

LA COLABORACIÓN DE ENTIDADES  
PRIVADAS EN MATERIA DE INSPECCIÓN  
Y CONTROL DE RIESGOS:  
APROXIMACIONES A LA REALIDAD CHILENA

COLLABORATION BETWEEN PRIVATE  
ENTITIES AND PUBLIC ADMINISTRATION  
IN INSPECTIONS AND RISKS CONTROL ISSUES:  
APPROACHES TO CHILEAN REALITY

*Brigitte Leal Vásquez\**

*Resumen*

El presente artículo aborda el desarrollo que en Chile ha tenido la colaboración de entidades privadas con la Administración en materias propias de inspección y control de riesgos. Se analiza el contexto en que ella surge, sus fundamentos, su naturaleza jurídica y las diversas técnicas de intervención utilizadas por el ordenamiento para su consagración en diversos sectores de referencia.

Palabras claves: Entidades Colaboradoras, Inspección, Fiscalización, Administración Pública.

*Abstract*

This article discusses the development of cooperation between private entities and Public Administration in Chile, especially in the field of inspection and risk control issues. It analyzes the context in which it arises, its foundations, its legal structure and the different techniques used for the legal system to embed it in some reference areas.

Keywords: Collaborating Entities, Inspection, Supervision, Public Administration.

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogada asistente del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 24 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2016. Correo electrónico: bleal@tcchile.cl.

La inspección administrativa, como una de las modalidades más paradigmáticas de fiscalización, ha tenido un aumento exponencial en las últimas décadas. Progresivamente, innumerables ordenamientos sectoriales la han contemplado, en virtud de las importantes ventajas que ella posee como mecanismo de comprobación directa del cumplimiento de determinados ordenamientos normativos.

Aun cuando, tradicionalmente, la potestad de inspección ha sido asociada al ejercicio de una función pública soberana, se observa un nuevo fenómeno en la puesta en práctica de esta actividad. Hoy en día, no sólo los tradicionales inspectores o fiscalizadores realizan este tipo de actividades, sino también algunas entidades privadas que, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, colaboran con la Administración en la realización de dichas labores. Dicha colaboración adquiere un verdadero protagonismo en áreas donde la técnica y el desarrollo tecnológico son criterios imperantes en la evaluación y en la toma de decisiones públicas.

Dado lo anterior, en el presente artículo se abordarán los elementos que contextualizan al fenómeno de la colaboración privada en materia de control e inspección, realizando además un análisis normativo de cómo éste ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se hará especial referencia a la naturaleza jurídica que ha asumido esta colaboración, en sus diversas variantes. Finalmente, y a modo ilustrativo, se hará referencia a algunos casos presentes dentro del ordenamiento jurídico nacional y que dan cuenta del alcance de este fenómeno en la actualidad.

### *1. El fenómeno de la colaboración privada en materia de inspección y control de riesgos*

El punto de partida para el análisis de este fenómeno se sitúa en la pregunta por la titularidad y el ejercicio de ciertas funciones tenidas por intrínsecamente estatales. Desde sus inicios, la configuración dogmática y normativa de la potestad de inspección de la Administración permitía sostener, sin mayor discusión al respecto, su completa titularidad y ejercicio estatal<sup>1</sup>. Así, la potestad inspectora no podía ser delegada en particulares, puesto que se entendía como una función pública soberana e integrante del núcleo duro de potestades estatales. Los particulares poco o nada se

---

<sup>1</sup> Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, p. 149.

relacionaban con el ejercicio de esta potestad, quedando muchas veces relegados solamente a la figura del denunciante o del informante<sup>2</sup>.

Sin embargo, durante las últimas décadas, los factores que inicialmente justificaban la completa titularidad y ejercicio de labores de inspección, han cambiado. Desde luego, los cambios en la economía, en la configuración de las industrias y en la proliferación de importantes regulaciones administrativas sobre estas actividades son los factores más importantes que explican este cambio. El ostensible aumento de la participación privada en la economía ha traído como correlato el incremento de la necesidad por comprobar, en general, el grado de cumplimiento del ordenamiento jurídico. De ahí que haya aumentado considerablemente el número de inspecciones y que estas sean realizadas principalmente por la Administración con algunos grados de participación por parte de sujetos privados. Lo anterior se ha ido configurando como una alternativa que ha perdurado durante las últimas tres décadas<sup>3</sup>.

Por otra parte, el imperio de la técnica y del desarrollo tecnológico en ciertos ámbitos de la sociedad también han contribuido a explicar, en gran medida, el aumento de la colaboración de entidades privadas en ciertas funciones administrativas. La sociedad postindustrial requiere un gran espectro de conocimientos técnicos, muchos de los cuales la Administración no está en condiciones de gestionar satisfactoriamente. Por tanto, es aquí donde resulta útil y relevante el aporte de los particulares, con el despliegue de medios personales y materiales que ellos poseen, para coadyuvar a la Administración en el ejercicio de sus funciones<sup>4</sup>.

Finalmente, otro importante factor que explica el presente fenómeno viene dado por una cierta definición de prioridades por parte de los gobiernos frente al nuevo escenario global. Con medios materiales y personales naturalmente limitados, es inevitable que el ejercicio de funciones públicas por órganos administrativos sea más fuerte en algunos ámbitos que en otros. En estos últimos, en la medida que se cumplan determinados requisitos, se ha tornado razonable y justificada la colaboración de los privados en el ejercicio de labores de inspección, como lo veremos a lo largo de este trabajo.

---

<sup>2</sup> Sin ir más lejos, en España, y en un área paradigmática como lo es la inspección laboral, la Inspección del Trabajo fue concebida como una función propia de la soberanía del Estado, exclusiva e indelegable a los particulares. Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 501.

<sup>3</sup> Véase Dolors CANALS, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)* p. 282.

<sup>4</sup> Dolors CANALS, "El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración", p. 25.

En síntesis, el aumento de la actividad de los privados en los diversos sectores económicos que han sido regulados por el Derecho ha traído como necesidad un aumento de la actividad de inspección; además, la limitación estructural de medios materiales y personales obliga a buscar diferentes soluciones para dar cumplimiento a los objetivos de interés público que tiene encomendados la Administración. Así, hoy en día, parte importante de la actividad de fiscalización y control que realiza la Administración no es concebida como una actividad puramente administrativa, sino que permite la incorporación de actividad privada colaborativa, supeditada en su conducción a las directrices generales que la Administración establezca para su ejercicio.

El tratamiento sistemático de este fenómeno ha tenido mayor fuerza en el extranjero. Así, por ejemplo, en España, el fenómeno de la colaboración privada en materia de inspección se ha dado con fuerza en ciertos sectores donde el riesgo que generan ciertas actividades humanas es significativo, tales como la inspección técnica vehicular, la seguridad y calidad industrial, el riesgo sanitario y ambiental, entre otros<sup>5</sup>. En dicho país, además de ser una realidad normativa, ha poseído un reconocimiento a nivel jurisprudencial<sup>6</sup>.

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos jurídicos que explican la colaboración prestada por particulares en materia de inspección y control de riesgos son variados<sup>7</sup>.

En primer lugar, existen argumentos basados en la configuración de la propia actividad de control de los riesgos. Al tratarse de una actividad desbordante, existe una mayor necesidad en ejecutarla. Dadas las actuales circunstancias y la limitada disponibilidad de bienes materiales y personales con que cuenta la Administración, se debe acudir a un cierto apoyo, brindado por los privados, para la ejecución de este tipo de actividades. Ello, podría sostenerse, otorga eficiencia al actuar de la Administración, al permitir focalizar el uso de sus recursos en áreas de mayor sensibilidad

---

<sup>5</sup> Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 503-507.

<sup>6</sup> Así, el Tribunal Supremo Español ha señalado que “el orden público se encuentra en proceso de privatización *ante la impotencia* de [la Administración] *para una gestión eficaz de las funciones de soberanía*, acudiendo con frecuencia a la colaboración de la empresa privada”. Con ello, la más alta magistratura española ha recogido el argumento de la mayor eficacia en la gestión de la Administración para hacer frente al aumento de los riesgos propios asociados a la técnica, todo lo cual justificaría la colaboración de los particulares en las labores de inspección y, genéricamente, en la verificación del cumplimiento de las normas. Véase en Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectoral de la Administración del Estado*, p. 250.

<sup>7</sup> En esa materia se sigue a Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 510-517.

social, encargando a los privados la realización de controles en otras esferas de riesgos, donde existe un mayor consenso en la legitimidad de la participación de entidades privadas.

A este respecto, cabe hacer presente que el argumento de la mayor eficiencia posible en el ejercicio de estas funciones no debe interpretarse solamente desde el tradicional enfoque con el cual se aprecia, es decir, desde el mero reduccionismo económico de la disminución de costos, sino en que ella también implica un juicio sobre el cumplimiento efectivo de los intereses públicos cuya satisfacción ha sido encomendada previamente y de manera permanente a la Administración<sup>8</sup>.

En segundo lugar, existen otro tipo de fundamentos, amparados más bien en el grado de amplitud que posee el principio de legalidad para otorgar competencias a entidades colaboradoras privadas en el ejercicio de actividades de fiscalización, inspección y control de riesgos. Estos argumentos, más bien, fundamentan la posibilidad de colaboración privada en estas materias analizando directamente las disposiciones constitucionales o legales atinentes en la materia y que puedan servir de base para otorgar un título habilitante a los privados para el ejercicio de estas actividades.

Al tratarse este último de un fundamento jurídico positivo, sólo resulta aplicable en aquellos ordenamientos donde existan disposiciones que se pronuncian sobre el tema. Nuestro país no posee cláusulas normativas que de manera directa se pronuncien sobre la gestión de funciones públicas por particulares. Tampoco existe alguna norma que las prohíba en algún sentido. Sin embargo, otros ordenamientos, que han experimentado la existencia este fenómeno, han establecido algunas directrices normativas para ello. El caso de España vuelve a ser ilustrativo: la ley excluye de la gestión indirecta de los servicios públicos por parte de particulares a todas aquellas actividades que impliquen el ejercicio de autoridad de los poderes públicos<sup>9</sup>. Lo anterior permite concluir que los particulares no podrían realizar actividades que impliquen el ejercicio de potestades públicas. Sin embargo, en tal ordenamiento, tanto la ley como el reglamento han contemplado excepciones, habilitando a particulares para el ejercicio de estas potestades en ciertos contextos específicos<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 512.

<sup>9</sup> Se trata de lo establecido en el artículo 156.1 de la LCAP y del artículo 85.2 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

<sup>10</sup> Esta cobertura legal posee algunas atenuaciones en el caso de los municipios, ya que podría admitirse la existencia de ordenanzas municipales de inspección técnica de edificios, por ejemplo, fundada en normas generales de leyes de suelo o urbanismo. Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 515-517.

En síntesis, la colaboración privada en materia de fiscalización, inspección y control de riesgos resulta interesante de analizar por diversas razones. Desde luego, por el auge que en las últimas décadas ha tomado, pero además porque se trata de un caso donde los particulares se mueven, con distintos grados de intensidad, dentro de la esfera de las potestades públicas concedidas originalmente a la Administración. Así, dar cuenta de este fenómeno, analizando su configuración teórica y normativa, permite comprender de mejor manera los lineamientos que la misma asume y el alcance que hacia el futuro tenga en nuestra realidad nacional.

## 2. *Naturaleza jurídica de las entidades colaboradoras*

En torno a la naturaleza jurídica de las entidades privadas colaboradoras, han sido examinados dos puntos de vista: el primero, relativo a su forma jurídica y, el segundo, en torno al tipo de funciones que realizan y las consecuencias que de ello se derivan.

Respecto a la forma jurídica, se trata de entidades que se organizan bajo normas propias de Derecho privado. Además, suelen poseer un campo de especialización determinado. Ello se demuestra en la existencia de personal altamente técnico para el desarrollo de sus funciones y la disposición de medios tecnológicos apropiados para analizar el grado de cumplimiento de ciertos parámetros objetivos. Evidentemente, quien evalúa la idoneidad técnica y profesional de la entidad, en su conjunto, es un tercero: una entidad acreditadora. Esta entidad puede ser privada o pública<sup>11</sup>.

Luego, la siguiente pregunta sobre la naturaleza jurídica de estas entidades gira en torno a la determinación de las funciones que ellas realizan en concreto. A este respecto, en el Derecho comparado se han presentado interesantes discusiones en torno a las diferencias de fondo que existen entre una mera actividad de control y la actividad de inspección propiamente tal.

Así, la actividad de colaboración de las entidades privadas puede ser entendida solamente como una de mero control, esto es, de chequeo objetivo (y a veces automático) del cumplimiento de ciertos parámetros, los cuales son comunicados posteriormente a la Administración para

---

<sup>11</sup> Dolors CANALS, “El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración”, p. 40.

que sea ella quien evalúe los resultados de la actividad de comprobación realizada por las entidades privadas<sup>12</sup>. Bajo este prisma, los particulares sólo comprueban hechos, pero no pueden ejercer la inspección, ya que esta actividad se reserva sólo para el ejercicio de una potestad administrativa conducente a la dictación de específicos actos administrativos<sup>13</sup>. Así, ciertos autores destacan las limitaciones estructurales que posee este tipo de actividad en relación al ejercicio de la potestad administrativa de inspección<sup>14</sup>.

Por el otro lado, existe otra visión, más amplia si se quiere, respecto de las funciones que desarrollan estas entidades. Bajo la misma, se ha sostenido que debido al desarrollo histórico de fenómenos extrajurídicos, como el avance tecnológico y el aumento del riesgo de la vida en sociedad, es posible sostener que ciertas entidades privadas, bajo específicas circunstancias normativas, pueden contribuir de manera directa con la Administración en el ejercicio de la potestad administrativa de inspección.

---

<sup>12</sup> Véase Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, p. 251.

<sup>13</sup> Dicho argumento tiene base en lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Así, el abandono del ejercicio de ciertas potestades públicas, como la inspectora, encomendándolas a su vez a los particulares, afectaría a los principios que rigen el Estado de Derecho, fundamentalmente la seguridad pública. Los particulares sólo podrían realizar actividades de asistencia, pero no de sustitución de la Administración en esta área. Véase Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, p. 249.

<sup>14</sup> A este respecto, Agustín García ha sostenido que: “La potestad inspectora presenta algunas peculiaridades que, en principio, podrían impedir una transferencia al ámbito privado. En el debate sobre la huida del Derecho administrativo se ha observado que deben quedar al margen lo que tradicionalmente son funciones que han girado y giran en torno a la idea “tan polémica – y revisada – como es la soberanía”. Se trata de aquellas potestades que responden a la esencia de lo público, los cometidos básicos de la Administración y que definirían su razón de ser. En términos generales, la inspección respondería a este esquema. El control del cumplimiento de las normas y su vigilancia implica que sean los propios poderes públicos, bajo formas de Derecho administrativo, los encargados de éstas. Además, la potestad inspectora tiene como fundamento la objetividad. Esto implica que deba ser la Administración la que pueda controlar las actividades sujetas a su potestad, sin que la inspección quede residenciada en los particulares y sin una posible renuncia a la aplicación de normas de Derecho administrativo”. Además, agrega: “La potestad de inspección supone una intervención en la esfera del individuo. Ésta se produce para calibrar el cumplimiento, en el sector de que se trate, con las normas reguladoras del mismo y con los actos que en su aplicación haya dictado la propia Administración. Esta correspondencia entre las disposiciones [de] sus actos de ejecución y la carga que se impone al ciudadano, explican que la potestad inspectora presente algunas dificultades para su traslado al ámbito privado”. Agustín GARCÍA, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, pp. 242-243.

Los autores que comparten dicha visión<sup>15</sup> señalan que las funciones que realizan las entidades privadas corresponden a auténticas funciones públicas, las cuales implican el ejercicio de autoridad y de todas sus prerrogativas, teniendo capacidad para tomar decisiones que sean vinculantes para los sujetos pasivos de la inspección<sup>16</sup>. Así lo ha afirmado la más reciente doctrina que se ha ocupado del estudio de la labor que realizan estas entidades. De acuerdo a Canals, estas entidades ejercen la potestad administrativa de decidir de forma unilateral, por medio de actos administrativos. Por tanto, dichas entidades no se limitan a realizar una labor técnica o material de mera comprobación sino que realizan, en definitiva, una actividad jurídico-administrativa<sup>17</sup>.

Por otra parte, se ha puntualizado qué significa el término “colaborar”. Para Fernández, el término “colaborar” ha alcanzado una dimensión bastante más extensa que su sentido originario puesto que, en los hechos, la actividad de inspección de la Administración ha pasado a un segundo plano, teniendo ella lugar cuando surge desacuerdo entre los sujetos fiscalizados y las entidades colaboradoras o cuando es necesario supervisar la actividad de control de las mismas, de tal modo de constituir una “segunda línea defensiva de la legalidad”<sup>18</sup>. Por ello, aunque se sigue manteniendo

---

<sup>15</sup> Fernández detalla las atribuciones que estas entidades podrían llegar a tener, de la siguiente manera: “Asimismo, en el desarrollo de sus actuaciones, por lo general, las entidades colaboradoras en el ejercicio de las funciones de inspección acceden a las instalaciones y locales de las empresas inspeccionadas, a sus equipos y materiales, e, incluso, a información sensible acerca de sus procesos de producción y cuya divulgación podría afectar a su competitividad. Además estas entidades colaboradoras están facultadas para requerir la colaboración activa de los responsables de las empresas y, en su caso, de terceros, así como para adoptar, en determinados supuestos –tal como se verá–, medidas que inciden sobre el libre ejercicio de la actividad inspeccionada”. Por lo demás, agrega lo siguiente: “consideramos artificial una neta distinción entre una actividad de inspección a cargo de la Administración y una mera actividad de control a cargo de entidades privadas, sobre todo si se repara en el hecho de que, a menudo, el ordenamiento contempla la colaboración privada –tal como se ha visto en modelo concesional– como una alternativa que se ofrece a la Administración, en el sentido de que éste puede optar por ejercerla directamente por sí misma o mediante una entidad o agente delegado”. Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 531-532.

<sup>16</sup> Si la inspección se concibe completamente como una función pública, sólo cabría la delegación. En España, hay casos de delegación de funciones entre la Administración y los particulares. La técnica de la delegación conlleva que los actos del delegado se consideran como dictados por la autoridad que haya conferido la delegación. Véase en Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 534-535. En Chile, no existe una normativa que autorice aquello.

<sup>17</sup> Véase Dolores CANALS, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)*, p. 282.

<sup>18</sup> Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 508.

el término “colaboración”, lo que alude a un auxilio con respecto a una actividad principal, en estricto sentido, estamos ante un verdadero ejercicio directo y principal por parte de los sujetos privados de las actividades de inspección y control. De esta manera, aun cuando reconoce la verdadera extensión de este fenómeno, opta por mantener la expresión “colaboración”, ya que de todas formas se trata de una actividad ajena, estando siempre subordinada a las directrices que a este respecto brinda la Administración<sup>19</sup>.

En síntesis, si bien hoy en día no existe una postura doctrinaria mayoritaria al respecto, pareciera ser que, por el actual contexto en el cual se enfrenta la actividad de inspección, la colaboración de las entidades resulta necesaria en determinados sectores en los cuales la Administración no es capaz por sí sola de cubrir todos los espectros de fiscalización necesarios para velar el cumplimiento de las normas. Por ello, para ahondar más sobre la concreta naturaleza jurídica de estas entidades, se requiere observar de manera directa los ordenamientos sectoriales correspondientes, cuestión que revisaremos a continuación.

### *3. El régimen jurídico de las entidades colaboradoras en el Derecho nacional*

Como señalamos anteriormente, el auge de la colaboración privada en materia de inspección y control de los riesgos ha comenzado a cobrar fuerza durante los últimos años, lo cual se ha traducido en una relativa consagración legal de dichos mecanismos. Lo anterior se demuestra en la diversidad de técnicas empleadas para permitir que estas entidades privadas entren en la escena de los procedimientos de fiscalización, de acuerdo a los parámetros que en las leyes y reglamentos se determinan.

En nuestro país, es posible observar algunos ejemplos de colaboración en diversos ordenamientos sectoriales. Usando diversos títulos habilitantes, el Legislador ha permitido que ellas interactúen con la Administración y con los particulares fiscalizados, atendiendo a las complejidades que el objeto de la fiscalización plantea en cada área específica.

A continuación, revisaremos a modo ejemplar algunos casos presentes dentro del ordenamiento jurídico nacional en donde se emplean técnicas de intervención administrativa para habilitar a entidades particulares en el ejercicio de funciones de inspección y control de riesgos. La primera de ellas es la concesión, técnica ampliamente utilizada en nuestro or-

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

denamiento en el ámbito del servicio público, pero que también tiene aplicación en materia de fiscalización. La segunda corresponde a la contratación, asociada largamente al suministro de bienes y servicios para el Estado. Finalmente, analizaremos la técnica de la autorización como título habilitante usado frecuentemente para habilitar a privados a ejercer estas labores, sobre todo en el ámbito de la certificación técnica.

#### A) LA CONCESIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

La concesión como técnica de intervención posee una larga tradición histórica en el Derecho Administrativo, siendo latamente estudiada por la doctrina. En nuestro ordenamiento, ella se ha entendido como una técnica de intervención en que la Administración le encarga a una persona privada la tarea de ejercer una actividad esencialmente pública, bajo los parámetros que la propia Administración determine. Esta modalidad puede ser otorgada al particular mediante un acto o contrato de concesión. El acto de concesión se reserva para los casos en que se gestionan bienes nacionales de uso público y el contrato para la gestión de un servicio público en particular<sup>20</sup>.

Cuando el Legislador ha optado por otorgar concesiones a entidades colaboradoras para el ejercicio de actividades de inspección y control, se entiende que la función de inspección sigue siendo de exclusiva titularidad estatal, motivo por el cual la Administración se reserva las potestades de supervigilancia, control y dirección sobre dichas entidades colaboradoras<sup>21</sup>.

En términos generales, la facultad de conceder una concesión es, en su mayoría, discrecional, dado que su otorgamiento está sujeto, generalmente, a consideraciones de oportunidad y conveniencia para el interés público.

En nuestro país, la técnica de la concesión para habilitar a entidades privadas en el ámbito de la fiscalización ha sido usada en el caso de las plantas de revisión técnica, sector que en la actualidad gestiona el control sobre el riesgo vehicular. Hoy, dicho sector es operado en su totalidad por concesionarios, dando lugar a un verdadero sistema control y certificación, sujeto a fuertes regulaciones que garantizan a los usuarios el acceso universal e igualitario al mismo.

Hasta el año 1985, la revisión técnica de vehículos estaba consagrada en la Ordenanza General de Tránsito<sup>22</sup>. En ese entonces, correspondía a los

---

<sup>20</sup> Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 172.

<sup>21</sup> En lo sucesivo, se sigue a Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, pp. 518-528.

<sup>22</sup> DFL N° 3.068, Ministerio de Justicia, de 27 de octubre de 1964. Publicado en el *Diario Oficial* el 31 de octubre de ese mismo año.

municipios revisar el estado mecánico de la generalidad de los vehículos, mientras que la Subsecretaría de Transportes de la época debía realizarla respecto de los vehículos de locomoción colectiva y de carga. En ambos casos se contemplaba la opción de realizar esta revisión por establecimientos particulares, abiertos al público, con patente municipal para realizar este tipo de trabajos y que contaran con los medios y elementos necesarios para hacerlo. Estos establecimientos constituyen el primer antecedente de entidades privadas con competencias para inspeccionar y certificar las condiciones técnicas y de seguridad de los vehículos. La técnica utilizada, en este caso, era la autorización.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Tránsito, en 1985, que derogó a la referida Ordenanza, se mantuvo el anterior régimen, explicitando que tanto el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones como ciertas municipalidades tendrían las facultades necesarias para autorizar el funcionamiento de los establecimientos particulares de revisión técnica de vehículos.

Posteriormente, la Ley N° 19.495, de 1997, introdujo importantes modificaciones a la Ley del Tránsito en esta materia, concentrando la facultad de otorgar concesiones a los establecimientos de revisión técnica sólo en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, órgano que quedó facultado –de acuerdo al artículo 95 de la Ley de Tránsito– para licitar esta función de homologación de vehículos entre empresas que persiguieran fines de lucro, de acuerdo a las exigencias que se plantearan en las respectivas bases de licitación. De esta manera, se consagra a la licitación pública como sistema de elección de las empresas concesionarias que inspeccionan y certifican las condiciones de los vehículos motorizados en el país.

La Ley N° 18.696, de 1988, atribuyó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones la posibilidad de fijar por regiones, provincias o comunas del país, los establecimientos que podrán realizar revisiones técnicas vehiculares, aludiendo que la concesión de las mismas se hará mediante un procedimiento de licitación pública. El uso de la concesión, en este sector de referencia, viene dado por dos consideraciones: primero, porque implica la utilización de bienes nacionales de uso público, de manera distribuida a lo largo de todo el país para garantizar su acceso a la población; segundo, porque resulta necesario utilizar el procedimiento de licitación pública para asegurar que los limitados puntos de inspección y control sean ocupados por entidades privadas que cumplan rigurosamente con los criterios técnicos y económicos que la Administración previamente define. Desde este momento en adelante, se habla de “plantas revisoras”, las que en la actualidad son reguladas por dicha ley, por el Título VII de la Ley del Tránsito y por el Decreto Supremo N° 156, de 16 de octubre

de 1990, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de noviembre de 1990. En esta última normativa se contienen todos los requisitos para obtener la concesión, reglamentándose además el procedimiento de selección y el funcionamiento general de la concesión.

Cabe hacer presente que, en España, el caso de la ITV ha sido tratado como un ejemplo de colaboración privada que sólo se limita a realizar labores de mero control y no de actividades que impliquen el ejercicio de una potestad pública<sup>23</sup>. En Chile, por el contrario, no se ha planteado una discusión semejante al respecto. Sin embargo, estas entidades son los únicos actores encargados de certificar el buen estado de los vehículos que transitan por las calles, no existiendo un órgano público que realice dichas funciones de manera concurrente. En la actualidad, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones se limita a fiscalizar el correcto desempeño de estas plantas de revisión técnica, pero no realiza labores materiales de inspección a privados.

#### B) LA CONTRATACIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

En segundo lugar, la contratación también ha sido utilizada por la Administración como una vía para habilitar a entidades privadas en el ejercicio de actividades de fiscalización. La mayor utilización de esta técnica durante las últimas décadas se inserta en el fenómeno largamente conocido como la huida del Derecho Administrativo<sup>24</sup>.

Dentro de nuestro ordenamiento, entendemos por contrato administrativo el acuerdo de voluntades que existe entre un órgano de la Administración, que actúa dentro de sus competencias, y un particular u otro organismo público actuando como particular, que tiene por finalidad la satisfacción de ciertas necesidades públicas, generando entre ambas partes derechos y obligaciones<sup>25</sup>.

La técnica de la contratación suele ser usada para proveer al Estado de ciertos bienes, que requiere para el desempeño diario de las actividades

---

<sup>23</sup> Así, se ha sostenido que “la mal llamada ‘inspección técnica de vehículos’ no constituye propiamente una actividad de inspección tal y como la hemos definido, sino simplemente una actividad de comprobación y control. Si el vehículo que ha sido objeto de control no supera los datos objetivos que se comprueban, simplemente no se emite el certificado de conformidad, pero eso no tiene más consecuencia jurídica externa. Hasta que el vehículo no sea detenido y sometido a una actividad propia de inspección por parte de los agentes de la autoridad, no puede decretarse, por ejemplo, la inmovilización del mismo”. Carlos PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, p. 23.

<sup>24</sup> Véase Eva DESDENTADO, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, p. 87.

<sup>25</sup> Véase Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 141.

administrativas. Sin embargo, también es usada para proveer de ciertos servicios, siendo este el contexto donde se aplica a la contratación de entidades técnicas que colaboren con la Administración en labores de inspección y control. A este respecto, nuestro ordenamiento contempla la colaboración de privados en el ámbito de la fiscalización sanitaria, donde resulta de vital importancia gestionar y controlar los innumerables focos de riesgos que inciden en la salud pública.

Este tipo de fiscalización, de radical importancia en el desarrollo de diversas actividades empresariales en nuestro país, constituye un ámbito en el cual confluyen las competencias de diversos órganos de la Administración del Estado. Ello se explica en virtud de la amplitud de intereses públicos que con este tipo de fiscalización se protegen, comprendiendo tanto la protección directa de la salud humana (ámbito sanitario propiamente tal) como la protección del ambiente en cuanto afecte a la salud de la población, abarcando el tratamiento de las aguas, el aire, el suelo, entre otros elementos y componentes ambientales (ámbito sanitario-ambiental). De esta manera, se da cumplimiento al mandato constitucional de asegurar el derecho a la protección de la salud, garantizando el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo<sup>26</sup>.

De acuerdo al artículo 4º, N°s 3 y 4, del DFL N° 1, Ministerio de Salud, de 2005, corresponde al Ministerio de Salud velar por el debido cumplimiento de las normas de salud. Además, a dicho Ministerio le corresponde efectuar la vigilancia en el área de la salud pública y evaluar la situación de salud de la población. Así, el órgano fiscalizador en materia sanitaria es la SEREMI de Salud respectiva, la cual ejerce sus competencias de acuerdo a lo dispuesto en la ley orgánica que las rige y a las competencias que les otorga el Código Sanitario.

En este ámbito, la labor de inspección que realiza la SEREMI de Salud suele tener una gran presencia a nivel nacional<sup>27</sup>. Sin embargo, la ley la habilita a encomendar estas labores a terceros debidamente certificados, cuando falten funcionarios públicos idóneos para realizarla, posibilidad que se encuentra consagrada en el artículo 4º N° 3, inciso tercero, del mencionado DFL. La norma aludida señala lo siguiente:

---

<sup>26</sup> Véase Brigitte LEAL, *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado*, pp. 230 y ss.

<sup>27</sup> De hecho, se trata de un tipo de fiscalización fácilmente reconocible por los ciudadanos. Muchos de estos casos han terminado con la imposición de sanciones administrativas, además de adquirir una fuerte connotación pública. Así, por ejemplo, la fiscalización de locales de comida rápida ha sido tratada incluso por el Tribunal Constitucional, en la STC rol 2495, de 31 de julio de 2014.

“[l]a labor de inspección o verificación del cumplimiento de las normas podrá ser encomendada a terceros idóneos debidamente certificados conforme al reglamento, sólo en aquellas materias que éste señale y siempre que falte personal para desarrollar esas tareas y que razones fundadas ameriten el encargo. La contratación se regirá por lo dispuesto en la ley N° 19.886, debiendo cumplir la entidad, al menos, los siguientes requisitos: experiencia calificada en materias relacionadas, de a lo menos tres años; personal idóneo, e infraestructura suficiente para desempeñar las labores. En caso de que estas actividades puedan ser desarrolladas por universidades, las bases de la licitación deberán considerar esta condición con un mayor factor de ponderación”.

Como puede observarse, el Legislador establece los parámetros básicos en que la colaboración de los privados debe realizarse en el ámbito de la fiscalización sanitaria. En primer lugar, señala que ella sólo tiene lugar cuando falte personal y cuando existan razones fundadas que ameriten contar con dicha colaboración. Además, señala que dichos terceros deben ser idóneos y estar debidamente certificados conforme a las normas que contiene el reglamento que regula la materia. Finalmente, el Legislador optó por hacer aplicables a este respecto las prescripciones contenidas en Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Mediante su aplicación sería posible, entonces, lograr que se cumplan los dos requisitos necesarios para ser entidad colaboradora:

- a) poseer una experiencia cualificada en la materia;
- b) tener medios personales y materiales suficientes. Por último, señala que las universidades poseen una ponderación mayor en el proceso de licitación, probablemente por estimar la ley que ellas cumplen de mejor manera los dos requisitos recientemente señalados.

En este caso, y al contrario de lo que ocurre con las plantas de revisión técnica, la Administración realiza de manera protagónica las labores de inspección. Muchas de ellas terminan con el establecimiento de diversas medidas correctivas, tales como la clausura o la prohibición temporal de funcionamiento, o bien con el inicio e instrucción de sendos procedimientos sancionatorios. Los particulares, por tanto, tienen un rol secundario, el cual viene dado por la determinación previa que realiza la autoridad sanitaria de si se cuentan o no con los recursos necesarios para hacer frente al gran volumen de fiscalización que la protección efectiva de la salud pública demande en un momento determinado.

### C) LA AUTORIZACIÓN COMO TÍTULO HABILITANTE

Finalmente, la autorización administrativa es otra de las técnicas que ha utilizado el Legislador para habilitar a ciertas entidades particulares a colaborar con la Administración en el ejercicio de las funciones fiscalizadoras. Es, por otro lado, la técnica más usada en el Derecho comparado para este mismo propósito<sup>28</sup>.

De la misma manera, es una de las técnicas de intervención más utilizadas por la Administración para controlar el desarrollo de ciertas actividades privadas, motivo por el cual ha adquirido una importancia transcendental en materia económica y social. Ella permite el despliegue legítimo de innumerables actividades privadas, buscando hacer consonantes objetivos particulares con aquellos propios de la sociedad en su conjunto.

En cuanto a su definición, ella puede ser entendida como un acto administrativo de contenido favorable en el cual se constata la existencia de un derecho, mediante la comprobación de ciertos requisitos exigidos para realizar una actividad específica<sup>29</sup>. Tanto la doctrina como la normativa que la trata se refieren a ella de diversas maneras, usando el término licencia, dispensa o permiso. Sin embargo, se trata de una misma técnica de intervención administrativa.

Para entender el funcionamiento de esta técnica, resulta ilustrativa la distinción que dos destacados administrativistas hicieron en torno a ella décadas atrás. De acuerdo a Mayer, a través de la autorización, la Administración levanta una prohibición relativa recaída sobre una actividad privada, concediendo al particular el derecho de ejercerla, pero conservando el control sobre la misma para proteger los intereses públicos. Casi paralelamente, y de manera opuesta a tal lógica, Ranelletti destacó en la autorización su capacidad para remover impedimentos en el ejercicio de un derecho preexistente. Ambas tesis han encauzado el estudio de la autorización administrativa y la forma en que ella opera en los diversos sectores en que es contemplada<sup>30</sup>.

En general, el contenido de la autorización es variado. En este trabajo, se hará un análisis de las autorizaciones que se otorgan a entidades que

---

<sup>28</sup> A este respecto, la utilización de la autorización administrativa ha experimentado un aumento significativo en Europa y, en especial, en España, en virtud de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativo a los servicios en el mercado interior, conocida en general como Directiva de Servicios. Este tema es tratado por Julio GONZÁLEZ, "Autorizaciones, Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables en la Transposición de la Directiva de Servicios", pp. 255-293.

<sup>29</sup> Véase Jorge BERMÚDEZ, *Derecho Administrativo General*, p. 177.

<sup>30</sup> Véase Juan Carlos LAGUNA DE PAZ, *La Autorización Administrativa*, p. 31.

colaboran con la Administración en las funciones de control e inspección, motivo por el cual nos referimos al caso de estas últimas. Para ilustrar este punto, usaremos como sector de referencia el ambiental, dada la profusa utilización que ha tenido esta técnica en el ámbito de las fiscalizaciones lideradas por la Superintendencia del Medio Ambiente y la reciente regulación que se ha establecido al respecto.

La Ley N° 20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, señala las atribuciones que tiene este órgano en materia de fiscalización. En especial, el artículo 3 letra c), se le habilita para contratar

“las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, y de los Planes de Manejo, cuando procedan, a terceros idóneos debidamente certificados”.

Así, respecto de ciertos instrumentos de gestión ambiental, y dentro del contexto de la nueva institucionalidad, la Administración puede contratar a entidades colaboradoras, debidamente certificadas en cuanto a su idoneidad técnica, para complementar las labores de fiscalización.

La referida disposición legal encarga a normas reglamentarias la determinación del procedimiento para la certificación (acreditación de la idoneidad técnica), autorización (habilitación jurídica para ejercer válidamente sus actividades) y control (supervigilancia del ejercicio de sus labores) de estas entidades y de sus inspectores. El Reglamento de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental fue dictado por Decreto Supremo N° 38, Ministerio del Medio Ambiente, de 15 de octubre de 2013 y publicado en el *Diario Oficial* el 18 de marzo de 2014.

En tal reglamento se regulan los aspectos esenciales que cubren en desarrollo de esta actividad: la autorización entregada a tales entidades, los requisitos establecidos para ello, el control al cual quedan sujetas y la forma de proceder en el ejercicio de las labores de fiscalización y de certificación.

En primer lugar, los artículos 3° y 4° del reglamento definen quiénes pueden ser entidades técnicas fiscalizadoras: personas jurídicas de derecho privado o bien personas naturales, llamadas inspectores ambientales, que cumplan con los requisitos que allí se establecen. Para el primer caso, se requiere, entre otros aspectos, tener personal idóneo, disponer de infraestructura y equipamiento suficiente para asegurar el desarrollo de estas labores y no estar afecto a conflictos de intereses con las actividades fiscalizadas. Por otro lado, para el caso de las personas naturales, se requiere contar con los conocimientos y experiencia calificada de al menos tres

años en la materia, poseer un perfil idóneo y, de nuevo, no estar afecto a conflictos de intereses de acuerdo a la forma en que ello es tratado en el mismo reglamento.

En segundo lugar, el artículo 5° regula el procedimiento para obtener la autorización, el cual se inicia por una solicitud de la parte interesada, debiendo acreditar esta última ante la autoridad el cumplimiento de todos los requisitos que exige el reglamento para ser entidad técnica o inspector ambiental. Para ello se contemplan planes de auditoria y exámenes de conocimiento, respectivamente. Al comprobarse los requisitos por la unidad encargada, el Superintendente dicta una resolución fundada, autorizando a la entidad o inspector a realizar las labores de fiscalización. Esta autorización dura dos años, contemplando la posibilidad de ser renovada. Además, el reglamento contempla expresas y taxativas causales de caducidad y revocación de las autorizaciones. Finalmente, de acuerdo al artículo 14, las entidades autorizadas se deben incluir en un registro, disponible para consulta pública.

En tercer lugar, las entidades privadas fiscalizadoras están sujetas a un permanente control por parte de la Administración. De acuerdo al artículo 15, deben cumplir con una serie de deberes de información hacia la Superintendencia, mantener confidencialidad de sus actividades, actuar con la debida imparcialidad y cumplir con toda otra determinación que dicho órgano establezca. Luego, el artículo 17 señala que dichas entidades estarán bajo la fiscalización permanente de la Superintendencia, como una manera de velar por el cumplimiento de los requisitos, exigencias y obligaciones que en la ley y en dicho reglamento se establecen.

En cuarto lugar, el artículo 21 regula las actividades del procedimiento de fiscalización que pueden realizar estas entidades. A este respecto, las entidades colaboradoras pueden actuar en tres casos: cuando la Superintendencia especialmente lo requiera; cuando un sujeto fiscalizado requiera realizar mediciones o análisis para cumplir con la normativa aplicable a su actividad; y cuando sea necesario enviar alguno de los reportes periódicos que el sujeto fiscalizado debe remitir a la Superintendencia.

Finalmente, el reglamento regula la forma y oportunidad en que las entidades privadas fiscalizadores emiten certificados de conformidad a los sujetos fiscalizados. El artículo 22, a este respecto, establece que se deberán indicar en él las normas, condiciones y medidas del instrumento de carácter ambiental que fue objeto de fiscalización, señalando además los resultados de dicha actividad.

En el ámbito de la fiscalización ambiental, es importante destacar que la labor de las entidades colaboradoras tiene carácter subsidiario, toda vez que el artículo 24 señala que la Superintendencia deberá acudir a las mis-

mas solamente cuando los programas o subprogramas de fiscalización no puedan ser cumplidos de manera suficiente por los organismos sectoriales.

Ahora bien, luego de haber dado revisión a este modelo de autorización administrativa, corresponde plantear la pregunta en torno a sus ventajas y desventajas, sobre todo en contraste con la técnica concesional. Una de las grandes ventajas del sistema autorizatorio es el mayor énfasis existente en los deberes de información tanto hacia el órgano administrativo con el cual se relacionan, como hacia los sujetos fiscalizados. Ello se refleja, por ejemplo, en el sistema de registro como medio de publicidad de la existencia de estas entidades. Por otra parte, uno de los más frecuentes inconvenientes es que al ser generalmente mayor el número de entidades colaboradoras autorizadas en comparación con aquellas habilitadas en virtud de una concesión –naturalmente más restringida en su uso– se difuminan en mayor medida los estándares de control, aumentando el riesgo de captura de las entidades autorizadas con el sujeto fiscalizado<sup>31</sup>.

Más allá de las ventajas y desventajas de cada técnica mencionada, ambas son lo suficientemente moldeables para ser utilizadas en los diversos sectores donde deben llevarse a cabo actividades de inspección y control de riesgos. En ambas, la Administración se preocupa de la solvencia técnica, financiera e imparcialidad de la entidad colaboradora. Además, en ambas se trata de una relación de tracto sucesivo entre la entidad particular y la Administración, motivo por el cual pueden determinarse detalladamente cuáles son las condiciones para el ejercicio de las labores de inspección por parte de los particulares, siendo una relación de sujeción especial<sup>32</sup>.

#### 4. *Balances finales*

La actividad de fiscalización, tradicionalmente, ha sido catalogada como una actividad intrínsecamente estatal. Sin embargo, con el paso de los años, ha debido abrirse a nuevas realidades. La complejidad de la sociedad moder-

---

<sup>31</sup> El riesgo de captura de las entidades colaboradoras pondría en tela de juicio de imparcialidad técnicas que estas debieran tener. Por ello, en su regulación debieran contemplarse fuertes mecanismos de prevención o resolución de eventuales conflictos de intereses. La doctrina, por su parte, ha señalado que la necesidad de garantizar la objetividad de estas entidades es doble: por un lado, se debe evitar un juicio tendencioso realizado por una entidad que esté vinculada con el sujeto fiscalizado y, por el otro, se debe evitar de igual manera un trato injusto entre entidades colaboradoras que realizan sus actividad en un contexto de competitividad. Véase Severiano FERNÁNDEZ, *La Actividad Administrativa de Inspección*, p. 544.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p 537.

na, el desarrollo constante de la tecnología y el aumento de los riesgos han provocado que el escenario frente al cual se despliega la Administración sea cada vez más técnico, sofisticado y difícil de abordar. Frente a ello, la colaboración de los privados en materia de control e inspección de los riesgos se ha instalado como una opción válida para ejercer efectivamente una de las potestades más importantes que ostenta la Administración en la actualidad.

Los tres casos analizados en este trabajo dan cuenta de las innumerables variables que contempla la regulación de estas entidades. Desde el concreto título habilitante que inicialmente requieren para tener participación válida en los procesos de fiscalización, hasta la forma en que deben desarrollarse sus relaciones con los sujetos fiscalizados, toda la regulación se ha establecido desde nuestras tradicionales prácticas administrativas, puesto que si bien se trata de un fenómeno más o menos incipiente, el Legislador ha utilizado los instrumentos clásicos de habilitación a privados para darles participación en estas actividades<sup>33</sup>.

En nuestro ordenamiento, pareciera no haber resistencia por parte del Legislador a la colaboración privada en ciertas actividades de inspección y control de riesgos. Desde luego, porque no existen cláusulas generales que así lo prohíban. Además, porque como se desprende de todos los casos analizados, la Administración siempre conserva facultades para ejercer la supervigilancia sobre la labor que realizan las entidades colaboradoras. En el caso de las concesiones y de las autorizaciones, esta supervisión viene dada por la especial relación de sujeción que se crea con la Administración. Por otro lado, en el caso de la contratación, ella se establece en las normas legales y cláusulas contractuales que confieren determinadas potestades exorbitantes a la Administración para velar por el cumplimiento de los objetos propuestos para dicha actividad. Además, aun cuando existan casos en que los actores preponderantes o bien exclusivos en el control e inspección de riesgos sean agentes privados, la Administración puede, en virtud de su potestad general de inspección, realizar un control directo de las actividades privadas sujetas a fiscalización, si es que las circunstancias del caso así lo requirieran, siendo ello la manifestación más explícita de que la colaboración de privados se da con respecto a una actividad que sigue siendo de titularidad esencialmente estatal.

---

33 En el Derecho Comunitario Europeo, en virtud de los cambios que introdujo la Directiva de Servicios, de 2006, se ha tornado necesario crear y/o fortalecer nuevos títulos habilitantes para el ejercicio de actividades privadas, dentro de las que incluimos a las entidades colaboradoras. Han tenido especial protagonismo, en España, la comunicación previa y la declaración responsable. Véase Mariola RODRÍGUEZ FONT, "*Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local*", pp. 261-300.

## Bibliografía

- BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, LegalPublishing, 2010.
- CANALS, Dolors, *El Ejercicio por Particulares de Funciones de Autoridad (control, inspección y certificación)*, Granada, Comares, 2003.
- CANALS, Dolors, El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración, en A. GALÁN GALÁN (coord.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, 2010, pp. 21-52.
- DARNACULLETA, Mercé, La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía, en MUÑOZ, Santiago; ESTEVE, José (coord.), *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, Madrid, Iustel, 2009, pp. 631-667.
- DESDENTADO, Eva, *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERNÁNDEZ, Severiano, *La Actividad Administrativa de Inspección*, Granada, Comares, 2002.
- GARCÍA, Agustín, *La Potestad Inspectora de la Administración del Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GONZÁLEZ, Julio, “Autorizaciones, Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables en la Transposición de la Directiva de Servicios”, en *Revista de Estudios Autonómicos*, N° 11, Madrid, 2010, pp. 255-293.
- LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, *La Autorización Administrativa*, Madrid, Civitas, 2006.
- LEAL, Brigitte, *La potestad de Inspección de la Administración del Estado*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 56, 2015.
- PADRÓS REIG, Carlos, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Madrid, Tecnos, 2001.
- RIVERO, Ricardo, *El Estado Vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1999.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, “Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local”, en *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2009, pp. 261-300.

Estudios  
sobre derechos fundamentales

---

PROYECTO DE LEY QUE REGULA  
LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN  
VOLUNTARIA DEL EMBARAZO  
EN TRES CAUSALES.  
ANÁLISIS CRÍTICO

DRAFT LAW THAT REGULATES  
THE DECRIMINALIZATION OF THE VOLUNTARY  
INTERRUPTION OF PREGNANCY  
IN THREE GROUNDS.  
CRITICAL ANALYSIS

*Ruggero Cozzi Elzo\**  
*Cristóbal Aguilera Medina\*\**

*Resumen*

Los autores abordan cuatro aspectos vinculados al proyecto de ley. En primer lugar, contextualizan la discusión mostrando la realidad social (por qué abortan las mujeres en Chile), la realidad sanitaria (cómo abortan y con qué consecuencias) y la realidad criminal del aborto (quiénes son condenados y privados de libertad). En segundo lugar, se realiza un breve análisis de las tres causales que el proyecto propone despenalizar, resaltando las contradicciones más evidentes que se levantan. En tercer lugar, se hace un sumario de lo que dispone el derecho internacional y regional de los derechos humanos en esta materia. Finalmente, los autores comentan la impunidad criminal que eventualmente generará el proyecto en análisis, el cual despenalizará *de facto* el aborto a libre demanda.

Palabras clave: aborto, despenalización del aborto, realidad social del aborto, realidad penal del aborto, realidad sanitaria del aborto, interrupción voluntaria del embarazo, derecho al aborto.

---

\* Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director Ejecutivo de Comunidad y Justicia. Artículo recibido el 6 de noviembre de 2015 y aceptado para su publicación el 2 de marzo del 2016. Correo electrónico: rcozzi@comunidadyjusticia.cl.

\*\* Licenciado en Derecho de la Universidad de Los Andes. Coordinador Legislativo de Comunidad y Justicia.

## *Summary*

The authors examine four aspects of the legislative proposal being discussed by the Chilean Congress. First, they contextualize the debate by showing the facts of the social reality in which it is being held (empirical data on why Chilean women undergo abortions), the sanitary conditions that currently exist (how the procedure is performed under prohibition conditions and its consequences on women's health) and the data on criminalization (statistics of actual convictions and effective penalties). Second, the authors undertake a brief analysis of the three causes for abortion that the proposal seeks to legalize, highlighting the most evident contradictions arising thereof. Third, the authors summarize the controlling rules of international human rights law applicable to the matter. Finally, the authors highlight the criminal impunity that will arise as a consequence of the enactment of the proposal, which will lead to a *de facto* legalization of all forms of abortion.

Keywords: abortion, legalization of abortion, social reality of abortion, criminal reality of abortion, sanitation reality of abortion, voluntary interruption of pregnancy, right to abortion.

## *I. Realidad del aborto en Chile*

### 1) REALIDAD SOCIAL:

#### COERCIÓN A ABORTAR Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

Existe consenso a nivel internacional que el aborto debe ser prevenido<sup>1</sup>. Sin embargo, poco se sabe sobre las causas sociales del aborto y cómo prevenirlo efectivamente. Antes de abordar el fondo del asunto cabe preguntarse por qué abortan las chilenas y si el proyecto en comento ofrece alguna solución al respecto.

Una reciente investigación del Instituto Melisa arroja ciertas luces al respecto<sup>2</sup>. El estudio analizó el caso de 3.134 mujeres con embarazos no planificados. Ellas fueron divididas en dos grupos con diferentes patrones de riesgo y vulnerabilidad:

- i) las que manifestaban explícitamente su decisión de terminar con el embarazo (n = 486 en grupo de *alto riesgo*); y

---

<sup>1</sup> La Presidente Michelle Bachelet ha declarado que: “cada aborto en el país, es una señal que como sociedad estamos llegando tarde, porque la prevención no tuvo los resultados esperados” (Mensaje Presidencial 21 mayo 2014).

<sup>2</sup> Elard KOCH, “Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: Recent Scientific Evidence from Natural Experiments On Different Populations. Lecture at the Life & Family event in the United Nations”, 80 (2), pp. 151-60.

- ii) las que no manifestaban verbalmente su intención (n = 2.648 en grupo de *riesgo leve a moderado*).

El estudio distinguió diferentes factores de vulnerabilidad del embarazo en ambos grupos de riesgo, los que podrían incidir en la decisión de abortar. Las situaciones de vulnerabilidad raíz o causal del aborto en Chile pueden clasificarse en:

- i) *factores psicosociales*, como abandono de la pareja, coerción, violencia, expectativas de vida, expulsión del hogar, entre otros; y
- ii) *factores de vulnerabilidad propios del embarazo*, como el riesgo vital de la madre o malformaciones congénitas letales del feto, entre otros. En la siguiente tabla se exponen los principales factores según el grupo de riesgo<sup>3</sup>:

| Grupo de mujeres con alto riesgo de aborto (n=486)  | Grupo de mujeres con riesgo leve a moderado (n=2648)                               |
|---|--|
| 44,4% Fue coerción para abortar por parte de los padres (uno o ambos) o la pareja con o sin la presencia de violencia doméstica.                          | 36,9% Necesidad de apoyo psicológico o emocional                                   |
| 22,8% Por factores asociados a expectativas de vida incluyendo continuar estudios, proyecto de vida, situación socioeconómica y temor a ser madre soltera | 20,1% Situación de abandono con pérdida de hogar (ya sea por abandono o expulsión) |
| 20,4% Ocultar embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres   | 12,9% Ocultar embarazo por temor a la reacción de la pareja o de los padres        |
| 2,1% Por abuso sexual (violación, incesto y abuso sexual reiterado)   | 9,1% Posibilidad de dar en adopción  |
| 1,9% Por abandono de la pareja  | 7,9% Por abandono de la pareja   |
| Total: 91,6% de los casos   | 3,7% Por coerción o violencia doméstica  |
|   | 1,8% Por abuso sexual  |
|   | Total: 92,4% de los casos  |

Revisados los factores causantes del aborto en Chile, sorprende negativamente que más de un 65% de las mujeres con *alto riesgo* de aborto sufre coerción para abortar: ya sea directamente, si proviene de la pareja o padres (44,4%); o indirectamente, si la coerción es fruto del temor a la reacción de su pareja o padres (20,4%), o del abandono de la pareja y familia (1,9%)<sup>4</sup>.

La coerción, en estos casos, significa que existe presión ejercida sobre la embarazada para forzar su voluntad o su conducta con la finalidad de

<sup>3</sup> COMUNIDAD Y JUSTICIA - CORPORACIÓN IDEA PAÍS, “Embarazo Vulnerable, Realidad y Propuestas”, 2014. Disponible en [www.comunidadyjusticia.cl/documentos](http://www.comunidadyjusticia.cl/documentos) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

<sup>4</sup> FUNDACIÓN CHILE UNIDO, “Argumentos desde la experiencia. Fundación Chile Unido frente a la despenalización del aborto en Chile”, 2015. Disponible en [www.chileunido.cl](http://www.chileunido.cl) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

que ella aborte. En lenguaje de derechos humanos ello califica como una forma de violencia contra la mujer. Aunque se trata de un instrumento no vinculante, Naciones Unidas ofrece una definición de violencia contra la mujer entendiéndose como

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada”<sup>5</sup>.

Según un informe del Secretario General de Naciones Unidas,

“[l]a forma más común de violencia experimentada por las mujeres en todo el mundo es la violencia dentro de la pareja (...) La violencia dentro de la pareja comprende toda una gama de actos sexual, psicológica y físicamente coercitivos practicados contra mujeres adultas y adolescentes por una pareja actual o anterior, sin el consentimiento de la mujer”<sup>6</sup>.

Es claro, entonces, que la coerción a abortar –especialmente si proviene de la pareja– constituye un acto de violencia contra la mujer que la coloca en riesgo de sufrir graves secuelas psicológicas y físicas asociadas al aborto inducido (como se explica más adelante)<sup>7</sup>. El proyecto de ley no colabora en superar esta cruda realidad.

## 2) REALIDAD SANITARIA:

### *MAL USO DE MEDICAMENTOS PARA FINES ABORTIVOS Y CON GRAVE RIESGO PARA LA SALUD DE LAS EMBARAZADAS.*

La segunda pregunta que corresponde responder para abordar seriamente la realidad del aborto es cómo abortan las chilenas. Aunque no se conocen cifras oficiales –atendida la clandestinidad de la conducta– es bastante aceptado que la mayoría de los abortos se realizan a través del mal uso de un fármaco denominado misoprostol o misotrol.

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS, “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, Resolución 48/104 de la Asamblea General, 20 diciembre 1993.

<sup>6</sup> SECRETARÍA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de julio de 2006, párrafos 112 y ss. Disponible en [www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

<sup>7</sup> El carácter delictual de la coerción a abortar se confirma en la Ley 20.357 que llega a calificar como crimen de lesa humanidad la conducta que “constrañere mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto o permitir que le sea practicado”, si se reúnen los requisitos del artículo 1° de la misma ley.

Una primera razón para afirmar que aquel medicamento es la vía más utilizada para abortar en Chile es que el fármaco se puede adquirir en el mercado negro por bajo precio –desde \$40.000 las cuatro pastillas–, siendo accesible a cualquier grupo económico en comparación con el aborto quirúrgico, cuyo monto puede llegar hasta \$2.000.000 dependiendo de quién y dónde se realice<sup>8</sup>.

En segundo lugar, que el misoprostol sea la forma más frecuente para abortar ha sido reconocido por nuestras autoridades sanitarias. El misoprostol es un medicamento utilizado para la prevención y tratamiento de las úlceras gástricas; en Chile, ese es el único uso sanitario autorizado del medicamento<sup>9</sup>, aunque también está clínicamente aceptado su uso para inducir partos con supervisión médica. El año 2000 el ISP emitió una resolución sanitaria que declara que

“existen antecedentes de mal uso y un riesgo considerable de muerte fetal y maternal al usar el misoprostol en indicaciones no autorizadas”;

considerando lo anterior, el ISP sólo permite la venta al público de misoprostol bajo receta médica retenida, y además, dispone que en los envases o rotulados del medicamento deberá utilizarse siempre la siguiente advertencia:

“Se han reportado efectos adversos serios, que incluyen perforación del útero, hiperestimulación uterina, hemorragia vaginal severa, muerte maternal y/o fetal al usar este producto como inductor del parto o abortivo (Med Watch, FDA, agosto 2000)”<sup>10</sup>.

Un tercer elemento que permite afirmar que el mal uso de misoprostol es la manera más frecuente de abortar en Chile, son los hechos consignados en las sentencias condenatorias por el delito de aborto consentido que se han dictado desde la implementación de la Reforma Procesal Penal<sup>11</sup>. De los 18 casos de aborto consentido que llegaron a sentencia definitiva entre el 2003 y 2014 en la Región Metropolitana,

---

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, en la sentencia N°3902-2007, un médico fue condenado por efectuar abortos quirúrgicos en su clínica privada cobrando entre \$1.500.000 y \$2.000.000 por intervención.

<sup>9</sup> INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Registro N° F-9507/11, de 29 septiembre 1994, vigente hasta 2016. El registro señala como indicación que se trata de un medicamento inhibidor de la secreción ácida gástrica; como contraindicación, el registro señala claramente: “No administrar a mujeres embarazadas o en edad fértil”.

<sup>10</sup> INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Resolución N° 10.216, de 26 de diciembre de 2000.

<sup>11</sup> Ver *ad infra*, n. 15.

se registraron 11 casos donde las madres abortaron con el medicamento misoprostol (61%). De aquel segmento, en 6 ocasiones (55%) se constató que las mujeres sufrieron graves complicaciones a su salud, debiendo ser llevadas de urgencia a un hospital<sup>12</sup>. En el resto del país, de un total de 45 sentencias de aborto consentido, se encontraron 23 casos de aborto realizados con misoprostol. De éstos, 17 casos (74%) culminaron con serias complicaciones médicas por el mal uso del medicamento<sup>13</sup>. En suma, de los casos de aborto consentido judicializados el 53,9 % fueron realizados con mal uso de misoprostol.

Es sabido que el aborto inducido provoca graves secuelas psicológicas para la mujer<sup>14</sup>, y que desde el punto de vista de su salud física el aborto

---

<sup>12</sup> Las sentencias son: 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 7039-2011; 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3689-2006; 9° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 14220-2007; 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009; 14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 6447-2011; 15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2317-2009. Entre las complicaciones destacan: fuertes dolores abdominales, hemorragia aguda, entre otros.

<sup>13</sup> Las sentencias son: JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 5824-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 11410-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE VALPARAÍSO, sentencia N° 7831-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N° 13.021-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE VILLARRICA, sentencia N° 588-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE VICTORIA, sentencia N° 1009-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE RIO NEGRO, sentencia N° 1108-2011; TRIBUNAL ORAL PENAL DE OSORNO, sentencia N° 58-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 20-2010; JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, sentencia N° 5427-2013; JUZGADO DE GARANTÍA DE TOCOPILLA, sentencia N° 189-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE CALAMA, sentencia N° 4293-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 3841-2012; JUZGADO DE GARANTÍA DE DIEGO DE ALMAGRO, sentencia N° 586-2013; TRIBUNAL ORAL PENAL DE OVALLE, sentencia N° 86-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE QUILLOTA, sentencia N° 500-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN VICENTE DE TAGUA-TAGUA, sentencia N° 1560-2010. Las principales complicaciones descritas son: hemorragia aguda, infección por restos placentarios en el útero, metrorragia, fuertes dolores abdominales, entre otros.

<sup>14</sup> En un estudio realizado en 2008 por la American Psychological Association, se demostró que el aborto inducido predispone a las mujeres a un trastorno de estrés post traumático ("Post Traumatic Stress Disorder") y de Trastorno de estrés agudo ("Acute Stress Disorder"). AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, "Abortion and Mental Health: evaluating the evidence" (2009). [www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf](http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]. La doctora Priscila Coleman (que analiza 22 estudios y un total de 877.181 pacientes) concluye que el 81% de las mujeres que abortaron tienen mayor riesgo de sufrir problemas de salud mental, como de tener conductas suicidas, depresión o ansiedad. Priscila COLEMAN, "Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995-2009", in *The British Journal of Psychiatry*, 2011, 199 (3), pp. 180-186. Otro estudio realizado el año 2005 en Estados Unidos y Finlandia indica que el aborto incrementa el riesgo de suicidio en 2 a 3 veces después de un año de haberse practicado el aborto. GISSLER M., (2005) *et al.*, "Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Finland 1987-2000", in *European*

inducido podría contribuir como factor de riesgo de embarazo subsecuente prematuro<sup>15</sup>, la prevalencia a padecer problemas de placenta previa, aumento de aborto espontáneo y rotura prematura de membrana<sup>16</sup>. El proyecto de ley en discusión tampoco aborda esta realidad ni propone una política sanitaria y criminal efectiva frente a la promoción del mal uso de misoprostol.

### 3) REALIDAD PENAL:

#### CIFRAS DE CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO (2003-2014)

El Estado de Chile se encuentra obligado constitucional e internacionalmente a proteger la vida del que está por nacer. Como consecuencia de dicha protección, el Código Penal chileno sanciona tanto a la *mujer* que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause (art. 344), como al *tercero* (art. 342 N° 3) o al *facultativo* (art. 345) que maliciosamente causen un aborto, sea éste hombre o mujer.

Aunque suele decirse que el aborto es un delito que criminaliza a la mujer, hasta ahora no hemos encontrado estudios criminológicos sobre el delito de aborto en Chile. Por lo mismo, y a pesar de sus limitaciones, la presente investigación aparece como inédita en el rubro. Para saber quiénes son condenados por el delito de aborto, cuántas mujeres y qué pena se les aplica, se solicitó al Poder Judicial por vía de transparencia el registro de las sentencias absolutorias y condenatorias dictadas en la Región Metropolitana y en Regiones desde la implementación de la Reforma Procesal Penal hasta la fecha (2003-2014). De las 150 sentencias informadas por el Poder Judicial, se pudo revisar materialmente el contenido de un total de 70 sentencias condenatorias y 2 absolutorias. El resto son sentencias mal ingresadas al sistema y otras que no pudimos acceder a su contenido<sup>17</sup>.

---

journal of Public Health, 2005, [www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#](http://www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#). [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

<sup>15</sup> V. WHITEMAN *et al.* (2014), "Preterm birth in th first pregnancy and risk of neonatal death in the second pregnancy: A propensity core-weighted matching approach", *J Obstet-Gynaecol*, 24, pp. 1-7.

<sup>16</sup> M. MAKHLOUF *et al.* (2013), "Adverse Pregnancy Outcomes among Women with Prior Spontaneous or Induced Abortions". *Am J. Perinatol.* 2013 Dec 17. [www.europepmc.org/rcticles/pmc4061262](http://www.europepmc.org/rcticles/pmc4061262) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

<sup>17</sup> Poder Judicial, Respuesta a Solicitud de Transparencia N° NR001T0000050, de fecha 14 de agosto 2014. De la base de datos recibida, se procedió a conseguir cada una de las sentencias disponibles por el delito de aborto consentido (art. 342 y 344 CP), y aborto cometido por facultativo (art. 345 CP). En el análisis se descartaron: (i) las sentencias no disponibles públicamente por deficiencias de transparencia del Poder Judicial; y (ii) las sentencias mal ingresadas al sistema (por delitos distintos del registrado) por errores del Poder Judicial.

Las cifras arrojadas en nuestra investigación son bastante decidoras. En primer lugar, la tasa de denuncias y formalización contra mujeres es bastante baja<sup>18</sup>. En segundo lugar, de los casos que llegan a sentencia definitiva, lo cierto es que a las mujeres condenadas por delito de aborto no se les aplica una pena efectiva (96,4%)<sup>19</sup>. Esto ocurre por dos razones:

- a) existencia frecuente de dos atenuantes de responsabilidad penal –irreprochable conducta anterior y colaboración con la investigación–; y
- b) la Ley 18.216 permite al juez aplicar la *remisión condicional de la pena*, suspendiendo su cumplimiento bajo ciertas condiciones.

La aplicación de la ley que hacen los jueces criminales es razonable en el sentido de que sólo se ha aplicado una pena privativa de libertad a mujeres en circunstancias muy excepcionales donde el crimen cometido contra la vida del no nacido no está envuelto de circunstancias atenuantes. Con todo, esta decisión queda en manos del juez, quien resolverá según los hechos del caso concreto. Según Gendarmería de Chile, a octubre de 2014 ninguna mujer se encuentra recluida por el delito de aborto. El único privado de libertad por este delito es un facultativo de sexo masculino que fue condenado por abusar de su oficio en Punta Arenas<sup>20</sup>.

En cualquier caso, y lo que es más relevante para efectos del análisis del proyecto de ley en comento, revisados los hechos descritos en las sentencias de aborto consentido y de aborto cometido por facultativo, no existieron ca-

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, el año 2011 se formalizó a 40 mujeres en circunstancias que, según el MINISTERIO DE SALUD, el total de abortos hospitalarios en 2011 fue 30.860, cifra que incluye los abortos espontáneos como inducidos, sin que sea posible distinguir unos de otros. Ver INDH, *op. cit.*, 2014, p. 204 y ss. Una explicación al bajo número de formalizaciones sería la facultad del Fiscal de solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 y ss CPP) cuando existe un acuerdo con la mujer imputada por el delito de aborto. Es sabido que existen protocolos entre organizaciones de apoyo a la mujer con secuelas post-aborto y algunas fiscalías del país que inhiben la persecución penal.

<sup>19</sup> De la información pública disponible, entre 2003 al 2014, en total son 76 personas condenadas por delito de aborto consentido (art. 342 N° 3 y 344 CP), de las cuales, 21 corresponden a hombres y 55 a mujeres. De las 55 mujeres condenadas, a 53 de ellas (96,4%) se les eximió de cumplir pena efectiva por *remisión condicional de la pena*. En 11 años, tan solo 2 mujeres fueron condenadas sin ningún beneficio: la primera, por concurrir una circunstancia agravante al practicarle un aborto a otra mujer cobrando dinero (JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N°10.371-2010); la segunda, fue condenada a 61 días de pena efectiva (14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N°6447-2011).

<sup>20</sup> GENDARMERÍA, Ord. N° 14.20.11.358/14, de 14 octubre 2014, en respuesta a solicitud de transparencia N° AK006W-0001961. En el mismo sentido, ver: La Tercera, Nacional, “Seis personas condenadas por aborto en Chile cumplen penas en la cárcel. Según Gendarmería, un enfermero está en prisión en Magallanes solo por este delito. Los otros cinco tienen más ilícitos asociados”, de 3 de enero de 2015.

sos judicializados en que el aborto haya sido causado por riesgo de la vida de la madre, inviabilidad fetal o por ser el embarazo producto de una violación.

## II. Causales de despenalización que regula el proyecto

### 1) ABORTO POR PELIGRO PARA LA VIDA DE LA MUJER EMBARAZADA: UNA DISCUSIÓN ARTIFICIAL

En Chile no están prohibidos ni penalizados los tratamientos terapéuticos para salvar la vida de la madre. La legislación chilena permite a los médicos intervenir cuando existe riesgo para la vida de la madre embarazada aunque ello tenga como consecuencia indirecta la muerte del feto. De esa forma, corresponde aclarar que Chile forma parte del grupo de 66 países en el mundo que prohíben, en general, el aborto, pero que permiten la intervención médica para salvar la vida de la madre<sup>21</sup>.

El art. 119 del Código Sanitario solamente prohíbe las acciones *cuyo fin sea provocar un aborto*, pero no prohíbe los tratamientos médicos dirigidos a salvar la vida de la madre, aunque ello provoque la muerte indirecta y no querida del feto. El Código de Ética del Colegio Médico de Chile también lo permite (arts. 8 y 9). Es decir, frente a casos de riesgo para la vida de la madre embarazada, cualquier establecimiento de salud, público o privado, revisará con su comité ético si procede o no aplicar un tratamiento terapéutico<sup>22 23</sup>.

La legislación chilena no sanciona penalmente al médico que interviene para salvar la vida de la madre embarazada si, como consecuencia indirecta y no querida, se produce la muerte fetal. El Código Penal sanciona

<sup>21</sup> INDH, "Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014", p. 192. Disponible en [www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-final.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-final.pdf) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

<sup>22</sup> Ejemplos de casos en que se permite la terapia con resultado de muerte fetal: en caso de que una mola hidatídica tenga un feto vivo, y ponga en peligro inminente con su crecimiento la vida de la madre, se puede extirpar la mola; en caso de desprendimiento de placenta, si hay peligro inminente para la vida de la madre por una hemorragia, se puede tratar de detener ésta por taponamiento o terapéutica médica, aun cuando ello pueda provocar la muerte del feto; en caso de embarazo tubario –cuando el embrión se anida fuera del útero, como en una de las trompas de Falopio o en el ovario–, con grave peligro la vida de la madre, la hemorragia puede detenerse con la salpingectomía o amputación de la trompa, con el embrión adentro; entre otros.

<sup>23</sup> El presidente de la instancia asesora en materias éticas del Colegio Médico de Chile, el doctor Julio Montt, confirmaba en su momento que "en Chile desde hace muchos años los médicos realizan abortos terapéuticos cuando está en peligro la vida de la madre, lo que nunca ha sido sancionado ni tampoco ha generado demandas. Esto está dentro de la tarea del facultativo". Diario *La Segunda*, 26 de mayo del 2014.

el aborto, solamente, cuando quien realiza la acción lo hace “maliciosamente” (art. 342). Por tanto, para que un aborto sea penado se requiere dolo directo del autor. En el caso del facultativo o médico, la ley penal chilena también exige dolo directo (art. 345)<sup>24</sup>.

Las cifras del Poder Judicial sobre sentencias de abortos cometidos por facultativos (2003-2014) confirman lo anterior. En la Región Metropolitana se han dictado solamente 4 sentencias definitivas en relación al delito de aborto cometido por facultativo, todas ellas condenatorias; sin embargo, en ningún caso las mujeres sometidas a los procedimientos abortivos estaban en peligro de muerte. Los facultativos imputados fueron condenados por cometer *maliciosamente* el delito de aborto, abusando de su oficio médico<sup>25</sup>. En el resto del país sucede lo mismo: ninguna de las 5 sentencias condenatorias contra facultativos por el delito de aborto, se refieren a situaciones de riesgo vital maternal<sup>26</sup>. En consecuencia, la intención de despenalizar el aborto terapéutico es inoficiosa: no se puede despenalizar lo que, en rigor, no está penalizado. La inclusión de esta causal en el proyecto de ley en análisis parece artificiosa e invita a la desconfianza sobre los verdaderos fines de la modificación legal propuesta.

2) ABORTO CUANDO EL EMBRIÓN O FETO PADEZCA  
UNA ALTERACIÓN ESTRUCTURAL CONGÉNITA  
O GENÉTICA INCOMPATIBLE CON LA VIDA EXTRAUTERINA:  
UNA DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS DISCAPACITADOS.

Esta causal puede examinarse según cuán certero se estime el diagnóstico médico, pues, la verdad es que no existe un diagnóstico médico absolutamente certero acerca de la supuesta inviabilidad de un niño en gestación. No hay equipo médico que sea capaz de diagnosticar que la alteración estructural congénita o genética que sufre el que está por nacer, efectiva e insoslayablemente sea incompatible con la vida extrauterina. Existen

<sup>24</sup> Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 109, quien a su vez cita a Labatut, Bustos, Grisolia y Politoff.

<sup>25</sup> De la información pública disponible, el total de sentencias se reduce a 4 casos en la Región Metropolitana: 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3902-2007; 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3484-2009; 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009; 3° TRIBUNAL ORAL PENAL SANTIAGO, sentencia N° 61-2011.

<sup>26</sup> De la información pública disponible, las 5 sentencias definitivas condenatorias en regiones son: JUZGADO DE GARANTÍA DE COQUIMBO, sentencia N° 3763-2009; TRIBUNAL ORAL PENAL DE CAUQUENES, sentencia N° 49-2009; JUZGADO DE GARANTÍA DE CONSTITUCIÓN, sentencia N° 1827-2011; JUZGADO DE GARANTÍA DE CHILLAN, sentencia N° 6618-2011; TRIBUNAL ORAL PENAL DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 62-2013.

innumerables casos que la prensa ha dado a conocer<sup>27</sup>, en los que, incluso luego de varios diagnósticos médicos que reconocían la inviabilidad, estos terminan siendo errados, y el niño que está por nacer sobrevive indefinidamente al nacimiento.

Si el diagnóstico médico siempre es incierto, o al menos se asume como incierto, un principio ético elemental debiese llevar al legislador, ante la duda, a abstenerse de autorizar el aborto en estos casos.

Independientemente de la incertidumbre del diagnóstico, el elemento que más llama la atención para justificar esta excepción al ejercicio del derecho a la vida, es la *discapacidad* del niño en gestación. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, promulgada y publicada en Chile por el Decreto Supremo N° 201 de 2008, dispone que

“[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El feto con una malformación congénita letal es un discapacitado en gestación cuya deficiencia física le impedirá –eventualmente– sobrevivir al nacimiento.

Al parecer, la noticia de que un hijo nazca con una discapacidad lleva a muchas mujeres a plantearse el aborto como una forma de evitar aquella carga dolorosa. La compasión nos lleva a solidarizar con el dolor de la madre. Sin embargo, planteado en esos términos la posibilidad de abortar a un discapacitado, únicamente en razón de su condición, resulta a todas luces inhumano y discriminatorio. Considerando lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sacrificar el feto que padece una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina constituye una discriminación arbitraria motivada en la sola condición de discapacidad.

Ahora bien, si consideráramos hipotéticamente que el diagnóstico médico de inviabilidad fuese certero, entonces el motivo para abortar pareciera ser la *brevedad* o *corto período* de vida que tendrá ese niño. Pero existe consenso médico en que el feto está, efectivamente, vivo al momento de la interrupción del embarazo. La aproximación médica que se tiene frente a las

---

<sup>27</sup> Sólo por poner un ejemplo: [www.24horas.cl/nacional/el-impactante-caso-de-la-bebe-que-nacio-sin-cerebro-678487](http://www.24horas.cl/nacional/el-impactante-caso-de-la-bebe-que-nacio-sin-cerebro-678487). [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]. Isidora es uno de los inusuales casos de anencefalia. Todos los pronósticos apuntaban a que no sobreviviría, sin embargo, sobrevivió más de un mes –los autores desconocen si, actualmente, sigue viva–.

personas en camino a la muerte es aplicar tratamientos médicos paliativos disminuyendo el dolor para permitir una muerte natural lo más humana posible. Basta considerar que en la misma situación se encuentra quien es diagnosticado de un cáncer fulminante u otra enfermedad en etapa terminal<sup>28</sup>.

Finalmente, hay que recordar lo dicho anteriormente en relación a la realidad criminológica del aborto: no existe registro de mujeres condenadas por abortos cuya causa haya sido la supuesta inviabilidad del feto. Más que despenalizar, con esta causal se busca derechamente legalizar el aborto contra un niño discapacitado en gestación.

3) *ABORTO EN CASO DE EMBARAZO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN:  
UNA FIGURA AMPLÍSIMA QUE ESTABLECE UNA DISCRIMINACIÓN CONTRA  
EL HIJO MOTIVADA EN UNA CIRCUNSTANCIA  
QUE AFECTA A SUS PROGENITORES.*

Para superar cualquier ambigüedad semántica hay que precisar qué se entenderá por violación para los efectos de esta ley. Al respecto existen al menos dos posibilidades. La primera, en un sentido restringido, sería entender por violación solamente los casos donde exista una *sentencia penal condenatoria* por el delito del art. 361 del Código Penal. Dicha interpretación debe desecharse, pues frecuentemente los delito de violación quedan impunes (ya sea por problemas en la investigación, dificultades probatorias, o al no poder atribuir participación o culpabilidad al imputado). Que no se sancione al culpable no significa que no existe en los hechos una violación. La segunda interpretación es considerar violación *cualquier relación sexual no consentida*, como lo hace en general el derecho penal<sup>29</sup>. Según el art. 361 del Código Penal la falta de consentimiento puede ocurrir de varias formas: por el uso de fuerza o intimidación, por la privación de sentido de la mujer, o aprovechando la enajenación o trastorno mental de la víctima.

El proyecto de ley en análisis permite abortar cuando el embarazo sea fruto de una violación sin distinciones. La norma propuesta, según lo expuesto, es amplísima. De acuerdo al proyecto en análisis

---

<sup>28</sup> El Programa Acompañar-es de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, es un ejemplo en Medicina de Cuidados Paliativos Perinatales. El objetivo del programa es acompañar durante el proceso de embarazo, parto y post parto a las familias que conciben un hijo con alguna malformación congénita letal. En este sentido, el programa ofrece acogida de las familias que tiene un hijo con una MCL, seguimiento activo en cada etapa del embarazo, apoyo y orientación en las etapas post mortem, entre otros ([www.acompañar-es.cl](http://www.acompañar-es.cl) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]).

<sup>29</sup> Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 270.

“un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, evaluará e informará la concurrencia de los hechos que la constituyen”.

Cualquier profesional de la salud –no necesariamente un médico– podrá evaluar e informar que, por poner un ejemplo, la mujer se encontraba en estado de ebriedad al momento de tener relaciones sexuales sin usar anticonceptivos: en casos como ese, si existiese embarazo, se permitiría abortar. Por lo demás, como informó la Corte Suprema en relación a este proyecto de ley, las violaciones generalmente ocurren en contextos intra-familiares (ej. pareja de la víctima, pareja de la madre de la niña violada, tíos, vecinos, etc.), por lo que la causal de aborto propuesta fácilmente puede prestarse para abusos, coerción a la víctima e impunidad, ya que, probablemente será el violador quien más abogará por el aborto del feto.

No hay duda de que la violación es el delito más grave que puede sufrir una mujer luego del homicidio. Pero si la violación es un acto injusto contra una *mujer inocente*, el aborto también es un acto injusto, pero contra un *niño inocente*. El efecto que tendría la aprobación de la causal en cuestión sería dejar indefenso al que nada tuvo que ver con la relación sexual no consentida que origina el embarazo. La Convención sobre los Derechos del Niño define que son niños los menores de 18 años. Su protección se extiende al niño en el vientre materno, como se desprende del preámbulo del tratado que, citando la Declaración Universal de los Derechos del Niño, afirma 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”.

El art. 2.2 de la Convención dispone que los Estados deberán garantizar que no exista discriminación contra los niños por causa de la *condición de sus padres*. En la especie, precisamente, se estaría autorizando poner fin a la vida del niño en gestación con motivo de la condición criminal de uno de sus progenitores. El delito del padre no puede alcanzar en sus consecuencias al hijo concebido producto del delito, quien no es responsable de aquella circunstancia<sup>30</sup>.

Finalmente, una vez más vale la pena insistir en que desde la implementación de la Reforma Procesal Penal no existe registro de casos

---

<sup>30</sup> Este principio se aplica, asimismo, en el artículo 6.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que proscribe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez.

de aborto judicializados donde el embarazo haya sido producto de una violación. Lo cual demuestra que el proyecto de ley no tendrá la relevancia que se pretende y que, más bien, abriría un espacio amplísimo para justificar abortos por cualquier tipo de relaciones sexuales donde no exista pleno consentimiento.

### *III. Derecho internacional de los derechos humanos y el supuesto derecho al aborto*

El proyecto de ley en análisis intenta justificar la necesidad de regular el aborto citando recomendaciones de los comités de monitoreo de tratados internacionales y de organismos de Naciones Unidas. Sobre esto, es necesario hacer varios comentarios. En primera lugar, que estas recomendaciones no constituyen, en ningún caso, fuentes de derecho interno ni generan obligación alguna para nuestro Estado (conforme al artículo 5° de la Constitución). El *soft law* internacional no es vinculante<sup>31</sup>. En segundo lugar, según el principio de igualdad soberana de la Carta de las Naciones Unidas<sup>32</sup>, ningún organismo internacional puede presionar a un Estado a reformar su derecho interno según una pretendida “reinterpretación” de los Tratados de Derechos Humanos vigentes. En tercer lugar, y en cualquier evento, existen instancias internacionales como las Conferencias de El Cairo (1994) y Beijing (1995) que en el sentido opuesto han recomendado la protección de la vida y la maternidad condenando el aborto<sup>33</sup>. Incluso, la misma Presidenta Bachelet, en el Examen Periódico Universal (2009)

<sup>31</sup> Max SORENSEN, *Manual de Derecho Internacional Público*, p. 186.

<sup>32</sup> CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, en su artículo 2.1 señala que “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”. Luego el artículo 2.7 agrega: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...”.

<sup>33</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL POBLACIÓN Y DESARROLLO, El Cairo (1994) pp. 7-24.- “los gobiernos deben tomar los pasos apropiados para asistir a las mujeres a evitar el aborto, lo que en ningún caso debe ser promovido como método de planificación familiar”; P. 8.25.- “donde el aborto no sea contrario a la ley, debe ser seguro (...) Cualquier medida o cambio relacionado con el aborto en un sistema de salud sólo puede ser determinado a nivel local o nacional, de acuerdo al proceso legislativo nacional”.

IV CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LAS MUJERES, Beijing (1995) p. 106 letra k).- “Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas”.

declaró que el Estado de Chile no se encontraba obligado a aceptar las recomendaciones en orden a legalizar el aborto.

Según ha declarado el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el supuesto 'derecho al aborto' no está reconocido como tal en ningún tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido ratificado y esté vigente en nuestro país<sup>34</sup>. En cambio, los tratados internacionales y regionales de derechos humanos que sí se encuentran actualmente vigentes reconocen y protegen, en forma sistemática y coherente, el derecho a la vida del que está por nacer.

En el sistema internacional de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "todo individuo tiene derecho a la vida" (art. 3) y agrega que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad" (art. 6). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la finalidad específica de proteger la vida del que está por nacer, prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en "estado de gravidez" (art. 6.5). Por su lado, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el Preámbulo, dispone que "el niño (...) necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"; luego dispone que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad" (art. 1) y que "todo niño tiene derecho intrínseco a la vida" (art. 6.1). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer protege la maternidad antes y *durante* el embarazo (Preámbulo, artículo 11° N° 2 letra a) y artículo 12° N° 2).

En el sistema regional de protección de los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone claramente que "para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano" (art. 1.2) y reconoce que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida"; este derecho "estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción" (art. 4.1). En la interpretación más reciente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado sobre esta última norma, declaró que desde que el embrión se implanta en el útero existe una persona sujeto de protección jurídica: "la Corte concluyó que la 'concepción' en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero..."<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> "Para apoyar la opción de no tener hijos, los organismos internacionales han privilegiado como método la prevención de embarazos no deseados. Sin bien la decisión de interrumpir un embarazo no se prohíbe expresamente, tampoco ha sido reconocida como derecho en sí mismo", Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe anual 2014, bajo dirección de Lorena FRIES MONLEÓN.

<sup>35</sup> CIDH, caso "Artavia Murillo y otros ("Fecundación *In Vitro*") vs. Costa Rica", Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 264.

Si bien la decisión considera que el embrión preimplantacional no es sujeto de protección, se despeja cualquier duda acerca de la merecida protección del niño no nacido en etapa gestacional desde la implantación<sup>36</sup>.

#### *IV. Impunidad que provoca el proyecto: despenalización de facto del aborto a libre demanda*

El proyecto de ley en comento propone la modificación del art. 175 del Código Procesal Penal, precepto que exige la denuncia obligatoria del médico o cualquier profesional de la salud cuando notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento “*o de otro delito*”. Este deber tiene como fundamento un interés público, y no afecta la confidencialidad médico-paciente, pues la denuncia resulta procesalmente necesaria para dar curso a la investigación y esclarecer los hechos constitutivos del delito que observe el profesional de la salud. Por cierto, el médico no puede jugar un papel de investigador del delito y solamente debe limitarse a efectuar la denuncia. Tampoco puede condicionar la atención de la paciente previa confesión del delito de aborto –lo cual sería una especie de coerción para obtener la autoincriminación–. Esas situaciones, no hay duda, serían ilegales. Por ello, el Ministerio de Salud ha procurado resguardar el derecho de la mujer a la prohibición de la autoincriminación (art. 19 N° 3 de la Constitución) a través de protocolos generales que la protegen frente a cualquier conducta abusiva de un médico<sup>37</sup>.

La reforma del art. 175 del Código Procesal Penal, como propone el proyecto de ley en comento, generará un espacio de impunidad enorme. La Excm. Corte Suprema en su informe a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados señaló que la impunidad para el violador es clara, pudiendo darse el caso que

---

<sup>36</sup> Para una explicación del fallo, ver: Álvaro PAUL DÍAZ, “La Corte Interamericana *in Vitro*: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del *Caso Artavia*”, pp. 303-345.

<sup>37</sup> MINISTERIO DE SALUD, “Directrices sobre Confidencialidad”, Ord. N° 1675, de 28 abril de 2009, y más recientemente Ord. N° 1404, de 20 de mayo 2014. El instructivo declara: “Aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constitutiva de un tipo penal en la legislación chilena (art. 342 Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° ya citado de la Convención Contra la Tortura...”.

“el propio violador, en su calidad de padre de la niña, entregue su autorización para la interrupción del embarazo, sin que se genere la investigación penal del caso”<sup>38</sup>.

Sin embargo, la impunidad que el informe de la Corte Suprema advierte puede no sólo beneficiar al violador, sino a todos los terceros involucrados en la comisión del delito de aborto, favoreciendo especialmente a quienes participan del mercado clandestino del aborto, sobre todo a los comerciantes ilegales de misoprostol y a los médicos que poseen clínicas abortivas clandestinas.

Eliminar la obligación de denuncia para médicos y profesionales de la salud que atienden a mujeres que llegan a hospitales con hemorragias o complicaciones post-aborto, tendrá como consecuencia la despenalización *de facto* del aborto sin restricción. Por un lado, si una *mujer* se realizara un aborto sin invocar ninguna de las causales que busca regular el proyecto, el médico tratante no podrá denunciar los hechos constitutivos de delito, lo que en la práctica se traduciría en la despenalización del aborto libre. Si no hay denuncia, tampoco hay investigación, y menos condena, perdiendo cualquier relevancia la norma penal. En segundo lugar, eliminar la obligación legal de denuncia significaría también que los *terceros* involucrados (ej. violador, vendedor ilegal de misoprostol, médico que abusando de su profesión tiene una clínica abortiva, etc) queden en la absoluta impunidad sin que lleguen a ser investigados, formalizados ni condenados. Asumiendo que siempre existirán facultativos que abusen de su profesión, lamentablemente, el proyecto en comento facilitará la comisión del delito de aborto pues bastará un certificado médico que afirme la concurrencia de alguna de las tres causales reguladas para que quede justificada la intervención abortiva. Eliminada la obligación de denuncia, será prácticamente imposible investigar los abortos realizados en base a certificados clínicos *ideológicamente falsos*.

---

<sup>38</sup> Informe Proyecto de Ley 9-2015, Sergio Muñoz Gajardo, Corte Suprema, 29 de abril de 2015, p. 11. (En este sentido, la Corte Suprema señala en el informe que: “Por lo anterior, es conveniente la revisión de la exclusión de los deberes de denuncia y primacía de la confidencialidad prevista en el proyecto, a fin de resguardar el legítimo interés de la sociedad por perseguir los delitos cometidos contra menores de edad, particularmente en cuanto atenta contra su indemnidad sexual”).

## V. Conclusiones

El proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por tres causales no aborda la realidad social, sanitaria y criminal del aborto en Chile. Su eventual aprobación no significaría ningún avance en prevenir los abortos clandestinos ni evitar el riesgo para la salud de las mujeres que incurren en dicha alternativa. Tampoco enfrenta la coerción a abortar que sufren la mayoría de las mujeres que abortan en nuestro país. Es un proyecto de ley que *de facto* despenaliza el aborto libre en Chile, impidiendo la activación de la investigación criminal al eliminar la obligación de denuncia. Considerando que la certificación de las causales propuestas queda entregada a equipos médicos, no faltarán los facultativos que –abusando de su profesión– falsificarán certificados atendida la impunidad que generaría la nueva legislación. Lo insólito es que se intente fundamentar esta propuesta legislativa en base a una mañosa interpretación de los derechos humanos.

## Bibliografía

- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, “Abortion and Mental Health: evaluating the evidence” (2009). Disponible en [www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf](http://www.apa.org/pubs/journals/features/amp-64-9-863.pdf) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015]
- COLEMAN, Priscila, “Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995-2009”, in *The British Journal of Psychiatry*, 2011, 199 (3), pp. 180-186.
- COMUNIDAD Y JUSTICIA - CORPORACIÓN IDEA PAÍS, “Embarazo Vulnerable, Realidad y Propuestas”, 2014. Disponible en [www.comunidadyjusticia.cl/documentos](http://www.comunidadyjusticia.cl/documentos) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- FUNDACIÓN CHILE UNIDO, “Argumentos desde la experiencia. Fundación Chile Unido frente a la despenalización del aborto en Chile”, 2015. Disponible en [www.chileunido.cl](http://www.chileunido.cl) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- GARRIDO MONTT Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomo III.
- GISSLER M., *et al.*, “Injury deaths, suicides and homicides associated with pregnancy, Findald 1987-2000”, in *European journal of Public Health*, 2005, [www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#](http://www.eurpub.oxfordjournals.org/content/15/5/459#). [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- INDH, “Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014”, p. 192. Disponible en [www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-fnal.pdf](http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/indh-2014-fnal.pdf) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

- KOCH Elard, "Impact of Reproductive Laws on Maternal Mortality: Recent Scientific Evidence from Natural Experiments On Different Populations. Lecture at the Life & Family event in the United Nations", en *The Linacre Quarterly*, 2013, pp. 151-60.
- MAKHLOUF, M. *et al.* *Adverse Pregnancy Outcomes among Women with Prior Spontaneous or Induced Abortions*, *Am J. Perinatol.* 2013 Dec 17. [www.europepmc.org/rcticles/pmc4061262](http://www.europepmc.org/rcticles/pmc4061262) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- NACIONES UNIDAS, "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer", Resolución 48/104 de la Asamblea General, 20 diciembre 1993.
- PAUL DÍAZ Álvaro, "La Corte Interamericana *in Vitro*: Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso *Artavia*", en *Revista de Derecho Público Interamericano*, año I, N° 2, Santiago 2013, pp. 303-345.
- SECRETARÍA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer" presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, 6 de julio de 2006, párrafos 112 y ss. Disponible en [www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/61/122/Add.1) [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].
- SORENSEN Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- WHITEMAN, V. *et. al.*, "Preterm birth in the first pregnancy and risk of neonatal death in the second pregnancy: A propensity core-weighted matching approach", en *J ObstetGynaecol*, 24, 2014, pp. 1-7.

#### JURISPRUDENCIA

- 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3902-2007;
- 8° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3484-2009;
- 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009;
- 3° TRIBUNAL ORAL PENAL DE SANTIAGO, sentencia N° 61-2011.
- JUZGADO DE GARANTÍA DE COQUIMBO, sentencia N° 3763-2009;
- TRIBUNAL ORAL PENAL DE CAUQUENES, sentencia N° 49-2009;
- JUZGADO DE GARANTÍA DE CONSTITUCIÓN, sentencia N° 1827-2011;
- JUZGADO DE GARANTÍA DE CHILLÁN, sentencia N° 6618-2011;
- TRIBUNAL ORAL PENAL DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 62-2013.

#### SENTENCIAS

- 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 7039-2011;
- 3° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 3689-2006;
- 9° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 14220-2007;
- 10° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2589-2009;

14° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 6447-2011;  
15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO, sentencia N° 2317-2009.  
CIDH, caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica”,  
Sentencia de 28 de noviembre de 2012;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 5824-2012;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA , sentencia N° 11410-2011;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE VALPARAÍSO, sentencia N° 7831-2011;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA, sentencia N° 13.021-2012;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE VILLARRICA, sentencia N° 588-2011;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE VICTORIA, sentencia N° 1009-2011;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE RIO NEGRO, sentencia N° 1108-2011;  
TRIBUNAL ORAL PENAL DE OSORNO, sentencia N° 58-2009;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE PUNTA ARENAS, sentencia N° 20-2010;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, sentencia N° 5427-2013;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE TOCOPILLA, sentencia N° 189-2009;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE CALAMA, sentencia N° 4293-2012;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE ANTOFAGASTA, sentencia N° 3841-2012;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE DIEGO DE ALMAGRO, sentencia N° 586-2013;  
TRIBUNAL ORAL PENAL DE OVALLE, sentencia N° 86-2011;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE QUILLOTA, sentencia N° 500-2009;  
JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN VICENTE DE TAGUA-TAGUA, sentencia N° 1560-2010.

### NORMAS

IV CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LAS MUJERES, Beijing (1995).  
CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS  
CONFERENCIA INTERNACIONAL POBLACIÓN Y DESARROLLO, El Cairo (1994).  
INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA, Registro N° F-9507/11, de 29 septiembre 1994,  
vigente hasta 2016.  
MINISTERIO DE SALUD, “Directrices sobre Confidencialidad”, Ord. N° 1675, de  
23 abril de 2009, y más recientemente Ord. N° 1404, de 20 de mayo 2014.  
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.