió dolo alguno del estipulante, sino que la misma cosa contiene en sí dolo; porque cuando uno pide en virtud de esta estipulación, obra con dolo por lo mismo que pide”⁶³.

Sobre este pasaje, los glosadores justificaron el dolo en la lesión, puesto que “la misma cosa contiene en sí dolo”, y al demandar un acto o contrato en que se incurre en *laesio enormis*, “obra con dolo por lo mismo que pide”; por contraposición estaba el dolo intencional o *dolus ex proposito*.

Los glosadores entendían que la lesión, necesariamente debía estar unida a una circunstancia, el dolo, que influye en la libertad para prestar el consentimiento. La lesión no era un mero hecho objetivo sin más consideración, ni un vicio de la voluntad⁶⁴, sino que una especie o caso

⁶² Ramón BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, p. 192.

⁶³ Idefonso GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo III, Primera Parte (Digesto)*, pp. 526-527.

⁶⁴ Ricardo GARCÍA VALLÉS, *Rescisión por laesio ultradimidium*, p. 25.

de dolo, que incluía tanto los elementos objetivos de la regla justiniana como el elemento subjetivo, puesto que el desequilibrio se entendía consecuencia de un engaño o maquinación (*deceptio*) por sobre el juego normal de las negociaciones, materializándose en una desproporción en más del cincuenta por ciento del precio justo⁶⁵. Sin embargo, este dolo, formulado a partir del citado texto de Ulpiano, operaba de una forma muy peculiar. Era un *dolus in re ipsa*, ocasionado por el propio bien, un error en el valor del bien, que incidía sobre el equilibrio de intereses; dicha desproporción entre el valor de las prestaciones, era una presunción de error o ignorancia respecto del bien. A diferencia de la concepción objetiva-subjetiva moderna de la lesión, el elemento subjetivo no estaba constituido por la situación de inferioridad o debilidad jurídica del lesionado, ni en rigor, por el juicio de reproche al contratante abusivo, sino que, en la conducta *objetivamente dolosa*, del lesionante, conducta que se manifestaba en un grave desequilibrio de las prestaciones recíprocas y era incompatible con la buena fe⁶⁶.

El engaño o *deceptio* del *dolus in re ipsa*, no era una maquinación fraudulenta destinada para engañar como en el dolo-vicio, sino un resultado objetivo consistente en recibir una cosa cuyo valor y utilidad son distintos a los que se espera recibir, cuyo valor no es proporcional al precio⁶⁷, en un negocio constituido de manera objetivamente injusta y desequilibrada, se entiende que hay *dolus*. Según Ramón Badenes, el *dolus in re ipsa* en la lesión, consiste en prevalerse de un contrato inicuo, contrario a la equidad, buena fe y equilibrio contractual⁶⁸, postura que si se observa bien, logra unir un elemento subjetivo de explotación con una medida objetiva del desequilibrio, y que no depende del todo de un estado de debilidad del lesionado, que se subsume en dicha explotación dolosa que trae aparejada un beneficio desproporcionado, ni en una medida solo objetiva y matemática de la lesión, que será la norma general en el derecho codificado decimonónico. La lesión se distinguía de los vicios del consentimiento mediante esta clase de dolo especial, que reunía un criterio cuantitativo, con la actitud inmoral de quien se aprovecha. Una compraventa que atentare en más de la mitad de su justo precio resulta tan escandalosa que inclina a pensar que existe fraude por una de las partes⁶⁹. El *dolus in re ipsa* no puede ser asimilado al error vicio del con-

⁶⁵ CHAMIÉ, "Rescisión...", *op. cit.*, p. 35; GORDLEY, "Equality...", *op. cit.*, p. 1639.

⁶⁶ WALKER, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 60 y ABRIL, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁸ BADENES, *op. cit.*, p. 192.

⁶⁹ VALMAÑA, *Evolución histórico-jurídica...*, *op. cit.*, p. 169.

sentimiento, siempre y cuando que el error sobre el valor no recaiga sobre el bien mismo, sea en sus cualidades esenciales o la sustancia de la cosa, sino sobre la contraprestación, el precio⁷⁰. A lo más podría considerarse, de modo impropio y forzosamente, error accidental, pero que cuenta con el obstáculo que dicho motivo accidental, el precio, debe ser considerado y tomado en cuenta por la contraparte de modo expreso. Ni a la fuerza o violencia (*metus*), que en sí misma, es un vicio independiente y requiere no tan solo explotación del desequilibrio sino coacción en la contraparte, para celebrar un acto o contrato. Es un caso de dolo contrapuesto al dolo intencional de los vicios del consentimiento o *dolus ex proposito*⁷¹.

El derecho medieval, no hacía depender la justicia contractual del consentimiento libre de vicios y una justicia procedimental en la formación del contrato, sino que de una medida objetiva *sinlagmática*, de lo justo en una relación jurídica concreta; que se manifiesta en el equilibrio contractual tanto original como funcional y la proporción entre lo que se da y recibe, como exigencia de la buena fe y la equidad, de modo que la sola ausencia de vicios del consentimiento no determina la justicia del contrato.

En cuanto a los efectos procesales, al asimilar la lesión al dolo, el lesionado contaba con la correspondiente *exceptio*, el dolo se deducía de la ruptura del *sinlagma* y el equilibrio contractual; ese desequilibrio se manifestaba en una cosa que “contiene en sí dolo”, y por equidad, no procedía que ese acto o contrato genere efectos, aun si era un contrato celebrado válidamente⁷².

Según Juan Manuel Abril Campoy, como consecuencia del fundamento en el *dolus in re ipsa*, los comentaristas encauzaron la rescisión por lesión en la *actio doli* en los contratos de *bona fide*, en cambio, en los contratos *stricti iuris* se ejercía mediante la *exceptio doli*⁷³, lo cual refuerza el planteamiento señalado con anterioridad, de una vinculación entre lesión y dolo ya en el derecho romano, superando el usual enfoque de los manuales y tratados, que equiparan la rescisión por lesión a la *restitutio in integrum*.

Este concepto medieval del dolo objetivo, que proviene de un desequilibrio intolerable para el ordenamiento jurídico, a consecuencia de un error o engaño sobre el valor de la cosa, que es presumido por la existencia de la lesión y, por el contrario, un contrato libre de dolo, es decir,

⁷⁰ LUIS DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción a la Teoría del Contrato*, t. I, p. 136; ABRIL, *op. cit.*, pp. 97-99.

⁷¹ GORDLEY, “Equality...”, *op. cit.*, p. 1639; VALMAÑA, *Evolución histórico-jurídica...*, *op. cit.*, p. 177.

⁷² WALKER, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁷³ ABRIL, *op. cit.*, p. 26.

adecuado a la *bona fides*, necesariamente será equilibrado; es un fundamento que se aviene más con el principio de equilibrio contractual que la misma noción objetiva-subjetiva de la lesión, seguida por los *Códigos* modernos que tomaron como modelo el *Código Civil* alemán (*BGB*), modelo que no reprocha tanto el desequilibrio en el precio, sino el abuso y explotación de la necesidad ajena para imponer un precio excesivo, de modo que si no hay abuso, pero el precio es objetivamente excesivo, no hay nada que reprochar⁷⁴.

Los glosadores, siguiendo el texto de la *Lex Secunda*, y amparados en la expresión "*officium iudicis*", explicaban que la rescisión se llevaba a cabo mediante los amplios poderes discrecionales del juez, lo que no era otra cosa que la *restitutio in integrum*, que prescribía en cuatro años. Otros glosadores como Azon defendían que procedía la *actio ex empto* o *ex contractu*, prescribiendo dicha acción en treinta años, criterio que terminó siendo aceptado por regla general en lugar de los cuatro años de la *restitutio in integrum*. En tanto, Acursio y Odofredo, sostenían que al ser la compraventa un contrato de buena fe, para pedir su rescisión procede simplemente la *actio ex contractu*, sin necesidad de una estipulación⁷⁵.

En general, se puede afirmar que se pasó de fundamentar procesalmente la rescisión por lesión de la *restitutio in integrum*, a la *actio venditi/empti* y, por último, a la *exceptio doli* o la *actio ex contractu*, justamente para ampliar el plazo de prescripción y con ello aumentar la eficacia de la acción para controlar la justicia de los intercambios.

Resuelto este punto, se discutió en torno a la naturaleza personal o real de la acción rescisoria. En el derecho común, y máxime si se sigue la teoría de la *actio ex contractu*, se entendía que era una acción personal, pero algunos permitían que pueda dirigirse contra un tercero que no ha sido parte contratante, para efectos de la restitución, tomando rasgos más de una acción real, al menos en cuanto a su "eficacia real", para proteger al lesionado, otros en cambio no aceptaban este efecto real contra terceros, salvo que el tercero adquiera a título gratuito, o cuando participe en el fraude⁷⁶.

El alcance tan extendido de la lesión en el derecho común medieval, fue la lógica conclusión del fundamento en el *dolus in re ipsa*. A diferencia del dolo como vicio de la voluntad, este tipo de dolo incluía todo comportamiento contractual causa de un daño y desequilibrio contractual, cuya contrapartida en el derecho contemporáneo sería la buena fe objetiva como deber de colaboración contractual entre las partes, elaborada a partir

⁷⁴ GORDLEY, "Equality...", *op. cit.*, pp. 1587-1588, 1628.

⁷⁵ WALKER, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁷⁶ ABRIL, *op. cit.*, pp. 283-285.

del parágrafo 242 del *Código Civil* alemán. Esta teoría del dolo “objetivo”, permitió que la lesión sea aplicable a todos los contratos, incluso los de derecho estricto, por tanto, en materia de lesión, la acción ya no se basaba solo en el daño objetivo (*damnum*), sino, también, en la relación causal entre la conducta engañosa de una parte y la determinación de la otra parte a celebrar el contrato⁷⁷.

Respecto de la aplicación por los tribunales civiles, John Baldwin ha sostenido que la aplicación del derecho romano en materia de lesión, no fue uniforme y varió de país en país. Se aplicó en el sur de Francia, *pays de droit écrit*, pero no se sabe respecto al norte de Francia, *pays de droit coutumier*. Se aplicó, sin duda, en Italia, sobre todo en Bolonia, pero en cambio, en Alemania se aplicó en su mayoría por las cortes locales y no por la Corte Imperial. En Inglaterra y Escandinavia poco se conoce al respecto. En cambio, en las Cortes Canónicas, la aplicación fue universal y amplia por toda Europa Occidental⁷⁸.

4.2) LOS CANONISTAS,

LA TEORÍA DEL JUSTO PRECIO Y LA LESIÓN

El derecho canónico medieval, aplicado por los tribunales eclesiásticos, reconoció la rescisión por lesión enorme, en las Decretales de Gregorio IX, del año 1234, que recogen Decretales de Alejandro III e Inocencio III (X. 3.17.3 y 6).

La primera Decretal, *Cum dilecti*, es un notable ejemplo del principio de *reductio ad aequitatem*, como remedio para la *laesio enormis*, al fallar contra una sentencia que había rescindido una venta por *laesio infradimidum*, ya que la sola existencia de dicha lesión no autorizaba a la rescisión, sino que, únicamente, permitía al comprador la elección de un derecho alternativo, para completar el precio o rescindir. La segunda Decretal, *Quum causa*, es una carta por medio de la cual Inocencio III confirma e introduce la *laesio enormis* al derecho canónico, del mismo modo que los juristas del derecho común la entendían y conceptualizaban, tanto en su alcance objetivo y subjetivo y su fundamento en el *dolus in re ipsa*⁷⁹. En este punto, los canonistas fueron más allá que los juristas del derecho común, que mantenían la norma justiniana en la pretensión procesal; la rescisión de la venta, siendo un derecho facultativo del comprador la posibilidad de pagar el precio.

⁷⁷ CHAMIÉ, “Rescisión...”, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁷⁸ BALDWIN, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁹ ABRIL, *op. cit.*, pp. 26-29 y WALKER, *op. cit.*, pp. 68-69.

Por el contrario, los canonistas anteponían la mantención y conservación del vínculo contractual, transformándola en un derecho alternativo para el comprador demandado, la elección sea de consentir en la ineficacia de la venta y la restitución, o el complemento del justo precio⁸⁰. Esta solución debe remarcararse como un interesante precedente de la actual tendencia en favor de la conservación del contrato y su adecuación a la equidad, en caso de desequilibrio contractual. Se ha destacado que el origen (al menos antecedente) de la teoría de la imprevisión estaría en la cláusula *rebus sic standibus*, formulada por los canonistas, pero que incide en el equilibrio contractual funcional⁸¹. En cambio, la obligación alternativa del demandado de rescisión por lesión, incide en la mantención directa del equilibrio contractual originario y la propia continuidad del contrato.

Los canonistas realizaron una profunda revisión y crítica de la regla *invecem se circumvenire* de Pomponio, y opusieron ante dicha norma, el texto de san Pablo en la I Carta a los Tesalonicenses, capítulo 4, versículo 6 (*The. I, 4, 6*), que dice así: “[...] que ninguno agravie ni engañe en nada a su hermano, porque el Señor es vengador de todo esto [...]”. Del mismo modo, los canonistas invocaban la autoridad de santo Tomás, y el texto de *Summa Theologica* II-II, c.77⁸², en cuanto a la igualdad aritmética que debe imperar en los intercambios, profundizando en la doctrina de Aristóteles sobre la Justicia Conmutativa. En tanto teólogos y juristas, aplicaban la doctrina cristiana del amor al prójimo (*caritas*) y la doctrina aristotélica de la justicia correctiva que rige los intercambios, sostenían que toda *deceptio* o engaño, manipulación, etc., de la contraparte no es permitida a ningún cristiano, que debe actuar como hermano con su prójimo, también en el ámbito de las relaciones patrimoniales y económicas.

José Chamié sostiene al respecto: “la influencia del derecho canónico sobre el derecho civil favoreció una relación entre *fides* y *consensus* que benefició la identificación entre la violación del acuerdo contractual y el *peccatum*, de este modo para los canonistas tampoco se justificaba más la distinción romana entre *iudicia stricti iuris* y *iudici bonae fidei*”⁸³. Es decir, el acuerdo de voluntades entre las partes que han confiado mutuamente, debe respetarse so pena de caer en pecado (*consensus*). Pero este acuerdo obligaba no en cuanto fue un acuerdo libre y voluntario entre partes iguales, sino que en cuanto lo pactado era justo, y respetaba la igualdad aritmética de los intercambios, ese acuerdo obligaba (*bona fides*). En otras

⁸⁰ ABRIL, *op. cit.*, pp. 418-419.

⁸¹ CHAMIÉ, “El principio...”, *op. cit.*, pp. 221 y 225.

⁸² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, parte II-II (a), II-II, q.77, a.1, p. 594.

⁸³ CHAMIÉ, “Rescisión...”, *op. cit.*, p. 37.

palabras, quien dice justo dice contractual. A partir del derecho canónico, comienza el mero acuerdo de voluntades a adquirir fuerza obligatoria, a diferencia del derecho romano, cuya regla general establecía que el pacto desnudo no originaba obligaciones. Pero también debe precisarse que ese “pacto desnudo” para los canonistas, no será obligatorio sino en cuanto sea justo, sustancialmente conmutativo y equilibrado. No es concebible en esta época, la primacía de la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes para fijar las prestaciones como estimen.

El derecho canónico le añadió un elemento espiritual, al derecho civil, integrando el saber jurídico romanístico con la doctrina cristiana y sus exigencias, sin destruir el orden clásico, sino que sujetándolo a la teología moral escolástica⁸⁴. Con especial acento, le sumó un elemento personal, subjetivo y moralizante, mediante el cual la persona, su libertad y luego sus derechos subjetivos, adquiere cada vez más peso, siendo equívoco, no obstante, asimilarlo a un temprano o primitivo liberalismo o individualismo jurídico.

La concepción económica y jurídica medieval, a diferencia de la concepción propia del liberalismo y la época de la codificación, fue recelosa y desconfiada de los comerciantes y la actividad mercantil, siguiendo las enseñanzas del Evangelio y los Padres de la Iglesia que veían en el afán de lucro un motivo pecaminoso, y generó un impulso moralizador de los contratos y las relaciones económicas, según la justicia, la caridad, la humanidad⁸⁵. Por ejemplo, santo Tomás, en la q. 77, en su artículo 1, respondiendo a las objeciones critica la mentalidad mercantil que tiene por objetivo comprar barato y vender caro, calificándola como un deseo vicioso y dentro del “gran número de aquellos que caminan por la senda ancha de los vicios”⁸⁶. Todo el capitalismo liberal moderno es cuestionado de raíz en los textos tomistas, que justamente elogia dichas actitudes como virtudes del buen comerciante. Tal como se podrá concluir del presente trabajo, la actitud de los sistemas jurídicos y políticos en torno a la *laesio*, en buena medida depende de su concepción sobre la autonomía individual y el interés social en la economía.

A propósito de la concepción aristotélica-tomista subyacente en la teoría del justo precio; una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 1994, pronunciándose sobre este concepto, planteó:

⁸⁴ CHAMIÉ, “Rescisión...”, *op. cit.*, pp. 37-39.

⁸⁵ BALDWIN, *op. cit.*, p. 14, quien sostiene, además, que estas opiniones críticas y desconfiadas de los mercaderes y la acumulación de riqueza, existían ya en la Antigüedad grecorromana, pero fueron los Padres de la Iglesia quienes las profundizaron e incorporaron de allí en adelante al corpus doctrinal cristiano para luego ser recibidas por los canonistas y teólogos; WALKER, *op. cit.*, pp. 67-68; VALDÉS, *op. cit.*, pp. 59-62; Thomas STORCK, “Is usury still a sin?”.

⁸⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, II-II, q.77, a.1, p. 595.

“es el núcleo de la acción rescisoria por lesión *ultradimidium* desde que, en los siglos medios, la institución de raíz romana incorpora la noción aristotélica-tomista de justicia conmutativa”⁸⁷.

La teoría del precio justo, ha sido descrito como

“una extraordinaria labor de engranaje de la doctrina cristiana, fundamentalmente de la noción de justicia (conmutativa) en el contrato, en el desarrollo de la rescisión por lesión”.

El precio justo, fue considerado el eje de la economía medieval, en cuanto constituía un estándar y criterio ético-jurídico aplicable de forma directa sobre la generalidad de actos y contratos, sea en sede del derecho común o el derecho canónico, pero su determinación fue compleja⁸⁸, al ser esencialmente una realidad móvil, cambiante, donde entran muchos factores en juego.

Entre sus predecesores, la doctrina incluye a san Ambrosio, san Agustín, san Basilio y la Patrística en general, posteriormente san Alberto Magno, pero quien la formuló de modo definitivo, fue santo Tomás de Aquino, en la II.II q.77 de la *Summa Theologica*, el precio justo, en general, es la estimación común en la cual se venden y compran las cosas. Hacia el siglo XIII, canonistas y teólogos, consideraron a la compraventa como un contrato de tipo *causa exemplaris* y, por analogía, dedujeron las relaciones entre esta y el justo precio, sintetizándolas en una exigencia universal de justicia. Del justo precio en la compraventa, se extiende a la generalidad de actos y contratos, siguiendo la regla de la *communis aestimatio*. El justo precio es definido localmente, y es el que se usa de manera habitual en un lugar y circunstancias determinadas, en atención a las cualidades y características del bien en cuestión. Pero no puede confundirse con el mero *precio de mercado*⁸⁹, el justo precio se adecúa y participa en el bien común, “por eso, el justo precio se sitúa en las antípodas del libre juego de la oferta y la demanda”. Además, no puede estar desvinculado de la *caritas*, del mismo modo que la *iustitia* se funda y perfecciona en la caridad⁹⁰. El precio justo determinado por la comunidad, involucra estándares de justicia por lo común aceptados tomando en cuenta factores objetivos y subjetivos, como el coste de producción, la carestía, necesidad y utilidad del bien⁹¹.

⁸⁷ VALMAÑA, “Evolución histórica...”, *op. cit.*, p. 761.

⁸⁸ ABRIL, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 361.

⁹⁰ WALKER, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁹¹ Christopher FERRARA, *La Iglesia y el Liberalismo ¿Es compatible la enseñanza social católica con la Escuela Austriaca?*, p. 200.

El economista Heinrich Pesch SJ⁹², sostuvo que el precio justo entrañaba una combinación de factores subjetivos y objetivos, siendo falsas las teorías que postulan en torno al precio justo tan solo factores objetivos como el costo de producción o subjetivos como la utilidad; integrándose la capacidad cualitativa de dichos bienes para satisfacer los deseos humanos, el trabajo, costos de producción y la estimación general objetiva de valor y precio fijado oficialmente por el príncipe si hubiera tasación legal, tal como sucedía en la economía medieval⁹³.

En el derecho medieval de España, ya desde el Fuero Juzgo (siglo VII), “las usuras”, estaban prohibidas. En los numerosos fueros municipales, se prohibía todo tipo de interés y, en algunos, se permitía un interés tasado. En *Las Siete Partidas* (Partida I, XIII, 19), se prohibía, incluso, la sepultura cristiana al usurero, además de restringir con amplitud las usuras. Del mismo modo, el *Ordenamiento de Alcalá*, se prohibían las usuras, ya de forma directa o a través de contratos encubiertos. Otras leyes como las *Leyes Nuevas y Ordenanzas Reales de Castilla* tienen una actitud oscilante entre permitirla solo a los judíos y moros, pero prohibirla a los cristianos, bajo tasas del 4%, u otra vez prohibirlas sin distinción religiosa. La *Novísima Recopilación*, en general; ya en plena época Moderna y tras el declive del principio de equilibrio y justicia contractual en favor de la autonomía de la voluntad; mantiene el criterio general de la prohibición de contratos a interés, pero en otros pasajes contradictorios, se permite siempre que no sean encubiertos, en un 5% o, incluso, en un 10%^{94, 95}.

No obstante, del mismo modo que en la teoría de la lesión y el justo precio, los canonistas admitían un margen de ganancia legítima, la escolástica fue desarrollando una amplia y compleja doctrina de los títulos extrínsecos, que autorizaban a cobrar un interés moderado y prudencial, por circunstancias externas al mutuo, tales como: el daño emergente, el lucro cesante, la cláusula penal, la participación en sociedad, etc. En esos casos, el problema

⁹² Jesuita y economista estudioso de la concepción escolástica de la economía, crítico de la Escuela Austríaca y la economía liberal clásica, autor de una obra monumental de economía, *Lehrbuch der Nationalökonomie*, de más de cuatro mil páginas.

⁹³ Heinrich PESCH, *Excerpts from the Lehrbuch der Nationalökonomie*, p. 218.

⁹⁴ Elsa SABATER BAYLE, “Rescisión por lesión y usura en el Derecho español, con algunas referencias al Derecho argentino”, pp. 1172-1174; STORCK, *op. cit.*

⁹⁵ A partir de la decadencia del principio de equilibrio y conmutatividad, tan relevante en el derecho premoderno, producto de influjo de las ideas iusnaturalistas racionalistas e individualistas, la rescisión por lesión y la interdicción de la usura, que durante la Baja Edad Media tuvieron una estrecha vinculación, se separaron y la usura, significó solo el cobro de intereses elevados por sobre una tasa legal, sancionada en el ámbito penal y en algunas legislaciones, mantuvo sanción civil como un caso de lesión, por ejemplo, en el *Código Civil* de Chile. En muchos otros, simplemente no había límite a la autonomía de la voluntad.

del interés, en cuanto a su monto y determinación, se trasladaba al precio justo⁹⁶, discutiéndose el monto legítimo del interés o si era o no legítimo tal título para cobrar intereses. Al reconocer estos títulos extrínsecos, se buscó favorecer el necesario desarrollo de la actividad económica, respetando las exigencias de conmutatividad, equilibrio y justicia contractual.

La evolución de la *laesio enormis* como ya se ha mencionado a grandes rasgos, durante los siglos venideros en que se desarrollará el capitalismo moderno, será en un sentido regresivo, perdiendo su carácter de remedio universal ante los desequilibrios contractuales, quedando solo a disposición del vendedor y procediendo solo en caso de venta de inmuebles, tal como sucedía en la *Lex Secunda*⁹⁷.

V. La lesión en el derecho hispánico

Es interesante destacar el caso de España, a grandes rasgos, como un ejemplo de pervivencia, hasta muy avanzado, del remedio rescisorio por lesión en su variante amplia, extendida y universal, propia del derecho común, a contracorriente de la regla general durante los siglos en que se afianza el iusnaturalismo racionalista, la Ilustración y la Codificación.

Si bien en la España medieval, por influencia del *Código* de Teodosio, el *Fuero Juzgo*, no admitía la rescisión por lesión en los contratos, tal como disponía la norma del libro V, título IV, ley VII⁹⁸; al mismo tiempo que proscribía formalmente “las usuras”. Más adelante, tanto el *Fuero Real* (libro III, título X, ley V)⁹⁹, las *Leyes del Estilo*¹⁰⁰ y las *Siete Partidas*, introducen y admiten la lesión,

⁹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, II-II, q.78, p. 604; Juan Manuel ROZAS VALDÉS, “Como se comete la usura”, p. 648.

⁹⁷ LARRAIN VIAL, “La teoría...”, (I), *op. cit.*, p. 44.

⁹⁸ “Si alguno dize que vende su cosa por menos precios que non valie. Si alguno omne vende algunas casas, ó tierras, ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ó otras cosas, non se debe por ende desfazer la bendición, porque diz que lo vendió por poco”. *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códice por la Real Academia Española*, p. 86.

⁹⁹ “Ninguno me no pueda desfazer vendida que faga, por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdad, fuera ende si la cosa valia quando la vendio mas de dos tanto de por qunato la dio: ca por tal razón bien se debe desfazer toda vendida si el comprador no quisiese cumplir el precio derecho, según que valia: ca en poder es del comprador desfazer la vendida, o de dar el derecho precio, e retener lo que compró”. *Fuero Real de España*, t. II, pp. 176-177.

¹⁰⁰ La Ley 220 de las Leyes del Estilo, afirma, en la rúbrica: “Que la Ley del engaño en mitad del justo precio no ha lugar en las cosas vendidas en almonedas ni la Ley del tanto por tanto” y en el texto “Otrosí, es a saber que en las vendidas que se facen por las amonedas, tanto vale la cosa quanto puede ser vendida, y no se puede desfazer la vendida porque diga aquel cuya es la cosa, que le fue vendida por menos de la mitad del derecho precio”, *Fuero...*, *op. cit.*, p. 71.

regulada de forma similar al derecho justiniano, pero sin limitarla a los bienes inmuebles, admitiéndose también en la venta de bienes muebles¹⁰¹.

En el caso de *Las Siete Partidas*, la lesión se encuentra tratada en la partida v, título v, ley LVI y dice así:

“Del ome que por medio o por fuerza compre o vende alguna cosa por menos del justo precio.

Por miedo o por fuerça comprando, o vendiendo algun ome alguna cosa, non deue valer; ante decimos, que deue ser desfecha la compra, si fuer prouado, que la fuerça, o el miedo fue tal, que lo onno de fazer maguer le pasasse. E como quier que la vendida fuesse fecha por jura, o por peño, o por fiadura, o por pena, que fuesse y puesta, no deue valer. Ca despues de vendida, o la compra, que es el principal, non vale, non deuen valer la otras cosas que fuesen puestas por razón della. Otrosi decimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio, que pudiera valer en la razón que la fizieron. E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, quel cumpla, sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonce podria valer según derecho. E si esto non quisiese fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor, e recibir del el precio que auia dado por ella. E por menos del derecho precio podría ser fecha la vendida, quando de la cosa que vale diez marauedis fue fecha por menos de cinco marauedis. Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere prouar, que dio por la cosa mas de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en aquella sazón que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquella que demas dio. E este seria, como si la cosa que valiesse diez marauedis, que diesse por ella mas de quince. Esto dezimos que puede fazer, e demandar el vendedor o el comprador, non seyendo la cosa que se vendio, perdida, nin muerta, nin mucho empeorada; ca si alguna de estas cosas le acaesciese, non podría despues fazer tal demanda. Otrosi dezimos, que si el comprador o el vendedor jurare, quando fiziere la compra, o la vendida que maguer la cosa valiesse mas, o menos, que nunca pudiesse demandar, que fuesse desatada la vendida; si fuere mayor de catorze años el que vendio, quando la jura fizo, deue ser guardada la jura: e non se puede desatar entonce la compra, nin la vendida, por tal razón. Mas si fuesse menor de catorze años, nonvaldria la jura, e desatarse y a la compra o la vendida, tambien como si non ouiesse jurado”¹⁰².

El texto concede la rescisión tanto al vendedor como al comprador, sin reducirla a los bienes inmuebles, aplicando a la compraventa de bienes muebles. En tanto que el desequilibrio en el precio justo, se cuenta según el criterio *ultra dimidium* y no *ultra duplum*, criterio que fue generalmente

¹⁰¹ SABATER, *op. cit.*, p. 1168 y ss.

¹⁰² Gregorio LÓPEZ (ed.), *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio*, pp. 122-126.

aceptado por el derecho común¹⁰³. La propia doctrina y jurisprudencia española, recogidas por la glosa de Gregorio López, extiende la rescisión por lesión a una amplia enumeración de actos y contratos¹⁰⁴, transformándose en un principio general de control del equilibrio y el sinalagma, en el derecho hispánico, con la limitación de la validez de juramento de renuncia a la rescisión. Sin embargo, al igual que en el derecho justinianeo, no se pronuncia del mecanismo procesal adecuado, discutiéndose entre la *restitutio in integrum*, una *condictio* o las *actiones empti et venditi*, ni plazo de prescripción, que el *Ordenamiento de Alcalá* y la *Novísima Recopilación* (10.1.2), limitan a cuatro años¹⁰⁵ el cual tenía una particular brevedad en el derecho medieval. Cabe destacar, además, la imprecisión terminológica respecto de lo que se entendía correctamente como “*desfazer*”, lo que impidió una sistematización precisa respecto a la rescisión. Aún más complejo de resolver, es el problema en torno a la referencia que se hace en *Las Siete Partidas* a los vicios del consentimiento como causa de la lesión. Podría entenderse que la legislación hispánica sobre la lesión la considera un vicio del consentimiento. Incluso, que estaría subsumida dentro de los vicios del consentimiento¹⁰⁶. Pero, a su vez, está comprendida como una dentro del *dolus in re ipsa*, que fue recibido producto de la influencia del derecho común y el derecho canónico, de modo que ese engaño, fuerza o dolo, que influye en el aspecto subjetivo del contratante lesionado, queda reconducido a dicha noción de dolo, que integra elementos objetivos y subjetivos¹⁰⁷.

Ya el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348¹⁰⁸, extiende formalmente la *laesio* a otros “contratos semejantes”, más allá de la compraventa¹⁰⁹; las *Ordenanzas Reales de Castilla*, por influencia de la doctrina del *dolo in*

¹⁰³ GUZMÁN, “Las relaciones...”, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁴ WALKER, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁶ Italo MERELLO, “Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil Chileno”, pp. 104-105.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁸ “Ley única. Como se puede desfazer la vendida ó la compra, quando el vendedor se dice engannado en el precio. Si el vendedor, ó comprador de la cosa dixiere que fue engannado en mas de la meytad del derecho prescio, asi como si el vendedor dixiere, que lo que valía dies, vendio por menos de cinco, ó el comprador dixiere, que lo que valía dies, que dio por ello mas de quince; mandamos que el comprador sea tenuto a cumplir el derecho prescio, que rescibió, é el vendedor debe tornar al comprador lo que mas rescibió de la meytat del derecho prescio, ó de tomar la cosa que vendió, é tornar el prescio que rescibió. Et eso mesmo queremos, que se guarde en las rentas, é en los cambios, é en los otros contratos semejantes, é que aya logar esta ley en los contratos sobre dichos, aunque sean fechos por almoneda, é del día en que fueren fechos fasta quatro annos, é non después”. *Ordenamiento de Alcalá*, titulo XVII “De las Vendidas, e de las Compras”, p. 142.

¹⁰⁹ Octavio RIVERA FARBER, “La lesión en los contratos civiles”, p. 179.

ipsa res, regulan la lesión (v, vii, 5) bajo los términos “engaño en más de la mitad de justo precio”. La *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en su libro x, título i, ley ii¹¹⁰, mantiene en esencia, la misma regulación, con algunas interesantes variantes. A diferencia de las leyes anteriores, regula la lesión bajo el título “De los contratos y obligaciones en general” y no en el acápite dedicado a la compraventa, indicando una mayor precisión de la técnica y sistematización, además de un alcance de principio y remedio general. Para luego incluir sus limitaciones, excluyéndola de las ventas forzosas hechas con tasación y a los “oficiales” en los “contratos de obras de su arte”, es decir, a profesionales y mercaderes¹¹¹.

El derecho castellano aplicaba de modo supletorio, en el ordenamiento jurídico indiano, hasta la codificación, y dada la ausencia de norma especial en materia de derecho privado, tenían aplicación directa las normas de las *Partidas*, el *Ordenamiento de Alcalá* y la *Novísima Recopilación*¹¹².

VI. La lesión en el derecho de la codificación

El derecho codificado, en un primer momento, luego de suprimir la lesión como una regla general, la concede solo en casos específicos, siendo el caso paradigmático, la lesión en la venta de inmuebles; asimismo, la incluye en ciertos supuestos distribuidos de modo inorgánico, como aquella ocurrida en la permuta a la cual se le aplican las normas de la compraventa, o aquella otra por cláusula penal enorme o, bien, la ocurrida en la aceptación de una asignación testamentaria, o en las particiones, en el contrato de

¹¹⁰ “Rescisión de las ventas y demás contratos en que intervenga engaño en mas de la mitad de justo precio: y casos exceptuados de ella. Si el vendedor ó comprador de la cosa dixere, que fue engañado en mas de la mitad del justo precio, asi como si el vendedor dixere, que lo que valió diez vendió por ménos de cinco maravedís, ó el comprador dixere, que lo que valió diez dio por ello mas de quince; mandamos, que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que comprada, ó de la dexar al vendedor, tornándole el precio que rescibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demás del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió: y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda del dia que fueren hechos fasta en quatro años, y no después. Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendición de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor, y fuesen compelidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores y púbicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de mas de la mitad de justo precio, no haya lugar esta ley”. *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, libro x, título i, ley ii, p. 304.

¹¹¹ WALKER, *op. cit.*, p. 84.

¹¹² MERELLO, *op. cit.*, p. 96.

préstamo de dinero, o la producida por exceso de intereses por sobre la tasa máxima legal. Sin perjuicio de lo anterior, dicho criterio restrictivo evolucionó y se fue ampliando hasta alcanzar otra vez un estándar de principio de equilibrio contractual con alcance general en el derecho de la contratación contemporáneo, ya hacia el siglo xx.

El *Código Civil* francés de 1804, paradigma del derecho codificado, restringe la lesión en su artículo 1118, determinando que no viciará los contratos y por excepción, concede en su artículo 1674 la lesión solamente para el vendedor en el contrato de compraventa de inmuebles, en el caso que el precio de venta sea inferior a los $\frac{5}{12}$ de su valor al tiempo del contrato. Es decir, el perjuicio debe ser de $\frac{7}{12}$. El modelo francés otorga la lesión en otros negocios como la partición de bienes, la aceptación de herencia y el pacto de intereses, sin mayor justificación de por qué se escogieron tales negocios¹¹³. La doctrina francesa ha explicado este remedio asociándolo a un vicio en el consentimiento, y no por el mero desequilibrio de las prestaciones, sino que en relación con el error, fuerza o dolo. Sin perjuicio de las críticas que ha recibido por ser considerada una institución contraria a la libertad contractual¹¹⁴.

El *Código Civil* chileno, sigue el mismo modelo, en su artículo 1888. restringida a la compraventa de inmuebles y algunos otros casos particulares, como la partición, la cláusula penal enorme, los intereses en el mutuo, etc.; pero más fiel a los orígenes romanistas de la institución, mantiene la regla del *infra dimidium*, y la concede para el vendedor y comprador, prescindiendo por completo de elementos subjetivos como la debilidad o inferioridad de una de las partes. El Proyecto de 1853 la consideraba un vicio del consentimiento, pero fue suprimido en el *Código* definitivo, siguiendo la doctrina de Robert Pothier y el *Código Civil* francés, que no la consideraban vicio del consentimiento, bastando el mero desequilibrio patrimonial en los límites objetivos.

El *Código Civil* francés permite que el comprador, contra quien se dictó sentencia de rescisión, pueda elegir entre devolver la cosa retirando el precio que hubiera pagado por ella o mantener el inmueble, pagando el suplemento del precio justo con deducción de un diez por ciento de precio total. En el *Código Civil* chileno la posibilidad de mantener el contrato es concedida al comprador y vendedor, completando o restituyendo la diferencia necesaria para alcanzar el justo precio, deducido o aumentado en una décima parte¹¹⁵.

¹¹³ DEVOTO, *op. cit.*, pp. 167-169.

¹¹⁴ GORDLEY, "Equality...", *op. cit.*, p. 1628.

¹¹⁵ DEVOTO, *op. cit.*, pp. 168 y 170; Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Consideraciones sobre la lesión, en especial en el derecho chileno", pp. 12-14.

El *Código Civil* español, seguido por el *Código Civil* argentino y el antiguo *Código Civil* portugués, fue el modelo de los *Códigos* que suprimieron la rescisión por lesión, estableciendo la rescisión únicamente para los contratos que pudieran celebrar los tutores sin autorización judicial, y en representación de ausentes; en caso de que el representado sufra lesión en más de la cuarta parte de su valor. Fue excluida de la compraventa, quedando el precio por completo a la libre disposición de las partes¹¹⁶.

A su vez, el *Código Civil* alemán, tomó un nuevo criterio, que será seguido en parte por el *Código Civil* italiano, el *Código Civil Suizo de las Obligaciones*, el nuevo *Código Civil* portugués, el *Código Civil* argentino posterior a la reforma de 1967, entre otras legislaciones. En teoría suprime la lesión, porque no permite rescindir un negocio por la mera diferencia excesiva frente al precio justo, pero en realidad insta una nueva concepción, objetiva-subjetiva, de la lesión, combinando el elemento de desproporción con la explotación de la necesidad ajena. Lo que hace, en realidad, el BGB, es consignar y recoger la institución de la lesión, en su parágrafo 138, desvinculándola de la construcción jurídica codificada, y en el fondo, de la *Lex Secunda*, para adoptar tanto un perfil jurídico influenciado por la ley penal sobre el delito de usura. Superando los límites del derecho codificado decimonónico, concede la lesión en términos amplios, volviendo a la concepción amplia del derecho común, para todo negocio jurídico, en que exista un elemento de explotación de la desgracia ligereza o inexperiencia de otro, obteniendo una ventaja patrimonial excesiva, que no es fijada en el límite *infra dimidium*, sino que entregada a la apreciación prudencial del juez según las circunstancias. La sanción es la nulidad de pleno derecho del negocio usurario, sin posibilidad de reajuste equitativo. El *Código Civil* alemán abrió la puerta a la posición mayoritaria del siglo XX, que recuperó la importancia de la lesión como mecanismo para regular el equilibrio prestacional en los contratos¹¹⁷.

La jurisprudencia alemana permitió recuperar un criterio de equidad, según el cual es moral y jurídicamente recusable que la parte cuyo nivel económico más fuerte se aproveche en exceso de la situación de la parte que en el ámbito económico más débil, de modo que queden cubiertos por la sanción en general todos los negocios donde haya explotación económica, adelantándose a la moderna sanción a las cláusulas abusivas en materia de consumo¹¹⁸. La noción objetiva-subjetiva se volvió de gran aplicación y fue

¹¹⁶ DEVOTO, *op. cit.*, p. 166.

¹¹⁷ DEVOTO, *op. cit.*, pp. 164-165; CHAMIÉ, “El principio...”, *op. cit.*, pp. 233-235; DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁸ Heinrich LEHMANN, *Tratado de derecho civil, parte general, volumen I*, p. 293; GORDLEY, “Equality...”, *op. cit.*, p. 1631.

reemplazando a la concepción restrictiva propia de la Codificación decimonónica. Cabe destacar que, si bien el párrafo 138 en su apartado primero, trata sobre la nulidad de los negocios que sean contrarios a las buenas costumbres de modo genérico, en numerosas ocasiones los tribunales alemanes cuando no se puede probar la “lesión” en los términos objetivos-subjetivos del *BGB*, acuden a la prohibición general del negocio jurídico contrario a las buenas costumbres en casos de excesivas y groseras disparidades en las prestaciones. De modo que son nulos no por la regla segunda del párrafo 138, sino por la regla del apartado primero de dicho párrafo. Las Cortes, incluso, infieren o presumen el ánimo de explotación y la debilidad de la mera ventaja desproporcionada en favor de una de las partes¹¹⁹.

Por el contrario, un buen ejemplo de la posición liberal e individualista respecto a la lesión, adoptado durante la codificación decimonónica, que evidencia el marcado contraste, se encuentra en esta cita de un destacado jurista chileno, quien sintetiza las grandes críticas que se han dirigido contra la institución:

“[...] en nuestro modesto criterio creemos que debe abolirse, porque, aparte de ser una acción que tiende a la destrucción de un contrato válidamente celebrado, carece de toda base jurídica. La ley no tiene por qué proteger a un contratante consciente y capaz de comprender lo que hace con perjuicio evidente de los intereses del otro. La protección legal debe dispensarse a los que carecen de criterio o capacidad necesaria para administrar sus bienes, pero de ninguna manera a los que están en la plenitud de su capacidad jurídica y, por lo tanto, en aptitud de poder dar cuenta cabal y exacta del acto o contrato que ejecutan. Yendo al fondo mismo del fundamento de justicia que se invoca para justificar esta acción, veremos que no la hay, por cuanto con ella se auxilia a uno de los contratantes y o al otro, a quien se le hacen sufrir las consecuencias de una negligencia ajena y, como sabemos, en derecho nadie puede sufrir por culpa ajena. Debe tenerse presente que las dos partes están en igualdad de condiciones, que ambos gozan de la misma capacidad, de suerte que auxiliar a una y no a la otra es crear entre ellas una situación de evidente y manifiesta injusticia. Aparte de estas razones hay además otras que hacen de esta acción una institución perjudicial y dañosa. La acción rescisoria por lesión enorme fomenta los pleitos, lesiona el interés general, por cuanto conduce a la destrucción de los contratos, tiene en suspenso la estabilización del dominio, etc. Todas estas consideraciones son las que han inducido a las legislaciones más modernas a suprimirla y llegará el día en que desaparezca completamente de todos los Códigos”¹²⁰.

¹¹⁹ Hugh BEALE, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, p. 568; GORDLEY, “Equality...”, *op. cit.*, p. 1631.

¹²⁰ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de venta*, p. 740.

Se cree que esta crítica de Arturo Alessandri Rodríguez aplica más para el tratamiento del *Código Civil* francés que el *Código Civil* chileno, siempre que el *Código* de Andrés Bello otorga acción rescisoria por lesión a ambos contratantes, en cambio el *Código* de Napoleón, solo al vendedor, siguiendo a la *Lex Secunda*. Del mismo modo, la acusación de ser una institución que protege a un contratante irresponsable parece injustificada en las legislaciones que siguen la concepción objetiva-subjetiva, donde junto a la exigencia de un elemento subjetivo de debilidad y necesidad en un contratante, se exige abuso y aprovechamiento por el otro.

Se puede replicar, que las legislaciones que tienen una concepción de lesión muy reducida, protegen a los más fuertes sobre los más débiles. Se ha dicho repetidas veces, casi como un aforismo jurídico, que “el derecho no protege a los tontos”. Es razonable, sin duda, que la estupidez humana no quede protegida por el derecho, pero no lo es que se proteja jurídicamente, alegando el respeto irrestricto a la libertad e intangibilidad contractual, a quienes abusan de la necesidad, miseria o debilidad de un contratante. Si el derecho no protege a los tontos, tampoco debiera proteger a los astutos en el sentido cuasi doloso, tal como lo entendía la doctrina detrás del *dolus in re ipsa*. El derecho debe proteger la buena fe y ejercer su función correctora ante la falta de respeto del deber de lealtad y rectitud. No retirarse alegando que no puede intervenir en los acuerdos privados entre partes, porque eso muchas veces conlleva la sanción jurídica del más fuerte sobre el más débil, del astuto y ambicioso por sobre el honrado y justo. Llama la atención su predicción según la cual, la lesión enorme eventualmente desaparecería de los *Códigos Civiles* porque ha sucedido justo lo contrario en la generalidad de legislaciones modernas y los instrumentos del derecho uniforme, que conceden la lesión en términos amplios, para la generalidad de los actos y contratos.

Otro crítico moderno de la lesión, es el jurista peruano Alfredo Bullard, quien afirma que la lesión:

“[...] trata de impedir que los ‘malos samaritanos’ se aprovechen del estado de necesidad de alguna persona para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista económico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo, al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión desincentiva operaciones de rescate que puedan ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente. En esa circunstancia es difícil tener una respuesta clara [...]. La lesión es una suerte de control de precios en el que las prestaciones son evaluadas a fin de determinar si han sido fijadas de manera justa o como consecuencia

del aprovechamiento de un estado de necesidad. Pero al hacerlo envía a los agentes económicos el mensaje que los precios o contraprestaciones que pacten pueden ser evaluados por el juez, de la misma manera que lo haría un regulador de precios en un servicio público, solo que incluso con menores herramientas para poder hacerlo¹²¹.

Otros autores liberales han desdeñado la teoría del precio justo. Por ejemplo, el economista liberal Ludwig von Mises,

“los precios justos y equitativos carecen de relevancia científica; tales concepciones no son más que máscaras tras las que se ocultan simples deseos; vanas pretensiones de que las cosas sean distintas de como son”¹²².

Friedrich von Hayek llega a sostener que “en el proceso de mercado las consideraciones de justicia no tienen sentido alguno”¹²³. En otro pasaje, afirmó que el precio justo, el salario justo, etc., es una contradicción en los términos y un problema carente de significado. Lo único relevante sería aquello que una persona puede obtener a cambio de sus bienes y trabajo y si conviene o no venderlos¹²⁴. En otras palabras, la autonomía de la voluntad y la ley de la oferta y la demanda como criterios absolutizados, son aquello que determina el precio justo, como mero precio de mercado.

Esta posición, parece en extremo economicista y utilitarista, que no analiza la justicia de cada caso en su mérito, sino que presupone la maximización de utilidades monetarias como el fin primario a conseguir, que en absoluto es aquí compartida. Todo el desarrollo histórico de la lesión tiene como base la premisa de la filosofía clásica según la cual la política entendida como el bien común de la *polis*, unida de forma indisoluble a la ética y esta con la justicia general como virtud culmen; tiene primacía por sobre la economía entendida no como crematística de la utilidad, sino como la justa administración del hogar¹²⁵. Es en ese sentido que debe comprenderse a la lesión, no como una indebida intromisión del Estado para fijar precios, sino como un tercero que ejercerá la función propia de la justicia conmutativa entre privados, cuando hay desequilibrios e injusticias, la de justicia correctiva, igualando el *sinalagma*, tal como lo explicó magistralmente Aristóteles en el libro V de la *Ética Nicomaquea*¹²⁶.

¹²¹ Alfredo BULLARD, “La parábola de mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”, p. 225.

¹²² Ludwig VON MISES, *La acción humana. Tratado de Economía*, pp. 401-402.

¹²³ Friedrich VON HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, p. 282.

¹²⁴ Friedrich VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, p. 137.

¹²⁵ Álvaro D’ORS, “Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía”, pp. 440-448.

¹²⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, libro V, título IV y V, pp. 84-88.

VII. Conclusiones

Tras estudiar en extenso el desarrollo histórico de la lesión, desde el derecho romano posclásico y en especial justiniano, hasta la era de la Codificación, se pueden obtener varias conclusiones. En primer lugar, queda claro que la lesión, como institución que regulaba la justicia del precio, recibió el influjo del pensamiento cristiano mediante la Patrística, así como influencias estoicas. Por tanto, excedía los márgenes del derecho romano clásico, que dejaba a la libertad de las partes la determinación del precio. Es probable que haya habido una interpolación en los textos justinianos. El antecedente del derecho romano sería no tanto la *restitutio in integrum* como repetidas veces se ha dicho, sino la *exceptio doli*, que permitía regular la justicia de los acuerdos negociales mediante la denegación de la acción a los negocios que atentaren contra la equidad natural.

En segundo lugar, quedó demostrada la importancia del principio *dolus in re ipsa* con que los juristas medievales, concebían y fundamentaban la lesión, como un acto radicalmente contrario a la justicia conmutativa de los intercambios, aun cuando estuviere libre de vicios formales, el grosero desequilibrio hacía presumir un engaño doloso “en la misma cosa”, incompatible con la buena fe que debía regir en los contratos. Así, la lesión pasó de tener una aplicación restringida a la compraventa de inmuebles y solo en beneficio del vendedor, a ser un remedio de aplicación general para la mayoría de negocios, incluyendo actos gratuitos, y concedido a ambas partes. Además, un gran aporte de los juristas medievales, especialmente los canonistas, fue el desarrollar por primera vez en la historia, la noción de justo precio como condición para todo acto y contrato, regulada tanto por el fuero externo jurídico como por el fuero interno moral, sujeto a la jurisdicción de los tribunales en un caso y en otro al confesor espiritual, siendo un esfuerzo notable dirigido a la moralización de las relaciones jurídico-económicas. Quedó claro cómo el precio justo no es en estricto sentido el precio de mercado, sino una noción más compleja, de naturaleza moral y orientada al bien común, propia de una concepción económica premoderna y precapitalista, en la que se entrecruzan elementos como el costo de producción y la estimación común sobre la base de la necesidad y la escasez.

En tercer lugar, se concluye que mientras hacia el siglo XVI, en la mayor parte de Europa, la institución de la lesión caía en desuso e, incluso, decadencia, fue preservada sin modificaciones en España y los reinos de Indias gracias al esfuerzo de los teólogos juristas de la escuela de Salamanca, y la vigencia de la legislación medieval española, uno de cuyos cuerpos legales más importantes fue *Las Siete Partidas*. Por el contrario, el auge del derecho natural racionalista, el movimiento jurídico que antecedió a

la Codificación, implicó que la lesión y el precio justo fueran con dureza criticados por sus dificultades prácticas de aplicación y determinación, como obstáculos al desarrollo de la economía moderna, el capitalismo naciente. La lesión en el mejor de los casos era restringida a los estrechos límites del derecho romano posclásico, si es que no derechamente suprimida. Empezaba a primar por sobre la justicia contractual el acuerdo de voluntades y la autonomía de las partes, la libertad contractual para fijar las condiciones sin mayor límite que el error, la fuerza y el dolo. Así pasó a la Codificación, en la que se recogió una noción restrictiva de lesión o, incluso, se suprimió, con lo que la justicia de los actos y contratos quedaba en entredicho ante los groseros desequilibrios cuando no cabían en los límites de la lesión codificada. No obstante, el sustrato de justicia conmutativa permaneció en mayor medida en aquellas legislaciones que tomaron como modelo al *Código Civil* alemán, que pese a suprimir la lesión en sus límites romanistas la amplió a una nueva concepción objetiva-subjetiva, aplicable al a generalidad de actos y contratos, retomando una concepción protectora del equilibrio contractual.

Bibliografía

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión: enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo, "Evolución histórica de la lesión enorme", en Carlos SALINAS ARANEDA (ed.), *Libro de amigos dedicado al profesor emérito Italo Merello*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2011.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. II, vol. II.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael y Regina AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el derecho civil español, común y foral*, Granada, Comares, 1989.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, 21^a ed., México DF, Editorial Porrúa, 2007.
- BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, t. I.
- BALDWIN, John, "Medieval theories of price", in *Transactions of the American Philosophical Society*, New Series, vol. 49, N° 4, Philadelphia, 1959.
- BEALE, Hugh (dir.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- BENITEZ CAORSI, Juan, *Solidaridad contractual: Noción posmoderna del contrato*, México DF, Editorial Ubijus, 2013.
- BERMAN, Harold, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, ciudad, Harvard University Press, 1983.

- BERNARD MURPHY, James, “Equality in Exchange”, in *American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, issue 1, Notre Dame, Indiana, 2002.
- BULLARD, Alfredo, “La parábola de mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”, en *Themis-Revista de Derecho*, Segunda Época, núm. 43, Lima, 2001.
- CAPRIOLI, Severino, “Rescissione del contratto (Storia)”, in Antonio GIUFFRÉ (coord.), *Enciclopedia del Diritto* xxxix, Milano, Giuffrè Editore, 1988.
- CARPINTERO, Francisco (coord.), *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2013.
- CASTRO, Federico de, “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 35, n.º 3-4, Madrid, 1982.
- CHAMIÉ, José Felix, “El principio de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Bogotá, 2012.
- CHAMIÉ, José Felix, “Rescisión por lesión enorme: el problema del origen”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 19, Bogotá, 2010.
- CHOJNOWSKI, Peter, “Corporation Christendom: The true School of Salamanca”, 2005. Disponible en <https://distributistreview.com/corporation-christendom/> [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020].
- D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 6ª ed., Pamplona, Eunsa, 2004.
- D’ORS, Álvaro, “Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, n.º 3, Santiago, 1991.
- DE MARTINO, Francesco, *Individualismo y derecho romano privado*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2005.
- DE ROOVER, Raymond, “Economía escolástica”, en *Anuario de Derecho Civil*, n.º 9, Santiago, 1983. Publicado originalmente en *Quarterly Journal of Economics*, N° 69, Harvard, 1955.
- DE ROOVER, Raymond, “The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy”, in *Journal of Economic History*, N° 18, Cambridge, 1958.
- DE VITORIA, Francisco, *Sentencias morales*, Madrid, Ediciones FE, 1941.
- DEVOTO, Carolina, “La lesión enorme ante la legislación comparada y Código Civil Chileno”, en *Revista de Derecho (Universidad Gabriela Mistral)*, n.º 1-2, Santiago, 2004.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción a la teoría del contrato*, 4ª ed., Navarra, Editorial Civitas, 1996.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción a la Teoría del Contrato*, 6ª ed., Navarra, Thompson-Civitas, 2007.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Consideraciones sobre la lesión, en especial en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, n.º 217-218, Concepción, 2005.
- FERRARA, Christopher, *La Iglesia y el liberalismo. ¿Es compatible la enseñanza social católica con la Escuela Austriaca?*, trad. de Álvaro Gutiérrez Valladares, con apéndice de Daniel Marín Arribas, Málaga, Última línea de ensayo, 2017.

- Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códice por la Real Academia Española*, Madrid, Ibarra, impresor de la Cámara de S.M, 1815.
- Fuero Real de España*, Madrid, Real Academia de la Historia, s/f., t. I y II.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del derecho civil romano, Tomo III, Primera Parte (Digesto)*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1897.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho privado romano (instituciones)*, 17ª ed., Madrid, Ediasa, 2010.
- GARCÍA VALLÉS, Ricardo, *Rescisión por laesio ultradimidium*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1962.
- GÓMEZ CAMACHO, Francisco, *Introducción a La teoría del justo precio, de Luis de Molina*, edición preparada por Francisco Gómez Camacho, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- GORDLEY, James, "Equality in Exchange", in *California Law Review*, vol. 69, n.º 6, Berkeley, 1981.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 2011.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, t. II
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al Código Civil de Chile", en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, edición de Macpherson, London, Penguin Classics, 1968.
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, traducción de Jaime Santos Briz. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. I.
- LARRAÍN VIAL, Bernardo, "La teoría de la lesión en el Derecho comparado (I)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXV, n.º 3 y 4, Santiago, 1938.
- LARRAÍN VIAL, Bernardo, "La teoría de la lesión en el Derecho comparado (II)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXV, n.º 5 y 6, Santiago, 1938.
- LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil, parte general, volumen I*, trad. de la edición alemana con notas de derecho español por José María Navas, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LÓPEZ, Gregorio (ed.), *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio*, París, Leconte y Lassere, 1843, t. III.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, "El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, Santiago, 2015.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y Fabián ELORRIAGA DE BONIS, *Los contratos: Parte general*, 6ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017.

- MARGADANT, Guillermo, “La historia de la laesio enormis como fuente de sugerencias para la legislación moderna”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. x, n.º 28-29, México DF, 1977.
- MARTIN PEREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato. En torno a la lesión enorme y al fraude a los acreedores*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- MERELLO, Italo, “Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil Chileno”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 4, Valparaíso, 1979.
- MERCADO, Tomás de, *Summa de tratos y contratos*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda, 1977, libro II.
- MIRABELLI, Giuseppe, *La rescissione del contrato*, Napoli, Casa Editrice Dot Eugenio Jovene, 1951.
- MOISSET DE ESPANES, Luis, “La lesión en el nuevo artículo 954 del Código Civil Argentino y en algunas legislaciones modernas”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 29, n.º 1, Buenos Aires, 1976.
- MOLINA, Luis de, *La teoría del justo precio*, Valladolid, Editorial Maxtor, 2011.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España en Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad a cargo de D.M. Rivadeneyra, 1847, t. IX.
- Ordenamiento de Alcalá*, en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad a cargo de D.M. Rivadeneyra, 1847, t. I.
- PARRA MARTÍN, María Dolores, “La rescisión del contrato en los rescriptos de Diocleciano C.4.44 “de rescindenda venditione”. La laesio ultra dimidium”, en *Revista General de Derecho Romano*, n.º 11, Madrid, 2008.
- PEÑAILILLO, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*. n.º 208, Concepción, 2000.
- PERRONE, Andrea, “The just price doctrine and contemporary contract law: some introductory remarks”, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*. Anno 122, vol. 2, Roma, 2014.
- PESCH, Heinrich, *Excerpts from the Lehrbuch der Nationalökonomie*, trad. Rupert Ederer, Lanham, University Press of America, 1998.
- PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés, tomo sexto, las obligaciones, (parte I)*, trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, Cultural S.A., 1946.
- RASCÓN, Cesar, *Rescisión de los contratos por lesión (la justiciar de los precios)*, León, Universidad de León, 2001.
- RIVERA FARBER, Octavio “La lesión en los contratos civiles”, 1993. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/103/cnt/cnt14.pdf> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2020].
- ROZAS VALDÉS, Juan Manuel “Como se comete la usura”, 2012. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4054885> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2020].

- SABATER BAYLE, Elsa, “Rescisión por lesión y usura en el derecho español, con algunas referencias al Derecho argentino”, en Enrique RUBIO TORRANO (dir.), *Libro homenaje a los Congresos de Derecho Civil Argentino “Comentario a las leyes 499 a 507 del Fuero Nuevo”*. Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- SANSÓN RODRÍGUEZ, María Victoria, “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el derecho romano clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, n.º 18, Tenerife, 2001.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicas de España, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1988, t. III.
- SOAJE RAMOS, Guido, “El fin de la comunidad política para el Aquinate: ocho tesis”, ponencia a la XVI Semana Tomista de 1991, Buenos Aires.
- SOAJE RAMOS, Guido, “Sobre la politicidad del derecho”, en *Boletín de Estudios Políticos*, n.º 9, Mendoza, 1958.
- SOMBART, Werner, *Der moderne Kapitalismus*, München, Duncker & Humblot, 1916.
- SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, libro VI.
- STANG, William, “The social order before and after the protestant Reformation”, 2007, Disponible en <http://distributist.blogspot.com/2007/01/social-order-before-and-after.html> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2020].
- STIGLITZ, Rubén y Mariana BERNAL FANDIÑO, “La lesión enorme en Argentina y Colombia: un estudio comparado”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 33, Bogotá, 2017.
- STORCK, Thomas, “Is usury still a sin?”, 2012. Disponible en <https://distributist-review.com/archive/is-usury-still-a-sin> [fecha de consulta: 17 de marzo de 2020].
- VALDEBENITO GONZÁLEZ, María Paz, “La doctrina del Justo Precio, desde Aristotéles hasta la escuela moderna subjetiva del valor”, en *Economía y Sociedad (Pensamiento Crítico Latinoamericano)*, vol. 20, n.º 34, San Nicolás de Hidalgo, 2016.
- VALDES CRUZ, Alejandro, *El justo precio*, memoria para obtener el grado de Licenciado en Derecho, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1983.
- VALMAÑA, Silvia, “Evolución histórica del concepto de justo precio y de rescisión por *laesio ultradimidium*”, en *Revista de Derecho UNED* n.º 16, Madrid, 2015.
- VALMAÑA, Silvia, *Evolución histórico-jurídica de la rescisión por laesio ultradimidium*, tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2017.
- VILLEY, Michael, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- VON HAYEK, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2006.
- VON HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2008.

- VON MISES, Ludwig, *La acción humana. Tratado de economía*, Madrid, Unión Editorial, 2009.
- WALKER SILVA, Nathalie, *La rescisión por lesión en el Código Civil Chileno*, tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.
- WIDOW, Juan Antonio, *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, 2ª ed., Santiago, Editorial Universitaria, 1984.
- WIDOW, Juan Antonio, “La ética económica y la usura”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, n.º10, Madrid, 2004.
- WIDOW, Juan Antonio, “La teoría económica de los escolásticos españoles”, versión castellana de la conferencia leída durante el Congreso “Hispanic Philosophy in the Age of Discovery”, organizado por The Catholic University of America, Washington DC, 1992. Disponible en www.yumpu.com/es/document/read/38746923/la-teoria-economica-de-los-escolasticos-espanoles-i [fecha de consulta: el 11 de agosto de 2020].
- WOODS, Thomas, *La Iglesia y la economía. Una defensa católica de la economía libre*, Madrid, El Buey Mudo, 2010.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 2ª ed., Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1996.

Siglas y abreviaturas

Bas.	<i>Basílicas</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
C.	<i>Códex</i>
coord.	coordinador
D.	<i>Digesto</i>
d.C.	después de Cristo
DF	Distrito Federal
dir.	director
ed.	edición <i>a veces</i> editor
Ediasa	Ediciones Académicas, S.A.
etc.	etcétera
Eunsa	Ediciones Universidad de Navarra S.A.
http	Hypertext Transfer Protocol
https	HyperText Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí en ese mismo lugar)
n.º <i>a veces</i>	núm. número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página

- pp. páginas
- ss. siguientes
- S.A. Sociedad anónima
- s/f. sin fecha
- SJ Societas Iesu (Compañía de Jesús)
- S.M Su Majestad
- t. tomo
- Thes.* *Tesalonicenses*
- trad. traducción
- UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia
- vol. volumen
- www World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 17 | 2020

EL DECAIMIENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO ¿EXTINCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO? ¿EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO? DEL DERECHO COMO LITERATURA DE FICCIÓN

*Eduardo Soto Kloss**

*Dichosos los que guardan el derecho
y en todo tiempo practican la justicia^{1,2}*

I. La extinción de los actos administrativos en Chile

Sabido es que las formas o causales de extinción de los actos administrativos en Chile ha adquirido cierta homogeneidad a raíz de la aceptación por parte de la Contraloría General de la República de la formulación que se adoptó por profesores de derecho administrativo en las Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Público de 1958, en Montevideo, a las que asistieron los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Enrique Silva Cimma y Patricio Aylwin Azócar³, y que la referida Contraloría en 1966 asumió a través de su dictamen n.º 89271, siendo Contralor General precisamente Enrique Silva Cimma. Este dictamen contralor sistematizó la extinción de los actos administrativos efectuados por disposición de la propia Administración que los ha emitido, estableciendo tres formas, a saber: la “invalidación”, la “revocación” y la “caducidad”⁴.

* Doctor en Derecho, Universidad de París (Sorbonne). Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidades Católica de Chile y Santo Tomás.

¹ *Salmo* 105, 3.

² Este es el texto ampliado del curso “El acto administrativo” impartido en el primer semestre 2020 en el programa de Magister en Derecho Público/Derecho regulatorio, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile.

³ Véase *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, n.ºs 1-2, Montevideo, 1959, pp. 309-351 y 380-381; también Héctor BARBE PÉREZ, “El poder de revocar los actos administrativos”, donde esclarece la terminología de esta clasificación.

⁴ Puede ser de interés nuestros trabajos “La invalidación de los actos administrativos”, pp. 475-483; “Sobre la autotutela de la Administración (la jurisprudencia judicial)”, p. 5; “La intangibilidad de los permisos de construcción. ¿Es posible dejarlos sin efecto por vía administrativa?”, pp. 127-131; “Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los

Sobre esto, la labor contralora ha desarrollado⁵ una abundante jurisprudencia de aplicación constante, frecuente y reiterada, usando su propia expresión, y que no pocas veces hemos criticado por su visión estatista que suele pasar de largo frente a los derechos de las personas que se relacionan con la Administración.

Pues bien, en tal construcción conceptual no aparece el llamado “decaimiento”, ni en su origen, ni en su evolución, ni tampoco hoy; en otros términos, para la CGR *no existe* tal causal de extinción, lo que ha quedado consagrado, entre otros, *v. gr.*, en el D. 30871/2016, que así lo expresa textualmente.

Valga señalar que, si bien no encontramos referencia a este “decaimiento” en las actas de esas Jornadas de Montevideo de 1958, Enrique Sayagués Laso ha de haber trabajado el tema porque en su conocido *Tratado de derecho administrativo* dedica veinte líneas sobre el tema en el n.º 346, tomando la idea de autores italianos que cita al efecto (en notas 3 y 4 de p. 527 y 1 de p. 528) y también cita a su colega Aparicio Méndez (en nota 2 de p. 528).

II. En qué consistiría dicha extinción

Más que hablar de “consistiría”, que supone que tendría “consistencia” (cosa que tratamos aquí de indagar), preferimos preguntarnos lo que “habría” (en su pretendida existencia) en el “decaimiento” como posible causal de extinción de los actos administrativos (tanto del acto terminal como de los actos trámites en su conjunto/procedimiento administrativo, como ha afirmado la Corte Suprema en fallos que veremos).

Siguiendo un “injerto extranjerizante”, esta vez italiano, en el decaimiento habría una pérdida de energía, de fuerza jurídica, un “*affievolimento*”, en la terminología italiana, un ‘debilitarse’, lo que haría que sus efectos perdieran su potencialidad, se produciría una especie de “anemia” jurídica del acto administrativo; en buenas cuentas, el acto administrativo se “desinflaría”, como sucede con un neumático que pierde el aire y, por tanto, carece de eficacia para cumplir su fin. Más de alguno, tal vez, piense que esto parece más propio de la literatura o de ciencia ficción que de ciencia jurídica...

destinatarios. A propósito del artículo 53 inciso 1º de la Ley 19.880”; pp. 283-291; sobre “revocación”, véase “La ejecución del acto administrativo (suspensión y revocación)”, pp. 88-118 y “Notas sobre algunos aspectos de la llamada “revocación” de los actos administrativos (artículo 61 de la Ley 19.880)”, pp. 83-98.

⁵ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, pp. 527-528.

¿De dónde viene esta idea de una especie de “anemia” del acto administrativo? Y, ¿qué razones pueden existir o causales que lo justifiquen, como para que desaparezca el acto?

La idea del decaimiento viene a raíz de lo que podría denominarse como el sobrevenir un “cambio en las circunstancias” del acto administrativo que habiendo sido dictado en conformidad a derecho y habiendo producido sus efectos, que siguen produciéndose, pierden estos su energía jurídica en razón de esas circunstancias sobrevinientes, y se dice que el acto carece de sentido, que se transforma en “inútil”⁶.

Se ve bien que esta forma de extinción que se propone o propugna linda muy cerca, si no derechamente, con lo que los italianos, ya a mediados del siglo XX, y aun antes, denominaban con más o menos precisión como “revocación”, es decir, el retiro o eliminación de un acto administrativo (no de un procedimiento administrativo) que o había sido emitido con violación del derecho y le llamaban “revocación por ilegitimidad/ilegalidad” o, bien, habiendo sido emitido en conformidad a derecho, esas circunstancias sobrevinientes lo convertían en “inoportuno” o en “inconveniente”, situación a la que denominarían “revocación por mérito”⁷.

Puede advertirse que ese “cambio sobreviniente de circunstancias” es lo que la CGR –siguiendo a los autores italianos (D. 89.271/1966, cit.) denominó “revocación”; en contraposición a lo que la doctrina italiana denominaba “revocación por ilegitimidad”, llamó a esta como “invalidación”, terminología que se conserva hasta hoy pasados ya cincuenta y cuatro años, y que la jurisprudencia judicial también acogiera, incluso hoy⁸.

Hemos visto en las explicaciones dedicadas a la invalidación y a la revocación lo que la jurisprudencia contralora ha significado respecto de los derechos de los destinatarios de los actos administrativos y cómo

⁶ Véase, entre los autores italianos, Santi ROMANO, “*Osservazioni sull’invalidità successiva degli atti amministrativi*”; para el derecho francés puede ser de interés lo que fuera parte del capítulo segundo de nuestra de doctorado Eduardo SOTO KLOSS, *L’application dans le temps des actes administratifs*, traducido como “El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés”, pp. 53-105, traducido al portugués, en *Revista de Direito Publico*, pp. 8-36.

⁷ Véase *v. gr.* sobre la “revoca”, entre otros, Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. 1, pp. 1077-1086, con bibliografía en pp. 1085-1086, antes R. Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, texto clásico en la materia; también Raffaele Alessi, con igual título, la segunda edición, Milano, Giuffrè, 1956 y sus *Principi di diritto amministrativo*, vol. 1, pp. 400-414, y F. PAPARELLA, *Revoca*, pp. 204-232 con bibliografía. Sobre “mérito”, terminología típica italiana, véase. GIANNINI, *op. cit.*, vol 1, pp. 485-490 y 634-639 con bibliografía; ALESSI, *op. cit.*, vol. 1, pp. 211-212; clásico en el tema es Antonio AMORTH, *Il merito nell’atto amministrativo*; también V. OTTAVIANI, *Merito*, 5 p. 75 y ss.

⁸ Véase reciente, CORTE SUPREMA, 21 de junio de 2020, rol. 39.182-2019, pp. 174-180, con comentario nuestro.

suele haber sido poco respetuosa de ellos, en una visión de clara raigambre estatista, aceptando como principio general que “los actos administrativos son esencialmente revocables”, pretendido principio que repugna al más elemental sentido común⁹.

Debe advertirse que ello venía siendo postulado por abogados de la Dirección del Tesoro (encargados de la defensa fiscal) ya a fines de la década de los noventa del siglo XIX y que originara el célebre dictamen o Vista de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, de 17 de abril de 1894, en que se califica tal pretensión como un “error vulgar”¹⁰. Si revisamos la doctrina italiana de principios del siglo XX, encontraremos que también sostenían algunos autores esta “barbaridad” de ser los actos administrativos “esencialmente revocables”, o sea, que por su “intrínseca naturaleza” están destinados a ser revocados (y nos se preguntamos entonces, ¿para que se emiten?). En lógica elemental, tal proposición no resiste ningún fundamento, resultando enteramente contradictoria con la idea misma de acto administrativo¹¹. Abeledo Perrot estudia el punto, señalando la incoherencia de afirmar que los actos administrativos son en esencia revocables, como si perteneciera ello a su esencia o naturaleza, lo que califica de “una inconsecuencia”, como si se pretendiera afirmar que la expropiación es de la esencia del derecho de propiedad... (p. 580), y agrega (p. 582) que ello “es irrazonable”, porque, ¿cómo entonces afirmar al mismo tiempo que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad?

Pero dentro de nuestro tema advertiremos en este punto, que el decaimiento no podría tener cabida en la visión contralora desde que la pretendida “inutilidad” del acto administrativo cae de lleno bajo el rótulo sea de “oportuno”

⁹ Esta frase, ha sido elevada por la Contraloría a “principio general” del derecho público chileno según el D 9747, de 10 de febrero de 1964, que tenemos a la vista y que en el primer párrafo de su parte “Consideraciones”, dice textual: “que *en el ámbito del Derecho Administrativo* no cabe aplicar los conceptos de ejecutoriedad, cosa juzgada y desasimio con el mismo sentido y alcance que a ellos se les atribuye en el campo del Derecho Privado, toda vez que debe tenerse presente que en esta materia, *rige como principio de carácter general aquel de que los actos administrativos sean esencialmente revocable*” (cursivas nuestras). Esto se repetirá en 1973, en el D 9180 de 14 de diciembre de 1973 y aun hasta hoy se repite. Este “seudoprincipio” que vemos en el dictamen referido de 1964, debe haber sido aceptado bastante antes por cuanto en Patricio AYLWIN AZÓCAR, *Derecho administrativo*, t. II, p. 75, al tratar de la revocación de los actos administrativos, encontramos que dice textual: “En principio se admite que los actos de la administración son esencialmente revocables”.

¹⁰ Véase Valentín LETELIER, *Dictámenes 1891-1918*, pp. 75-76.

¹¹ Así, *v. gr.*, L. RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità* y su artículo “La revocabilità degli atti amministrativi”, p. 216 y ss.; ya más matizado en Cino VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. I, pp. 365-375 (edición actualizada en 1965). Valga recordar a Miguel Santiago MARIENHOFF, gran maestro argentino de la disciplina, en su *Tratado de derecho administrativo* (varios tomos y ediciones).

o, sea, de “inconveniente”, causales que son precisamente propias de la “revocación” en la noción contralora (según lo expresara en el D 89.271/1966 referido).

Debemos señalar que cuando hablamos de “extinción del acto administrativo” pareciera que olvidamos que *los actos administrativos se dictan para producir efectos y efectos jurídicos, y respecto tanto del propio autor/ Administración como de sus destinatarios* tanto la comunidad o un grupo de ella, si son actos de efectos generales, como de destinatarios individuales, si son de efectos particulares. Es decir, se dictan para “satisfacer necesidades públicas” que es “su finalidad intrínseca” (artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2° de la Constitución). Y es usual que, cuando se estudia el tema se soslaya o pasa de largo sobre lo más importante como es el “efecto” que esa extinción tiene en las situaciones jurídicas de sus destinatarios, especialmente individuales, o sea, en sus “derechos surgidos de esos actos”, porque una cosa es que se extinga el acto y otra que se extingan los efectos. Esto, pues muy bien puede extinguirse el acto, pero sus efectos quedan intangibles para el destinatario, como bien puede ocurrir que se extingan los efectos, pero no el acto, o se extingan ambos al mismo tiempo. Cuando estudiamos lo que dicen los autores al respecto o aun los fallos judiciales se puede advertir que no se detienen en este punto.

III. Aparición en la jurisprudencia suprema

El decaimiento como causal de extinción del acto administrativo y, cosa paradójica, del “procedimiento administrativo”, aparecerá por la vía de sentencias de la Corte Suprema, que está acostumbrada, desde hace ya más de una década, a “inventar” soluciones jurídicas para resolver casos concretos dejando de aplicar el derecho vigente, y “legislando” así, ya no como operadores “activistas” sino directamente asumiendo una “función legislativa” de la que carecen por completo y colocándose así, fuera de la Constitución, para decirlo con claridad y sin eufemismos ni rodeos.

3.1. *EN EFECTO, EN SHELL CHILE S.A.C.I. C/SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS Y COMBUSTIBLES*
(CORTE SUPREMA 28 DE DICIEMBRE DE 2009, ROL 8682-2009,
MINISTROS OYARZÚN, CARREÑO, ARANEDA Y PIERRY, REDACTOR,
ABOGADO INTEGRANTE B. MAURIZ)

Se trataba de un procedimiento administrativo sancionador instruido por dicho organismo fiscalizador que terminaría con una sanción en contra de

la actora, la cual dedujo acción de reclamación en su contra. Dicho procedimiento había tenido una duración excesiva entre la producción del pretendido ilícito de la actora y el acto-sanción, pues habían transcurrido cuatro años, dos meses y veintiocho días, sin que la demandada se pronunciara sobre los descargos de la actora, y por lo cual la Corte en su considerando 7º señala que el acto terminal/sanción “se torna inútil ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represiva, (desde que) con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares”. Es curioso que no advierte el juez supremo que si la sanción se torna “inútil” –usa la misma expresión de la doctrina italiana de los años cincuenta del siglo XX– ello significa que tal acto sanción *no es conforme a derecho*, ya que a la Administración del Estado no se le confieren atribuciones/potestades jurídicas de imposición para dictar actos “inútiles”, sino para satisfacer necesidades públicas concretas por medio de decisiones que sean “oportunas” y que las satisfagan real y verdaderamente, de un modo “idóneo y eficaz” (y esto por expresa disposición legal y de la ley orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado, 18575/1986, artículo 3º). Luego, tal acto-sanción es un acto que ha vulnerado el derecho *por no haber obtenido su propio fin*, fin que está en la propia estructura de la potestad pública que la ley le ha conferido al órgano sancionador¹², y vulnerado, además, el derecho de la afectada a un “debido procedimiento” que exige un acto terminal en un plazo razonable y no que “excede todo límite de razonabilidad”, como dice el propio fallo.

De allí que no puede sostenerse que el acto-sanción “decae”, sino que procede afirmarse directamente que es “contrario a derecho” y, por tanto, el dejarlo sin efecto es en razón de su patente “ilegalidad”, además de carecer de todo sustento normativo, como muy bien lo ha afirmado una ministra suprema¹³; por ello, si el propugnador de este artificio del “decaimiento” hubiera tenido mayor rigor intelectual (que traer este “injerto extran-

¹² Recuérdese nuestra explicación de la “estructura de la potestad administrativa”, que es “un poder jurídico *finalizado* en beneficio de un tercero” (un destinatario específico o la comunidad toda o parte de ella): véase Eduardo SOTO KLOSS, *derecho Administrativo*, vol. 2: Principio de juridicidad, pp. 51-63. La idea de “fin” está en la base, en el fundamento de la actuación del órgano administrativo para satisfacer necesidades públicas; no cabe olvidar que el “fin” es la razón misma de la atribución de las potestades administrativas que se le confieren a esos órganos y, además, de la existencia de los organismos mismos que integran la Administración del Estado. Esta idea de “fin” la atisba muy bien Alejandro Parodi T., en su comentario al fallo Shell cit. “Ineficacia de multa por demora excesiva de la Administración en resolver el procedimiento sancionador”, pp. 237-261, el punto en pp. 245, 256 y 260, pero no llega al fondo de la argumentación.

¹³ Véase la prevención de la ministra Rosa Egnem Saldías en CORTE SUPREMA, 17 de septiembre de 2015, rol 7554-2015.

jerizante”, esta vez italiano que no francés, como en otras ocasiones...), habría advertido que esa “inutilidad” de que hablan los autores italianos se confunde con la “revocación” y no con un pretendido “decaimiento”¹⁴.

Pero antes, en el considerando 5° el tribunal nos ofrece otra “perla”, como es la del “inventar” el que los “procedimientos administrativos” también “decaen”. O sea, la Corte Suprema ha “inventado” que el “decaimiento” es una forma de extinción de los procedimientos de elaboración de los actos administrativos en Chile (sic!), algo que ningún texto legislativo en Chile lo ha establecido hasta hoy. Es decir, afirma la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo lo que llevaría a la pérdida de eficacia del acto administrativo terminal que lo concluye.

Al leer el fallo nos damos cuenta de que no hay un conocimiento muy preciso de lo que se está sosteniendo porque habla de decaimiento del procedimiento administrativo y luego del decaimiento del acto terminal, como si hubiera una relación directa de uno y otro decaimiento y uno fuera la causa del otro, lo que implica un grave desconocimiento del tema y, además, un saltarse sin rubor el ordenamiento jurídico vigente que regula tanto dicho procedimiento como dichos actos¹⁵.

Y es que esa secuencia resulta incoherente por cuanto se advertirá que si “decae” el procedimiento administrativo simplemente no hay acto terminal válido, este será contrario a derecho y, por tanto, habría que haber aplicado las normas existentes sobre “invalidación” si es que se dictó (como ha ocurrido en los ya numerosos casos, incluso recientes), y no declarar el “decaimiento” jurisprudencial del procedimiento¹⁶.

¹⁴ Son las consecuencias inevitables cuando se practica un comparatismo “a la violeta...”. Se nos viene a la memoria aquello de “no juzgarás según las apariencias ni decidirás por lo que oigas decir”, Isaías 11,3.

¹⁵ Véase sobre esta incoherencia, Gabriel BOCKSANG, “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios, a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, pp. 225-252.

¹⁶ Entre los fallos recientes véase *u. gr.*, CORTE SUPREMA, 16 de enero de 2019, rol 257-2019; CORTE SUPREMA, 7 de enero de 2020, rol 13.386-2019; particularmente importante nos parece CORTE SUPREMA, 26 de marzo de 2019, rol 23.056, en cuyo considerando 9° se expone sobre la noción de “decaimiento”, ya más perfilada (lo que no significa que sea exacta), y asumiendo lo planteado por un autor –Luis Cordero Vega– que cita al efecto, señala que esta figura “resulta procedente solamente en los casos en que se afecta el contenido jurídico de un acto por circunstancias sobrevinientes, que provocan que sus efectos ya no puedan sostenerse, al haber desaparecido los presupuestos reglados del acto administrativo, o por su alteración sustancial en relación con una regulación posterior” (es lo que enseñaba SAYAGÜES, *op. cit.*, siguiendo a Aparicio Méndez, *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación*). También aquí se plantea que el plazo para acoger ese “decaimiento” es de dos años, aplicando el plazo que la Ley n.° 19880, artículo 53 inciso 1°, dispone para el ejercicio de la “invalidación” por parte del autor de un acto, lo que había aparecido ya en

Si se advierte, *hay una clara confusión* en la noción de “decaimiento” que se pretende describir (y que se acoge), con la de “revocación” contralora, y judicialmente aceptada, pero que sería aplicable solo a los actos administrativos-sanción. Es decir, este “decaimiento” sería una especie de “sanción” –según la Corte Suprema– para aquellos actos-sanción, que son el fruto de un procedimiento cuya tramitación excede dicho plazo de dos años. ¿Significa ello que se ha dejado de lado el planteamiento originario de exigir para su procedencia la existencia de una “dilación excesiva e injustificada”, a menos que se probara que hubo caso fortuito o fuerza mayor? Daría la impresión de que se habría abandonado ese criterio para aplicar el plazo de dos años del artículo 53 de la Ley n.º 19880, pero nunca se puede afirmar algo con certeza cuando se trata de los fallos de la tercera sala de la Corte Suprema.

Hemos de señalar que la invocación del artículo 53 cit. carece de toda coherencia para ser aplicado aquí, pues significa (sin quererlo, tal vez) que el acto que se pretende que “decae” no es que pierda eficacia o “se desinflen”, sino que *es “ilegal”, por carecer de “competencia” el órgano que dictó el acto-sanción* al haber excedido el procedimiento los seis meses que ha fijado como plazo para ejercer dicha potestad sancionadora el artículo 27 de la Ley n.º 19880. ¡Qué extraña manera del razonar supremo!: se aplica un texto que ni remotamente incide en la materia y se deja de aplicar dicho artículo 27 que sí, y con claridad, se refiere al tema. De interés nos parece el reconocimiento muy exacto que hace en su prevención el abogado integrante Julio Pallavicini M. (exalto funcionario de la Contraloría General de la República) en cuanto deja constancia que la afirmación de que no existen plazos fatales para la Administración es una construcción en esencia contralora sin asidero legal (como venimos afirmando desde

2010 en CORTE SUPREMA, 28 de diciembre de 2010, rol 7274-2009, caso en cual se aplica el “decaimiento” a un caso de “inoportunidad”, causal en la cual propiamente sería procedente la “revocación” (que no tiene dicho plazo de dos años, véase artículo 61 de la Ley n.º 19880, que más encima no señala ni plazo para ejercerla...), y en CORTE SUPREMA, 28 de diciembre de 2010, rol 7502-2009, CORTE SUPREMA, 17 de enero de 2011, rol 6538-2010, CORTE SUPREMA, 20 de julio de 2010, rol 8387-2010, luego en CORTE SUPREMA, 17 de enero de 2013, rol 8413-2012, también en CORTE SUPREMA, 19 de mayo de 2016, rol 28.400-2015 y en CORTE SUPREMA, 16 de enero de 2019, rol 257-2019, op. cit., planteamiento que ahora parece ser pacífico. Debemos señalar que planteada esta defensa del decaimiento del procedimiento o del acto administrativo que les agravia por los afectados en otras materias, la Corte Suprema lo ha rechazado según se advierte, *v. gr.*, entre otros, en CORTE SUPREMA, 13 de marzo de 2012, rol 281-2012; CORTE SUPREMA, 22 de octubre de 2012, rol 4.817-2012; CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 2016, rol 27.989 o en CORTE SUPREMA, 27 de noviembre de 2017, rol 11.706-2017, caso en el cual habla de “caducidad o decaimiento”, dando la impresión que le da el carácter de “sinonimia” a ambos términos (lo que parecería insólito a esta altura del tema...)

hace décadas), prevención que contrasta con la jurisprudencia suprema que aún acepta dicha “aberración” contralora.

Veamos otros casos en que la Corte Suprema, hace ya una década, se embarcó en las procelosas aguas del “decaimiento”, invento que ha sido fruto del mal entendimiento de una construcción italiana, referente a otro tema.

3.2. *EN HIDROELÉCTRICA LA CONFLUENCIA S.A. C/ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS ELÉCTRICOS Y COMBUSTIBLES (CORTE SUPREMA, 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015, ROL 7554-15, MINISTROS PIERRY, EGNEM; PREVENCIÓN, SANDOVAL; VOTO EN CONTRA, ARÁNGUIZ, REDACTOR Y CERDA, EN IUS PUBLICUM N.º 37, SANTIAGO, 2016, PP. 131-138)*

Apelación en acción de reclamación en contra de una multa de 240 UTM impuesta a la actora por dicha demandada, el tribunal aclara –ya han transcurrido casi seis años desde la “creación jurisprudencial” de 2009– el concepto de “decaimiento” que ha ido decantando y tratando de hacerlo más potable, en cuanto a que se trataría del “decaimiento del procedimiento administrativo”, porque se explica que ello sucedería en la medida por la “dilación injustificadamente excesiva” en su instrucción, es decir, que tal exceso no tenga una justificación en hechos concretos que hubieran impedido llevarlo a cabo en el plazo que la legislación señale (*v. gr.* en el caso citado, tres años según el artículo 17 bis de la Ley n.º 18410).

Es el considerando 4º el que se refiere al tema:

“...esta Corte ha sostenido reiteradamente la aplicación de la citada figura del decaimiento de los actos de la Administración cuando esta ha incurrido en demoras excesivas en la resolución de los asuntos pendientes ante ella”.

Y ello

“como el resultado de la dilación que excede todo límite de razonabilidad contrariando diversos principios de derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa”,

tales como el debido proceso y la resolución oportuna, la eficacia y eficiencia administrativa, la celeridad, el conclusivo y la inexcusabilidad (todos ellos consagrados en el artículo 3º de la Ley 18575/86, ley de bases de la Administración del Estado y en la Ley 19800/2003, artículo 4º). Y precisa su criterio en el considerando 6º en el cual establece que no cualquiera dilación en la dictación del acto terminal produce el decaimiento de este

(aquí habla ya del “acto” no del “procedimiento”) sino “aquella que es excesiva e injustificada”, lo que será repetido en varios fallos sucesivos¹⁷.

IV. Las incoherencias en su formulación

De los fallos que ha planteado esta “figura” como ellos la llaman, nos da la impresión de que los ministros supremos que han conocido de estos asuntos o los abogados que plantearon las defensas de las empresas eléctricas sancionadas, la han tomado del *Tratado de derecho administrativo* de Enrique Sayagués Laso, ya referido, publicado a fines de la década de 1950, muy reconocido por aquellos años, si bien no es citado en los fallos que hemos leído. Pero la han tomado *ad usum delphini*, es decir, *pro domo suo*. Dicho esto, no resulta difícil señalar que se da poca lógica en las argumentaciones esgrimidas, como lo hemos indicado líneas antes, pero también muy poca claridad en su configuración conceptual, porque como veremos en el punto siguiente, ¿pueden los procedimientos “decaer” en su energía jurídica y desaparecer sus efectos? Y, ¿los actos administrativos pueden propiamente “decaer” en sus efectos jurídicos y “desinflarse”? Porque los procedimientos, como sucesión de actos trámites que son, van produciendo sus efectos de inmediato y *se agotan una vez producidos*, por lo cual no se ve cómo pueden devenir “inocuos” o “inútiles”. Y respecto de los actos administrativos o ellos son “contrarios a derecho” y, por tanto, su efecto es su “nulidad” *ipso iure*, y procede su “invalidación”, por vía

¹⁷ Como ya lo había señalado la CORTE SUPREMA, 19 de marzo de 2015, rol 1719-2015; no considerando el tribunal que la dilación ha sido injustificada, rechazará la reclamación deducida por la empresa afectada. Merece destacarse en este caso “la prevención” de la ministra Rosa Egnem Saldías que “desestima la alegación relativa al decaimiento del procedimiento, que consistiendo este en *una sanción está subordinado al principio de legalidad, de modo que una medida como la propuesta requiere en su concepto de texto legal expreso que la consagre y es del caso que la figura mencionada carece de tal sustento*” (cursivas nuestras); no puede ser más exacto lo prevenido. Sobre el criterio de la dilación “excesiva e injustificada” de un procedimiento sancionador abundan los casos en los años 2010 a 2012 o 2013, como, entre otros; CORTE SUPREMA, 28 de diciembre de 2010, rol 7502-2009, *op. cit.*; CORTE SUPREMA, 17 de enero de 2011, rol 6538-2010, *op. cit.*; CORTE SUPREMA, 20 de julio de 2010, rol 8387-2010, *op. cit.*; CORTE SUPREMA, 24 de enero de 2013, rol 8741-2012; CORTE SUPREMA, 24 de enero de 2013, rol 6745-2012, etc. Puede ser de interés señalar que un fallo muy reciente como de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 2020, rol CA-512-2019, ha rechazado la pretensión del decaimiento del procedimiento administrativo y en consecuencia del acto sanción impuesto “porque no existe en la ley administrativa una norma que contemple la sanción que se pretende se haga operativa en autos” (considerando 4º).

administrativa (según la Ley n.º 19800 artículo 53) como ya lo admitió la CGR en 1966 y hasta ahora, o si son “inconvenientes” o “inoportunos”, según esa concepción contralora, sería procedente la “revocación”. Pero ¿cómo entonces, admitir este “decaimiento” supremo que, además, no tiene sustento normativo en el ordenamiento chileno? ¿Es que, acaso, en nuestro ordenamiento jurídico del derecho público chileno no hay “figuras”, “instituciones”, “medios” o “mecanismos” que dan solución adecuada a los litigios que se presentaron y se siguen presentando? ¿Es tan pobre nuestro derecho administrativo que algunos jueces y supremos necesitan ir al extranjero para traer estos “engendros”? ¿No será, tal vez, que lo pobre es el conocimiento de él? ¿Será todavía cierto que en nuestro foro el derecho público es tan desconocido? Veámoslo.

V. *La ausencia de fundamento normativo*

No podemos dejar de señalar que la procedimentalización de la actividad administrativa fue una de las primeras actividades del gobierno del libertador Bernardo O’Higgins al asumir el mando de la nación (febrero de 1817), antes de declararse la independencia de la monarquía de España (1818), ni puede olvidarse el gran desarrollo de los procedimientos gubernativos de la monarquía hispánica de los Austrias y trasladado a estas Indias Occidentales a través del llamado “derecho indiano”¹⁸.

Ha de recordarse que el procedimiento administrativo en Chile tiene un muy claro e indiscutido fundamento en la Constitución, ya que varias de sus disposiciones hacen referencia a él. En las propias “Bases de la Institucionalidad”, capítulo 1º de la Constitución, se consagra como requisito de validez de los actos de los órganos del Estado su sujeción a “la forma que prescriba la ley” (artículo 7º inciso 1º), y esa “forma” es, precisamente, el “procedimiento de su elaboración”, aquí el que concierne a la elaboración de los actos administrativos, a lo que se refiere específicamente el artículo 60/63 n.º 18, en cuanto ello es materia de “reserva legal”, esto es propio de la competencia del legislador (de la ley, no de reglamentos) y elevado a “derecho fundamental” en cuanto la Constitución reconoce,

¹⁸ Nos viene aquí a la memoria la gran obra del Consejo de Indias que tuvimos el gusto de estudiar allá por el año 1974 y ver cómo regulaba con detalle la actuación de las autoridades indianas, véase Eduardo SOTO KLOSS, “Apuntes sobre la historia de la administración en Indiana en Chile”, pp. 105-152. Y es de justicia, asimismo, recordar la labor de la CGR en el desarrollo del tema a partir de la década del cincuenta en adelante del siglo pasado.

asegura y ampara el “derecho al debido procedimiento” racional y justo, en este caso, administrativo, en su artículo 19 n.º 3, inciso 6º.

Por otra parte, ya en el año 2003, y a raíz de los escándalos de corrupción producidos en el gobierno Ricardo Lagos Escobar (casos MOP Gates y otros)¹⁹ se dictó la Ley n.º 19800, sobre procedimientos administrativos, que, si bien tiene un carácter supletorio, en su parte de principios ha tenido una constante y fructífera aplicación para sujetar a la Administración al derecho en su actuar. En efecto, los procedimientos administrativos deben conformarse en su estructura y aplicación a “principios” que la ley ha precisado de manera expresa, debiendo sujetarse la actuación de la Administración al de legalidad, igualdad de los sujetos que participen, imparcialidad del órgano instructor y resolutor (en especial en los procedimientos sancionadores), gratuidad, impulsión de oficio, inexcusabilidad, celeridad, economía procedimental, fundamentación de las decisiones que emita, y conclusivo, vale decir la necesidad que concluyan con un acto terminal que resuelva el asunto (artículos 4º que los enuncia y 5º a 16º que señala su contenido).

Que el “decaimiento” como “figura” jurídica en nuestro ordenamiento vigente carece de fundamento normativo es algo que no puede discutirse, si se tiene solamente en cuenta que los fallos que en profusión se han dictado por la Corte Suprema no señalan norma alguna en las que puedan apoyarse y solo se acude a los “principios” de la Ley n.º 19800 cit., que en parte alguna sostienen esa figura, ni siquiera por aproximación. Lo ha resaltado en varios fallos la ministra Rosa Egnem Saldías, como lo hemos indicado en párrafos precedentes, lo que no puede refutarse, porque así es en la realidad.

Por otra parte, si bien no incide solo en los casos litigiosos donde ha aparecido esta construcción del “decaimiento”, nos parece oportuno tratar de esclarecer un punto que pudiera provocar problemas si no se tiene un análisis más riguroso: cuando se afirma que un acto administrativo “decae” por, *u. gr.*, desaparecer un “presupuesto de hecho”, como sería el “hecho/necesidad pública”, motivo del acto (el *factum*), en el ejemplo clásico del terreno de playa concedido a un particular con fines turísticos o gastronómicos y que desaparece por un maremoto, no es que el acto “decaiga”, no “se desinfla”, ni pierde energía jurídica, sino que desaparece el “objeto” mismo del acto, extinguiéndose *ipso iure* por carecer de “fundamento”, de “justificación” (de “causa” tal vez diría un civilista), desde que no puede realizarse el objeto mismo del acto. Lo que hay propiamente allí es una extinción del acto por “causas naturales”, como suele decirse en la perspectiva contralora, algo por completo extrínseco al acto mismo, originado por un fenómeno de la natura-

¹⁹ Hemos referido los casos de corrupción en el periodo 1990-2010 en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., pp. 161-164.

leza, causa sobreviniente constituida por un hecho natural. Además, cuando se dice que el acto administrativo “decae” por desaparecer un “presupuesto de derecho”, como, *v. gr.*, la modificación legal de la situación en cuestión, hay que ser cuidadoso en la respuesta porque debe, sin excepción, distinguirse entre actos de efectos generales (como un reglamento) y actos de efectos particulares/individuales. Respecto de los primeros aparece indudable que si se modifica la ley que es la base normativa del reglamento, este deberá ser modificado en lo que haya modificado el legislador, pues debido a esa modificación legal carece de fundamento; es más, queda *ipso iure* eliminada la disposición (o disposiciones) reglamentaria (s) que le es(son) contraria(s), podría decirse que habría en concreto, una “derogación tácita”. Por cierto, si se deroga la ley misma que es base del reglamento, este también queda derogado, sin efecto, pues desapareció su fundamento normativo. Pero es necesario afirmar de inmediato que las situaciones y sus efectos jurídicos que se han configurado en aplicación de esa ley y ese reglamento quedan intangibles puesto que han entrado al patrimonio de sus destinatarios y, por tanto, son “propiedad” de ellos (artículo 19 n.º 24 inciso 1º de la Constitución). Respecto de los actos de efectos individuales, si cambia el régimen jurídico que regula una materia, o se deroga una ley o disposiciones de ella sobre cuya base se han dictado actos administrativos, *v.gr.* de concesión, de autorización, etc., estos actos de modo alguno “decaen”, ni se extinguen, desde que han sido emitidos con validez, ni quedan derogados, muy por el contrario, siguen existiendo, y válidamente, como fundamentos de los efectos producidos y que se han incorporado al patrimonio de sus destinatarios (artículo 19 n.º 24 cit.), resultando intangibles. Y tan intangibles quedan que la propia Ley n.º 19880, artículo 61, inciso 2º letra a), prohíbe con claridad que puedan ser revocados, pues la adquisición de los derechos que han emanado de esos actos ha sido legítima.

VI. ¿Los procedimientos administrativos “decaen”?

Teniendo en cuenta cuanto llevamos dicho, ¿puede afirmarse que “decaen” los procedimientos administrativos?

Si se consideramos el principio de la “impulsión de oficio”, que es fundamental en la actividad de la Administración y, en especial, en su función fiscalizadora/sancionadora correctiva²⁰ ella se encuentra *obligada jurídica-*

²⁰ Esto es aquella originada por las infracciones a disposiciones legales que los particulares pueden cometer en sus actividades; se contrapone a la actividad sancionadora “disciplinaria”, que es aquella que realiza la Administración respecto de los funcionarios

mente a dar curso progresivo al procedimiento que ha instruido respecto de un determinado presunto infractor de determinadas leyes. Es más, la propia Ley n.º 19880, en su artículo 27, dispone con claridad que un procedimiento administrativo “no podrá exceder de 6 meses desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”, salvo que ocurra “caso fortuito o fuerza mayor”, o, bien, exista al respecto en una materia específica un plazo distinto fijado por la ley pertinente²¹.

De acuerdo al referido artículo 27, al disponer que la tramitación de un procedimiento administrativo “no podrá exceder de 6 meses”, lo que está expresando es algo que parece no haber advertido ninguno de los más de veinte fallos emitidos por la Corte Suprema, como es que dicha disposición está mostrando que la *competencia* del órgano administrativo que lleva a cabo el procedimiento de elaboración del acto terminal con que concluirá, está “asignada”, “conferida”, “atribuida”, por un tiempo determinado, preciso, o sea, “6 meses” desde que se inició hasta que se dictó el acto administrativo conclusivo de él, es decir, el acto terminal. Pasado ese lapso, el órgano administrativo *carece de competencia*. Así de claro es el texto²². Y no podrá actuar después de ese plazo a menos que sostenga la existencia de haberse producido un “caso fortuito” o “fuerza mayor”, lo que deberá quedar debidamente probado en el mismo procedimiento (y que será después analizado por el juez natural, de llegar a su conocimiento a través de una acción judicial deducida por el afectado). Y no podrá actuar porque habrá “caducado” su competencia en el caso específico, *competencia que ha sido conferida para ser ejercida solo por ese tiempo*²³. Es decir, que el

públicos, trabajadores de sus propios organismos cuando infringen sus deberes, obligaciones o prohibiciones estatutarios, aún cuando sea el *Código del Trabajo* su regulación laboral.

²¹ Como es el caso de la Ley n.º 18410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, cuyo artículo 17 bis dispone al efecto que no podrá aplicarse una sanción transcurrido el plazo de tres años desde que se cometió la infracción; es el caso, también de la Ley n.º 18902, orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, cuyo artículo 15 dispone ese plazo en cuatro años.

²² Es un típico caso de “atribución temporal” de competencia, que se da, justo, cuando se fija por la ley un plazo para su ejercicio; como se puede dar también en la delegación en sí misma tal; véase al respecto nuestro *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, sobre las modalidades que el legislador puede atribuir la competencia, pp. 171-187, en especial pp. 179-184 y 211-231, y 221-224.

²³ Son “invenciones”, esta vez de la CGR y de autores estatistas, y de jueces contagiados por el virus fiscalista, las afirmaciones de que “a la Administración no le corren plazos” y que no hay “plazos fatales” para ella y que puede actuar cuando lo estime procedente o cuando pueda, afirmaciones que no tiene asidero normativo alguno en nuestro derecho. Desde hace tiempo, más de treinta años, diríamos, que la experiencia nos lleva a concluir que hay en ello un espíritu de cuerpo, de un estatismo y de un desprecio de los derechos de las personas que se alía con la desidia, la negligencia, cuando no la torpeza o corrupción en

órgano que actúa *carece de todo poder jurídico para continuar instruyendo el procedimiento que inició*, ya que la propia Constitución dispone de modo perentorio y sin excepción que ningún órgano del Estado

“puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferidos en virtud de la Constitución o las leyes” (artículo 7° inciso 2°, en su redacción original de Mariano Egaña, artículo 160 Constitución de 1833).

Y aquí, la potestad de la Administración le ha sido conferida por un lapso de “6 meses”, salvados los casos referidos de caso fortuito y fuerza mayor, debidamente acreditados en el procedimiento por su instructor. En con-

que se ha venido transformando la Administración, donde ser funcionario público es hoy un “privilegio”, con buenas rentas, con muy tenue fiscalización interna, calificaciones siempre llenas de mal entendidas compasión y misericordia con quienes son remolones, cuando no simples operadores políticos, y en que eliminar a los malos elementos las autoridades no suelen atreverse, ya que suelen ser de signo contrario a ellas. Valga señalar solo como un ejemplo muy actual, la dificultad para no renovar a los funcionarios a contrata, que son “funciones temporales” así establecidas en el propio Estatuto Administrativo (artículo 3° de la Ley n.° 18834) y que por el “engendro interpretativo” que ha hecho la CGR de la llamada “confianza legítima”, se ha hecho no solo difícil, sino, en ocasiones, no pocas, imposible, con todo el contencioso que ha originado, véase al respecto nuestro “De la confianza legítima y el derecho administrativo chileno: de cómo se ‘legisla’ por vía de dictámenes contralores y sentencias judiciales con total desprecio de la Constitución”, pp. 115-140. Como ocurre con otros “artificios” estatistas, esta afirmación es un resabio más de regímenes de corte absolutistas o tiránicos, pero incompatibles con la institución de una “república”, como es nuestra patria y en que la Constitución viente ha configurado un verdadero Estado de Derecho (al menos en su texto, si bien hay que reconocerlo, en la práctica dista mucho de ser realidad, justamente por esta y otras afirmaciones que hemos venido denunciando a través de estos últimos cuarenta años, *v. gr.* la irresponsabilidad del Estado, la ausencia de competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de la nulidad de los actos administrativos, la presunción de legalidad de los actos de la Administración, la autotutela invalidatoria de la Administración, la ejecución de oficio de sus decisiones, el *solve et repete*, la inimpugnabilidad de los dictámenes contralores, etcétera.

De allí también que no estemos de acuerdo con la “prevención” del ministro Sergio Muñoz Gajardo, en el caso CORTE SUPREMA, 26 de marzo de 2019, rol 23.056, *op. cit.* en nota 11 precedente; se trata de un excelente estudio realizado sobre la gestación de la Ley n.° 19880 y sobre el tema del “decaimiento” en cuanto forma de contrarrestar esa inoperancia de la Administración, (prevención que encontramos un año antes en el fallo de 6 de septiembre de 2018, rol 11.955-2018, que confirma el “decaimiento” acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 14 de mayo de 2018). Y no lo estamos porque acepta este mito de que a la Administración no le corren plazos. Sobre ello véase Alejandro VERGARA BLANCO, “La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de los plazos fatales para la Administración”, pp. 167-185; de interés también, Cristián Montero Cartes, “¿Los plazos de la Administración no son fatales? Observaciones a propósito de una tesis”, pp. 405-416; aunque se trata, tal vez, del estudio más completo en Chile sobre el tema (sobre la base de las décadas 1960-1970), acepta la tesis contralora Hugo Caldera Delgado, *Manual de Derecho administrativo*, pp. 313-335.

secuencia, de no haber ninguna de esas dos circunstancias aparece claro que la continuación del procedimiento más allá de ese lapso *contraviene el Derecho y todas las actuaciones posteriores son nulas puesto que carecen de validez jurídica desde que se ha actuado sin competencia* (artículo 7º inciso 3º).

Una observación: ¿Qué se diría frente a un acto administrativo que otorga una concesión gratuita de un inmueble fiscal a una fundación benéfica sin fines de lucro para su uso durante seis meses y llegado el término de ellos tal fundación quisiera seguir utilizando dicho inmueble? ¿Qué derecho tiene sobre ello? Aparece bien claro que ella no tiene título jurídico alguno para continuar en ese uso por lo cual si pretende seguir ocupándolo está en una situación jurídica ilícita, contraria a derecho. Pues bien, lo mismo ocurre respecto de un órgano de la Administración que más allá de los seis meses de tramitación de un procedimiento administrativo (sin que medie caso fortuito o fuerza mayor), pretende continuar en dicha tramitación, porque tal órgano *carece de título jurídico* para seguir tramitando dicho procedimiento, pues *expiró su competencia*.

Por ello sostener que los procedimientos “decaen”, como si se debilitaran sus efectos o “se desinflan” por sobrevenirles una “anemia” no pasa de ser ciencia ficción, literatura que no derecho. Los procedimientos que se tramitan con tanta dilatación y se arrastran en el tiempo, sin que se pruebe en rigor que ha ocurrido un “caso fortuito” o una “fuerza mayor”, que los hubiera alargado, son solo *ilícitos, vulneran el derecho vigente*, sea el específico que disponga un plazo determinado o el subsidiario previsto en el artículo 27 de la Ley n.º 19880 citado. Pasado el plazo dispuesto por la ley, el procedimiento administrativo no “decae” en sus efectos –como pretende el artificio supremo– sino que en realidad, todas las actuaciones posteriores al término de esos seis meses son “contrarias a derecho”, por *carecer de competencia el órgano instructor*, y por tal razón *son nulas* (artículo 7º de la Constitución).

No es, entonces, que “decaiga” el procedimiento, sino que lo obrado después de expirada la competencia para actuar del órgano instructor, todo lo que sigue en dicho procedimiento, adolece de nulidad, “es nulo”, porque lo actuado por dicho órgano instructor ha carecido de la indispensable “competencia” (atribuciones jurídicas) para que tenga efectos jurídicos válidos en el ordenamiento. No es, pues, que haya allí una especie de “anemia” jurídica o pérdida de eficacia, sino que es la “nada jurídica”. *Esas actuaciones posteriores son jurídicamente inexistentes*.

Es cierto que la Corte Suprema, más o menos a partir de los primeros años de la década de los años 2000, 2006 en adelante, se ha debatido bajo un síndrome cuyo síntoma más característico es una animadversión por aplicar la Constitución y a través de varios artificios ha propugnado por

desvirtuar los alcances del artículo 7º²⁴. Y lo vemos no solo en referencia a la llamada “nulidad de derecho público”, sino aquí cuando se trata de la función fiscalizadora de la Administración, pero también en todo procedimiento administrativo, sea ambiental, tributario, municipal, sanitario, laboral, y que puede originar serios perjuicios a los interesados, haciendo incurrir a la Administración en la responsabilidad patrimonial consecuen- cial por su omisión ilícita²⁵.

VII. Los actos administrativos, ¿“decaen”?

Si bien la visión de la CGR, en cuanto a que no corren plazos para la Admi- nistración, no es posible admitirla por cuanto carece de sustento normativo y es un nuevo “privilegio” inconstitucional, inventado por dicho organismo de control y hoy acogida por la Corte Suprema, su posición respecto del “decaimiento” del acto administrativo es acertada, ya que también carece de sustento normativo²⁶, pero hay también una explicación fundada en la propia estructura del acto administrativo.

Veíamos en párrafos anteriores que la Corte Suprema resolvía el “decaimiento” del acto administrativo, acto-sanción en la especie litigiosa,

²⁴ Al punto de llegar a afirmar en varios fallos de 2019 e, incluso, ahora, 2020, que la acción de nulidad de derecho público no existe, sin embargo, conoce de ellas cada vez que le llegan en casación los procesos en que se ha deducido, véase *v. gr.* CORTE SUPREMA, 13 de abril de 2020, rol 36.172-2019, con comentario nuestro o CORTE SUPREMA, 28 de julio de .2020, rol 29.317-2019/que vuelve con su obsesión fiscalista de negarse a admitir esta acción constitucional y a reducirla a algo subsidiario, y confundiéndola con cualquiera acción legal específica) y hasta el mismísimo Consejo de Defensa del Estado –que por aquellos años sostenía su inexistencia–, la plantea sin rubor como actor y, obviamente se la acogen, véase *v. gr.* CORTE SUPREMA 19 de diciembre de 2017, rol 35.191-2017 o CORTE SUPREMA, 19 de diciembre de 2017, rol 118.255-2017 o aún antes CORTE SUPREMA, 21 de julio de 2016, rol 25.033-2015.

²⁵ Véase CORTE SUPREMA, 3 de marzo de 2016, rol 35.483-2015, también CORTE SUPREMA, 16 de junio de .2016, rol 11.358-2016.

²⁶ Véase, entre otros, D 4571/2015, 21876/2015, 22453/2016, 30871/2016, 39.248/2017, 41266/2017. En el D 51178/2015 dice la CGR “... en lo que se refiere al eventual decaimiento de las resoluciones que... no es posible dejar sin efecto un acto administrativo que concedió un derecho *invocando causales que no se encuentran previstas en la legislación aplicable*” (cursivas nuestras).

Curiosamente, aquí sí que ella esgrime la carencia de sustento normativo, pero no acepta la misma cosa respecto de los plazos... ¡qué difícil resulta ser coherente para los humanos!, cuando lo propio del ejercicio de la razón es aplicar los mismos argumentos en situaciones iguales... Recuérdense las “prevenciones” de la ministra Rosa Egnem Saldías y del abogado integrante Julio Pallavicini, en sendos casos ya citados en notas precedentes, y que insisten en la inexistencia de normas legales que lo prevean.

por ser “inútil”, dado el tiempo en que se aplicaba, muchísimo después de haberse cometido la infracción (más de cuatro años después en el caso Shell cit./2009) o, con posterioridad, por haber transcurrido más de dos años en el procedimiento fiscalizador llevado a cabo (*v. gr.* Agrorrogánicos Mostazal Ltda. cit./2012).

Si bien se analiza, esa “inutilidad” que afecta al acto por no ser “oportuno”, dentro del criterio contralor y aceptado por la jurisprudencia judicial, originaría, propiamente, la “revocación” como causal de su extinción, causal admitida en la práctica desde tiempo, pero ello tampoco calzaba con la situación litigiosa, en que esa “inutilidad”, según la Corte, no significaba la “ilegalidad” del acto-sanción²⁷. Se puede advertir bien que lo que había en la situación litigiosa no era sino más que un claro acto “contrario a derecho”, *por no haber obtenido el fin para el cual al órgano sancionador se le habían conferido potestades de poder público*. Es decir, tal acto-sanción no “decae”, sino que “es contrario a derecho” y eso origina no el “decaimiento” sino que el juez proceda a “dejarlo sin efecto” o lo “anule”, según sea la pretensión procesal deducida.

Pero aquí también nos interesa otra situación que se produce y es que el acto administrativo sanción se aplique no de inmediato que esté en condiciones de ser aplicado (*v. gr.* artículo 45 de la Ley n.º 19880, si no se deduce recurso o acción en su contra, o habiendo sido deducidos no han sido acogidos y se encuentre ejecutoriada la sentencia respectiva), sino tiempo después o mucho tiempo después. Aquí ello dará origen a otra situación, cual es que entra a jugar la institución de la “prescripción”²⁸.

En efecto, si ese acto-sanción ha sido emitido en conformidad a derecho y en un procedimiento que ha sido instruido en el plazo legal (o mayor, si ha habido “caso fortuito” o “fuerza mayor”, como indica el artículo 27 de la Ley n.º 19880 cit.), si es aplicado mucho tiempo después sin que haya habido alguna causal de suspensión o interrupción de la “prescripción”,

²⁷ Dos cosas aquí merecen observarse; una, que respecto de la “revocación” y su visión contralora, desde el año 2003, Ley n.º 19880, hay que tener presente su artículo 61, que no parece existir ni para la CGR ni para los tribunales, véase CORTE SUPREMA, 13 de abril de 2020, rol 36.172-2019, *op. cit.*, nota 19 y nuestro comentario, y que según nuestro análisis, no permite admitir hoy esa visión, y otra, que parece no advertir la Corte Suprema que un acto administrativo calificado de “inútil” (sea por “inconveniencia o inoportunidad”) es *contrario a derecho*, como hemos advertido en párrafos precedentes, por vulnerar su “fin” (sea de modo originario, sea por vía sobreviniente).

²⁸ Puede ser de interés Eduardo SOTO KLOSS, “Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de obligaciones legales impuestas a la Administración”, pp. , 504-517. Debemos precisar que desde hace varias décadas hemos dejado de emplear el término ‘administrados’ porque implica que las personas son “administradas” como si fueran cosas, las personas “se gobiernan”.

ha de aplicarse ella sin remilgos. Y ello por lo siguiente: la idea central que sostiene la Administración sería que los actos administrativos no se extinguen por su no aplicación, pero ello *es falso respecto de los actos/sanción*, porque estos, de acuerdo con el *Código Penal*, y ya desde 1875, son “penas”, y, aunque no son “penas penales” sí son “penas gubernativas” (en la terminología de la época), tal como lo establece su artículo 20 (del todo vigente hoy), de modo claro y sin posibilidad de discusión, desde que su texto dispone expresamente que ellas “son penas”, empero “no se reputan” tales, como sí lo son las penas penales, como los crímenes y simples delitos. Pero siendo “penas” gubernativas asumen la categoría de “faltas” desde que no son calificadas de “crímenes” o “simples delitos”, y como tal, de acuerdo con su artículo 97, si ellas no son aplicadas en el plazo de seis meses contados desde su notificación, ellas “prescriben”, así de simple²⁹.

Ninguna razón aparece que justifique el “crear” figuras o artificios que no tienen fundamento en el derecho que nos rige, y además que “no tienen conexión”, “no ensamblan”, “no concuerdan”, con el régimen existente de la extinción de los actos administrativos. Si los actos administrativos sancionadores son contrarios a derecho, el juez deberá “anularlos” (caso de las acciones de reclamación en contra de las superintendencias aludidas demandada) o “dejarlos sin efecto” (si se trata de una acción de protección). Y si su aplicación es tardía y ocurre más allá de los seis meses contados desde su notificación al afectado, se la declarará “prescrita” (conforme con la norma penal referida).

Como vemos, “inventar” soluciones que no tienen asidero en el derecho vigente puede ser no solo un activismo judicial desafortunado, de suyo contrario a la Constitución, sino, más bien, “ignorancia” de nuestro propio derecho o una obsesión de algún o algunos ministros por vestirse con ropa extranjera, sin darse cuenta de la riqueza vernácula, con siglos de tradición jurídica y de la más excelsa.

¿Qué queda del pretendido “decaimiento” de los procedimientos administrativos y del acto administrativo? Pues nada más que “fuegos de artificios”, “fuego fatuo”, en términos poéticos o literarios, una “humorada” suprema

²⁹ Es de interés señalar que la CGR acepta la aplicación de las normas de la prescripción penal a las sanciones administrativas y los tribunales de justicia la han aplicado respecto de las sanciones sanitarias; véase. sobre el punto, Juan Carlos FLORES RIVAS, “El debilitamiento de la potestad sancionadora en materia sanitaria. Incipiente consolidación de una línea jurisprudencial”, pp. 59-78. Por ello, la construcción artificiosa del “decaimiento” inventado por la Corte Suprema, y sin asidero normativo en el ordenamiento jurídico chileno, es un artilugio que o desconoce nuestro propio derecho público o simplemente no quiere aplicarlo (¡vaya a saberse por qué razones!).

en un periodo de su historia en que pareciera que su tercera sala se hubiera embarcado en una “volada lúdica”, farandulera, haciendo una vez más que el acudir a su jurisdicción sea un simple juego de azar, ciertamente trágico para quien acude a ella en busca de justicia de acuerdo con el derecho vigente.

Nuestra intención en el estudio crítico que planteamos a menudo de instituciones y jurisprudencia, es mostrar los errores en que se incurre y tratar de que los derechos de las personas que acuden a la Administración o se ven enfrentados a ella, sean respetados y no sean avasallados por quien ejerce el poder estatal, poder que siempre ha de estar “al servicio de la persona humana”, como dispone nuestra Constitución (artículo 1º inciso 4º, reafirmado por su artículo 5º inciso 2º), pero tratando siempre, al mismo tiempo, de proponer la solución de acuerdo con ella y a sus disposiciones, ya que es mejor encender una luz que solo maldecir la oscuridad.

Qué mejor concluir con algo de humor después de ver tanta incoherencia lógica y desprecio de la Constitución vigente, como es recordar ese antiguo brocardo cuyo texto es tan cierto:

“Lo que distingue a un médico de un juez es que el error del primero termina en un entierro, en cambio el error del segundo termina en jurisprudencia...”

una jurisprudencia sin fundamento lógico y sin fundamento normativo.

Nota bibliográfica

Nos parece de utilidad señalar lo que en Chile existe sobre el decaimiento de los actos administrativos o de los procedimientos administrativos como afirma la Corte Suprema en los no pocos fallos que hemos reseñado. Indicamos los autores en sucesión cronológica.

HUGO OLGUÍN JUÁREZ, *La extinción de los actos administrativos. Revocación, invalidación y decaimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Colección Seminario de Derecho Público, n.º 8, 1961. Una verdadera tesis, muy bien trabajada, con amplia bibliografía de la época, y que sigue en el tema del decaimiento a los autores uruguayos que escribieron sobre el tema por esos años (Aparicio Méndez y Enrique Sayagués Laso) siguiendo el planteamiento de Aparicio Méndez, *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación.*, Montevideo, Imprenta El Siglo Ilustrado, 1949 y de Enrique Sayagués Laso con matices. Es decir, el decaimiento sería una especie de extinción de los actos administrativos (no de los “procedimientos administrativos” como se le ocurrió a la Corte Suprema) en razón de circunstancias sobrevinientes, sean de hecho o, bien, de derecho. Y ello por

“la desaparición de un presupuesto de hecho esencial para la existencia del acto. Ejemplo: la destrucción de un terreno de playa objeto de una concesión, la muerte de un funcionario público, etc.”.

O por

“la desaparición de un presupuesto de derecho con motivo de una modificación del régimen legal o reglamentario que era presupuesto para la existencia del acto o para su legalidad, por ejemplo, la modificación del régimen legal que crea un servicio público, o la imposición de un nuevo requisito antes inexistente para servir una determinada función pública” (p. 271).

Hugo Olgún se encarga de ver las diferencias que, según su opinión, se darían entre el decaimiento con la revocación y la invalidación, lo que haría procedente aceptar esta figura del decaimiento (pp. 276-277).

DORIS PICCININI GARCÍA, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Colección Seminario de Derecho Público n.º 31, 1968. Como lo indica el título de su trabajo es una obra que se dedica de forma exclusiva al tema; dividida en cuatro capítulos, el primero se dedica a “una revisión de las figuras extintivas como índice necesario para conceptualizar el decaimiento” (pp. 15-51); sus capítulos segundo a quinto, versan, respectivamente, sobre concepto y definición del decaimiento, fundamento jurídico técnico del decaimiento de los actos administrativos, el decaimiento como fenómeno jurídico general, y efectos del decaimiento de los actos administrativos (pp. 53-103). Nos parece que es el mejor estudio realizado hasta hoy sobre el tema, aun cuando no se esté de acuerdo con sus afirmaciones, pero hay análisis en profundidad; se adopta el criterio de Enrique Sayagués Laso, y estudia cada uno de sus aspectos*.

HUGO CALDERA DELGADO, *Manual de derecho administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979. Al tratar del acto administrativo estima que el decaimiento sería causal de su extinción solo

“respecto de un acto de carácter general, y de efectos ininterrumpidos o permanentes cuando, por cambios operados en la realidad social, desaparecen o se modifican los motivos que sirvieron de fundamento para la dictación del acto” (p. 192);

estas circunstancias posteriores, de hecho o de derecho, afectan sus presupuestos o fundamentos,

* Esta autora cita dos textos que no hemos encontrado para consultarlos, a saber: Patricio Aylwin Azócar, *Informe chileno sobre la revocación y suspensión de los actos administrativos*. Jornadas Chileno Uruguayas de Derecho Comparado, Santiago, 1959 (texto mimeografiado) y ayudantía del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Derecho de Santiago. Universidad de Chile, *Informe presentado a las Segundas Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Comparado*, Santiago, 1959 (texto mimeografiado).

“permaneciendo como una norma jurídica vigente solo desde el punto de vista meramente formal, pero estéril en cuanto a la producción de efectos” (p. 192).

ENRIQUE SILVA CIMMA, *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. (Esta obra aparece que ha sido escrita “con la colaboración del profesor Aliro Verdugo Lay”, pero, lamentablemente, no se señala en qué consiste esa colaboración). Analiza esta figura (pp. 160-161) indicando que según esta figura el acto administrativo se extingue (decae) por sí mismo por circunstancias sobrevinientes, que significan la desaparición de los presupuestos de hecho o de derecho que movieron a la autoridad a emitirlo, o porque se hace inutilizable (p. 160). Sería una especie de “extinción tácita del acto administrativo decaído”. Luego de estudiar algunos ejemplos en que se produciría esta pretendida causal de extinción concluye:

“a nuestro modesto juicio, no es otra cosa que un espejismo sin mayor asidero; no es más que una falacia jurídica. ¿Por qué? Porque dentro de nuestra concepción no se puede concebir que esto sea una modalidad especial de extinción del acto administrativo... porque no tiene ninguna validez ni en lo que se refiere a la teoría ni a la práctica de nuestro ordenamiento positivo. Diríamos que es una teoría del todo irrelevante” (p. 161).

LUIS CORDERO VEGA, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015.

“Para que sea posible la figura del decaimiento –afirma este autor– como extinción del acto administrativo o sus efectos es necesario que se den los siguientes presupuestos”,

un acto terminal que está produciendo sus efectos ininterrumpidos o permanentes, que se produzcan circunstancias sobrevinientes

“que pueden ser de tres tipos: (i) de carácter fáctico que afecta la existencia del supuesto de hecho que habilita para la dictación del acto; (ii) que afecte el objeto sobre el cual produce sus efectos el acto administrativo; (iii) de carácter jurídico, es decir una alteración sobrevenida a la regulación de los efectos del acto, sea que lo derogue o que lo modifique sustancialmente” (pp. 303-304).

Sin cuestionar la legalidad del acto, que ha sido dictado válidamente, el decaimiento

“considera que los efectos del acto no se pueden sostener ya que los presupuestos reglados del acto administrativo (supuesto de hecho, objeto y obligaciones) han desaparecido o se han alterado sustancialmente por una regulación posterior”.

Nótese que no habla de decaimiento de “procedimientos administrativos”, sino solo de actos administrativos.

REGINALD HORN SANTANDER, “El decaimiento del acto administrativo como una causal natural de extinción de los mismos”, en *Ius Publicum*, n.º 37, Santiago, 2016, pp. 115-124. Este artículo trata de mostrar con brevedad lo que sería el decaimiento de los actos administrativo en cuanto una *causal natural* de extinción, sobrevenida por causas externas a la decisión de la autoridad que los ha emitido, y la jurisprudencia de la Corte Suprema aplicada a procedimientos administrativos sancionadores. El autor ensaya una definición, después de haber estudiado los autores chilenos y la jurisprudencia suprema, diciendo que

“el decaimiento del acto administrativo consiste en aquella causal de extinción natural de los efectos de un acto administrativo válido, producida por el acaecimiento imprevisto y no deseado de circunstancias sobrevinientes permanentes, de hecho o de derecho, que tornan su contenido jurídico en inútil o manifiestamente ilegal” (p. 124).

EDUARDO SOTO KLOSS, “El llamado decaimiento del acto administrativo ¿otra invención suprema?”, en *Ius Publicum*, n.º 37, Santiago, 2016, pp. 125-130, en el cual el autor analiza si tiene fundamento normativo esta sedicente causal de extinción de los procedimientos administrativos y del acto administrativo, como pretende la Corte Suprema en una jurisprudencia un tanto nutrida de casos presentados entre 2009 y 2015 (y que se extiende hasta hoy 2020); se llega a la conclusión que el derecho chileno no la contempla, siendo una “creación/invencción” de la tercera sala de la Corte Suprema, que se ha tomado la costumbre de “legislar” sobre algunas materias sin tener atribución jurídica alguna para ello, violándose simplemente la Constitución.

Bibliografía

- ALESSI, Renato, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1966, 2 vols.
- AMORTH, Antonio, *Il merito nell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Universitaria, 1960, 3 tomos, edición mimeografiada.
- BARBE PÉREZ, Héctor, “El poder de revocar los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 1, Santiago, 1963.
- BOCKSANG, Gabriel, “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios, a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, en *Sentencias Destacadas 2010*, Santiago, Ediciones LyD, 2010.
- CALDERA DELGADO, H. *Manual de derecho administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos, “El debilitamiento de la potestad sancionadora en materia sanitaria. Incipiente consolidación de una línea jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, vol. 26, Santiago, 2011.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 2 vols.

- LETELIER, Valentín, *Dictámenes 1891-1918*, Santiago, Imprenta La Ilustración, 1923.
- MÉNDEZ, Aparicio, *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación*, Montevideo, Imprenta El Siglo Ilustrado, 1949.
- MONTERO CARTES, Cristián, “¿Los plazos de la Administración no son fatales? Observaciones a propósito de una tesis”, en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Talleres de la Contraloría General de la República, 2012.
- OTTAVIANI V., *Merito en Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1964, t. x.
- PAPARELLA, F., *Revoca*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, t. XI con bibliografía
- PARODI T., Alejandro, “Ineficacia de multa por demora excesiva de la Administración en resolver el procedimiento sancionador”, en *Sentencias Destacadas 2009*, Santiago, Ediciones Lyd, 2010.
- RAGGI, L., *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città del Castello, 1904.
- RAGGI, L., “La revocabilità degli atti amministrativi”, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917.
- RESTA, Raffaele, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1935
- ROMANO, Santi, “Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi”, in Santi ROMANO, *Raccolta de scritti di diritto pubblico in onore di G. Vachelli*, Milano, Giuffrè, 1938.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo., Editorial Martín Bianchi Altuna, 1963.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Apuntes sobre la historia de la administración en Indiana en Chile”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, vol. 1, Santiago, 1974-1975.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “De la confianza legítima y el derecho administrativo chileno: de cómo se ‘legisla’ por vía de dictámenes contralores y sentencias judiciales con total desprecio de la Constitución”, en *Ius Publicum*, n.º 44, Santiago, 2020.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo: Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 2 vols.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *L'application dans le temps des actes administratifs*, Paris, Sorbonne, 1968. Traducido como “El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 64, Madrid, 1971. Traducido al portugués, en *Revista de Direito Publico*, n.º 55/56, São Paulo, 1980.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La invalidación de los actos administrativos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, Santiago, 1989.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Inestabilidad del acto administrativo y derechos de los destinatarios. A propósito del artículo 53 inciso 1º de la Ley 19.880”, en Eduardo Soto Kloss (coord.), *Administración y Derecho Homenaje a los 125*

- años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La ejecución del acto administrativo (suspensión y revocación)”, en AA.VV., *El derecho administrativo latinoamericano*, Bogotá, Colombiana de Impresos, 1978.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La intangibilidad de los permisos de construcción. ¿Es posible dejarlos sin efecto por vía administrativa?”, en *Ius Publicum*, n.º 19, Santiago, 2007.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Notas sobre algunos aspectos de la llamada “revocación” de los actos administrativos (artículo 61 de la Ley 19.880)”, en *Ius Publicum*, n.º 41, Santiago, 2018.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de obligaciones legales impuestas a la Administración”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, n.ºs 2/3, Santiago, 1984.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Sobre la autotutela de la Administración (la jurisprudencia judicial)”, en *La Semana Jurídica*, n.º 38, Santiago, 30 de julio al 5 de agosto de 2001.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, “La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de los plazos fatales para la Administración”, en Eduardo Soto Kloss (ed.), *El derecho administrativo y la protección de las personas*, Santiago, Ediciones UC, 2017.
- VITTA, Cino, *Diritto amministrativo*, Torino, Utet, 1931, 2 vols.

JURISPRUDENCIA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 2020, Gutiérrez López c/ Unidad de Análisis Financiero, CA-512-2019, séptima sala.
- CORTE SUPREMA, 20 de julio de 2010, Generadora Eléctrica Sauce de Los Andes, rol 8387-2010.
- CORTE SUPREMA, 28 de diciembre de 2010, Sistema de Transmisión del Sur c/ Superintendencia de Servicios Eléctricos y Combustibles, rol 7274-2009.
- CORTE SUPREMA, 28 de diciembre de 2010, Frontel c/SEC, rol 7502-2009.
- CORTE SUPREMA, 17 de enero de 2011, Colbún S.A. c/SEC, rol 6538-2010.
- CORTE SUPREMA, 13 de marzo de 2012, Inmobiliaria Frutillares Ltda. c/Municipalidad de Chillán, rol 281-2012,
- CORTE SUPREMA, 22 de octubre de 2012, Salmonoil c/Seremi de Salud, rol 4.817-2012
- CORTE SUPREMA, 17 de enero de 2013, Agrorgánicos Mostazal Ltda. c/Comisión Nacional del Medioambiente, rol 8413-2012
- CORTE SUPREMA, 24 de enero de 2013, Empresa Eléctrica Guacolda c/SEC, rol 6745-2012.
- CORTE SUPREMA, 24 de enero de 2013, Compañía Eléctrica San Isidro c/SEC, rol 8741-2012.

- CORTE SUPREMA, 19 de marzo de 2015, Empresa Eléctrica Diego de Almagro S.A. c/Superintendencia de Servicios Eléctricos y Combustibles, rol 1719-2015.
- CORTE SUPREMA, 17 de septiembre de 2015, Hidroeléctrica La Confluencia S.A. c/Superintendencia de Servicios Eléctricos y Combustibles, rol 7554-2015.
- CORTE SUPREMA, 3 de marzo de 2016, Inversiones Praderas de la Dehesa Ltda. y otro c/Dirección General de Aguas, rol 35.483-2015.
- CORTE SUPREMA, 19 de mayo de 2016, Sociedad Conferencias San Vicente de Paul c/Seremi de Salud, rol 28.400-2015.
- CORTE SUPREMA, 16 de junio de 2016, Transelec c/Fisco y otro, rol 11.358-2016.
- CORTE SUPREMA, 21 de julio de 2016, Fisco c/Municipalidad de Licantén y 27 de sus funcionarios, rol 25.033-2015.
- CORTE SUPREMA, 24 de octubre de 2016, Aguas del Altiplano S.A. c/Superintendencia de Servicios Sanitarios, rol 27.989
- CORTE SUPREMA, 27 de noviembre de 2017, Muebles Issaurat c/Seremi de Salud, rol 11.706-2017.
- CORTE SUPREMA, 19 de diciembre de 2017, Fisco c/Carmona y otro y Municipalidad de Chaitén rol 35.191-2017.
- CORTE SUPREMA, 19 de diciembre de 2017, Aleuy Catrián y 48 funcionarios c/Municipalidad de Frutillar, rol 118.255-2017.
- CORTE SUPREMA, 16 de enero de 2019, Clínica Alemana de Temuco c/Intendencia de Prestadores de Salud, rol 257-2019.
- CORTE SUPREMA, 26 de marzo de 2019, Reveco Hormazábal c/Unidad de Análisis Financiero, rol 23.056.
- CORTE SUPREMA, 7 de enero de 2020, Aguas Araucanía S. A. c/Superintendencia de Servicios Sanitarios, rol 13.386-2019, reclamación rechazada por existir plazo especial en la ley específica, Ley n.º 18902, artículo 15.
- CORTE SUPREMA, 13 de abril de 2020, Namoncura Godoy c/Superintendencia de Seguridad Social, rol 36.172-2019, en *Ius Publicum*, n.º 45, Santiago, 2020.
- CORTE SUPREMA, 21 de junio de 2020, Luna Oviedo c/Municipalidad de San Javier, rol 39.182-2019, en *Ius Publicum*, n.º 45, Santiago, 2020.
- CORTE SUPREMA, 28 de julio de 2020, Nahuel Quintana c/Municipalidad de Corral y otra, rol 29.317-2019.

Siglas y abreviaturas

- AA.VV. autores varios
 c/ con
 CGR Contraloría General de la República
 cit. citado
 coord. coordinador
 D Dictamen

- D. *Digesto*
- ed. edición *a veces* editor
- etc. etcétera
- LyD Libertad y Desarrollo
- MOP Ministerio de Obras Públicas
- n.º número
- op. cit.* *opus citatis* (obra citada)
- p. página
- pp. páginas
- ss. siguientes
- S.A. Sociedad anónima
- S. A. C. I Sociedad Anónima Comercial e Industrial
- SEC Superintendencia de Electricidad y Combustibles
- Seremi Secretaria Regional Ministerial
- t. tomo
- UC Universidad Católica
- Utet Unione Tipografico-Editrice Torinese
- UTM Unidad Tributaria Mensual
- v. gr.* *verbi gratia*
- vol. volumen
- vols. volúmenes

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 17 | 2020

GIUSEPPE CAPOGRASSI, *LA EXPERIENCIA COMÚN*, PRÓLOGO DE MIGUEL GARCÍA-BARÓ, EDICIÓN Y TRADUCCIÓN DE ANA LLANO TORRES, MADRID, ENCUENTRO, 2020

*Fernando Gil Cantero**

Ana Llano, profesora titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, ha vuelto a embarcarse, con otro rotundo éxito, en una traducción más, con su correspondiente edición, de otra obra de Giuseppe Capograssi, *La experiencia común*, editada con cuidado, como siempre, por la editorial Encuentro, donde podemos encontrar también del mismo autor y la misma traductora-editora los libros *El individuo sin individualidad* (2015) y *La vida ética* (2017).

El libro cuenta con un prólogo a cargo de Miguel García-Baró titulado “Ética, moral y metafísica”. En realidad, esta aportación tiene una entidad propia, pues no se trata tanto de una presentación del contenido que va a encontrar el lector en las páginas siguientes como de la relevancia filosófica y antropológica de determinados temas que sí va a encontrar el lector. Es decir, Miguel García-Baró muestra el texto de Giuseppe Capograssi calibrándole previamente al lector la relevancia permanente y, por tanto, actual de los temas del autor. En concreto, la relevancia de la vida, del pensamiento aplicado a la vida y situado en la misma a través de la filosofía práctica, pues esta no existe para conocer “sino para ayudar a hacer, por la mediación del conocimiento, mejor la vida de personas y sociedades” (p. 11). La preocupación principal del prologuista va a centrarse en cómo conjugar la identidad práctica –y al tiempo metafísica– del bien desde la peculiar libertad humana. El profesor español nos recuerda que el autor era un filósofo del derecho que echaba en falta la integración de este en la moral, y no en una moral desencarnada, sino capaz de constituirse en vida

* Catedrático de Teoría de la Educación en el Departamento de Estudios Educativos de la Facultad de Educación –Centro de Formación del Profesorado– de la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: gcantero@edu.ucm.es

cotidiana en las experiencias concretas de los individuos. Esto significa, ni más ni menos, que para Giuseppe Capograssi pensar la vida es pensar sus horizontes de sentido no como la regla de un sastre para encajonar a los sujetos sino, precisamente, para ampliarles el significado vital de sus vidas al mostrarles cómo comparten de hecho significados y preocupaciones universales. Por eso, dirá Miguel García-Baró que “la línea de fuerza del texto de Capograssi es hermosa, clara y fecunda” (p. 17).

Por supuesto, esta edición cuenta, también, con una anotación de la traductora y editora, donde explica –y es de agradecer– que se han insertado numerosos subtítulos allí donde en el original solo costaba un número o una letra para evitar que el texto se presente al lector en extremo apretado. También aclara que los subtítulos escogidos son de su cosecha. El lector comprobará, desde el principio, lo acertado de la elección de estos puesto que, como escalones medidos y centrados, permiten ir profundizando sin sobresaltos ni tropezos en las ideas del autor.

En el extenso y detallado Estudio preliminar de Ana Llano sobre la obra del jurista italiano en el libro también editado por ella y titulado *La lucha por el individuo común, anónimo y estadístico*¹, nos encontramos con una de sus frases que mejor expresa su propio pensamiento y que nos ayudan a entender el contenido de *La experiencia común*: “mis opiniones son las de alguien que cree que las pequeñas enseñanzas de la realidad vivida son superiores a las ideologías”. La traductora nos explica y recuerda en este Estudio preliminar que el autor no dejaba pasar ninguna ocasión para tomarse en serio

“los grandes temas del destino y de la justicia. La suya era una mirada auténticamente problemática, no problematicista, sino todo lo contrario, tensa a detectar los desafíos de la realidad, los interrogantes que plantea y su conexión con la vida contemplada como un todo” (p. 10).

Pero como también nos advierte Ana Llano –y es una advertencia muy relevante para el lector de *La experiencia común*–, el jurista evita caer en un subjetivismo existencial, anacrónico y ombliguista, centrado exclusivamente en los horizontes de las preocupaciones cotidianas perdiendo el enlace con horizontes de significado más amplios. Por eso, Ana Llano nos aclara con perfección, al final de ese Estudio preliminar, uno de los puntos fundamentales del pensamiento de Giuseppe Capograssi:

“Hay que mostrar que el protagonismo de la conciencia individual, cuyo primado en el plano sociológico y político debemos asegurar contra toda

¹ Ana LLANO TORRES (ed.), *La lucha por el individuo común, anónimo y estadístico. Textos escogidos de Giuseppe Capograssi*.

tentación totalitaria, no implica necesariamente una subjetivización y absolutización de la conciencia que, al final y paradójicamente, la dejan en manos del poder. Hace falta comprender que la conciencia sólo puede mantener toda su riqueza como contrapunto y capacidad de resistencia frente al poder si se entiende que, en un plano ontológico y fenomenológico, está íntimamente ligada a la verdad, a la alteridad, a la realidad. Sólo así la conciencia es algo serio, digno de ser tenido en cuenta (también por el derecho), mientras que su reducción al reino de los caprichos y de las opiniones infundadas de cada cual la convierte en una amenaza y en un peligro” (p. 70).

La experiencia común consta de siete capítulos, cada uno de los cuales mantiene un cierto número homogéneo de apartados y subapartados. Todos estos capítulos, por supuesto, giran en torno a la idea de la experiencia común dividiendo su explicación en los siguientes contenidos: Premisas; La conciencia; La vida y la idea de la vida; La ley ética; La acción y el mal; La experiencia ética como defensa contra el mal –el capítulo más largo y detallado del libro– y, por último, La religión.

El interés por la experiencia no puede desvincularse de ningún modo de la experiencia de la individualidad. Pues bien, para Giuseppe Capograssi

“En sus corrientes más profundas, toda la especulación moderna es una negación de la individualidad humana como realidad sustancial, como centro de asistencia duradero y permanente en el seno de la vida” (p. 31).

Por eso puede señalar así que

“Captado el sujeto en su experiencia viviente (...) de él cabe decir tanto que su actividad está dirigida a conocer la verdad, como que su actividad se dirige a realizar su vida” (p. 34).

Las reflexiones iniciales de Miguel García-Baró van a resonar en el lector en estos párrafos. Ya avanzado el libro (p. 45), el autor nos anuncia la finalidad de *La experiencia común*, que, según él, no es una introducción al estudio de la experiencia común, sino una guía, una explicación de las razones por las que debemos fijarnos en la riqueza de la experiencia, de la acción cotidiana, de la vida ordinaria y de otras formas de vida.

La experiencia común tiene la particularidad de que se hace difícil imaginar un tema que no esté tratado. El lector va encontrar así: reflexiones sobre la filosofía, la conciencia, la vida, Dios, la justicia, la muerte, el amor, la verdad, la acción, el mal, la confianza, el tiempo, la libertad, la ley, el derecho, el contrato, el matrimonio, la familia, el Estado, la experiencia moral, la igualdad, el juicio final, el placer sexual, el amor, la individualidad, la propiedad, la economía, la benevolencia, la voluntad, el alma, las cosas, la palabra, los individuos, etc. Nos permitimos detallar todos estos

apartados –y muchos quedan sin recoger– para indicar al lector la idea de que todos estos temas van a ser tratados desde la perspectiva de que son encarnados en *alguien* y nunca tratados como *algo*. Esta distinción es sumamente importante y es la que Giuseppe Capograssi lleva a cabo en el libro, en ocasiones, con resultados desiguales. Pero, en cualquier caso, resulta en un mérito extraordinario, meritorio e importante para el pensamiento, el que las posibilidades de la acción humana sean vistas desde el interior del individuo, encarnadas y personificadas las inquietudes, las dudas, los anhelos y las esperanzas concretas de sujetos que viven el día y día y no tanto o no solo desde un conjunto de reglas externas que tratan de objetivar procedimientos cuyo impulso humanístico queda así limitado.

Queremos terminar agradeciendo de nuevo a Ana Llano la posibilidad de introducirnos en el pensamiento de Giuseppe Capograssi en español. Como ella misma ha escrito en un artículo² publicado en la revista italiana –dirigida por muchos años por el propio Giuseppe Capograssi– embarcarse en su obra es un

“Paso dado con la serena y firme convicción de contribuir al conocimiento de uno de los pensadores contemporáneos más originales y lúcidos que ha tenido el pasado siglo en Europa y con el deseo de abrir el apetito principalmente de los jóvenes para que puedan entrar en diálogo directo con él a través de sus páginas” (p. 216).

Bibliografía

LLANO TORRES, Ana, “A propósito de la edición en español de *Incertezze sull’individuo* de Capograssi”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 92, N° 2, Serie V, Milano, aprile/giugno, 2015.

LLANO TORRES, Ana (ed.), *La lucha por el individuo común, anónimo y estadístico. Textos escogidos de Giuseppe Capograssi*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2016.

Sigla y abreviaturas

ed. editora
etc. etcétera
N° número

² Ana LLANO TORRES, “A propósito de la edición en español de *Incertezze sull’individuo* de Capograssi”, pp. 215-258

p. página
pp. páginas
vol. volumen

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 17 | 2020

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de entre tres y cinco palabras clave, en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo

tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en cursivas), año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título* (en cursiva si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. [Fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez o del asistente de investigación, Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anó-

nima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá hacer llegar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2020
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

Derecho Público Iberoamericano se propone analizar el Derecho Público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios científicos primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y el bien común.

Desde este ángulo, se busca cultivar y promover en la comunidad científica nacional y extranjera el estudio de los problemas jurídicos que realmente aquejan a Chile y a los pueblos hispanoamericanos, superando los lugares comunes actualmente en uso.

La revista promueve, cultiva y difunde el estudio del Derecho Público fundado en el principio de pluralidad y desde las diversas aproximaciones científicas: Dogmática Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Teoría Constitucional, Derecho Administrativo, Filosofía Jurídica y Política, Sociología Jurídica, Historia del Derecho y otras disciplinas concurrentes. Los trabajos a publicar son sometidos a un proceso de arbitraje ciego, con la asistencia de un prestigioso consejo científico internacional y de un cuerpo de revisores.

