

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



ISSN 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Revista de  
**Derecho**  
(Valdivia)

Volumen XXXVII - Nº 2 • Diciembre 2024

Revista  
de  
Derecho  
(Valdivia)

*La Revista de Derecho*  
de la  
Universidad Austral de Chile, también *Revista de Derecho (Valdivia)*,  
es una revista de estudios generales de Derecho que  
se publica en junio y diciembre de cada año.

Toda comunicación debe dirigirse  
al Director/a de la Revista,  
casilla 567, Valdivia, Chile, o a [revider@uach.cl](mailto:revider@uach.cl)  
[www.revistaderechovaldivia.cl](http://www.revistaderechovaldivia.cl)

Directorios y catálogos  
Scopus  
SCIELO  
Latindex

ISSN N° 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Impresión  
ANDROS IMPRESORES  
Santa Elena 1955  
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

---

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

# Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO  
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

JOSÉ DÖRNER FERNÁNDEZ

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE

SUSAN TURNER SAELZER

Profesora Titular, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,  
Universidad Austral de Chile

EDITORES ASOCIADOS

LETICIA MORALES

Profesora Asociada, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

Profesora Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales, Universidad Austral de Chile

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Profesor Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales, Universidad Austral de Chile

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,

*Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente*

SEBASTIÁN AGÜERO SAN JUAN,

*Director Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho*

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,

*Director Instituto de Derecho Público*

DARÍO PARRA SEPÚLVEDA,

*Director Instituto de Ciencias Jurídicas, Puerto Montt*

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA (*U. de Chile*)

XIMENA GAUCHE MARCHETTI (*U. de Concepción, Chile*)

ISABEL LIFANTE VIDAL (*U. de Alicante, España*)

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)

LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

María Casado González (*U. de Barcelona, España*)

José Luis Cea Egaña (*Pontificia U. Católica de Chile*)

Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)

Aída Kemelmajer de Carlucci (*U. Nacional de Cuyo, Argentina*)

Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)

Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)

Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)

Ruth Rubio Marín (*U. de Sevilla, España*)

Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)

# ÍNDICE

Volumen XXXVII - Nº 2 (Diciembre 2024)

## INVESTIGACIONES

<i>La acción de enriquecimiento injustificado como mecanismo de restitución de bienes.</i> Juan Rodrigo Barría Díaz	9
<i>La distinción entre relaciones de servicio y de cuidado en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno.</i> Lilian San Martín Neira	29
<i>Algunos aspectos acerca del contenido de las obligaciones de conservación y restitución de la cosa arrendada. Sus perfiles históricos y dogmáticos.</i> Álvaro Vidal Olivares, Cristián Aedo Barrera	49
<i>Contratos conexos y fraude a la ley en el Derecho Privado chileno. Análisis a la luz del Derecho italiano.</i> Diego Ojeda Soto	69
<i>La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno.</i> Bárbara Sepúlveda Hales, Lieta Vivaldi Macho	87
<i>La rigidez del derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.</i> Matías Guiloff Titiun, Viviana Ponce de León Solís	111
<i>El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género.</i> Verónica Undurraga Valdés, Yanira Zúñiga Añazco	129
<i>Tácticas de libertad: a propósito de la privación de libertad por arreglos de asistencia social.</i> Lucy Series (traducción de Pablo Marshall Barberán)	153
<i>Iura novit curia y defensa del deudor: ¿Puede el juez negar una ejecución injusta, basándose en una excepción no invocada?</i> Oscar Silva Álvarez	183
<i>El Derecho Ambiental como sistema dual: tensiones no resueltas con el ecocentrismo en Chile.</i> Ezio Costa Cordella, Luciano González Altamirano	203

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

- Víctimas de afectaciones al medio ambiente. El concepto de daño ambiental en el Derecho chileno (Corte Suprema).* Javier Salgado Alonso 231
- La exposición imprudente al daño. Conducta culpable y contribución causal (Corte Suprema).* Cristóbal Bardales Rioseco 239
- Derechos del contribuyente en juicio tributario sobre prescripción de la acción sancionatoria (Corte de Apelaciones de Valparaíso).* Valentina Encalada Romo 247
- Recensiones*
- Katia Fach Gómez, The technological competence of arbitrators.* Recensión de Jordi Delgado Castro 255

# **INVESTIGACIONES**





<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000200009>

## La acción de enriquecimiento injustificado como mecanismo de restitución de bienes

*Juan Rodrigo Barría Díaz\**

### RESUMEN

*El presente artículo tiene por objetivo examinar el papel que puede asumir la acción general de enriquecimiento injustificado para obtener la restitución de bienes en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se estudia cómo y cuándo la detentación de bienes ajenos constituye un enriquecimiento injustificado y en qué casos la acción de enriquecimiento es operativa, tomando en cuenta la regla de la subsidiariedad. Por último, se evalúan las ventajas del uso de la acción de enriquecimiento en la restitución de bienes.*

Enriquecimiento injustificado; restitución de bienes;  
acción de enriquecimiento injustificado

### *The action of unjustified enrichment as a mechanism for restitution of property*

### ABSTRACT

*The objective of this article is to examine the role that the general action of unjustified enrichment can assume to obtain the restitution of assets in our legal system. To this end, we study how and when the possession of other people's assets constitutes unjustified enrichment and in which cases the enrichment action is operative, taking into account the rule of subsidiarity. Finally, the advantages of using the enrichment action in the restitution of property are evaluated.*

Unjustified enrichment; restitution of property; unjustified enrichment action

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: 0000-0003-3776-3995. Correo electrónico: [juan.barría@mail.udp.cl](mailto:juan.barría@mail.udp.cl)

Artículo enviado el 20.3.2024 y aceptado para su publicación el 30.8.2024.

## I. INTRODUCCIÓN

En la sección de la literatura civilista chilena dedicada al derecho de bienes se suele afirmar que la relación de una persona con las cosas puede darse en tres niveles: el dominio, la posesión y la mera tenencia<sup>1</sup>. Cada uno de estos niveles tiene un titular (dueño o propietario, poseedor y mero tenedor, respectivamente), dotado de una serie de prerrogativas que le entrega el ordenamiento jurídico, las que son de mayor intensidad en el caso del dominio, al ser este un derecho real —a diferencia de la posesión y la mera tenencia—, y el más completo de todos los derechos de tal naturaleza.

Para resguardar estas prerrogativas, el titular cuenta con un conjunto de acciones que persiguen distintos fines, dentro de las que son especialmente relevantes aquellas que buscan recuperar el bien respectivo frente a la eventual actividad de un tercero que lo despoje de su tenencia material. Se trata de un elenco nutrido, compuesto por acciones reales y personales, de las que podrá hacer uso según cuál sea la situación jurídica actual tanto del legitimado activo como del legitimado pasivo. Así, por ejemplo, el propietario puede ejercer la acción reivindicatoria en contra del poseedor o una acción personal restitutoria emanada del contrato de arrendamiento en contra del arrendatario; o el poseedor regular puede intentar la acción publiciana en contra de un poseedor irregular; o el mero tenedor de un inmueble puede utilizar la querrela de restablecimiento en contra de quien lo ha despejado violentamente del predio.

El objetivo principal de este trabajo es demostrar que la acción de enriquecimiento injustificado, o acción *in rem verso*, es eficaz para lograr la restitución de bienes en ciertas circunstancias y que, por tanto, puede ser incorporada al conjunto de acciones que nuestro ordenamiento jurídico dispone para ese fin<sup>2</sup>. Como se sabe, esta acción persigue que el actor pueda recuperar aquellos enriquecimientos patrimoniales que otra persona ha percibido a su costa, sin una justificación que sea aceptada por el ordenamiento jurídico y tiene dos grandes características, especialmente relevantes para este trabajo: (i) su fundamento es la aceptación del enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente no tipificada de obligaciones y (ii) es una acción subsidiaria, es decir, solo se puede ejercer en la medida que el actor no cuente con otra acción que le permita obtener la restitución del bien de que se trata.

Asumiendo estas dos particularidades, la propuesta se estructura en torno a tres temas, a cada uno de estos se dedica una sección del artículo. El primero dice relación con la identificación de la detentación de bienes ajenos como un enriquecimiento injustificado. El segundo tema se vincula con la regla de la subsidiariedad de la acción y con la detección de supuestos en los que el actor puede emplear la acción de enriquecimiento.

<sup>1</sup> ALESSANDRI *et al.*, 1997, p. 394; PEÑAILLO, 2019, p. 973.

<sup>2</sup> Como es sabido, en nuestro derecho de obligaciones se habla tradicionalmente del enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones no tipificadas y de la acción *in rem verso* como aquella acción que se puede ejercer frente a un enriquecimiento de ese tipo. No obstante, en este trabajo se emplearán principalmente las expresiones enriquecimiento injustificado y acción de enriquecimiento injustificado, por ser las mayormente utilizadas en la actualidad en el Derecho Comparado.

Finalmente, el tercero se refiere a las ventajas de diversa índole que puede significar el uso de esta acción en el sistema de restitución de bienes.

Los objetivos que se persigue con este trabajo son varios. Como ya se dijo, la finalidad central es destacar el rol que puede desempeñar la acción de enriquecimiento en la recuperación de bienes. Pero también se pretende hacer una contribución a la labor de sistematizar los casos en los que son aplicables las acciones reales y personales que se encuentran contenidas en el Código Civil para que el titular de bienes muebles o inmuebles pueda lograr su restitución. Asimismo, se busca exponer las ventajas, una de ellas novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, que puede tener el uso de la acción de enriquecimiento en la restitución de bienes. Finalmente, se intenta demostrar que el uso de la acción de enriquecimiento es conveniente desde el punto de vista del adecuado uso del sistema de acciones civiles, al ser esta entendida como su regla de clausura y, por esta razón, aplicable en todos aquellos conflictos que no tienen prevista una acción especial que los resuelva.

## II. LA DETENTACIÓN DE BIENES AJENOS COMO ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Para lograr la restitución de un bien a través de la acción de enriquecimiento injustificado el primer aspecto que se debe despejar es cuándo y cómo la detentación de un bien por parte de un tercero puede llegar a ser una forma de enriquecimiento injustificado. Esto porque es fácil intuir que en numerosas ocasiones, quizás en la mayoría, efectivamente existirán razones jurídicamente fundadas para que un individuo tenga en su poder un bien cuyo dominio o posesión le corresponda a otra persona.

Es frecuentemente afirmado que el enriquecimiento injustificado constituye en nuestro ordenamiento jurídico una fuente autónoma de obligaciones que no se encuentra regulada en el Código Civil, pero cuya aceptación como tal está bastante difundida, no solamente en Chile<sup>3</sup>, sino que, en general, en todos los ordenamientos que integran el ámbito de influencia del Código Civil francés, que es el origen del nuestro, y que hasta el año 2016 también presentaba como característica el ser legalmente desregulado y jurisprudencialmente construido<sup>4</sup>.

Enseguida, se ha entendido que para que el enriquecimiento injustificado pueda dar origen a una obligación de restitución de lo obtenido, se requiere de la concurrencia copulativa de cuatro requisitos: un enriquecimiento en el demandado, un empobrecimiento

---

<sup>3</sup> FUEYO, 1990, pp. 454 y 455; FIGUEROA, 1991, pp. 306 y ss.; ABELIUK, 1993, p. 157; PEÑAILILLO, 2003, p. 102; CAMPOS, 2023, p. 35.

<sup>4</sup> En Francia se modificó el *Code* mediante la *Ordonnance* N° 2016-131 de 2016, que reformó el derecho de los contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones, y que incluye en el Libro Tercero, Título III ("Des sources d'obligations"), un Capítulo III, artículos 1303 a 1303-4, dedicado al enriquecimiento injustificado bajo el epígrafe "L'enrichissement injustifié", donde se codifica la tradición jurisprudencial francesa de más de cien años sobre el enriquecimiento sin causa, el que ahora constituye un tipo de cuasicontrato.

en el actor<sup>5</sup>, correlatividad entre ambos y ausencia de justificación para el enriquecimiento<sup>6</sup>. Asimismo, se suele enfatizar que la acción destinada a obtener la restitución tiene una naturaleza subsidiaria, lo que, en términos simples, consiste en que ella solamente podrá ser ejercida en caso de que no exista otra acción que el ordenamiento proporcione al interesado para proteger su interés<sup>7</sup>.

En íntima relación con el carácter subsidiario de la acción, es usual que en la doctrina se sostenga la idea de que el enriquecimiento injustificado constituye un verdadero mecanismo de cierre del sistema de acciones de derecho civil patrimonial, al que se debe recurrir solamente cuando no existan otros caminos para resguardar el interés del actor y como herramienta útil para colmar los vacíos que el ordenamiento jurídico presenta<sup>8</sup>.

Siendo los recién anotados algunos rasgos distintivos del enriquecimiento injustificado en nuestro país, es a partir de ellos que se puede analizar si resulta procedente afirmar, y en qué casos, que la detentación de bienes ajenos puede ser una de sus manifestaciones. Con este fin, examinaré si sus requisitos constitutivos se cumplen en los supuestos de detentación.

En lo que dice relación con la idea de enriquecimiento, la doctrina nacional que se ha ocupado en profundidad del tema estima que esta noción tiene un alcance sumamente amplio. Así, Peñailillo afirma que lo es “toda ventaja patrimonial, provecho o beneficio adquirido”<sup>9</sup>, incluyendo la adquisición de cosas corporales o incorporeales, los aumentos de valor de cosas que ya se tiene o la liberación de una obligación. En este sentido, el autor anota que el enriquecimiento puede consistir tanto en un aumento patrimonial efectivo como en la disminución o ahorro de gastos que necesariamente el enriquecido debería haber realizado<sup>10</sup>. A su turno, Fueyo habla de “ventaja, provecho o enriquecimiento” y ejemplifica estos términos con la adquisición de un derecho, el aumento de valor de bienes incorporados en el patrimonio propio y con la liberación de una obligación o carga<sup>11</sup>.

De acuerdo con lo recién expresado, se puede sostener que la detentación de un bien cualquiera perteneciente a otra persona constituye una forma de enriquecimiento

---

<sup>5</sup> En relación con este requisito, es conveniente señalar que se trata de una exigencia que la moderna doctrina cuestiona, al punto que, en los ordenamientos jurídicos más avanzados en esta materia, como el alemán y el inglés, no está prevista para configurar el enriquecimiento injustificado. Al respecto, BARRÍA, 2023, pp. 790 y ss. En nuestro país, ni la doctrina mayoritaria (con la excepción de CAMPOS, 2023, pp. 25-29) ni la jurisprudencia (Corte Suprema, 23.6.2021, rol 5092-2021; Corte Suprema, 23.6.2015, rol 14325-2014) han descartado su concurrencia.

<sup>6</sup> FUEYO, 1990, pp. 456 y ss.; PEÑAILILLO, 2003, pp. 104-112; CORRAL, 2023, p. 85.

<sup>7</sup> FUEYO, 1990, p. 442; FIGUEROA, 1991, pp. 312 y 313; ABELIUK, 1993, pp. 161 y 162; PEÑAILILLO, 2003, pp. 116-118; CORRAL, 2023, p. 85. En contra, tempranamente, CAFFARENA, 1926, p. 33; en la actualidad, CAMPOS, 2023, p. 49.

<sup>8</sup> ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, 1993, pp. 34 y 35; BARRIENTOS GRANDÓN, 2000, p. 146; ZWEIGERT Y KOTZ, 2002, p. 597; OROZCO, 2015, pp. 21, 341 y 342; ZUMAQUERO, 2017, p. 13; FARIÑA, 2022, pp. 63, 64, 235 y 236.

<sup>9</sup> PEÑAILILLO, 2003, pp. 104 y 105.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, ABELIUK, 1993, p. 161.

<sup>11</sup> FUEYO, 1990, p. 456.

desde el momento cuando la persona se apodera y utiliza en su beneficio tal bien. Por cierto, tal enriquecimiento puede o no ser justificado, según si existe o no un título que lo respalde, como se verá. Por otra parte, quien detenta algo que no le pertenece sin autorización del titular evita el pago de los derechos, rentas o regalías que el propietario tiene potestad para percibir en virtud de la titularidad que ostenta sobre la cosa y que es una manifestación de la facultad de goce que emana de la misma. Entonces, el enriquecimiento del detentador se puede presentar de dos maneras: a través de la apropiación y uso del bien respectivo y mediante la evitación del gasto que debería asumir por ese uso.

En torno a la exigencia del empobrecimiento, Peñailillo, al igual que sucede con el enriquecimiento, lo entiende de forma amplia, como “la pérdida de una cosa, de un derecho o una ventaja cualquiera, y aun por la pérdida de una ganancia segura...”<sup>12</sup>. Fernando Fueyo razona de manera similar, al catalogar de empobrecimiento a la pérdida de una cosa, un derecho o una ventaja jurídica, entendiendo incorporada dentro de estos ejemplos a “la pérdida de un lucro directo y positivo”<sup>13</sup>. A la luz de estas ideas, me parece que es posible afirmar que puede configurar un empobrecimiento para el actor tanto la pérdida de la tenencia material del bien como del monto o derecho que estaría dispuesto a exigir al detentador por su uso.

Conforme a lo recién dicho, se puede apreciar que en el contexto de la comprensión amplia que en el ordenamiento jurídico nacional se tiene de los elementos del enriquecimiento y del empobrecimiento, la detentación de un inmueble ajeno cumple con las exigencias que la categoría del enriquecimiento injustificado requiere para su configuración. Por cierto, en la medida que uno y otro se encuentren vinculados, también se dará cumplimiento a la exigencia de la correlatividad entre ambos, lo que es una circunstancia que deberá examinarse casuísticamente.

Ahora bien, para que el enriquecimiento, el empobrecimiento y la correlatividad entre ambos efectivamente configuren un enriquecimiento injustificado, es fundamental que no exista una razón o causa que justifique el enriquecimiento. Los autores nacionales participan de la idea conforme a la cual, si bien pueden existir múltiples y disímiles razones que respalden un enriquecimiento, lo que obliga a un estudio particularizado, los enriquecimientos normalmente tienen causa en la medida que provengan de un acto jurídico, particularmente un contrato, o que se originen en la ley<sup>14</sup>. Si trasladamos esta toma de posición al objeto de este trabajo, se observa que la detentación será justificada solo si ella tiene origen en un negocio jurídico o si está legalmente autorizada, no bastando la existencia de meros antecedentes o circunstancias que puedan explicar la detentación, pero no justificarla, y sin perjuicio del examen que sea pertinente en cada caso concreto.

Entonces, a modo de síntesis, es plausible sostener que la tenencia de bienes ajenos sin un título que la justifique efectivamente constituye una forma de enriquecimiento injustificado, lo que queda demostrado al constatar el cumplimiento de todas las exigencias

---

<sup>12</sup> PEÑAILILLO, 1996, p. 13. También ABELIUK, 1993, p. 161.

<sup>13</sup> FUEYO, 1990, pp. 459 y 460.

<sup>14</sup> FUEYO, 1990, p. 458; FIGUEROA, 1991, p. 311; ABELIUK, 1993, p. 161; PEÑAILILLO, 2003, p. 110.

tradicionalmente requeridas por la doctrina. Quien detenta un bien mueble o raíz en esas condiciones incurre en una conducta que es rechazada por el ordenamiento jurídico, independientemente de que ella sea dolosa o negligente, puesto que la imputación subjetiva es un parámetro de evaluación que carece de toda relevancia en el análisis de la justificación de un enriquecimiento<sup>15</sup>. Por lo mismo, en este escenario la figura del detentador equivale a la de un sujeto que ha accedido a un beneficio respecto del cual no tiene derecho y cuyo apoderamiento es una anomalía que debe ser subsanada a través de los mecanismos legales pertinentes. Para los efectos de este trabajo me voy a atrever a denominar a esta persona como detentador o tenedor injustificado, haciendo uso de ambas expresiones indistintamente de ahora en adelante.

En todo caso, me parece conveniente manifestar una opinión en cuanto a un aspecto de la justificación del enriquecimiento, que no suele aparecer precisado en la literatura nacional y que se relaciona con la actual vigencia de la causa de justificación. Mi parecer es que para que el enriquecimiento pueda considerarse como justificado e inhibir la acción, es necesario que el acto jurídico o la ley que constituyen el título con base en el cual el detentador se enriquece se encuentren produciendo efectos al momento del ejercicio de la acción, de modo que si no es así el enriquecimiento pasa a ser injustificado. Menciono esto porque es muy distinto que una persona tenga en su poder un inmueble, por ejemplo, porque celebró con el propietario un contrato de arrendamiento que se encuentra produciendo efectos al momento de iniciarse el juicio de restitución, a que lo tenga porque alguna vez existió ese contrato, pero ya se extinguió porque venció el plazo pactado por las partes, o fue resuelto o resciliado. En el segundo caso el contrato es solo un antecedente que puede estimarse como explicación de que el tenedor detente el inmueble, pero no debería dársele el carácter de su justificación. Planteo esto pensando especialmente en lo que muchas veces ocurre con las sentencias emanadas de los tribunales de justicia a propósito de los juicios de precario, donde la acción es rechazada en virtud de la presencia de algún antecedente jurídico, como un contrato que ya no existe, pero que se estima como antecedente suficiente para rechazar la acción<sup>16</sup>.

Con base en lo recién dicho, la consecuencia lógica a la que se debería llegar es que en contra del detentador que se ha enriquecido injustificadamente procedería ejercer la acción de enriquecimiento injustificado, a fin de que restituya el bien mueble o inmueble que tiene en su poder. Pero antes de aceptar en forma categórica esta posibilidad, necesariamente debe ser analizado el rasgo de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento y su consiguiente rol de mecanismo de cierre del sistema de acciones civiles patrimoniales, dado que el ejercicio de esta acción forzosamente depende de la falta de otra u otras especialmente previstas por el legislador para obtener la restitución del bien. Esto nos obliga a analizar cuáles son tales acciones y, sobre todo, en qué casos ellas operan.

<sup>15</sup> FUEYO, 1990, p. 452; PEÑAILILLO, 2003, p. 120.

<sup>16</sup> En el caso que el título sea una ley, el asunto debe ser examinado con especial detención, porque es posible que una ley derogada haya establecido derechos adquiridos y permanentes en favor del detentador, más allá de su vigencia, o que aquellos sean respetados por la ley derogatoria.

### III. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO FRENTE A OTRAS ACCIONES DE RESTITUCIÓN DE BIENES

Como ya se mencionó en la Introducción de este artículo, nuestro sistema de derecho civil proporciona a una persona que tenga alguna forma de titularidad respecto de una cosa (derecho real de dominio, derechos reales limitados, posesión o mera tenencia) varios mecanismos legales destinados a obtener la restitución del bien en caso de ser necesario, que pueden ser agrupados en acciones reales o personales, las que podrá utilizar según cuál sea esa titularidad; quién es el legitimado pasivo; y la naturaleza del bien de que se trata. Dentro del sistema de acciones reales que el Código ha previsto se encuentran, entre otras, la acción reivindicatoria, la acción publiciana, la acción del artículo 915 contra el injusto detentador y las acciones posesorias de restitución y restablecimiento, cada una con sus propios legitimados activo y pasivo, requisitos y ámbito de procedencia. Acciones de esta naturaleza constituyen la herramienta tradicional de protección del dominio y de la posesión, e incluso algunos de ellos pueden ser utilizados por el mero tenedor, como ocurre con la querrela de restablecimiento.

Además, también es posible lograr la restitución de bienes por la vía de las acciones personales<sup>17</sup>. Así sucede, por ejemplo, con las acciones de restitución propias de los contratos reales (comodato, depósito); de contratos consensuales como el arrendamiento de cosas; la establecida a propósito del cuasicontrato de pago de lo no debido; y las previstas en aquellos casos donde el origen jurídico de la prestación respectiva ha desaparecido o perdido eficacia, como ocurre con las restituciones derivadas de la nulidad, resolución o resciliación de un contrato<sup>18</sup>.

Asimismo, no debemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico existe la acción de precario, a la que se le atribuye el rol de herramienta para que el propietario de un bien pueda obtener su restitución cuando este se encuentra en poder de una persona, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, al decir del artículo 2195, inciso segundo, del Código Civil. Como es sobradamente conocido, la acción de precario constituye la vía de solución utilizada por la jurisprudencia nacional frente a un problema clásico del derecho civil chileno, como lo es el de encontrar una acción que pueda ejercerse en contra de quien es detentador material de un bien inmueble inscrito,

---

<sup>17</sup> Con relación a esto, me parece que es atinente precisar que la circunstancia de ser la acción de enriquecimiento injustificado de naturaleza personal, no prevista en el Código Civil, de ninguna manera debería inhibir su uso con el objetivo de perseguir la restitución de bienes. Menciono esto porque el problema de la acción que debe dirigirse en contra del detentador injustificado es un asunto que se suele observar desde la óptica del sistema de acciones reales, especialmente tratándose de los inmuebles, o desde aquella propia de acciones personales tipificadas. Ello es correcto, pero no debería impedir llegar a la conclusión, en caso de ser procedente, que la restitución pueda intentarse mediante una acción personal no tipificada como lo es la de enriquecimiento injustificado, especialmente si se observan las cosas desde la perspectiva de nuestro Código Civil, que no contiene expresamente una acción general que permita la restitución en supuestos de detentación sin título.

<sup>18</sup> BARROS, 2009, pp. 22 y 23; PEÑAILILLO, 2019, p. 1392; CORRAL, 2020, p. 580.



para efectos de obtener su restitución<sup>19</sup>. La cuestión tiene su origen en los mecanismos restitutorios con que el ordenamiento jurídico dota al dueño para obtener la restitución de la cosa y del sujeto pasivo de tales mecanismos. Cuando el inmueble se encuentra en manos de un poseedor inscrito<sup>20</sup>, el Código Civil permite que en su contra el propietario ejerza la acción reivindicatoria, conforme con el artículo 895. Asimismo, frente al mero tenedor del inmueble el dueño tiene a su disposición las acciones personales propias del título en donde el primero reconoce el dominio ajeno o la acción del artículo 915 en contra del injusto detentador. Pero en contra del simple detentador de un predio, esto es, quien carece de posesión inscrita y no tiene contrato alguno que justifique la detención, no es posible ejercer la acción reivindicatoria y tampoco existe alguna acción real específica prevista en el Código Civil con ese objeto, lo que hace nacer la interrogante acerca de cuál acción se puede intentar en su contra. La solución a esta cuestión por parte de la jurisprudencia ha sido justamente la acción de precario<sup>21</sup>, que ha demostrado ser exitosa para resolver un problema concreto, pero que plantea un conjunto de dudas en varios aspectos —entre ellos, precisamente, el de si la acción tiene una naturaleza real o personal<sup>22</sup>—, que no es posible examinar en este trabajo. Lo claro en este momento es que, como consecuencia de la labor jurisprudencial y la recepción de la doctrina<sup>23</sup>, esta acción se adiciona a las demás acciones reales y personales a que puede recurrir el actor en un caso determinado para obtener la restitución de un inmueble inscrito.

De todo lo expuesto, puede aparecer como una primera impresión que el catálogo de acciones reales o personales de las que dispone el propietario de un bien mueble o raíz para obtener su recuperación material es sumamente amplio y variado y que, por tanto, en la mayoría de los casos siempre contará con alguna acción a su favor. En ese contexto sería posible pensar que las posibilidades de aplicación de la acción de enriquecimiento injustificado son muy bajas. En consecuencia, es necesario explorar si realmente existen casos en los que sea procedente su ejercicio. Con este objetivo en mente, intentaré una búsqueda de potenciales supuestos, considerando combinadamente cuatro factores: la calidad de dueño o poseedor del actor<sup>24</sup>; qué carácter tiene el detentador; las acciones

---

<sup>19</sup> El problema no surge tratándose de inmuebles no inscritos, al estar estos sujetos, justamente por esa característica, al mismo régimen posesorio de los bienes muebles.

<sup>20</sup> Porque de acuerdo con las reglas de la teoría de la posesión inscrita, la única forma de adquirir la posesión de un inmueble es mediante su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

<sup>21</sup> La acción se podrá emplear por el dueño en la medida que se verifiquen los siguientes requisitos: (i) que el demandante sea dueño de la cosa; (ii) que el demandado tenga la tenencia material de la cosa; (iii) que la tenencia del demandado no tenga su origen en un contrato; y (iv) que la tenencia del demandado se deba a la ignorancia o mera tolerancia del propietario. CORRAL, 2020, p. 605.

<sup>22</sup> Como ejemplo de opiniones contrapuestas en este sentido, PEÑAILILLO, 2019, p. 1467; y CORRAL, 2020, pp. 605 y 606.

<sup>23</sup> La literatura acerca de la acción de precario y la forma donde se ha establecido como una acción real es abundante. Solo por mencionar textos destacados y de publicación relativamente reciente: ROSTIÓ, 2014; ATRIA, 2017b, p. 57 y ss.; SELMAN, 2018, p. 341 y ss.; PEÑAILILLO, 2019, p. 1463 y ss.; CORRAL, 2020, p. 604 y ss.

<sup>24</sup> He excluido de este análisis al mero tenedor porque, si bien en un plano teórico es posible examinar casos puntuales de detención que lo pueden desfavorecer y, por esta razón, este podría hacer uso de alguna

disponibles; y el tipo de bien de que se trata, es decir, si la restitución que se persigue corresponde a un bien mueble o inmueble.

### 1. *Situación del dueño del bien*

#### a. Bienes muebles

Tratándose de bienes muebles, quien no es dueño de algún ejemplar de esta categoría puede ser poseedor de este o solo su mero tenedor. En el primer caso, lo será si cuenta con la tenencia del mueble más el ánimo de ser dueño. De acuerdo con el Código Civil, en este supuesto el dueño puede ejercer en su contra la acción reivindicatoria. En el segundo caso, el del mero tenedor, se puede hacer valer la acción restitutoria proveniente del contrato personal o real que origina la mera tenencia; o del acto constitutivo del derecho real limitado (usufructo, uso o habitación) creado en favor del titular de ese derecho real, en caso de existir uno u otro; o la acción del artículo 915 en contra del injusto detentador que retiene indebidamente la cosa<sup>25</sup>.

Por otra parte, si la tenencia del mueble no deriva de acto jurídico alguno entre el propietario y el detentador, pero este reconoce el dominio del primero (como puede ser el caso de un subarrendatario), será un mero tenedor en contra del que procederá la acción de precario. Si la tenencia no deriva de un contrato, pero el detentador no reconoce dominio ajeno, a causa de esta última circunstancia no será mero tenedor, sino que poseedor, y en su contra no procede la acción de precario, sino la reivindicatoria.

Como se puede apreciar, tratándose de bienes muebles no parece haber un margen de potencial aplicación de la acción de enriquecimiento, porque todas las posibilidades de detentación se reconducen a la posesión y a la mera tenencia, así como a las acciones disponibles en contra del poseedor y el mero tenedor. Esto es así porque la detentación de muebles implica tener ánimo de señor y dueño o no tenerlo, sin campo para una tercera posibilidad, que es lo que ocurre con los inmuebles, como se verá enseguida. Entonces, en el caso de los muebles las acciones con que cuenta el dueño para lograr la restitución son de naturaleza real o personal. La acción de enriquecimiento, en conclusión, debe

---

acción para recuperar el bien, lo cierto es que son hipótesis excesivamente específicas, donde el verdadero conflicto se produce entre el dueño o poseedor y el detentador.

<sup>25</sup> Es sabido que el artículo 915 contiene una norma cuya interpretación ha resultado especialmente difícil para la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país (al respecto, TAPIA, 2015, pp. 405 y ss.). Históricamente y mayoritariamente ha sido entendida como una acción de restitución en contra del mero tenedor, ya sea que se le considere una acción especial o una acción reivindicatoria. La variante más reciente de esta tesis es la formulada por Fernando Atria (ATRIA, 2017a, pp. 192 y ss.), que cuenta con el respaldo de Daniel Peñailillo (PEÑAILILLO, 2019, p. 1461, nota 2073), según esta, la acción tiene como sujeto pasivo al tenedor que recibió la cosa del dueño en virtud de una relación jurídica, a cuya extinción no restituye el bien. Por razones que el espacio disponible no permite desarrollar en esta ocasión, me limito a manifestar mi apoyo a esa visión y, para efectos de ese trabajo, es esa la forma cómo se entenderá el ámbito de aplicación del artículo 915 cada vez que sea mencionado.

descartarse como mecanismo de restitución en favor del dueño respecto de muebles detentados injustificadamente por un tercero.

b. Bienes inmuebles<sup>26</sup>

En el caso de los bienes inmuebles se presentan un par de peculiaridades que deben ser consideradas en el análisis. La primera es que, como se sabe, de acuerdo con las directrices de la teoría de la posesión inscrita la posesión de inmuebles solo se adquiere y conserva mediante la inscripción del título respectivo en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, de forma tal que mientras no exista esa inscripción no se tiene la posesión. Por tanto, quien tiene la tenencia material de un inmueble que no se encuentra inscrito a su nombre, no es poseedor, sino solo un detentador. Este detentador será mero tenedor si es que reconoce dominio ajeno, lo que puede desprenderse del título con que se detenta, si es que existe, o de su sola disposición psicológica, en caso de detentar sin título alguno. Esto es muy importante, porque puede darse el caso de que una persona tenga un inmueble sin inscripción, caso en el que no será poseedor, pero que tampoco reconozca dominio ajeno, situación donde tampoco será mero tenedor. Por tanto, en el caso de los inmuebles inscritos puede darse una situación intermedia a la de poseedor y mero tenedor, que no corresponde ni a uno ni a otro estado<sup>27</sup>.

Una segunda peculiaridad es que, a propósito de la tenencia por un tercero de un predio, sin contrato y sin inscripción, es que se generaliza en Chile la acción de precario como herramienta para obtener su restitución. Los tribunales de justicia hacen uso de esta acción instalada al interior de la regulación del contrato de comodato para dar lugar a la pretensión del demandante de recuperar un inmueble retenido por una persona que no es poseedor y respecto del que no se puede ejercer la acción reivindicatoria.

Además, es necesario recordar que los inmuebles no inscritos se encuentran sujetos al mismo estatuto jurídico de los bienes muebles en lo que se refiere a su posesión y dominio, por lo que en su caso es procedente el análisis y son aplicables las mismas conclusiones a las que se ha llegado en relación con estos últimos, motivo por el que quedan excluidos del estudio que se hará a continuación.

Precisado todo lo anterior, corresponde sistematizar las posibilidades que pueden llevar, o no, al uso de la acción general de enriquecimiento. Para estos efectos las posibilidades son las siguientes:

- i. Tratándose de un individuo que detenta el inmueble teniéndolo inscrito a su nombre, el dueño tiene en su contra la acción reivindicatoria, por tener aquel el carácter de poseedor, sin perjuicio de utilizar aquellas querellas posesorias que tenga a su favor como dueño y poseedor, en caso de ser procedentes.

---

<sup>26</sup> Es oportuno precisar que en este apartado el análisis de la situación de los inmuebles se hará siguiendo rigurosamente las reglas de la teoría de la posesión inscrita.

<sup>27</sup> ATRIA, 2017b, pp. 64-67. En contra, CORRAL, 2020, pp. 606 y 607.

- ii. Cuando el detentador es un mero tenedor que adquirió ese rol en virtud de un acto jurídico, el dueño podrá intentar en su contra la acción personal que deriva de dicho acto. Además, de ser el caso, se podrán ejercer en su contra las acciones reales que provea el ordenamiento jurídico en contra de los meros tenedores, como puede ser la acción del artículo 915 contra el mero tenedor que retiene la cosa injustamente<sup>28</sup>.
- iii. Si el detentador de un inmueble lo es sin contrato (o sin cualquier otro acto o antecedente jurídico que justifique la detentación), pero reconociendo dominio ajeno (como actitud sicológica)<sup>29</sup>, se trata de un mero tenedor y el dueño puede intentar en su contra la acción de precario, al no existir un contrato previo<sup>30</sup>.
- iv. En caso de que el demandado sea detentador de un inmueble, sin contrato (o sin cualquier otro acto jurídico que justifique la detentación), y no reconoce dominio ajeno (razón por la que no es mero tenedor<sup>31</sup>, pero tampoco poseedor, porque no tiene el predio inscrito), se trata de un simple detentador injustificado, en contra de quien el dueño solo tiene la acción de precario, fundada en la falta de contrato que justifique la detentación.

Como es posible observar, en las cuatro hipótesis mencionadas el Código Civil siempre concede una acción, real o personal, que permite al propietario demandar al poseedor, mero tenedor o simple detentador para obtener la restitución del inmueble. En consecuencia, se puede afirmar que a ninguna de ellas se asociaría como remedio la acción general de enriquecimiento injustificado, por aplicación de la regla de la subsidiariedad.

De todo lo expuesto, entonces, aparece que la protección que el Código Civil brinda al dueño de un bien mueble o inmueble es lo suficientemente amplia como para descartar la necesidad de la acción de enriquecimiento frente a la detentación injustificada por parte de un tercero. El conjunto de acciones reales o personales de que puede valerse el propietario excluye, en virtud de la regla de la subsidiariedad, la utilización de esa acción, la que, por su finalidad dentro del sistema de acciones civiles, queda como un último recurso disponible al que el dueño muy probablemente no necesitará acceder.

---

<sup>28</sup> Por ejemplo, si es que la acción personal se encuentra prescrita o si ha sido rechazada en juicio.

<sup>29</sup> Un ejemplo puede ser el caso de un grupo de personas que, reconociendo el dominio ajeno, hacen una toma de un predio como mecanismo de presión a las autoridades correspondientes para que se les entreguen viviendas definitivas.

<sup>30</sup> En este caso no opera la acción del artículo 915, por ser un mero tenedor que no recibió el inmueble de manos del dueño.

<sup>31</sup> En este sentido, SELMAN, 2018, pp. 363, 364, 368 y 369.

## 2. *Situación del poseedor del bien*

Todo el razonamiento expresado en el número anterior gira en torno a la figura del dueño y a las posibilidades de recuperación de un bien de su propiedad. Pero también es posible intentar el análisis desde el punto de vista del poseedor. Como se verá, en este caso las conclusiones pueden ser diferentes.

### a. Bienes muebles

En el caso de los muebles la situación del poseedor es distinta a la del dueño. El poseedor no cuenta con la acción reivindicatoria en contra de quien le arrebatara la posesión, por lo que debe recurrir a otras alternativas. La acción que corresponde usar al poseedor es la acción publiciana del artículo 894, si es que se trata de un poseedor regular que se encuentra en el caso de poder ganar la cosa por prescripción. Verificándose estos requisitos, lo que corresponde es el ejercicio de dicha acción y, por el contrario, si alguno de ellos no se cumple, esto es, si el actor es un poseedor irregular o que no se encontraba en posición de ganar la cosa por prescripción, no tiene otra acción que ejercer en contra del segundo poseedor, por lo que podría recurrir al ejercicio de la acción de enriquecimiento.

Enseguida, si el detentador es un mero tenedor del mueble que ostenta tal carácter en virtud de un contrato, el poseedor, por ser tal, solo cuenta con las acciones personales que emanan del título. Pero si esa mera tenencia del mueble no se origina en un contrato (situación quizás poco probable en la práctica, pero teóricamente factible), por lo que no hay acciones personales de por medio, el poseedor tampoco cuenta con la acción de precario para recuperar la cosa, porque esta acción solo tiene como legitimado activo al dueño del mueble<sup>32</sup>, al igual que sucede con la acción del artículo 915. En esta hipótesis, se puede proponer el ejercicio de la acción de enriquecimiento injustificado ante la carencia de otra que hacer valer por el poseedor, quien no dispone de las acciones del dueño.

### b. Bienes inmuebles

Supongamos la situación de una persona que adquiere un inmueble y lo inscribe a su nombre, pero que a su respecto no se cumplen los requisitos para estimarlo dueño (por ejemplo, porque lo adquirió de una persona que tampoco era dueño y no se reúnen en su caso los requisitos de la agregación de posesiones), teniendo únicamente la calidad de poseedor. En este supuesto pueden darse dos posibilidades: que esta persona pierda la posesión en un momento determinado, porque un tercero inscribe a su nombre el predio sin mediar una relación jurídica con el primer poseedor que le permita hacerlo; o solo pierde su tenencia material, conservando al mismo tiempo la posesión inscrita. En el primer caso, es claro que el poseedor no puede ejercer la acción reivindicatoria,

---

<sup>32</sup> Recordemos que, de acuerdo con el tenor del artículo 2195, inciso segundo, la acción de precario también se puede usar respecto de muebles.

por corresponder esta exclusivamente al dueño. La acción que puede usar el poseedor es la acción publiciana. Pero si el actor es un poseedor irregular o que no se encontraba en posición de ganar la cosa por prescripción según los términos del artículo 894, podría recurrir al ejercicio de la acción de enriquecimiento, porque, de lo contrario, ese poseedor no tendría otra acción que ejercer en contra del segundo poseedor (siempre, por cierto, que el título inscrito no justifique la detentación, como podría ser el caso de un título falsificado). El poseedor, recordemos, no cuenta con la acción de precario ni con la acción del artículo 915.

En el segundo caso, si el detentador no tiene inscrito el inmueble a su nombre, sino que solo tiene su apoderamiento material, no es actual poseedor y en su contra no se puede intentar la acción publiciana. Aquí, el detentador podría ser un mero tenedor que reconoce no ser dueño en virtud de un título de mera tenencia, caso en que el poseedor solo tiene a su favor las acciones personales que emanan del título. Pero si esa mera tenencia del inmueble no se origina en un acto jurídico, el poseedor no cuenta ni con acciones personales, ni con la acción publiciana, ni tampoco con la de precario para recuperar la cosa, porque esta acción solo tiene como legitimado activo al dueño del inmueble, al igual que sucede con la acción del artículo 915. A la luz de estas circunstancias (y suponiendo que en el caso concreto tampoco sea operativa alguna acción posesoria), podría también defenderse el posible ejercicio de la acción de enriquecimiento injustificado ante la carencia de otra acción que hacer valer por el poseedor, especialmente si se toma en cuenta el riesgo de que el demandado pueda probar que el actor no es dueño del predio, a pesar de tenerlo inscrito a su nombre, e inhibir de ese modo las acciones en contra del injusto detentador y de precario, en el eventual caso de ser ejercidas.

Finalmente, si el detentador es un ocupante del inmueble que no tiene contrato que lo respalde y tampoco reconoce dominio ajeno (por ejemplo, porque afirma ser el verdadero dueño del predio, aunque no lo tenga inscrito a su nombre), en su contra el actual poseedor del inmueble no puede ejercer la acción de precario, al no ser dueño y, por la misma razón, no puede hacer uso de la acción del artículo 915, además de no ser esa acción operativa en ese caso, porque el legitimado pasivo no es mero tenedor. La solución factible y recomendable en este caso también es la acción de enriquecimiento injustificado, a falta de otra acción disponible.

Como es posible apreciar, a diferencia de lo que ocurre con el dominio de un inmueble, se observan en el Código Civil fisuras en el sistema de protección de la posesión que permiten sostener la aplicabilidad de la acción de enriquecimiento injustificado a ciertos casos. La razón por la que esta acción se puede ejercer también por el poseedor y no necesariamente por el dueño es la siguiente. A diferencia de las acciones reales, que buscan entregarle al titular de un derecho real un mecanismo de restitución del inmueble sobre el que se ejerce ese derecho real, de forma que solo dicho titular puede hacerlo valer, la acción de enriquecimiento busca la restitución de todo beneficio o ventaja de la que el actor disfrute por cualquier razón jurídicamente justificada. El poseedor no tiene derecho real alguno, por lo que no puede intentar las acciones propias del propietario, salvo las acciones posesorias y la acción publiciana, en la medida que se cumplan los requisitos legales, por lo que su círculo de protección es más reducido que el del

dueño. Pero desde el punto de vista del enriquecimiento injustificado, cualquier forma de posesión que tenga reconocimiento en el ordenamiento jurídico da lugar a la acción de restitución, porque es una ventaja patrimonial de la que disfruta el poseedor. Para el derecho del enriquecimiento el objetivo a alcanzar es que el actor pueda recuperar un beneficio que le reconoce el Derecho y no la sola protección de los derechos reales. Como consecuencia de esta diferente orientación, el ámbito de actuación de la acción de enriquecimiento resulta ser más extenso que el de las acciones reales y también favorece a los poseedores<sup>33</sup>.

Finalmente, para cerrar este apartado me parece pertinente hacer dos reflexiones. La primera busca anticiparme a una eventual objeción a todo lo dicho hasta ahora, en orden a que podría estimarse como desmedido sostener que la acción de enriquecimiento injustificado en favor del poseedor debería ser considerada dentro de las acciones civiles disponibles para obtener la restitución de bienes, determinada la naturaleza específica de las hipótesis o su ocurrencia quizás ocasional. La verdad es que no sería esta una crítica atendible, básicamente por dos razones. La primera es que la posible marginalidad de los supuestos no implica su inexistencia, por lo que, a pesar de su aparente excepcionalidad, lo cierto es que, en caso de presentarse, el conflicto debe ser resuelto de la mejor manera posible, para ello la acción de enriquecimiento parece el único remedio disponible. Y la segunda es que esta acción, debido a su función de mecanismo de cierre del sistema de acciones civiles, no tiene por finalidad aplicarse necesariamente a una amplitud de casos, sino solamente a aquellos que, como los que he descrito, no disfrutaban de una acción asociada. En un sistema de enriquecimiento injustificado como el chileno la acción general de enriquecimiento no persigue como objetivo la masividad, sino completar los vacíos que se encuentren en el sistema.

La segunda reflexión dice relación con la circunstancia de que, no obstante constituir un evidente caso de enriquecimiento injustificado, es muy difícil encontrar en el derecho comparado, sea en la literatura, en cuerpos legales o en la jurisprudencia, el uso de la acción de enriquecimiento injustificado como herramienta de restitución de bienes detentados injustificadamente. Esto no se debe a que esta acción sea improcedente para ello: al contrario, desde el punto de vista de las exigencias de configuración del enriquecimiento injustificado se ha demostrado que estas concurren plenamente en la detentación de bienes sin título. En rigor, esta acción puede usarse para la recuperación de cualquier tipo de enriquecimiento injustificadamente obtenido. La razón es más bien otra: en la generalidad de los ordenamientos jurídicos el problema de la detentación de bienes ajenos suele estar solucionado por medio del ejercicio de acciones reales, principalmente mediante el uso amplio de la acción reivindicatoria, la que es muy empleada en estos supuestos para obtener la restitución<sup>34</sup>. Esto no ocurre en Chile, donde, es sabido, tal acción solo procede contra los poseedores. Además, en caso de ser la acción

---

<sup>33</sup> En eso se diferencia claramente, por ejemplo, con la acción de precario, que es una acción de restitución en contra de los detentadores injustificados, pero que solamente es de titularidad del dueño, como se desprende del artículo 2195 del Código Civil.

<sup>34</sup> Al respecto, PEÑAILILLO, 2019, pp. 1467-1470.

restitutoria de naturaleza personal, se debe a que se encuentra expresamente establecida por el legislador a propósito de un contrato o de alguna otra categoría específica. De ahí que la detentación injustificada de bienes, especialmente la de inmuebles, constituya un problema de restitución eminentemente local, de difícil réplica en el derecho comparado y al que es necesario buscar soluciones completamente originales según nuestra propia realidad.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO PARA LA RESTITUCIÓN DE INMUEBLES DETENTADOS POR UN TERCERO

Que la acción general de enriquecimiento injustificado pueda ser utilizada para resolver ciertos supuestos de apoderamiento material de bienes inmuebles tiene asociadas algunas consecuencias virtuosas que se pueden apreciar tanto desde un punto de vista teórico, relativo a toda detentación que se pueda considerar como enriquecimiento injustificado, como desde la perspectiva de aquellas situaciones específicas que ya han sido sistematizadas en la sección anterior.

La primera de ellas dice relación con su aporte al uso sistemático del conjunto de acciones civiles del Código Civil y del Derecho Civil en general. El ejercicio de la acción de enriquecimiento injustificado, en la forma cómo esta es concebida en nuestro ordenamiento jurídico, está condicionado por la disponibilidad de una o más acciones que resuelvan el conflicto que aqueja al actor. Esto indefectiblemente compele al investigador a estudiar y averiguar en qué casos resulta factible el ejercicio de la acción. En la materia concerniente a este trabajo –la detentación injustificada de bienes ajenos–, la búsqueda de tales supuestos nos ha permitido dos cosas: (i) descubrir situaciones donde no parece posible para el poseedor hacer uso de acciones reales o personales que obliguen al detentador a restituir el bien y, por lo tanto, (ii) concluir que en esas situaciones es posible ejercer la acción de enriquecimiento. Simultáneamente, esta sistematización constituye una forma de colaboración en la conformación de hipótesis de ejercicio de la acción de enriquecimiento, labor que ha sido ocasionalmente intentada por la doctrina nacional<sup>35</sup>.

La importancia de lo recién dicho se encuentra en la demostración de que es posible solucionar casos de detentación injustificada de inmuebles de una manera más congruente con el sistema de acciones civiles. Si dentro de las acciones reales del Código Civil no se ha previsto una acción general destinada a recuperar un bien, mueble o inmueble, de manos de un detentador que no tiene un título para ello, lo lógico es que, por un asunto de coherencia, se recurra a lo que podemos llamar “la acción final o de cierre” del derecho civil, cual es la acción de enriquecimiento injustificado. Ello, a mi juicio, resulta más razonable y propio de una estructura general de acciones que, por ejemplo, el recurso algo forzado a la acción que es generalmente empleada por los tribunales

<sup>35</sup> CAFFARENA, 1926, pp. 14 y ss; FUEYO, 1990, pp. 452-454; ABELIUK, 1993, pp. 158-160; BARRIENTOS GRANDÓN, 2018, pp. 257 y ss; CAMPOS, 2023, pp. 175 y ss.



para la restitución de inmuebles (aunque teóricamente también puede usarse respecto de muebles), solo para resolver un problema sin solución dentro del Código Civil, pero cuya base, contenido y alcance resulta discutible, como es la acción de precario<sup>36</sup>; o que se proponga la adopción de una acción restitutoria de dominio no tipificada ni tampoco reconocida generalmente por la doctrina ni la jurisprudencia<sup>37</sup>.

Una segunda ventaja se refiere a la ampliación del ámbito de acciones destinadas a la recuperación de bienes injustamente detentados por terceros hacia la figura del poseedor. Como ya fue desarrollado en la sección anterior, a diferencia de la acción de precario o de la acción en contra del injusto detentador, que únicamente pueden ser ejercidas por el dueño, la acción de enriquecimiento puede ser intentada por el poseedor en ciertos supuestos en los que no cuenta con un mecanismo jurídico que le permita lograr la restitución del bien. Así, la identificación de supuestos posesorios en donde utilizar esta acción contribuye a reforzar el sistema de protección de la posesión.

Una tercera ventaja que se puede mencionar, aunque con el carácter de propuesta, dice relación con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la posibilidad que el actor obtenga, conjuntamente con la restitución del bien, el valor económico que le hubiese significado autorizar su uso a un tercero. Para que esta alternativa, no contemplada en la actualidad con carácter general por nuestro sistema de restituciones<sup>38</sup>, pueda efectivamente materializarse, es necesario asimilar en nuestro derecho civil la figura del enriquecimiento por intromisión<sup>39</sup>.

El enriquecimiento por intromisión es una forma de enriquecimiento injustificado identificada por la doctrina civil alemana desde comienzos del siglo XX (*Eingriffskondiktion*)<sup>40</sup>. Se trata de un individuo que se enriquece mediante la apropiación y uso no autorizado de un derecho que es propiedad exclusiva del demandante, como ocurre con el dominio o los derechos de propiedad intelectual e industrial, por ejemplo. La acción de enriquecimiento en este caso se encamina a lograr el pago de las sumas ahorradas por el demandado al usar sin autorización un bien, sin perjuicio de una eventual indemnización de perjuicios por los daños que el o los bienes hubiesen experimentado<sup>41</sup>. Así, por ejemplo, si un tercero emplea en su beneficio un mueble o un predio, sin que lo haya permitido previamente su dueño, este podría exigirle que le restituya todo lo que le habría significado el cobro de regalías por autorizar el uso o, incluso, las ganancias obtenidas mediante el goce de aquel<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> PEÑAILILLO, 2019, p. 1463; ATRIA, 2017b, pp. 58 y ss.; CORRAL, 2020, pp. 604 y 605.

<sup>37</sup> PEÑAILILLO, 2019, pp. 1387-1389.

<sup>38</sup> Un estudio de manifestaciones tipificadas en el Código Civil y legislación especial en CAMPOS, 2023, pp. 201-214. También en BARROS, 2008, p. 26, nota 20, y PINO, 2019, pp. 373 y ss.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ, 2020, p. 169.

<sup>40</sup> BASOZÁBAL, 1998, p. 53 y ss.; ZIMMERMANN, 2012, pp. 254-256.

<sup>41</sup> BASOZÁBAL, 1998, p. 43.; DIEZ-PICAZO, 2007, pp. 125-127; ZIMMERMANN, 2012, pp. 254 y 255; CAMPOS, 2023, pp. 142 y ss.

<sup>42</sup> Acerca de esta materia, CAMPOS, 2023, pp. 147-151.

Si se traslada lo sucintamente dicho respecto del enriquecimiento por intromisión a la forma cómo hemos estudiado la detentación injustificada de bienes, se puede proponer que el demandante que cuenta con una acción típica que le permita solicitar la restitución del bien (reivindicatoria, posesoria, publiciana, de precario) demande conjuntamente, por la vía del enriquecimiento por intromisión, el pago de los provechos negativos con los que el detentador se ha beneficiado (ahorro de gastos consistentes en el no pago de la autorización, regalía o derechos por el uso de la cosa)<sup>43</sup>, al tratarse de una detentación injustificada solucionada por el Código Civil por medio de una acción específica. En aquellos casos ya identificados donde no exista una acción típica disponible, se podría ejercer la acción de enriquecimiento injustificado con un doble objetivo: obtener la restitución del bien y el pago del valor de la regalía que hipotéticamente se hubiese cobrado por el actor. Se trata de una posibilidad innegablemente atractiva para el demandante, pero que, reitero, requiere de un trabajo de doctrina y jurisprudencia encaminado a aceptar e introducir el enriquecimiento por intromisión como un tipo específico de enriquecimiento injustificado en nuestro derecho civil.

## V. CONCLUSIONES

Me permito finalizar este trabajo afirmando que la acción general de enriquecimiento injustificado es una herramienta idónea para lograr la restitución de bienes detentados por terceros en nuestro ordenamiento jurídico. Esta conclusión requiere tomar en consideración las siguientes circunstancias:

1. La detentación de bienes ajenos puede constituir una forma de enriquecimiento injustificado siempre y cuando en aquella se reúnen los requisitos que lo configuran, esto es, un enriquecimiento en el detentador, un empobrecimiento en el actor, correlatividad entre ambos y la ausencia de una razón que justifique el enriquecimiento.
2. Como la acción de enriquecimiento injustificado es subsidiaria, es decir, se puede utilizar únicamente a falta de otra acción que permita la restitución, es necesario encontrar hipótesis donde quepa su ejercicio. Tales hipótesis existen a propósito del poseedor quien, en ciertas circunstancias, puede carecer de acciones que le permitan recuperar un bien de manos del detentador injustificado. En esos casos el poseedor podría recurrir a la acción general de enriquecimiento, la que dejaría de ser subsidiaria, a falta de otra acción.

---

<sup>43</sup> Al estudiar esta materia hay que tener presente, en primer lugar, que el sistema de prestaciones mutuas de los artículos 904 y ss. del Código Civil no contemplan la posibilidad de requerir el pago de las regalías que eventualmente se hubiesen cobrado por ceder la tenencia de un bien. Asimismo, si se quisieran demandar los frutos obtenidos por medio de la detentación de la cosa, habría que estarse a esas mismas reglas para establecer su procedencia.

3. El uso de la acción de enriquecimiento injustificado presenta importantes ventajas, entre estas se encuentran su coherencia estructural al interior del sistema de acciones civiles; la ampliación de la protección del poseedor; y la posibilidad, al menos teórica, de que el actor pueda obtener el reintegro de las sumas que no percibió al no dar su autorización al detentador injustificado para el uso del bien.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, 1993: *Las obligaciones* (3ª edición), tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., VODANOVIC, A., 1997: *Tratado de los derechos reales* (7ª edición), tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio, 1993: *El enriquecimiento sin causa* (3ª edición), Granada: Editorial Comares.
- ATRIA, Fernando, 2017a: “El sistema de acciones reales, parte especial: acción reivindicatoria, publiciana y del art. 915”, *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 2, pp. 147-212.
- ATRIA, Fernando, 2017b: “El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXX, N° 2, pp. 57-86.
- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo, 2023: “¿El enriquecimiento injustificado es una forma especial de responsabilidad civil? Ideas acerca de una anomalía del derecho civil chileno”, en Ruperto Pinochet Olave (director), *Estudios de Derecho Civil XVI*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 789-805.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, 2000: “La *actio de in rem verso* en la literatura jurídica francesa. De Pothier a l’Arret Boudier”, *Revista de Historia del Derecho Privado*, N° III. Santiago, pp. 43-146.
- BARROS, Enrique, 2009: “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en Enrique Barros Bourie, Mª Paz García Rubio, Antonio M. Morales Moreno (autores), *Derecho de daños*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 11-78.
- BASOZÁBAL, Xabier, 1998: *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Editorial Civitas.
- CAFFARENA, Elena, 1926: *El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el derecho civil chileno*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- CAMPOS, Sebastián, 2023: *Derecho de enriquecimiento injustificado*, Santiago: Ediciones DER.
- CORRAL, Hernán, 2020: *Curso de Derecho Civil. Bienes*, Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán, 2023: *Curso de Derecho Civil. Obligaciones*, Santiago: Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2007: *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (6ª edición), volumen I, Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- FARIÑA, Rebeca, 2022: *La restitución del enriquecimiento sin causa: un reto para el derecho español*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- FIGUEROA, Gonzalo, 1991: *El patrimonio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FUEYO, Fernando, 1990: *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GONZÁLEZ, Fabián, 2020: *Acciones protectoras del dominio y la posesión ante la jurisprudencia*, Santiago: Editorial Hammurabi.
- OROZCO, Martín, 2015: *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- PEÑAILILLO, Daniel, 1996: “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de las obligaciones”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, año LXIV, N° 200, pp. 7-40.
- PEÑAILILLO, Daniel, 2003: *Obligaciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- PEÑAILILLO, Daniel, 2019: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago: Thomson Reuters.
- PINO, Alberto, 2019: “Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 46, N° 2, pp. 373-398.
- ROSTIÓN, Ignacio, 2014: *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*, Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters.
- SELMAN, Arturo, 2018: “Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista”, *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 2, pp. 341-392.
- TAPIA, Mauricio, 2015: “Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (editor), *Estudios de Derecho Civil XI*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 405-420.
- ZIMMERMANN, Reinhard, 2012: “Enriquecimiento sin causa: la moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales”, en Gunther Gonzáles Barrón (director), *Derecho de obligaciones. Estudios* (trad.), Antoni Vaquero Aloy, Lima: Ediciones Legales.
- ZUMAQUERO, Laura, 2017: “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, *InDret* (N° 2). Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).
- ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, 2002: *Introducción al derecho comparado* (trad.), Arturo Aparicio Vásquez (3ª edición inglesa), México, D.F.: Oxford University Press.

### *Jurisprudencia*

- CORTE Suprema, sentencia de 23 de junio de 2021, rol 5092-2021.
- CORTE Suprema, sentencia de 23 de junio de 2015, rol 14325-2014.



## La distinción entre relaciones de servicio y de cuidado en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno

*Lilian C. San Martín Neira\**

### RESUMEN

*Un presupuesto básico de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno es que entre el principal y el dependiente exista una relación tal que justifique la imposición de responsabilidad al primero por el hecho del segundo. En este artículo se propone que, a base de su naturaleza, la relación entre principal y dependiente puede ser dividida en dos series: relaciones fundadas en el servicio y relaciones fundadas en el cuidado. Esta distinción es clave para la adecuada estructuración de la responsabilidad por hecho ajeno.*

Responsabilidad por hecho ajeno; responsabilidad vicaria; responsabilidad indirecta

### *The distinction between service and care relationships in the liability for the torts of others*

### ABSTRACT

*A basic presupposition of the liability for the torts of others is that there is a relationship between the principal and the dependent that justifies the imposition of liability on the former for the act of the latter. In this article it is proposed that, on the basis of its nature, the relationship between principal and dependent can be divided into two series: service-based relationships and care-based relationships. This distinction is key to the proper structuring of liability for acts of others.*

Liability for damage caused by others; vicarious liability; indirect liability

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Máster y Doctor en Sistema Jurídico Romanista, Universidad de Roma "Tor Vergata", Italia. Profesora de derecho civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5101-2560>. Correo electrónico: [lsanmartin@udd.cl](mailto:lsanmartin@udd.cl).

Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt regular N° 1230501, del que su autora es investigadora responsable, y de las actividades del centro de investigación Imputatio.

Artículo recibido el 26.3.2024 y aceptado para su publicación el 16.7.2024.

## I. INTRODUCCIÓN

Como regla, la responsabilidad civil es personal, esto es, recae en el causante material del daño; pero desde antiguo se han establecido fórmulas donde ella es asumida por un tercero que no ha intervenido en la producción del daño, es lo que conocemos como responsabilidad por hecho ajeno, institución conocida transversalmente en los ordenamientos jurídicos modernos y que, en lo que respecta a la tradición continental, afonda sus raíces en el derecho romano<sup>1</sup>. En Chile, esta especie de responsabilidad se fundamenta a base de dos distinciones básicas: i) una distinción entre régimen contractual y extracontractual. La regulación de la responsabilidad por hecho ajeno en el contexto del cumplimiento de una obligación se desprende del artículo 1679 C.C. y corresponde a una hipótesis de responsabilidad vicaria<sup>2</sup>, en la medida en que el deudor no puede excusar su incumplimiento en el hecho de su dependiente<sup>3</sup>. La responsabilidad extracontractual, en cambio, está estructurada en (ii) una segunda distinción, fundada en la capacidad o incapacidad extracontractual del autor del daño. En el caso del incapaz, la responsabilidad la asume el cuidador, en la forma de una responsabilidad por culpa propia y probada (art. 2319)<sup>4</sup>. Tratándose de una persona capaz, la responsabilidad recae en el “principal” (persona a cuyo “cuidado” esté el agente) en carácter de adjunto, de suerte que hay dos legitimados pasivos de la acción de responsabilidad: el autor del daño y el principal<sup>5</sup>. El entendimiento generalizado es que también este caso corresponde a un sistema por culpa propia, con la diferencia que se trata de culpa presunta, pues al principal se le reconoce la posibilidad de exonerarse de responsabilidad probando que no ha podido impedir el hecho<sup>6</sup>.

Este último caso presenta algunas particularidades en el Código de Bello, comenzando por el hecho de que existe consenso en orden a que él contiene una cláusula general en la materia<sup>7</sup>. Se trata de una situación especial, pues, como consecuencia del carácter

<sup>1</sup> Acerca de esta temática véase FERCIA (2008), pp. 1 y ss.; ROSSO, 2019, pp. 396 ss.

<sup>2</sup> La expresión responsabilidad vicaria está tomada en el sentido que le da GILIKER, 2022, p. 1, quien la define como *strict liability for the torts of others*.

<sup>3</sup> Por todos, VELASCO, 1962, pp. 1 y ss.; INFANTE, 1999, pp. 191 y ss.; FUENZALIDA, 2009, pp. 603 y ss.; PIZARRO, 2009, pp. 23 y ss.; BRANTT, 2016, pp. 493 y ss.; BARROS, 2020, p. 174. De acuerdo con BRANTT, 2016, pp. 493 ss., el fundamento de esta estructura se encuentra en el riesgo que asume quien se vale de otro para el cumplimiento de su obligación.

<sup>4</sup> Por todos, BARROS, 2020, pp. 173 y ss.

<sup>5</sup> Es oportuno señalar que se acepta pacíficamente que la víctima puede dirigirse en contra de ambos sujetos e incluso directamente en contra del principal, pero no hay acuerdo en torno a cuál sería la naturaleza jurídica de esta obligación con pluralidad de sujetos. Esta discusión, en todo caso, escapa a los fines de este texto.

<sup>6</sup> Ello sin perjuicio de que en la práctica se ha producido un claro proceso de objetivación, que comenzó con el empresario y que se ha ido extendiendo a los padres y demás terceros civilmente responsables. Por todos BARROS, 2020, pp. 173 y ss.; ZELAYA, 2002a, p. 33. Respecto de los criterios jurisprudenciales en los que se ha producido la objetivación, ZELAYA, 1995, p. 101-145; ZELAYA, 2002b, p. 98; CORRAL, 2013, pp. 239 ss. BARROS, 2020, p. 182.

<sup>7</sup> De la noción de cláusula general, SAN MARTÍN, 2012, pp. 376 y ss.; PATTI, 2016, pp. 1 y ss.; SAN MARTÍN, 2018, pp. 178 y ss.; SHOPF, 2018, pp. 121 y ss.

personal de la responsabilidad civil, en la mayoría de los países se contemplan figuras típicas de responsabilidad por hecho ajeno, entendiéndose que ella no puede dar lugar a una cláusula general<sup>8</sup>. Ello sin perjuicio de que en algunos países de tradición continental se haya producido una apertura que, en la práctica, lleva más o menos a la composición de una cláusula general mediante una flexibilización de la noción dependencia<sup>9</sup>. Así ha ocurrido en Francia, a partir de 1991, por medio de una reinterpretación de las normas del Código Civil<sup>10</sup>. En Italia, si bien no existe una cláusula general, se reconoce que la norma relativa a los hechos de los “auxiliares” en práctica funciona de esa manera<sup>11</sup>. Lo mismo ocurre en España, donde se ha propuesto una interpretación analógica de los casos contenidos en el artículo 1903 del Código Civil español<sup>12</sup> y, en particular, con la extensión de la regla de la responsabilidad por hecho de los “dependientes”<sup>13</sup>.

En Chile, en cambio, se acepta pacíficamente que el inciso primero del artículo 2320 –en cuanto señala que “toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”– contempla una cláusula general y que el listado que sigue a continuación de esa regla no es de carácter taxativo<sup>14</sup>. A nivel jurisprudencial, solo a modo de ejemplo, pueden citarse los dichos de la Corte de Concepción, la que ha dicho:

“Esta norma establece un principio general de responsabilidad en dos sentidos, uno, porque se aplica genéricamente a todas las relaciones de dependencia o cuidado, de modo que las situaciones específicas referidas en los demás incisos de ella son meramente ejemplares y dos, porque establecida la relación de dependencia o cuidado de quien realiza un acto ilícito, se presume la responsabilidad de quienes deben ejercer ese cuidado, de modo que solo pueden exonerarse de esta responsabilidad si logran

<sup>8</sup> JOSSEERAND, 1950, pp. 380; DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 379.

<sup>9</sup> Para un estudio comparado más amplio, SPIER, 2003, pp. 1 y ss.; GILIKER, 2010, pp. 1-265; VAN DAM, 2013, pp. 490 y ss.; GILIKER, 2022, pp. 2 y ss.

<sup>10</sup> BRUN, 2015, pp. 366 y ss.; JIANG, 2010, pp. 201 y ss.; CHABAS, 2009, pp. 51 y ss., aunque la propuesta de reforma a la responsabilidad civil la niega, estableciendo expresamente un sistema taxativo en los artículos 1245 a 1249. Véase proyecto disponible en: [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

<sup>11</sup> FRANZONI, 2020, p. 348 n. 8.

<sup>12</sup> CONCEPCIÓN, 1999, pp. 115 y ss.

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ, 2014, pp. 51 y ss.; SOLÉ, 2012, pp. 50 y ss.; MARTÍN, 2022, p. 357.

<sup>14</sup> Por todos, BARROS, 2020, p. 181. De acuerdo con este entendimiento, la norma ha sido aplicada a una amplia gama de situaciones de variada naturaleza. Se ha planteado la responsabilidad del Arzobispado por el hecho de los clérigos [Vid PIMSTEIN, 2005, pp. 173 y ss.; VARAS, 2005a, pp. 241 y ss.; VARAS, 2005b, pp. 673 y ss.; AEDO, 2006, pp. 229 y ss.; PERALDI, 2018, pp. 1 y ss.; CARVACHO, 2020, pp. 355 y ss.]. De las clínicas privadas por el hecho de los médicos que ejercen su profesión al alero de su infraestructura (ZELAYA, 2002a, pp. 23 y ss.; PIZARRO, 2003, pp. 181 y ss.); TOCORNAL, 2014, p. 96; VIO, 2016, pp. 323 y ss.; CID, 2017, pp. 1 y ss. De las empresas por el hecho de los empleados de sus subcontratistas, Corte Suprema, Rol 27.05.2019, rol 4350-2018.



probar que ‘con la autoridad y el cuidado que la respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho’, como lo previene su inciso final”<sup>15</sup>.

De esta forma, habrá lugar a la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno cada vez que se den los supuestos a la base de la cláusula general, en particular, que el daño sea causado por un “dependiente”. De esta afirmación surge como pregunta natural ¿qué se entiende por dependiente? En este texto se pone en evidencia que, más allá de generalidades que no aportan criterios suficientes para resolver un caso concreto, no es posible formular una respuesta unívoca a la pregunta planteada, sino que es necesario distinguir de acuerdo con la naturaleza de la relación que liga al dependiente con el principal, la que, según se dirá, puede ser de servicio o bien de cuidado. Así, habrá dependientes que lo sean porque se trata de personas de las que el principal se sirve para llevar a cabo una actividad, mientras que habrá otras que lo sean porque están bajo la “potestad” o cuidado del principal. Si bien esto puede parecer “obvio” y, por esta razón, el propósito del texto resulta en apariencia modesto, lo cierto es que es necesario dedicarle atención por dos razones, que serán debidamente abordadas a lo largo del texto. En primer lugar, porque la adecuada concreción de las cláusulas generales exige la formación de grupos de casos que permitan asentar criterios para la decisión de nuevas situaciones y, tratándose de la responsabilidad por hecho ajeno, un criterio básico está determinado por la naturaleza de la relación que liga al principal y al dependiente. En segundo lugar, porque si bien en ambos casos se trata de responsabilidad por hecho ajeno, la estructura y justificación de la responsabilidad del principal son distintas en uno y otro supuesto, como se demostrará en lo sucesivo.

Para conseguir tal objetivo, el texto se divide en dos partes: La relación entre agente y tercero civilmente responsable como presupuesto de la responsabilidad por hecho ajeno (II); La distinción entre relaciones de servicio y de cuidado (III); para finalizar con un cuerpo de conclusiones (IV).

---

<sup>15</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 05.03.2021, rol 2428-2018. En contra, puede verse la sentencia de Corte Suprema en un conocido caso de delitos sexuales por parte de un clérigo, la que concluye: “que de todo lo expuesto en los razonamientos que anteceden, resulta claro que la ley no contempla otros casos de responsabilidad civil del tercero que aquellos a que se refieren los artículos 2320 y 2322 del Código Civil y que, desde luego, incurre en error de derecho el fallo atacado cuando pretende obtener de esas disposiciones una especie de suprarregulación acerca de la responsabilidad por el hecho ajeno, en contraste con el sentido y alcance de la normativa en cuestión”. Corte Suprema, 05.01.2005, rol 3640-2004. Esta sentencia, sin embargo, constituye un caso aislado y es contrario al entendimiento doctrinario y jurisprudencial vigente ya en esa época, como lo demuestran los comentarios temporalmente cercanos de VARAS, 2005b, pp. 673 ss., especialmente p. 677 n. 9 y VARAS, 2005a, pp. 241 ss.

## II. LA RELACIÓN ENTRE AGENTE Y TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

### 1. *La relación entre principal y dependiente como una cuestión de hecho*

Aceptada la premisa de la existencia de una cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno en el Código de Bello, surge la pregunta respecto de cuál es el concepto de base. En efecto, lo característico de las cláusulas generales es que ellas otorgan al juez un concepto indeterminado y determinable en cada caso concreto conforme con sus circunstancias. Así, la aplicación de la cláusula general comprendida en el artículo 2320 C.C. supone establecer la razón subyacente al hecho de que una persona pueda ser demandada por el daño causado por otra, como excepción al carácter personal de la responsabilidad civil<sup>16</sup>. Se trata, en buenas cuentas, de establecer el presupuesto básico de operatividad de la norma. Al efecto existe consenso transversal en orden a que la responsabilidad por hecho ajeno surge a raíz de que entre el agente y el sujeto civilmente responsable existe una relación que jurídicamente justifica la imposición de responsabilidad al primero por el hecho del segundo. Esta idea es clave en todos los ordenamientos jurídicos que conocen la institución<sup>17</sup>.

En consecuencia, con la frase “aquellos que estuvieren a su cuidado”, el legislador nacional alude a aquellos sujetos que tengan entre sí una relación de tal naturaleza que determine que uno pueda ser considerado principal y el otro dependiente<sup>18</sup>. En la jurisprudencia nacional, esta idea se aprecia con claridad en una sentencia de la Corte de San Miguel, que al respecto sostiene:

“5º) Que en consecuencia, conforme a la norma citada se exige la concurrencia de dos requisitos para la procedencia de este tipo de responsabilidad: que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil; y que exista una relación de autoridad o cuidado entre el autor del daño y el tercero que resulta responsable, en otras palabras, para que un tercero pueda ser hecho responsable del acto del agente, este último debe ser responsable de un delito o cuasidelito civil, y debe haber tenido sobre aquel un cuidado y que se traduce en este caso en el conocimiento respecto del

---

<sup>16</sup> ALESSANDRI, 2005, p. 220. Es importante precisar aquí que por “razón subyacente” no se alude a la justificación de la institución o a las razones políticas de su existencia, esto es, por qué una persona debe responder por el hecho de otra, sino más bien al presupuesto dogmático fundante de la responsabilidad. Esta aclaración es clave porque, como indica Giliker, una de las cuestiones más arduas de la responsabilidad por hecho ajeno es justamente su justificación [GILIKER, 2022, p. 3], aspecto que en nuestro sistema se entronca directamente con los llamados criterios de imputación de responsabilidad, pues de esa justificación dependerá si la responsabilidad del principal constituye una responsabilidad objetiva o por culpa.

<sup>17</sup> Entre muchos otros, véase SOLÉ, 2012, pp. 50 y ss.; VAN DAM, 2013, p. 491; GÓMEZ, 2014, p. 1002; GRAY, 2018, pp. 192 y ss. A nivel jurisprudencial comparado, ella fue particularmente analizada a propósito de las demandas en contra de la Iglesia Católica por abusos sexuales contra menores cometidos por sacerdotes. A modo de ejemplo, véase *Various Claimants v Catholic Child Welfare Society (CCWS)*.

<sup>18</sup> ABELIUK, 2014, p. 307.

estado de temperancia en que conducía el móvil el día y hora del accidente, situación que en el caso sublite no pudo ser acreditado, sin perjuicio de lo contradictorio de la prueba aportada por la demandante en cuanto a la fecha en que habría ocurrido el accidente, como asimismo a la circunstancia no acreditada de la identidad del agente apodado el “Perro”<sup>19</sup>.

La doctrina nacional ha decantado esa idea señalando que debe existir “vínculo de autoridad o cuidado entre el guardián y el autor del daño”<sup>20</sup>, agregando que ello constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada caso a caso y probada por quien la invoca<sup>21</sup>, aunque sin formular los criterios de acuerdo a las normas de cómo ha de realizarse tal apreciación<sup>22</sup>. La jurisprudencia, por su parte, tampoco ha dado grandes luces al respecto.

Así, por sentencia del año 2020, la Corte de Temuco desechó que la vinculación fáctica entre el causante del daño y el tercero fuera suficiente a efectos del vínculo de autoridad. En el caso, el tribunal sostuvo que no era posible esgrimir una demanda de responsabilidad en contra del abuelo de un menor, por el hecho de que estaba sujeto a patria potestad y, en consecuencia, no se podía considerar “guardador” al abuelo. Ello a pesar de que en los hechos el abuelo estaba materialmente a cargo del NNA y que este ocasionó un accidente automovilístico manejando un tractor que le pertenecía a aquel<sup>23</sup>.

Asimismo, es posible encontrar varias sentencias que, siguiendo a la doctrina, prescinden de la calificación jurídica del vínculo e imponen responsabilidad al tercero fundado en un vínculo fáctico, enfatizando que no es necesario un vínculo formal. Así, en un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 7 de enero de 2020, se advierte que la relación es más bien fáctica, pues el agente tenía un contrato de trabajo formal con un tercero, distinto del demandado. La Corte, por su parte, funda la existencia de la relación en el siguiente razonamiento:

“Que al contestar la demanda la Inmobiliaria no controvertió que el señor Rivas fuese uno de sus trabajadores, por el contrario, aceptó tal circunstancia de manera tácita al pretender sustraerse de su responsabilidad alegando circunstancia que suponen la existencia de la relación laboral, como son, la falta de instrucciones de la superioridad, la existencia de medidas de seguridad, la capacitación de los trabajadores

---

<sup>19</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 18.01.2010, rol 424-2009; véase también Corte de Apelaciones de Temuco, 30.08.2021, rol 317 2020.

<sup>20</sup> BARROS, 2020, p. 180. En términos similares, Alessandri habla de “vínculo de subordinación y dependencia entre dos personas”. ALESSANDRI, 2005, p. 223. En jurisprudencia, Corte Suprema, 5.07.2013, rol 7788-2008.

<sup>21</sup> ALESSANDRI, 2005, p. 225; VEAS, 1999, p. 275; AEDO, 2006, p. 226, CORRAL, 2013, p. 332; ABELIUK, 2014, p. 307; BARROS, 2020, p. 180. En contra RODRÍGUEZ, 2010, p. 213, quien afirma que se trata de “toda persona que por disposición de la ley esté al cuidado de otra”.

<sup>22</sup> Una excepción, aunque limitada a las relaciones de trabajo o servicio, en ZELAYA, 1995, pp. 101 y ss.; ZELAYA, 2002b, p. 105.

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 30.08.2021, rol 317 2020.

y la eventual responsabilidad de terceros; lo que junto a la circunstancia que el mencionado trabajador en esta instancia la reconoció como su empleadora, constituyen un conjunto de antecedentes que apreciados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47 y 1712 del Código Civil; y 426 del Código de Procedimiento Civil, permiten presumir que la demandada Inmobiliaria e Inversiones RCV SPA era la empleadora de don Carlos Eduardo Rivas Quiroz, en los términos del artículo 2322 del Código Civil. El contrato de trabajo y las liquidaciones de sueldo a nombre del tercero no obstan lo resuelto porque, este está íntimamente relacionado con la inmobiliaria y cede ante la confesión de parte”<sup>24</sup>.

En la misma línea pueden citarse los dichos de la Corte de Concepción que, con cita a la Corte Suprema, sostuvo:

“Que el vínculo de dependencia importa una correlación de autoridad obediencia. La expresión ‘dependiente’ debe considerarse en un sentido amplio, de manera que puede ser tanto de naturaleza jurídica como cuando entre las partes existe algún contrato, así como también de carácter fáctico.

En cuanto a la naturaleza del vínculo es indiferente la razón o causa de esta dependencia: la ley, un contrato o una mera situación de hecho.

La calidad de dependiente es más bien un estado de hecho que una relación jurídica.

En relación al tema la Excm. Corte Suprema ha señalado: ‘Basta que una persona preste servicios a las órdenes de otra, para que aquella tenga el carácter de dependiente respecto de esta, sin que se tome en cuenta ninguna otra consideración. No es ni siquiera necesario un vínculo contractual, como quiera que, debe aún ser estimado ‘dependiente’ el que prestó su trabajo voluntariamente’ (Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 83. Segunda Parte, Sección Primera. Página 96)”<sup>25</sup>.

La opinión dominante en la materia es, por consiguiente, el hecho de que la cláusula general se funda en una relación de autoridad que no exige formalización jurídica<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 7.01.2020, rol 1035-2019.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 5.03.2021, rol 2428-2018. En el mismo sentido Corte Suprema, 27.05.2019, rol 4350-2018.

<sup>26</sup> Desde esta perspectiva, el ordenamiento chileno se encuentra hasta cierto punto alineado con otras realidades de la misma tradición jurídica, como son el caso de España, Alemania y Francia, donde, para imponer responsabilidad a quien se sirve de otros para llevar actividades que ceden en su propio beneficio, se ha dicho que “el modelo no se centra tanto en encajar la actuación del auxiliar dentro de uno u otro tipo de relación, como en valorar los efectos que derivan de esa relación, cualquiera que esta sea. Por ello, es irrelevante que esas facultades tengan su origen en una determinada modalidad contractual, que surjan al margen de un contrato o en el contexto de una simple relación de hecho”. Cfr. SOLÉ, 2012, p. 68.

## 2. *La necesidad de establecer grupos de casos para la concreción de la cláusula general*

Aceptado que a la base de la cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno se encuentra una relación o vínculo de autoridad entre principal y dependiente, que no requiere formalización jurídica, sino que constituye una situación fáctica que se juzga por el juez caso a caso, aparece como imperiosa la necesidad de delinear con mayor detalle dicho vínculo con el fin de que los tribunales puedan decidir fundadamente acerca de su existencia en un caso concreto. En efecto, como ha puesto de manifiesto Fabiani, a propósito de la jurisprudencia italiana, la motivación de la sentencia adquiere particular importancia cuando se trata de decisiones fundadas en cláusulas generales, pues es el instrumento para evitar que la discrecionalidad se transforme en arbitrariedad<sup>27</sup>. En esta línea, se ha señalado que la forma de lograr la concreción de las cláusulas generales es la individualización de grupos de casos, que conforman verdaderos “tipos jurídicos”<sup>28</sup>. En consecuencia, es necesario identificar tipologías de relaciones que respondan a un criterio común, con el fin de definir los elementos que las caracterizan. Esta tarea se torna un tanto difícil cuando se advierte la multiplicidad de situaciones a las que se aplica la responsabilidad por hecho ajeno, comenzando por la variada gama propuesta por el artículo 2320.

Desde esa perspectiva, puede hacerse eco de las palabras de Brun quien, a propósito del derecho francés, afirma: “por el momento, la responsabilidad por el hecho del tercero aparece bajo la apariencia de un género bastante mal definido, al cual se adjuntan especies tan variadas como evolutivas”<sup>29</sup>. Resulta entonces imperioso identificar los criterios con los que se debe valorar la “relación de cuidado” (o “vínculo de autoridad”), pues esto dará luces a las víctimas respecto de en contra de quién enderezar su demanda y a los jueces respecto de cómo decidir adecuadamente los casos sometidos a su decisión.

### III. LA DISTINCIÓN ENTRE RELACIONES DE SERVICIO Y DE CUIDADO

#### 1. *Las hipótesis del artículo 2320 a la luz de su origen y de las funciones de la responsabilidad civil*

Para llevar a cabo el cometido antes anunciado, parece útil una observación de los ejemplos con que se ilustra la cláusula general del artículo 2320. En efecto, tal como indica el Mensaje del Código Civil, los ejemplos que en él se contienen “ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones”<sup>30</sup>, de modo que es importante prestarles atención a la hora de precisar el contenido de una disposición.

<sup>27</sup> FABIANI, 2023, p. 90.

<sup>28</sup> SCHOPF, 2018, p. 140; PATTI, 2016, pp. 35 ss.

<sup>29</sup> BRUN, 2015, p. 366.

<sup>30</sup> Mensaje del Presidente de la República, señor Manuel Montt, al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del Código Civil, 22 de noviembre de 1855.

Ahora bien, cuando se observan tales ejemplos, aparece que la relación subyacente no es igual en todos los casos<sup>31</sup>. Al contrario, ellos guardan importantes diferencias en este punto, implícitamente reconocidas en el inciso final del artículo cuando alude a la “autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe”. La “respectiva calidad” no es sino una alusión al tipo de relación que media entre el principal y el autor material del daño, pues de él dependerán la autoridad de que goza y el cuidado que debe emplear el principal.

Precisando un poco más el asunto, es oportuno observar que, en lo que respecta a su origen y razón de ser, no parecen identificables la relación que liga a un padre con un hijo o al director de colegio con un alumno, con aquella que liga a un empresario con un empleado. El padre y el director tienen deberes de educación y cuidado para con el hijo o discípulo, respectivamente<sup>32</sup>; la relación mira al interés del dependiente y se justifica en el hecho de que este tiene una posición de debilidad o vulnerabilidad que justifica su existencia<sup>33</sup>. El empresario, en cambio, acude a los servicios del dependiente para obtener un propósito de su propio interés; lo característico de este caso es la existencia de un sujeto (persona natural o jurídica<sup>34</sup>) que, para llevar a cabo una determinada ac-

---

<sup>31</sup> La heterogeneidad de los vínculos entre principal y dependiente es también puesta en evidencia por la doctrina española, cuyo artículo 1903 guarda bastante similitud con el artículo 2320. En tal sentido, afirma CONCEPCIÓN, 1999, p. 113, “el artículo 1903 hace extensiva la responsabilidad... a otras personas ajenas a quien, materialmente, comete el acto ilícito, pero del que resulta obligado por vínculos parentales, comerciales, profesionales o educativos”.

<sup>32</sup> Que la responsabilidad del padre se funde en su deber de cuidado personal ha sido sostenido también por BARROS, 2020, p. 182, para quien “el deber de cuidado personal está sujeto a iguales reglas respecto de los menores capaces e incapaces, por lo que cabe hacer referencia a lo señalado respecto de estos últimos”.

<sup>33</sup> En efecto, sostener que una persona está “al cuidado” o “a cargo” de otra necesariamente implica que existe una asimetría entre ellas determinada por el hecho de que una de las dos requiere de una guía para su correcto desempeño social. Sin esta asimetría, jurídicamente, la existencia del cuidado no se justifica, pues el principio fundamental de la dignidad humana implica que todas las personas naturales tienen la misma capacidad de actuación (principio de igualdad). El sometimiento al cuidado (y control) de otro se justifica únicamente por la necesidad de proteger a quien está en una posición de “debilidad” social. Así lo ha dicho la doctrina a propósito de la discapacidad. Véase DE SALAS, 2003, pp. 26 y ss. En este punto, resulta oportuno citar lo sostenido en Italia a propósito de un caso en que se discutía si era posible hacer responsable al colegio por el hecho de un alumno mayor de edad. Citando a la Corte de Casación, se ha dicho que: *l'elemento realmente dirimente è la necessità di vigilanza dei soggetti vigilati; la quale necessità a sua volta si commisura all'esistenza o meno – e se sì in quale grado – di una carenza di autosufficienza di tali soggetti nella gestione della propria condotta nell'ambito in cui si trovano e nell'attività che vi stanno svolgendo. Di conseguenza, dovrà tenersi conto della capacità di autogestione dei soggetti coinvolti e del tipo di attività che essi stanno svolgendo.* [“el elemento realmente dirimente es la necesidad de vigilancia de los sujetos vigilados: cuya necesidad, a su turno, se adecua a la existencia o no -y de ser así en qué grado- de una carencia de autosuficiencia de tales sujetos en la gestión de su propia conducta en el ámbito en que se encuentran y en las actividades que están desarrollando. En consecuencia, deberá tenerse en cuenta la capacidad de autogestión de los sujetos involucrados y del tipo de actividad que ellos están desarrollando”]. RIGAZIO, 2019, p. 4.

<sup>34</sup> Nótese que desde temprano la jurisprudencia chilena entendió que la figura del empleador comprende a las personas jurídicas. Del particular, con abundantes citas jurisprudenciales de principios del siglo XX, TAPIA, 1940, pp. 2601 y ss.

tividad que no puede (o quiere) ejecutar por sí mismo, se sirve del trabajo (en sentido amplio) de un tercero (el dependiente)<sup>35</sup>.

Bajo esa lógica, es posible sostener que la cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno se bifurca en dos subgrupos: la responsabilidad por el hecho de personas que están “al cuidado” de otras y la responsabilidad por el hecho de personas que están “al servicio” de otra. Distinguiendo así entre relaciones de cuidado y de servicio, de lo que será necesario luego analizar la naturaleza precisa y los términos de la concreta relación intersubjetiva<sup>36</sup>. De esta manera, una aglomeración de las figuras del artículo 2320 quedaría de la siguiente forma: (i) relaciones de cuidado (padres-hijos, tutor-pupilo, jefes de colegios y escuelas-discípulos); y (ii) relaciones de servicio: (artesanos o empresarios-aprendices o dependientes)<sup>37</sup>.

Más allá del análisis exegético del artículo 2320, la distinción propuesta es coherente con la idea de multifuncionalidad de la responsabilidad civil. En efecto, en la actualidad hay consenso en orden a que la responsabilidad civil no tiene una función unívoca, sino múltiple, por esta razón se habla de “funciones” de la responsabilidad civil<sup>38</sup>, lo que incide directamente en su estructura y, por esta razón, en sus requisitos de procedencia<sup>39</sup>. En una apretada síntesis y a riesgo de simplificar demasiado el discurso, el análisis de tales funciones permite concluir que ellas responden, sustancialmente, a los siguientes paradigmas: la función punitiva tiene al centro la idea de “culpa” (busca sancionar al “culpable” de un daño); la función compensatoria o resarcitoria la idea de “riesgo” (el centro no se pone en la conducta culpable, sino en la creación de un riesgo no tolerable para la víctima [o la sociedad], que cede en beneficio de quien lo ha puesto en práctica y, por tanto, debe asumirlo); la función preventiva o disuasiva que se centra en la “eficiencia” (se impone la responsabilidad a quien estaba en mejor posición de prevenir el daño) y la función expresiva demostrativa se centra en la noción de “satisfacción moral”

---

<sup>35</sup> En el mismo sentido SCOGNAMIGLIO, 2010, p. 173. Asimismo, la Corte Suprema ha sostenido “que la calidad de dependiente no proviene de la forma de su designación, sino del hecho de estar al servicio de otro”. Corte Suprema, 15.11.2010, rol 6109-2008.

<sup>36</sup> Así, SCOGNAMIGLIO, 2010, p. 167.

<sup>37</sup> Esta clasificación es sin perjuicio de cierta superposición en los criterios respecto de algunos sujetos, como es el caso de los aprendices (hoy alumnos en práctica), pues estos están al servicio de su maestro, pero también están recibiendo una educación, lo que supone un grado de cuidado por parte del maestro. Lo predominante, sin embargo, es el hecho de que el maestro toma al aprendiz como un mecanismo para suplir necesidades de mano de obra, no para educarlo. De ahí que esa relación deba ser clasificada al interior de aquellas de servicio. En otra vereda, están aquellos casos en que el principal tiene una relación de cuidado, pero ello le comporta un beneficio directo, como es el caso del jefe de colegio cuando se trata de un colegio privado. En este caso, el beneficio no incide en la naturaleza de la relación, pero podría ser considerado en otros ámbitos, como lo es el estándar de cuidado exigible en la medida en que se concluya que se trata de responsabilidad por culpa, cuestión que, en todo caso, excede los propósitos de este trabajo.

<sup>38</sup> Por todos, ALPA, 2010, pp. 159 y ss.; PINO, 2013, pp. 89 y ss.; PINO, 2017, pp. 173 y ss.; GRONDONA, 2017, pp. 105 y ss.; RIZZO, 2018, pp. 1811 y ss.; SAN MARTÍN, 2020, pp. 29 y ss. En contra, LLAMAS (2020), pp. 53-62, para quien la responsabilidad civil es “puramente indemnizatoria”.

<sup>39</sup> CANE, 2011, pp. 289 y ss.

de la víctima (se espera que se sindique socialmente a un sujeto como “responsable”, aunque no se sigan de ello consecuencias pecuniarias).

Al superponer tales paradigmas con los ejemplos contenidos en el artículo 2320, se advierte que no todos calzan de la misma manera. Así, tomando como ejemplo la responsabilidad de empleadores y padres, la noción de riesgo creado se condice bastante bien con la responsabilidad de los empleadores, pues parece razonable sostener que, al tomar un empleado, el empleador introduce un riesgo que cede fundamentalmente en su propio beneficio<sup>40</sup>. No ocurre lo mismo con la responsabilidad de los progenitores, pues no parece razonable —o cuando menos requiere una sustentación fuerte— sostener que un hijo implica un riesgo que cede fundamentalmente en beneficio de los progenitores<sup>41</sup>. Este sencillo ejemplo pone en evidencia que la responsabilidad por hecho ajeno no puede ser estudiada como un fenómeno unitario, sino que es necesario identificar núcleos comunes, para luego delinear las diversas figuras a que da origen, especificando sus requisitos. El punto de partida de este ejercicio es la distinción conceptual entre relaciones de servicio y de cuidado como presupuestos básicos de las restantes consideraciones.

Solo a modo de confirmación, resulta oportuno señalar que la distinción aquí propuesta ha tenido expreso reconocimiento en países de tradición cercana a la nuestra. Así, en Italia, la responsabilidad por el hecho ajeno de personas capaces se estructura a base de dos normas: la responsabilidad de ciertas personas que están a cargo de otras (progenitores, tutores, preceptores y maestros, art. 2048 CC.it.) y la responsabilidad de los patrones y mandantes por el hecho de sus auxiliares (art. 2049 CC.it.)<sup>42</sup>.

En Francia, si bien el *Code Civil* no contempla la distinción, pues la responsabilidad por hecho ajeno se regula genéricamente en el artículo 1384 C.C.fr., ella sí es reconocida a nivel doctrinario a partir de las decisiones de la jurisprudencia. En este sentido afirma Brun que en este país la responsabilidad civil por hecho ajeno se ha duplicado en dos

---

<sup>40</sup> En este sentido afirma Barros: “parece justo que quien goza de los beneficios de la actividad diligente de sus dependientes asuma también los riesgos de negligencia en el proceso de producción o prestación del servicio”. BARROS, 2020, p. 192. Es importante señalar, en todo caso, que esta idea no es transversalmente aceptada. En verdad, como advierte GILIKER, 2022, pp. 1-18, a propósito de la responsabilidad vicaria en el *Common Law*, la cuestión de la justificación es uno de los aspectos más debatidos de la institución. Lo mismo ocurre en otros escenarios, como por ejemplo en Italia, donde SCOGNAMIGLIO, 2010, p. 173, sostiene que la razón no radica en el binomio riesgo-provecho, sino en el hecho de que quien se vale de otro para llevar a cabo una actividad no puede sustraerse de la responsabilidad por el solo hecho de no haber actuado personalmente. Otros, con cierto cinismo, han llegado a afirmar que la justificación no es otra que el *deep pocket* del que encarga el servicio. Sobre esta doctrina, véase ALPA, 2010, p. 719.

<sup>41</sup> En este mismo sentido PATTI, 1984, p. 303; GÓMEZ, 1992, pp. 56 y ss.; CONCEPCIÓN, 1999, p. 118; DÍEZ-PICAZO, 2011, p. 382; GÓMEZ, 2014, pp. 1197-1363. En Chile, acerca de las dificultades de imponer una responsabilidad objetiva derivada de considerar al niño como una fuente de peligros, en circunstancias que no reporta beneficio económico, RIZIK, 2020, p. 398.

<sup>42</sup> Es importante destacar que, al igual que ocurre en Chile con el artículo 2320, el artículo 2048 del *Codice Civile* no indica que la responsabilidad ahí regulada obedece al hecho de las personas capaces, pero la doctrina lo entiende así mediante una interpretación sistemática de las normas, toda vez que el artículo 2047 regula de forma general la responsabilidad por hecho de las personas incapaces de responsabilidad extracontractual. Véase SCOGNAMIGLIO, 2010, pp. 166-167; ALPA, 2010, p. 713; MANTOVANI, 2011, pp. 88 y ss.



polos: “de un lado la consagración de una responsabilidad vinculada al cuidado de otras personas (...) y de otro lado una responsabilidad justificada por la idea de control y organización de la actividad de terceros”<sup>43</sup>.

Para cerrar este apartado, en aras de la claridad del discurso, se hace necesario precisar lingüísticamente los términos con que debe aludirse a la responsabilidad por hecho ajeno. En este sentido, las expresiones “principal” y “dependiente” pasan a constituir términos genéricos con los que se indica al tercero civilmente responsable y al autor material del daño, respectivamente, cualquiera sea la naturaleza de la relación que les ligue. Surge así la necesidad de una terminología que permita distinguir las distintas especies de relaciones. En este texto, sin que ello prejuzgue acerca de un mejor uso del lenguaje, se hablará de “empleador” y “empleado”<sup>44</sup> o “auxiliar”<sup>45</sup> para aludir, respectivamente, al tercero civilmente responsable y al autor material del daño en las relaciones de servicio, y de “cuidador” y “pupilo”, para aludir específicamente al tercero civilmente responsable y al autor material del daño en las relaciones de cuidado<sup>46</sup>.

## 2. *Relevancia práctica de la distinción formulada*

Llegados a este punto, parece oportuno advertir al lector acerca de las ventajas de la distinción formulada. En efecto, si bien en Derecho es usual hacer distinciones, lo cierto es que –cuando menos en derecho privado– ellas son funcionales a los problemas jurídicos concretos que las instituciones están destinadas a resolver, de suerte que una distinción que no transita a consecuencias prácticas pierde sentido. En lo que respecta a la división aquí formulada, ella presenta –a lo menos– dos consecuencias ventajosas.

<sup>43</sup> BRUN, 2015, p. 422.

<sup>44</sup> Siguiendo la idea de los PETL, el término empleo no está tomado en su sentido del derecho del trabajo, sino, en un sentido amplio, comprensivo incluso de las relaciones de voluntariado y de cortesía. Véase MORÉTEAU, 2008, p. 162.

<sup>45</sup> El término “auxiliar” suele ser el elegido por la literatura. En efecto, él es lo suficientemente genérico como para englobar también todas las relaciones de servicio; sin embargo, en esta sede se utilizará preferentemente “empleado” para hacer un contrapunto con la expresión “empleador”, para el que la literatura no ha identificado un vocablo diferente a principal.

<sup>46</sup> La búsqueda de una expresión para definir al sujeto sometido al cuidado de otro, que englobe los vocablos del artículo 2320 (hijo, pupilo, discípulo, aprendiz) y a toda otra figura que pueda asimilarsele, no fue sencilla, pues, a diferencia de lo que ocurre con “auxiliar”, no ha sido identificada en la doctrina nacional ni comparada una expresión equivalente. Este déficit se debe a la particularidad de la existencia de una cláusula general en la materia al interior del Código de Bello. Por esta razón, la elección de pupilo se funda en el hecho de que en el lenguaje cotidiano esta expresión indica a quien está sometido al cuidado y directrices de otro, como ocurre con los colegios, que llaman pupilo al estudiante, o a los entrenadores respecto de sus jugadores. El uso genérico de la expresión pupilo es advertido en algunos sitios de internet que se ocupan de lingüística. *Vid* FUNDÈU RAE, 2009, <https://www.fundeu.es/consulta/pupilo-1301/>; PÉREZ Y MERINO, 2022: <https://definicion.de/pupilo/>.

En primer lugar, establece las bases a partir de las que se deberán juzgar las figuras atípicas, de modo que la concreción de la cláusula general supone identificar los criterios donde se configura una “relación de cuidado” o bien una “relación de servicio”<sup>47</sup>.

En segundo lugar, permite estructurar la responsabilidad del principal a partir de su *ratio iuris*, consintiendo así un tratamiento diferenciado dependiente de si la responsabilidad tiene a su base una relación de cuidado o bien una de servicio. Así, por ejemplo, al margen de la discusión pendiente en la materia, resulta perfectamente posible sostener que la responsabilidad del empleador es objetiva (o estricta), mientras que la del cuidador es subjetiva (o por culpa *in vigilando* o *in educando*), con las consiguientes consecuencias respecto de la carga de prueba para la víctima y las posibilidades de exoneración del principal<sup>48</sup>. En este sentido afirma Solé que “someter al principal a un régimen de responsabilidad vicaria por el hecho de sus auxiliares no es incompatible con defender un régimen de responsabilidad por culpa presunta para los padres y guardadores en relación con los daños causados por sus hijos menores o pupilos”<sup>49</sup>.

Asimismo, siempre con relación a la diferenciación en la estructura, la distinción entre relaciones de servicio y de cuidado justifica la existencia de la noción de “función” como requisito estructural de la responsabilidad del empleador, que no se encuentra presente en la responsabilidad del cuidador. En efecto, si se analiza la doctrina relativa a la responsabilidad del empleador, con independencia del país al que haga referencia el autor, se observa como requisito unánimemente aceptado el hecho de que el daño debe guardar una conexión con la función encargada por el principal al autor del daño<sup>50</sup>. Esta idea, en cambio, está completamente ausente cuando se trata de la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos y, más en general, por el hecho de sujetos al cuidado de otro.

Ello hace pleno sentido cuando se analiza la forma en que se comportan estos sujetos. Así, en las relaciones de servicios, el dependiente tiene dos ámbitos de acción: dentro y fuera de sus funciones. Habrá veces en que actúa como “empleado” y otras en las que actúa como “particular”. El empleador, por su parte, solo responde de aquellos daños causados por el dependiente en su calidad de empleado y no de particular. En las relaciones de cuidado, en cambio, tal diferenciación no procede. El cuidador responde por los hechos del pupilo, sin otra calificación, pues este carece de funciones que le hayan sido encomendadas.

---

<sup>47</sup> La especificación de los criterios que permiten configurar una u otra relación de cuidado requiere un análisis en profundidad que, por motivos de extensión y objetivo del texto, no puede ser abordado en esta sede.

<sup>48</sup> Esta es, por ejemplo, la solución en los PETL, luego de haber observado que, salvo excepciones, esa es la regla en los países europeos. En este sentido, afirma Moréteau, que el capítulo acerca de responsabilidad por otro “parte de la clara distinción entre responsabilidad por los actos de menores e incapaces, que es una responsabilidad por culpa, y la responsabilidad por los actos de los auxiliares”. MORÉTEAU, 2008, p. 158.

<sup>49</sup> SOLÉ, 2012, pp. 39-40.

<sup>50</sup> MORÉTEAU, 2008, pp. 159 y ss. Así, los países del *Common Law* se habla del *scope of employment* or *connection test* (GILIKER, 2022, p. 9); en Italia se habla del *rapporto di occasionalità necessaria* (ROSSETTI, 2011, p. 162; BARTOLINI, 2011, pp. 727 y ss.); en Francia de “vínculo de conexión entre el acto dañoso del dependiente y sus funciones, BRUN, 2015, p. 402; en España de “nexo de ocasionalidad”, MARTÍN, 2022, p. 377.

Lo dicho tiene radical importancia cuando se trata de hechos que revisten el carácter de delitos penales “comunes”, *v. gr.*: homicidio, violación, lesiones, etc. En efecto, cuando se trata de relaciones de cuidado, la legitimación pasiva del principal no se pone en duda por la naturaleza dolosa o delictual del hecho lesivo. En cambio, en las relaciones de servicio ello sí ocurre. Así, por ejemplo, en países en que se acepta pacíficamente la responsabilidad vicaria del “empleador” se ha sostenido un arduo debate acerca de si es posible hacerle responsable por los abusos sexuales y otros delitos comunes cometidos por los empleados en contra de terceros, así como por actos de violencia entre empleados. Si bien la respuesta no ha sido uniforme, la clave de la misma ha estado en si es posible establecer una conexión entre el “empleo” y el daño causado<sup>51</sup>, lo que resulta equivalente a la noción de función<sup>52</sup>.

No es el propósito de este texto definir la noción de función, pues ello desviaría en demasía del argumento, sino solamente poner en evidencia la diferencia estructural que ella comporta entre los dos tipos de relaciones fundantes de responsabilidad por hecho ajeno.

Dicho eso, es oportuno señalar la diferencia estructural relativa a la función que se aprecia también al analizar la jurisprudencia chilena. Así, en los casos de homicidios o lesiones cometidos por menores de edad, los padres demandados se defienden exclusivamente con cargo a la presunción de culpa, afirmando que no ha habido negligencia de su parte en el cuidado, vigilancia o educación de sus hijos<sup>53</sup>. En las mismas hipótesis, los empleadores esgrimen, además, que se trató de un hecho que no se relaciona con las funciones del empleado y, efectivamente, los tribunales razonan a base de si tal hecho puede o no quedar englobado en el ámbito de las funciones del sujeto<sup>54</sup>. Aunque con carácter de *obiter dicta*, un claro ejemplo de esto se encuentra en un fallo del 1er juzgado civil de Puente Alto, que señala que el homicidio cometido por la supuesta cuidadora de un predio, en horas de la noche y durante una reunión social, debe considerarse en el ámbito de la vida privada de la trabajadora, sin que sea posible desplazar la responsabilidad hacia el principal<sup>55</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El Código Civil chileno presenta particularidad en cuanto, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial ampliamente dominante, consagra expresamente una cláusula general de responsabilidad por hecho ajeno en el inciso primero del artículo

<sup>51</sup> Véase GILIKER, 2022, p. 9. En Chile, de la misma opinión es BARROS, 2020, p. 197.

<sup>52</sup> Véase SOLÉ, 2012, pp. 108 ss.

<sup>53</sup> A modo de ejemplo, véase Corte Suprema, 09.03.2015 rol 9573-2014; 15° Juzgado Civil de Santiago 10.10.2019 rol C-8026-2017.

<sup>54</sup> Si bien no lo dice con todas sus letras, este razonamiento se aprecia, por ejemplo, en Corte Suprema, 13.01.2022 rol 33753-2019.

<sup>55</sup> 1er Juzgado Civil de Puente Alto, 13.04.2020, rol C.41712-2017.

2320, aspecto discutido a nivel comparado, sin perjuicio de que la práctica evidencia que incluso allí donde no se contempla expresamente se ha llegado a soluciones similares, cuando menos en lo que respecta a la responsabilidad por el hecho de personas que están al servicio de otra.

Al igual que todas las cláusulas generales, ella exige la identificación de un concepto indeterminado y determinable en el caso concreto que permita al juez fundar la decisión de la controversia sometida a su conocimiento. En este caso, ese concepto está determinado por la “relación” o “vínculo de autoridad” que liga al tercero con el autor material del daño, aspecto donde existe pleno consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial, en la medida en que todos los autores y fallos parten de la base de que la responsabilidad por hecho ajeno tiene como uno de sus elementos la relación intersubjetiva entre principal y dependiente.

Dicha relación no exige una formalización jurídica, siendo suficiente con la existencia de un “vínculo de autoridad” lo suficientemente fuerte como para justificar la imposición de responsabilidad civil al tercero que la ejerce, de modo que se trata de una cuestión fáctica a probar por el demandado y que se evalúa por el juez de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, se hacen necesarios criterios o parámetros que le permitan al juez razonar fundadamente acerca de la existencia o no de la relación, para ello, conforme con la doctrina relativa a las cláusulas generales, es necesario proceder a la creación de grupos de casos, que guarden entre sí características comunes, de suerte que permitan crear soluciones uniformes.

Con tal propósito, sin perjuicio de eventuales superposiciones, la primera agrupación posible emana de una división de las figuras típicas del artículo 2320 en relaciones de cuidado por una parte y relaciones de servicio por la otra. Esta idea es coherente con la multifuncionalidad de la responsabilidad civil, como resultado de que la estructura de cada hipótesis de responsabilidad se condice con la función que está llamada preponderantemente a cumplir, observándose, desde este punto de vista, netas diferencias entre el sujeto que se sirve de otro para llevar a cabo una actividad de su interés y aquel que está al cuidado de otro que requiere de especial atención debido a su debilidad o vulnerabilidad.

En conformidad con la distinción propuesta, en el texto se formulan los binomios (i) principal-dependiente, para aludir genéricamente al tercero civilmente responsable y al causante material del daño, respectivamente; (ii) empleador-empleado, para aludir respectivamente al principal y al dependiente en las relaciones de servicio; y (iii) cuidador-pupilo para aludir respectivamente al principal y al dependiente en las relaciones de cuidado.

La individualización de estos dos grupos de casos presenta dos ventajas claramente identificadas: (a) establece las bases a partir de las que se deberán juzgar las figuras atípicas, de modo que la concreción de la cláusula general supone identificar los criterios bajo los que se configura una “relación de cuidado” o bien una “relación de servicio”; y (b) permite estructurar la responsabilidad del principal a partir de su *ratio iuris*, consintiendo un tratamiento diferenciado para cada grupo de casos, que admite incluso contemplar una responsabilidad vicaria respecto del empleador y por culpa respecto

del cuidador. A su vez, explica y justifica la noción de “función” como un requisito estructural de la responsabilidad por hecho del empleado, que no se encuentra presente en la responsabilidad por hecho del pupilo.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, 2014: *Las obligaciones* (6ª edición), Santiago: Thomson Reuters.
- AEDO BARRENA, Cristián, 2006: *Responsabilidad extracontractual*, Santiago: Librotecnia.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 2005: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (reimpresión), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALPA, Guido, 2010: *La responsabilità civile. Parte generale*, Turín: UTET.
- BARROS BOURIE, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2º edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARTOLINI, Francesca, 2011: “L’occasionalità necessaria non tramonta mai”, *Danno e Responsabilità*, 7/2011, pp. 727-734.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2016: “La responsabilidad contractual por terceros. Una explicación a partir de los riesgos del contrato”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (editor), *Estudios de Derecho Civil XI*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 493-509.
- BRUN, Philippe, 2015: *Responsabilidad extracontractual* (trad.), Cynthia Téllez Guitérrez y Eduardo Cárdenas Miranda, (3ª edición), Lima: Instituto Pacífico SAC.
- CARVACHO TRAVERSO, Pablo, 2020: “La responsabilidad de la Iglesia Católica por los abusos sexuales de sus sacerdotes”, *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXXIII, n° 1, pp. 355-363.
- CHABAS, François, 2009: *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (trad.) Mauricio Tapia Rodríguez, Santiago: Flandes Indiano.
- CID SOTO, Constanza Gabriela, 2017: *El vínculo de dependencia en la responsabilidad de las clínicas privadas por el hecho ajeno: jurisprudencia de la Corte Suprema 2012-2017*, Valdivia: Universidad Austral de Chile, tesis no publicada. Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2017/fjc586v/doc/fjc586v.pdf>. [Fecha de consulta: 20.10.2023].
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, 1999: *Derecho de daños* (2º edición), Madrid: Bosch.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad extracontractual* (2º edición), Santiago: LegalPublishing.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, 2003: *Responsabilidad civil e incapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2011: *Fundamentos de derecho civil patrimonial V. Responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor: Aranzadi.
- FABIANI, Ernesto, 2023: “Motivazione della sentenza civile e clausole generali”, en FERRARO, Francesco y ZORZETTO, Silvia (curadores), *La motivazione della sentenza tra teoria e prassi*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- FERNÁNDEZ GOSALVEZ, Sofía, 2014: “La responsabilidad extracontractual por los daños causados por un contratante independiente”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 30, pp. 51-78.
- FRANZONI, Massimo, 2020: *Fatti illeciti. Commentario Codice Civile Scialoja-Branca. Libro quarto: obbligazioni art. 2043-2059* (2º edición), Bolonia – Roma: Zanicelli Editore, Il Foro Italiano.
- FUENZALIDA PUELMA, Sergio, 2009: “Los terceros en la responsabilidad contractual”, en: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (director), *Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, PuntoLex, Thomson Reuters, pp. 603-618.

- FERCIA, Riccardo (2008): *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padua: CEDAM.
- FUNDÈU RAE, 2009: "Pupilo". Disponible en <https://www.fundeu.es/consulta/pupilo-1301/>. [Fecha de consulta: 22.03.2024].
- GILIKER, Paula, 2022: "Vicarious liability in the Common Law World. An Introduction", en: Giliker, Paula (editora), *Vicarious Liability in the Common Law World*, Oxford: Hart Publishing, pp. 1-18.
- GILIKER, Paula, 2010: *Vicarious Liability in Tort. A comparative Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GÓMEZ CALLE, Esther, 2014: "Responsabilidad de padres y centros docentes", en: REGLERO CAMPOS Fernando y BUSTOS José Manuel (coordinadores), *Tratado de responsabilidad civil*, (5ª edición), Madrid: Thomson Reuters - Aranzadi, tomo II, pp. 1197-1363.
- GRAY, Anthony, 2018: *Vicarious Liability. Critique and Reform*, Oxford: Hart Publishing.
- GRONDONA, Mauro, 2017: *La responsabilità civile tra libertà individuali e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- INFANTE CAFFI, Héctor, 1999: "El Factor de Atribución en la Responsabilidad Civil Contractual por el Hecho Ajeno", *Revista de Derecho y Humanidades*, n° 7, pp. 191-198.
- JIANG, Ying, 2010: *Étude comparée de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en France et en Chine*, Paris: Université Paris-Est, tesis no publicada. Disponible en: <https://theses.hal.science/tel-00675508/document>. [Fecha de consulta: 10.01.2024].
- JOSSEERAND, Louis, 1950: *Derecho civil tomo II, vol. 1º* (trad.) Santiago Chunchillos y Manterola, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch y Cía.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, 2020: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Madrid: Wolters Kluwer.
- MANTOVANI, Manuela, 2011: "Art. 2048 – Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte", en GABRIELLI, Enrico (director), *Commentario del Codice Civile. Dei fatti illeciti artt. 2044-2059*, Turín: UTET, pp. 88-151.
- MARTÍN AZCANO, Eva María, 2022: "Los elementos de la responsabilidad civil en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno", en: ÁLVAREZ OLALLA, Pilar (directora), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi, pp. 347-387.
- MORÉTEAU, Olivier, 2008: "Responsabilidad por otros", en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Madrid: Thomson – Aranzadi, pp. 157-166.
- PATTI, Salvatore, 2016: *Ragionevolezza e clausole generali* (Milán, Giuffrè Editore).
- PERALDI MIRANDA, Amaru, 2018: Responsabilidad extracontractual de la iglesia por los abusos cometidos de connotación sexual de sus sacerdotes, Santiago: Universidad de Chile, tesis no publicada.
- PÉREZ PORTO, Julián, MERINO, María, 2022: *Pupilo - Qué es, en la literatura, definición y concepto*. Disponible en: <https://definicion.de/pupilo/>. [Fecha de consulta: 22.03.2024].
- PIMSTEIN, María Elena, 2005: "Responsabilidad civil de la iglesia por delitos cometidos por clérigos en Chile: un caso reciente", en: A.A. V.V. *Anales de Derecho UC. Actas del IV coloquio del consorcio latinoamericano de libertad religiosa*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 173-179.
- PINO EMHART, Alberto, 2013: "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de riesgos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 21, pp. 89-135.
- PINO EMHART, Alberto, 2017: "No solo quieren dinero: La función expresiva de la responsabilidad extracontractual", en BARRIA, Rodrigo *et al.* (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 158-176.

- PIZARRO WILSON, Carlos, 2003: "Responsabilidad médica por hecho ajeno", *Revista chilena de derecho privado*, n° 1, pp. 181-205.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2009: "Responsabilidad contractual por el hecho de otro. Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2008, rol Corte 7667-2004", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 13, pp. 239-247.
- RIGAZIO, Sara, 2019: "Responsabilità dell'insegnante ex art. 2048, II comma, Cod. Civ., anche per l'allievo maggiorenne? Il revirement della suprema corte", *GIURETA. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, volúmen XVII, pp. 1-16. Disponible en: [https://www.giureta.unipa.it/2019/01\\_Rigazio\\_DirPriv\\_26022019.pdf](https://www.giureta.unipa.it/2019/01_Rigazio_DirPriv_26022019.pdf) [Fecha de consulta: 21.03.2024].
- RIZZO, Nicola, 2018: "Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazione e regole operative", *Responsabilità civile e previdenza*, n° 6/2018, pp. 1811-1825.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 2010: *Responsabilidad extracontractual*, (2° edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSSETTI, Marco, 2011: "Art. 2049 – Responsabilità dei padroni e committenti", en GABRIELLI, Enrico (dir.) *Commentario del Codice Civile. Dei fatti illeciti artt. 2044-2059*, Turín: UTET, pp. 151-197.
- ROSSO ELORRIAGA, Gianfranco, 2019: "El sistema de la responsabilidad de los empresarios por el hecho de los dependientes en el Código de Bello y las dificultades en su interpretación y aplicación", en: NAVIA ARROYO, Felipe y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto (editores), *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 391-428.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., 2012: *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., 2018: "Las funciones de la razonabilidad en el derecho privado chileno", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 51), pp. 173-198.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., 2020: "¿Hacia una función social o asistencial de la responsabilidad civil?", en MORALES ORTIZ, María Elisa y MENDOZA ALONZO, Pamela (coordinadoras), *Estudios de derecho Privado II*, Santiago: Der Ediciones, pp. 29-64.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018): "La buena fe contractual como norma jurídica", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 31, pp. 109-153.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, 2010: *Responsabilità civile e danno*, Turín: G. Giappichelli Editore.
- SPIER, Jaap, 2003: *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, La Haya, Londres, Nueva York: Kluwer Law International.
- TAPIA SUÁREZ, Orlando, 1940: "La responsabilidad extracontractual (continuación)", *Revista de Derecho* (Concepción), n° 31-32, pp. 2593-2619.
- TOCORNAL COOPER, Josefina, 2014: *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*, Santiago: Thomson Reuters.
- VAN DAM, Cees, 2013: *European Tort Law*, (2° edición), Oxford: Oxford University Press.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, 2005a: "Sentencia sobre responsabilidad civil del obispo por hechos de sus clérigos (Corte Suprema)", *Revista de Derecho* (Valdivia), volúmen XVIII, n° 1, pp. 241-253.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés, 2005b: "La responsabilidad del obispo por el hecho de sus clérigos", en VARAS BRAUN, Juan Andrés y TURNER SAELZER, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho civil*, Santiago: Legal Publishing, pp. 673-702.
- VEAS PIZARRO, Ricardo, 1999: *De la responsabilidad extracontractual indirecta*, Santiago: Editorial Metropolitana.
- VELASCO R., Ximena, 1962: *La responsabilidad contractual por el hecho ajeno*, Santiago, Editorial Universitaria, S.A.

- VIO VARGAS, Juan, 2016: “¿Responsabilidad estricta por el hecho ajeno de una clínica? (Corte Suprema), *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen, 29, n° 2, pp. 323-328.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1995: “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”, *Revista de Derecho*, (Concepción), n° 197, pp. 101-145.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 2002a: “La responsabilidad civil de hospitales y clínicas”, *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, n° 8, pp. 23-46.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 2002b: “Responsabilidad civil por hecho ajeno y el seguro”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29, n° 1, pp. 95-110.

### *Jurisprudencia citada*

- CORTE Suprema, sentencia de 13 de enero de 2022, rol 33753-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de mayo de 2019, rol 4350-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 5 de enero de 2005, rol 3640-2004.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de marzo de 2015, rol 9573-2014.
- CORTE de Apelaciones de Temuco, sentencia de 30 de agosto de 2021, rol 317 2020.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 18 de enero de 2010, rol 424-2009.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 7 de enero de 2020, rol 1035-2019.
- CORTE de Concepción, sentencia de 5 de marzo de 2021, rol 2428-2018.
- 1ER Juzgado Civil de Puente Alto, sentencia de 13 de abril de 2020, rol C.41712-2017.
- 15° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 10 de octubre de 2019, rol C-8026-2017.





## Algunos aspectos acerca del contenido de las obligaciones de conservación y restitución de la cosa arrendada. Sus perfiles históricos y dogmáticos

Álvaro Vidal Olivares\*  
Cristián Aedo Barrena\*\*

### RESUMEN

*En el contrato de arrendamiento la obligación de entrega, como en todo título de mera tenencia, se manifiesta al celebrar el contrato –por parte del arrendador– y al momento de su término –la restitución de cargo del arrendatario–. El examen de la obligación restitutoria y su correcto cumplimiento, exige detenerse previamente en las dos restantes obligaciones de arrendatario: la de usar y gozar la cosa para el objeto que fue arrendada y la de conservar la cosa. En lo que se refiere a la conservación de la cosa, esta difiere de aquella que comprende la obligación de entrega en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. La razón de esta diferencia está en que la obligación de dar implica la transferencia de la cosa, en cambio la de entregar en el arrendamiento, solo la de cesión del uso y goce de la cosa al arrendatario.*

*La conservación desde la entrega por parte del arrendador al arrendatario y hasta la restitución de la cosa no excluye todo deterioro de la cosa, hay algunos que deberá soportarlos el arrendador. Se trata de aquellos que provienen del uso y goce legítimos de la cosa. Tratándose de la restitución de la cosa con deterioros, la sola existencia de estos no determina el incumplimiento del arrendatario y, por lo mismo, la atribución de responsabilidad, sino que ha de acreditarse por el arrendador el cumplimiento imperfecto de parte del arrendatario de su obligación de conservar. El arrendatario no queda liberado de responsabilidad por ausencia de culpa, sino porque no se cumple el hecho operativo de la responsabilidad civil que, considera, ante todo, un incumplimiento.*

Arrendamiento; entrega; conservación; restitución

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5362-9310>. Correo electrónico: [alvaro.vidal@pucv.cl](mailto:alvaro.vidal@pucv.cl).

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, España. Profesor de Derecho Romano y Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0556-0632>. Correo electrónico: [caedo@ucsc.cl](mailto:caedo@ucsc.cl).

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt N°1221864, “Revisión dogmática e histórica para una relectura de las reglas del arrendamiento de cosas en el Derecho Privado: hacia la modernización del contrato de arrendamiento en Chile”, donde el profesor Álvaro Vidal es el Investigador Responsable; proyecto Fondecyt N°1231292, “El riesgo como elemento articulador de la responsabilidad civil extracontractual”, del que el profesor Aedo es investigador principal y el profesor Vidal, coinvestigador; y, del Fondecyt N°1231094, “Causalidad y supuestos de exoneración de responsabilidad contractual en el Derecho romano”, cuyo investigador principal es el profesor Patricio Lazo y donde el profesor Aedo es co-investigador.

Artículo recibido el 22.4.2024 y aceptado para su publicación el 8.8.2024.

*Some aspects about the content of the obligations of conservation and restitution of the leased property. Their historical and dogmatic profiles*

ABSTRACT

*In the lease agreement, the obligation to deliver, as in any title of mere possession, is manifested when the contract is concluded –by the lessor– and at the time of its termination –the reinstatement of the tenant’s position. The examination of the restitution obligation and its correct fulfillment requires first stopping at the two remaining obligations of the lessee: that of using and enjoying the thing for the purpose for which it was rented and that of preserving the thing. As regards the conservation of the thing, this differs from that which includes the obligation of delivery in the obligations to give a certain species or body. The reason for this difference is that the obligation to give implies the transfer of the thing, while the obligation to deliver in the lease only involves the transfer of the use and enjoyment of the thing to the lessee.*

*The conservation from the delivery by the lessor to the lessee and until the return of the thing does not exclude all deterioration of the thing, there are some that the lessor must bear. These are those that come from the legitimate use and enjoyment of the thing. In the case of the restitution of the thing with deterioration, the sole existence of these does not determine the breach of the lessee and, therefore, the attribution of liability, but the lessor must prove the imperfect compliance by the lessee of its obligation to conserve. The lessee is not released from liability due to the absence of negligence, but because the operative fact of liability is not met, which he considers, above all, a breach of contract.*

Lease agreement; obligation to deliver; conservation; restitution

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina no ha prestado la suficiente atención al contrato de arrendamiento. Las peculiaridades de este contrato –cesión del uso y goce de la cosa y el carácter de contrato de larga duración– determinan soluciones que se alejan de aquellas relativas a los contratos de intercambio, particularmente, los que tienen por objeto una especie o cuerpo cierto.

Uno de los aspectos a los que se tiene que prestar atención se refiere a la entrega en el arrendamiento que, a diferencia de los contratos de intercambio, se comporta en dos direcciones. Por así decirlo, una de ida y otra de vuelta. El arrendador se obliga a entregar la cosa y el arrendatario que la recibe para usar y gozar de ella, a restituirla a la terminación del contrato.

El uso y el goce de la cosa implica para el arrendatario dos obligaciones, la primera, de servirse de la cosa para el fin u objeto para el que fue arrendada y, también, la de conservarla hasta la restitución. La restitución presupone el cumplimiento de estas dos obligaciones, sin embargo, al considerar el uso y goce de la cosa por parte del arrendatario, ha de aceptarse que la cosa puede experimentar algunos deterioros que no provienen de la culpa de arrendatario, sino que del uso y goce legítimos de la cosa, razón por la que el arrendador deberá soportarlos sin derecho a una indemnización.

El trabajo se sustenta a base de dos hipótesis: primero, que la regulación codificada y su interpretación más moderna, es consistente con las fuentes históricas del contrato y, en segundo lugar, por idénticas razones, es que dichas fuentes arrojan luz acerca de la dinámica contractual del arrendamiento, en el cumplimiento-incumplimiento de las obligaciones de hacer, a propósito de la entrega, cuidado y conservación de la cosa y restitución de la misma. En concreto, se sostendrá que la conservación de la cosa por parte del arrendatario no excluye todo deterioro de la cosa, de manera que la sola extinción de estos no determina el incumplimiento del arrendatario, debiendo acreditarse por el arrendador el cumplimiento imperfecto de parte del arrendatario de la obligación de conservar.

## II. LA DOBLE NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LA COSA EN EL ARRENDAMIENTO DE COSAS

El examen de la obligación de entrega en el arrendamiento de cosas<sup>1</sup> se manifiesta de dos maneras y en tiempos distintos. En efecto, la obligación de entrega la situamos tanto al momento de celebrar el contrato, como a su término. Al celebrarlo nace la obligación del arrendador de entrega de la cosa<sup>2</sup>, y a su término la obligación del arrendatario de restituirla<sup>3</sup>. Dos manifestaciones, como se ve, de una misma clase de obligación y que están presentes en cualquier título de mera tenencia. El que ahora interesa es el arrendamiento.

Para comprender más fácilmente cómo se comporta la entrega en este tipo contractual, convendrá advertir cuáles son sus peculiaridades. El arrendamiento de cosas tiene por objeto la cesión del uso y goce de la cosa arrendada y no, como en los contratos de intercambio, la transferencia de la cosa misma<sup>4</sup>, el dominio permanece en el arrendador. Este carácter esencial en el arrendamiento, que ha mantenido una unidad histórica<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> En nuestra legislación existen tres clases de arrendamiento, los que se desprenden del propio concepto que otorga el legislador en el artículo 1915 del Código Civil, que serían el arrendamiento de cosas, de obra y de servicios. ORREGO, 2020, p. 19-20.

<sup>2</sup> MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 204-207.

<sup>3</sup> MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 218-219.

<sup>4</sup> ORREGO, 2020, vol. 1, p. 89; VIDAL, 2023, p. 615.

<sup>5</sup> Como ocurre con nuestro Código, según analizaremos, el Derecho romano estableció como obligación principal del *locator*, la de entrega. Como señalan KASER, KNÜTEL y LOHSE, 2022, p. 459, puede diferenciarse entre alquiler y arrendamiento, según si la cosa ha sido entregada para su uso, o bien para su uso y disfrute. La entrega, como señala GUZMÁN BRITO, 2013, t. II, p. 172 es consustancial a todos los tipos que envolvía la figura de la *locatio conductio*, pues significaba colocar (*locare*) una cosa en manos de otro, para que este la condujera (*conductio*), para hacer algo con ella. Agrega Guzmán que los romanos se concentraron en la cosa colocada (entregada), para dar nombre al contrato, mientras que el arrendamiento pone énfasis en la renta (*redditus*, en latín vulgar *redita*, de donde deriva renta, arrendamiento). En el mismo sentido véase ARANGIO-RUIZ, 1958a, p. 346; D'ORS, 1981, pp. 562-563; JÖRS y KUNKEL, 2018, p. 336; TALAMANCA, 1990.

permite comprender adecuadamente las obligaciones de entrega<sup>6</sup>. El esquema negocial proveniente del Derecho romano, es decir, el intercambio de la *merces* por el uso o goce de la cosa, se mantuvo en el Derecho intermedio<sup>7</sup>, y llega en estos términos a la codificación<sup>8</sup>.

En este esquema negocial, el primer acto de entrega es el que realiza el arrendador. Este se obliga a entregar la cosa y a mantenerla en un estado que sirva para el fin que se arrendó, debiendo librar al arrendatario de todas las turbaciones que afecten el referido uso y goce<sup>9</sup>.

Por lo que toca a la obligación del arrendador, esta se puede expresar en términos de conformidad material y jurídica de la cosa, sin embargo, no solo inicial (al momento de la entrega) sino que continúa (durante la vigencia del contrato). La cosa debe poseer y mantener la cualidades materiales y jurídicas que la hacen idónea para el fin de arrendatario –aquel resguardado por el contrato–. Por esta razón, una anomalía originaria o una sobrevenida sea o no imputable al arrendatario determina el incumplimiento del arrendador que apareja varias consecuencias, las que van desde el reembolso de ciertos gastos (reparaciones necesarias)<sup>10</sup>; la reducción de la renta y la terminación del contrato<sup>11</sup>, hasta la indemnización de daños (daño emergente y lucro cesante)<sup>12</sup>.

A partir de las últimas sentencias de la Corte Suprema dictadas con ocasión de los actos de autoridad que impidieron parcialmente el uso de la cosa para el fin que fue

---

<sup>6</sup> Como indica Fiori, en la perspectiva histórica, el esquema fundamental obligacional de la *locatio conductio* es la relación sinalagmática *merces-uti frui*. Así, el solo pago de la *merces* no permite distinguirlo de la compraventa, y la concesión del uso del comodato, o del mandato de obra. FIORI, 1999, pp. 290-291; 297. Estos elementos estructurantes aparecen en la clásica definición de Azón, que ha se mantuvo hasta la codificación: *Locator enim dicitur, qui eo quod suum est, alii uti permittit conventa mercede: conductor vero e converso, qui eo quod alienum est utitur pacta mercede: ut in summa*. AZONIS, 1296, L. IV, t. LXV, n. 1, p. 536.

<sup>7</sup> Por ejemplo, véase ACURSIO: *Contractus locationis similis est emptioni: differunt tamen, quia in emptione venditione principaliter venir traditio, in locatione conductione principaliter venir factum*, ACURSSIO, 1292, C. D. 19, 2, p. 1263. En sus comentarios a las Instituciones de Justiniano, se lee, respecto del precio: *Si merces est certa, pecunia numerata*. ACURSIO, 1231, Lib. II, t. XXIV. Veamos algunos otros ejemplos. Bartolo, en sus comentarios a las *Instituciones* de Justiniano, afirma que es un contrato similar a la compraventa, por el que se intercambia el uso por una *merces*, que debe ser *numerata*. BARTOLI A SAXOFERRATO, 1288, p. 275. Finalmente, Cuyacio nos dice que la *locatio conductio* es: *conventio nuda fruendi faciendivé aliquid certa mercede*. Agrega que: *Locator, qui dat aliquid fruendum vel facendum, Conductor, qui accipit*. CUYACIO, 1270, p. 105.

<sup>8</sup> Véase ALESSANDRI, 1988, p. 172.

<sup>9</sup> ORREGO, 2020, p. 255.

<sup>10</sup> ORREGO, 2020, pp. 276 y ss.

<sup>11</sup> Se entiende que la obligación del arrendador de mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada envuelve la obligación de asegurar un buen estado o calidad de la cosa, cuyo incumplimiento pone a disposición del arrendatario de los remedios del artículo 1932 del Código Civil. Véanse CORRAL, 2020; CORNEJO, 2020, pp. 162-164; DE LA MAZA, 2009, p. 252; DE LA MAZA, 2010, p. 209; DE LA MAZA y ULLOA, 2018, pp. 765 y ss.; LÓPEZ, 2020, pp. 374-375; 380; MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 209-211; ORREGO, 2020, pp. 398 y ss.; SAN MARTÍN, 2021, pp. 160-161; VIDAL, 2023, pp. 617; 623-625; ZÚÑIGA, 2020, p. 93.

<sup>12</sup> Siempre y cuando se cumplan con los requisitos que consagra el legislador en el artículo 1933 del Código Civil. MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 211-212. ORREGO, 2020, pp. 453 y 454; VIDAL, 2023, pp. 622-623.

arrendada (una finalidad comercial)<sup>13</sup>, se advierte que el estado de la cosa arrendada se trata de una garantía de un resultado<sup>14</sup>, razón por la que, ante cualquier impedimento total o parcial que afecte al arrendatario, sea o no imputable al arrendador, el arrendatario tiene a su disposición los antedichos remedios.

Por su parte, el arrendatario se obliga, entre otras, a usar la cosa para el objeto o fin que fue arrendada, sea el estipulado o al que sirva ordinariamente. Mientras el arrendador asegura o garantiza al arrendatario que la cosa se mantendrá en estado de servir a dicho fin durante toda la vigencia del contrato, el arrendatario se obliga a usar y gozar la cosa para el aludido fin y restituirla en el mismo estado que la recibió, tomando en consideración los deterioros derivados del uso y goce legítimos de la cosa<sup>15</sup>. Analicemos con detalle las obligaciones del arrendatario, tanto en su configuración histórica, como en el plano dogmático moderno.

### III. OBLIGACIONES DE CONSERVAR Y RESTITUIR DEL ARRENDATARIO

#### 1. *Su configuración en el Derecho romano*

A la obligación de entrega y la de mantener la cosa en estado de ser usada por el arrendatario, existen las correlativas de conservar la cosa y de restituir al término del contrato. Veamos ambos aspectos.

En principio, el arrendatario tenía la obligación de usar la cosa según su naturaleza, y de conservarla, como se desprende del pasaje D. 19, 2, 25, 3<sup>16</sup>. Según la tesis de d'Ors, seguida por García Garrido y Guzmán Brito, si no cuidaba la cosa, respondía de culpa o dolo, si se trataba de un inmueble<sup>17</sup>, o bien de custodia, si era un bien mueble<sup>18</sup>. Corbino, en cambio, piensa que la responsabilidad era por custodia y cita, al efecto, el pasaje D. 19, 2, 30, 4, que trata la responsabilidad en el cuidado de un inmueble<sup>19</sup>.

Detengámonos un momento en este último aspecto, relativo al cuidado de la cosa, que repercute en la obligación de restituir la cosa en buen estado, descontado el uso natural. Por una parte, la distinción entre bienes muebles e inmuebles no aparece

<sup>13</sup> Al respecto, véase Corte Suprema, 28.7.2022, rol 16.626-2020 y el fallo de la Corte Suprema, 1.08.2022, rol 49739-2021.

<sup>14</sup> CORNEJO, 2021, p. 186 -196; MOMBERG y SEVERIN, 2023, p. 210.

<sup>15</sup> MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 216 y 217.

<sup>16</sup> Véase GUZMÁN BRITO, 2013, p. 181; KASER, KNÜTEL y LOHSE, 2022, p. 463. En la tradición castellana, las *Partidas* recogen la obligación del arrendatario de cuidar la cosa, como si fuere propia. Véase, sobre este punto, la P. 5, T. 8º, leyes 7 y 8.

<sup>17</sup> Un ejemplo se encuentra en el pasaje D. 19, 2, 25, 4. El pasaje viene precedido del D. 19, 2, 25, 3 y que trata el cuidado de un fundo que debe el arrendatario. También consta dicha responsabilidad de la CI 4, 65, 29.

<sup>18</sup> Véase d'ORS, 1981, p. 565; GARCÍA GARRIDO, 2005, p. 314; GUZMÁN BRITO, 2013, p. 181; LOVATO, PULIATTI y SOLIDORO, 2017, p. 516; MANFREDINI, 2007, p. 364; VOICI, 2004, p. 452.

<sup>19</sup> CORBINO, 2019, p. 628.

directamente afirmada en las fuentes. D'Ors, García Garrido y Guzmán Brito, pensamos, se basan en la distinción en la idea que el caso de culpa citado (D. 19, 2, 25, 4) se refiere a un inmueble, desde donde deduce que la CI 4, 65, 28 se refería a los muebles. Corbino, en cambio, considera que la custodia siempre era el régimen aplicable, independientemente del tipo de bien.

La distinción es importante porque tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad por custodia era una responsabilidad objetiva, opuesta a la responsabilidad por culpa<sup>20</sup>. En otras palabras, se considera que la custodia constituía un criterio de responsabilidad aunque se ha sostenido que la responsabilidad por la custodia se configura mediante la culpa<sup>21</sup>.

En parte, el problema se genera por cuanto, siguiendo a MacCormack, las fuentes tratan la custodia en diversos sentidos: a) aquellos en los que se habla de custodia de un objeto, en un contexto que implica responsabilidad, si el objeto es robado, o en el que se habla en general de una obligación de proveer custodia; b) aquellos en los que se habla de custodia de un objeto, en un contexto en el que implica responsabilidad por pérdidas del objeto, aunque estas provengan de un accidente o de la fuerza mayor; c) aquellos en los que se habla de custodia de un objeto, en el contexto que implica responsabilidad solo si ha existido una falla en el ejercicio de cierto grado de diligencia. Según el autor, esta división o agrupación de los textos refleja las distintas teorías que se han formulado respecto de la custodia<sup>22</sup>.

Un punto de partida para el análisis del problema, que permita una reflexión de la obligación de cuidado del arrendatario, y de la restitución una vez terminado el contrato, es la distinción que debe hacerse, siguiendo a Robaye, entre custodia material y custodia técnica. La primera se refería a un conjunto de actividades que debían ser desarrolladas por el deudor para garantizar el cuidado, la protección y conservación de la cosa, que podía traducirse en objeto de una obligación. A su lado, existiría una custodia técnica, considerada como un criterio de responsabilidad, es decir, como un criterio de imputación al deudor por los perjuicios causados al acreedor<sup>23</sup>.

En una línea similar, MacCormack, custodia expresaba el contenido de una obligación. Así, *custodiam praestare* significaba no ser responsable por custodia, sino mostrar, proporcionar, facilitar la custodia. El contenido de esta obligación, expresada por *custodiam praestare*, implicaba que un objeto debía mantenerse seguro, pero el comportamiento que debía desarrollar el obligado, variaba según la relación legal en la que nos encontrásemos. Un breve análisis de la etimología de *praestare* le permite concluir que no había nada en el término que indicara que este fuera tomada en el sentido de garantizar, sino solo de proveer, facilitar, mostrar. Las cuestiones de responsabilidad, es decir, la determinación de las condiciones de acuerdo con la que esta nacía, surgieron cuando se violó o incumplió

<sup>20</sup> ARANGIO-RUIZ, 1958b, pp. 62 y ss.; DE FALCO, 1991, pp. 13 y ss.; SCHULZ, 1951, pp. 515 y ss.;

<sup>21</sup> VOCI, 1990, pp. 31-40.

<sup>22</sup> CARDILLI, 1995, pp. 25-62; MACCORMACK, 1972a, p. 149.

<sup>23</sup> ROBAYE, 1990, pp. 345 y ss.; ROBAYE, 1987, pp. 18-19; 413 y ss.

la obligación de proveer custodia, de ahí que resulte difícil interpretar algunos textos simplemente con el significado de “facilitar o proveer”<sup>24</sup>.

De este modo, mientras la obligación de cuidar la cosa se expresaba en términos de custodia, la responsabilidad se configuraba en términos de culpa. La custodia se traduciría en una obligación de salvaguardar la cosa de perjuicios externos, de ahí el error de utilizar la expresión para referirse a los daños causados por el sujeto a quien se confiaba el objeto. Por el contrario, si la obligación de cuidado no existía, al no tener el control de la cosa o el objeto físico poseía una naturaleza especial, la cuestión se planteaba en términos de culpa<sup>25</sup>.

Aunque con importantes matices, Cannata, como MacCormack, entiende que la custodia no se refería a un criterio de responsabilidad, sino a una actividad. Los juristas clásicos aludían con la custodia a una prestación. El análisis de textos clásicos le permite concluir que los juristas clásicos emplearon el término custodia –*custodia praestare*– en un sentido técnico, con un significado preciso, pero bien diverso al sentido técnico otorgado por los autores de las restantes tesis, pues no se refería a un criterio de responsabilidad, sino al aseguramiento de cierto resultado en relación con un determinado comportamiento que se debía tener. La custodia fue entendida como la conducta necesaria, medida en abstracto, destinada a preservar la cosa de un perjuicio. El defecto de dicho resultado podía ser considerado incumplimiento. Agrega que la obligación de custodia sería una obligación subsidiaria de la obligación principal *tradere rem*<sup>26</sup>.

En la línea de las tesis de MacCormack y Cannata, un ejemplo del arrendamiento, en el cuidado exigido al arrendatario, está representado por el pasaje contenido en D. 19, 2, 25, 3, que antes hemos citado<sup>27</sup>. La exigencia de custodia como criterio de responsabilidad y no un contenido de obligación queda en entredicho en el pasaje D. 19, 2, 25, 7<sup>28</sup>. La ponderación del comportamiento a la luz de la culpa, como criterio de

---

<sup>24</sup> MACCORMACK, 1972a, pp. 154-178; MACCORMACK, 1972b, pp. 140-141; MACCORMACK, 1994, pp. 189-190.

<sup>25</sup> MACCORMACK, 1972a, pp. 179-215; MACCORMACK, 1994, p. 202.

<sup>26</sup> CANNATA, 1996, pp. 39-59; 128-145.

<sup>27</sup> Por eso, responde de la falta de cuidado del campo, si por ejemplo, permite que el vecino corte furtivamente los árboles (D. 19, 2, 25, 4 o D. 19, 2, 29). En estos dos últimos pasajes, custodiar el campo o el bosque importa la valoración de una conducta en términos de culpa. Velar por el comportamiento ajeno permite comprender la conexión entre custodia (contenido de obligación) y culpa (criterio de responsabilidad). Por ejemplo, el D. 19, 2, 40, señala que quien recibe una retribución (*merces*) por la custodia de una cosa, responde del riesgo (*periculum*) de esta custodia. MACCORMACK, 1972a, p. 205 ha sugerido, convincentemente a nuestro juicio que el pasaje debe interpretarse a la luz del siguiente, es decir, D. 19, 21, 41. En este pasaje, mientras Juliano es de la opinión que no puede responderse por un daño causado por un tercero, Marcelo (opinión que aprueba Ulpiano) estima que debe responder si falló en la vigilancia de la cosa, lo que equivale a efectuar un juicio de culpa, a los efectos de afirmar la responsabilidad. En un sentido similar a los aquí analizados, véase D. 19, 2, 19, 2 (si las cosas entregadas para la explotación de un campo se estropean por culpa del colono, se genera su responsabilidad. Para un análisis de los pasajes, CANNATA, 1996, pp. 107 y ss.,

<sup>28</sup> Según el pasaje, si se tomó en arriendo para transportar una columna (*columnam transportandam coduxit*), si al cargarla, transportarla o descargarla se destruye o deteriora, responde del riesgo, por culpa (*quorum opera uteretur, culpa acciderit*). En el mismo sentido véase CANNATA, 1969, p. 315; MACCORMACK, 1972a, p. 192.



responsabilidad, en el cuidado de la cosa, queda clara en el pasaje D. 19, 2, 9, 5, en el que se hace un razonamiento de reproche en términos de impericia, que se considera una de las expresiones técnicas de la culpa<sup>29</sup>. También se configura la culpa cuando la cosa arrendada se destina a una finalidad diferente a la pactada<sup>30</sup>.

En cuanto a la restitución de la cosa, terminado el contrato, se refiere a ella el pasaje contenido en D. 9, 2, 48, 1<sup>31</sup>. La cosa debía ser restituida en las mismas condiciones que había sido recibida, descontado el uso natural, lo que constituye una clara diferencia, como veremos en el Derecho moderno, con la conservación de la especie o cuerpo cierto en la obligación de dar<sup>32</sup>. Así se desprende, por ejemplo, del pasaje D. 19, 2, 31pr<sup>33</sup>.

## 2. *La configuración de las obligaciones de conservación y restitución en el Código Civil*

Según lo expuesto, se puede afirmar que el arrendatario recibe una cosa –asumiendo que esta es útil para el fin que contrató y mientras lo sea– con el objeto de usarla para el fin (estipulado o el ordinario) que fue arrendada, quedando, a su turno, obligado a conservarla –empleando la diligencia de un buen padre de familia– hasta su restitución al término del contrato. Entonces, la obligación de restituir –que es la obligación de entrega que el contrato impone al arrendatario– presupone, a su vez, el cumplimiento de dos obligaciones: por un lado, la de usar y gozar la cosa para el fin que fue arrendada; y por otro, la de conservarla, utilizando en ello el cuidado de un buen padre de familia. Habrá, entonces, que referirse, antes de examinar la restitución, al contenido y comportamiento de estas obligaciones.

### a) *Obligación de usar y gozar la cosa para el fin que fue arrendada*

En esta materia, rige el artículo 1938 inciso primero. Al considerar la norma transcrita se comprende que, como en el Derecho romano y en la tradición castellana, el uso que el arrendatario debe darle a la cosa viene determinado por los términos del contrato. El arrendatario debe hacer servir a la cosa para el objeto o fin que fue arrendada. Este fin u objeto para el que la cosa fue arrendada se vincula con las circunstancias

---

<sup>29</sup> Véase CANNATA, 1969, pp. 315-316; MACCORMACK, 1972a, p. 194. Un criterio semejante se recoge en la tradición castellana en la P. 5, T. 8, ley VIII. Se dice ahí que el arrendatario debe responder si la cosa se ha destruido por su culpa. Criterios similares se pueden encontrar en las leyes XI, XII y XIII.

<sup>30</sup> En D. 19, 2, 13, 3, se refiere al caso de un esclavo que, tomado en arriendo para enseñarle, que se lo lleva de viaje y hubiere sido recogido por enemigos, es responsable, a menos que lo hubiere arrendado para el viaje. Para el análisis del pasaje, que el autor califica de responsabilidad contractual pura (por violación del contrato, en el uso de la cosa), véase CANNATA, 1969, pp. 311; 317.

<sup>31</sup> Para la obligación, GARCÍA GARRIDO, 2005, p. 315.

<sup>32</sup> LOVATO, PULIATTI y SOLIDORO, 2017, p. 516; PUGLIESE, 1998, p. 440.

<sup>33</sup> La tradición castellana de las *Partidas* mantuvo la obligación de restitución, y consagró la responsabilidad de los deterioros de la cosa que provinieran de la culpa del arrendatario. Véase *Las Siete Partidas*, 1844, P. 5, T. 8, ley XVIII.

que motivaron la celebración del contrato<sup>34</sup> y, al mismo tiempo, con la utilidad que el contrato reporta para el arrendatario<sup>35</sup>. Tales circunstancias permitirán definir dicho fin y en la medida que la cosa sirva para el mismo, el contrato le reportará al arrendatario la utilidad prevista al momento de contratar.

Tal fin u objeto determina el uso que el arrendatario puede hacer de la cosa y dicho fin u objeto es aquel que resguarda el contrato y se determina a partir de las circunstancias fácticas en las que reposa el contrato. Ese fin u objeto fija el límite del uso que puede darle el arrendatario a la cosa, en términos tales que si desvía el uso respecto del fin habrá incumplimiento por parte del arrendatario y el arrendador dispondrá de los remedios del inciso segundo del artículo 1938.

Como se ve, el objeto o fin del arrendamiento determina la duración del contrato, sea porque no se cumpla por el arrendador (1932 CC) o sea porque el arrendatario usa la cosa para un fin distinto (art. 1938, inciso 2º CC), salvo que la parte concernida (el arrendatario o el arrendador) decida conservarlo<sup>36</sup>. Entonces, de lo expuesto puede concluirse que la primera obligación del arrendatario consiste en usar la cosa conforme con los términos del contrato, esto es, debe servirse de ella para el fin u objeto que fue arrendada. Fin u objeto que puede estar declarado en el contrato<sup>37</sup> o extraerse de las circunstancias en que el contrato fue celebrado.

#### b) Obligación de conservar la cosa arrendada

La segunda obligación que se le impone al arrendatario es la de conservar la cosa arrendada mientras la tenga en su poder regulada en el artículo 1939. Según la norma transcrita, se puede afirmar que el contrato de arrendamiento impone al arrendatario la obligación de conservar la cosa arrendada, debiendo emplear en dicha conservación el cuidado de un buen padre de familia<sup>38</sup>. La pregunta que plantea esta disposición es la siguiente: ¿En qué consiste la obligación de conservar la cosa arrendada?

El precepto es extremadamente similar al de los artículos 1548 y 1549 que el Código Civil indica para una obligación de dar una especie o cuerpo cierto, que ella comprende la obligación de entregar la cosa, y esta, a su vez, la de conservar la cosa hasta la entrega, en la que el deudor debe emplear el cuidado de un buen padre de familia.

Pese a esta similitud en la forma de expresarse, es admisible prevenir que se trata de obligaciones diferentes. Si bien en ambos casos la obligación de entrega comprende la de conservar la cosa, la conservación en el caso de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto difiere de la conservación que le es exigible al arrendatario desde que

<sup>34</sup> ORREGO, 2020, p. 604.

<sup>35</sup> MOMBERG y SEVERIN, 2023, pp. 207; 210.

<sup>36</sup> Para del artículo 1938, véase LÓPEZ, 2020, p. 382.

<sup>37</sup> Es clara la interpretación como la que se sostiene en el caso conocido por la Corte Suprema en la causa Corte Suprema, 19.5.2008, rol 1287-2008. El terreno se había arrendado para instalar un minigolf, pero el inmueble no tenía permiso de edificación, ni recepción final y una franja estaba sujeta a expropiación.

<sup>38</sup> LÓPEZ, 2020, p. 3823; ORREGO, 2020, p. 610.

recibe la cosa por parte del arrendador, hasta su restitución, por cuanto se trata de una restitución que tenga en cuenta el desgaste natural de la cosa, como consecuencia del tipo contractual en análisis<sup>39</sup>.

Tratándose de la obligación de entrega comprendida en la obligación de dar, el deudor debe entregar la especie o cuerpo cierto “libre de deterioros”<sup>40</sup> y, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, resultará responsable de cualquier deterioro. Aún más, mientras no se acredite el caso fortuito, el deterioro se presume culpable y, por lo mismo, constituye incumplimiento y atribuye responsabilidad al deudor de la especie. En cambio, respecto del arrendatario las cosas funcionan de una manera distinta, así se aprecia, al considerar la regla del artículo 1947 del Código Civil. La disposición impone al arrendatario, como se ha dicho, la obligación de restituir la cosa al fin del arrendamiento, en el estado que le fue entregada “tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos de la cosa”. Como se puede apreciar, el correcto cumplimiento de la obligación de restituir considera los deterioros de la cosa derivados del uso y goce (legítimos) de la cosa<sup>41</sup>. Esta es la forma en que ha de plantearse el asunto, precisamente porque el objeto del contrato de arrendamiento de cosas, tal y como ha quedado dicho, no es la cosa en sí, sino el uso y goce de la misma<sup>42</sup>. En tal sentido, este contrato se trata de un título de mera tenencia<sup>43</sup> que habilita al arrendatario, con cargo a restituirla, a usar y gozar de la cosa para el objeto que fue arrendada.

c) La articulación del riesgo en el caso de deterioros o detrimentos de la cosa arrendada en la obligación restitutoria

En la obligación restitutoria, a diferencia de la de dar, la sola presencia de un deterioro de la cosa arrendada no determina necesariamente el incumplimiento del arrendatario. En el arrendamiento, existen ciertos deterioros que debe soportar el arrendador (acreedor de la obligación de entrega-restitutoria) y otros que debe soportar el arrendatario (el deudor de la obligación de restituir)<sup>44</sup>. Entonces, la pregunta a la que ha de darse respuesta es la siguiente: ¿Cómo se distribuye el riesgo de los deterioros de

---

<sup>39</sup> Cfr. ERBETTA, 2023, p. 535, quien considera que los artículos 1548-1549 (y 1550) establecen un principio similar. Para la configuración histórica véase CANNATA, 1994, pp. 146-147; CANNATA, 1969, pp. 90 y ss. En cuanto al régimen de obligaciones de hacer, BIONDI, 1918, pp. 3 y ss.; CANNATA, 1994, pp. 151-152; GUZMÁN BRITO, 2013, t. II, 117-118; TALAMANCA, 1990, p. 239; ZIMMERMAN, 1996, p. 668; WHITTAKER y ZIMMERMANN, 2000, p. 17.

<sup>40</sup> ABELIUK, 2013, p. 448.

<sup>41</sup> CORNEJO, 2021, p. 214-216; ERBETTA, 2023, p. 538.

<sup>42</sup> Esta manera de conceptualizar las obligaciones del arrendatario permite comprender de mejor forma, pensamos, los contratos de arrendamiento de cosas fungibles, pero inconsumibles como, por ejemplo, vajillas y platos, herramientas, etc., que, como indica GUZMÁN BRITO, 2015, pp. 43-44, su función económico-social del arrendamiento de objetos como los indicados es permitir a los particulares puedan usarlos para una necesidad extraordinaria, no permanente.

<sup>43</sup> CORNEJO, 2021, p. 167.

<sup>44</sup> CORNEJO, 2021, pp. 214-216.

la cosa en el arrendamiento? Para dar respuesta a esta interrogante, se deben considerar dos momentos. El primero, durante la vigencia del contrato; el segundo, al término del contrato, una vez que se hace exigible la obligación de restituir la cosa.

i. El balance de riesgos durante la vigencia del contrato

Durante la vigencia del contrato, el arrendatario debe conservar la cosa y si ella experimenta deterioros atribuibles a él o a las personas por las que es responsable<sup>45</sup>, queda obligado a la respectiva indemnización, e incluso el arrendador puede poner término al contrato<sup>46</sup>. Al considerar el artículo 1939 del Código Civil se descubre que debe tratarse de deterioros culpables —que pueden o no ser graves—. Y, según el artículo 1940 los “deterioros culpables” son los que se producen por la culpa del arrendatario o de sus dependientes (reparaciones locativas, por ejemplo, la rotura de cristales o los descalabros de cercas, conforme con el artículo 1940 inc. final)<sup>47</sup>.

El desenvolvimiento de la obligación en análisis se debe relacionar con la manera en la que el arrendador, a su vez, debe garantizar que la cosa sirva para el fin contractual pactado, conforme con el artículo 1932, como hemos analizado<sup>48</sup>. Además, compartimos con Erbetta la idea de que el artículo 1939 se debe coordinar con el artículo 1947, en cuanto si el arrendatario conservó la cosa como buen padre de familia y aun así, al terminar el contrato la cosa presenta deterioros, debe entenderse que se debe al uso legítimo<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> MOMBERG y SEVERIN, 2023, p. 197.

<sup>46</sup> Visto así el asunto, para el análisis tanto de la entrega como de la restitución de obligaciones propias del arrendamiento, los problemas de responsabilidad y de riesgo (o peligro) de la cosa, pueden claramente separarse frente a la destrucción o deterioro de la cosa. La primera respuesta frente a la imposibilidad sobrevenida, total o parcial, o bien, en el caso del arrendamiento, frente a los deterioros, es la responsabilidad que en Roma se construye a partir del *praestare* (que se determina con arreglo a un criterio de culpa), pero que tiene un correlato en nuestro sistema codificado. Solo cuando la cuestión de la responsabilidad se ha desechado, la suerte del vínculo obligatorio puede evaluarse en términos de riesgo. Véase CARDILLI, 1995, p. 18; CANNATA, 1969, p. 32; CANNATA, 1994, pp. 158-159; 173; FOSSATI, 1979, p. 8.

<sup>47</sup> Para el encuadre de estas obligaciones en un concepto neutro y objetivo de incumplimiento, por todos BRANTT, 2010, pp. 5-7; MEJÍAS, 2011, pp. 88-91; DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 260-261; 430 y ss.; DE LA MAZA y VIDAL, 2020, pp. 87-92.

<sup>48</sup> En este sentido se razonó en la sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 11.07.2016, rol 13381/2015. El inmueble comercial arrendado había sufrido un incendio, cuya causa se había determinado en el mantenimiento del cableado eléctrico. Lejos de atribuir incumplimiento al arrendatario, al tenor del artículo 1947, como pretendía el demandante, la Corte considera que se trata de una carga del arrendador, pues debe mantener la cosa en estado de servir para el fin para el que fue arrendada la cosa.

<sup>49</sup> ERBETTA, 2023, p. 540. En un sentido similar se razonó en la sentencia Corte Suprema, 30.07.2008, rol 5857/2006. En dicho fallo se razonó el incumplimiento del arrendatario de restituir, conforme con el artículo 1947, se pondera a la luz del cuidado de la cosa en los términos del artículo 1939.

## ii. Balance de riesgos terminado el contrato

El segundo momento es el término del contrato. Una vez que se hace exigible la obligación de restituir, el arrendatario debe efectivamente restituir la cosa<sup>50</sup>. Tal y como se anticipó, el legislador fija un criterio para calibrar el cumplimiento de dicha obligación, a saber, el arrendatario debe restituir la cosa en el estado que le fue entregada “tomando en consideración los deterioros que provengan del uso y goce legítimo de la cosa”. Se acepta, tratándose de esta obligación, la restitución de cosa con deterioros que deben ser soportados por el arrendador sin derecho a indemnización<sup>51</sup>. La pregunta es ¿cuáles deterioros? Aquellos que provienen del uso y goce legítimos de la cosa arrendada, mas no otros.

Asumiendo que el arrendatario ha cumplido con su obligación de emplear la cosa para el fin que fue arrendada, queda pendiente dilucidar cuándo ha de entenderse que el arrendatario incumple su obligación de conservación y, por lo mismo, cómo se comporta la regla de atribución de responsabilidad por tal incumplimiento.

Para efectos de responder a esta interrogante, resulta útil considerar el artículo 1941. Más adelante, el artículo 1947, después de definir la métrica para determinar el cumplimiento de la obligación de restituir, dispone en su inciso final que “[e]n cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidas durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable”. Esta norma, además, está en perfecta armonía con el artículo 1970.

Son dos las lecturas que pueden hacerse al artículo 1947. La primera que, conforme con las reglas generales, dicho daño o pérdida (deterioros) se presume culpable al arrendatario o a las personas por las que es responsable. Esto quiere decir que el solo deterioro determinaría el incumplimiento, el que, salvo prueba de caso fortuito, se presume culpable. La forma de proceder es la de las obligaciones de resultado.

Una segunda lectura es que, de acuerdo con el régimen de las obligaciones del arrendatario, el deterioro no resulta suficiente para determinar el incumplimiento y, por lo mismo, para atribuir responsabilidad al arrendatario, sino que se requiere algo más, particularmente, del incumplimiento de la obligación de conservar por parte del arrendatario, que no queda establecido por la existencia del deterioro, sino por el no

---

<sup>50</sup> Como señala acertadamente ERBETTA, 2023, p. 539, el primer presupuesto de aplicación del artículo 1947 es que el arrendatario haya restituido el bien. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia Corte Suprema, 27.07.2020, rol 8224-2018. En el fallo se considera que no hay jurídicamente restitución si no se pone a disposición del arrendador la cosa, en los mismos términos en que la cosa ha sido entregada, descontado el uso y goce natural de la cosa. Y, en la sentencia Corte Suprema, 18.05.2020, rol 29086-2018, se declaró que mientras no opera la restitución, el contrato mantiene su vigencia.

<sup>51</sup> Al margen de un grupo de casos en que se puede arrendar cosas fungibles, pero inconsumibles, los demás casos de arriendo de cosas fungibles, traducidas en relaciones crediticias, alteran las relaciones obligacionales que aquí se analizan porque, al hacerse dueño o poseedor el arrendatario de las cosas, debiendo restituir cosas del mismo género, calidad o cantidad, el riesgo de deterioro o pérdida es de cargo del arrendatario. Véase GUZMÁN BRITO, 2015, pp. 48-49.

empleo o empleo imperfecto de las medidas de conservación que impone la diligencia de un buen padre de familia. Una vez establecido dicho incumplimiento, operaría la presunción de culpa, según la regla general del artículo 1547 del Código Civil.

En nuestra opinión, esta segunda lectura es la que se aviene más con la calificación jurídica de la obligación de restituir, es decir, la de una obligación de hacer, lo que se confirma con las fuentes históricas, analizadas. Entendemos que, al igual que en la regulación del contrato de mandato<sup>52</sup>, el legislador utiliza la expresión “culpa” en un sentido coloquial, como una conducta del deudor o de sus dependientes que causa un deterioro y que, en los términos del artículo 1947 del CC, sería una conducta que no se aviene con el uso y goce legítimos de la cosa, lo que derivaría en el incumplimiento de una de las obligaciones del arrendatario (conservación).

El sentido que se le atribuye a la expresión culpa no es ajeno al Código Civil; por ejemplo, el inciso 2° del artículo 1547 dispone que el caso fortuito que proviene de la culpa del deudor no exonera de responsabilidad. En la opinión de Claro Solar, la culpa es un hecho del deudor –un incumplimiento que altera la distribución de riesgo–<sup>53</sup>. En este mismo sentido, dentro de la regulación del mandato, el inciso final del artículo 2158, norma que regula las obligaciones del mandante, señala que él no puede excusarse de cumplir tales obligaciones, “salvo que le pruebe la culpa [del mandatario]”. Parte de la doctrina entiende que el legislador emplea en aquel precepto la expresión “culpa” como incumplimiento del mandatario (al no ceñirse a los términos del mandato), el que se presume culpable por aplicación del artículo 2129 y 1547 (culpa en sentido estricto)<sup>54</sup>.

Esta manera de plantear las cosas permite comprender la regla de responsabilidad del artículo 1947 del Código Civil, que descansa en un incumplimiento del arrendatario o de sus dependientes y es esta la razón por la que indica que “a falta de esta prueba [de la culpa] será responsable”. Quiere decir que mientras no se pruebe el incumplimiento del arrendatario –cumplimiento imperfecto– no hay responsabilidad por los deterioros y será el arrendador quien deberá soportarlos. La razón por la que las cosas son de esta manera no es la ausencia de culpa, sino que el arrendatario ha cumplido su obligación y, por lo mismo, no se cumple con el hecho operativo de la responsabilidad, al no haber incumplimiento.

La misma regla se repite en el artículo 1932 del Código Civil, que regula los impedimentos por mal estado o calidad de la cosa, ya sea que provengan de vicios posteriores al contrato, “y aun en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario”.

Entonces, la obligación de restituir es una obligación de hacer que comprende la conservación de la cosa, una conservación que no se comporta como en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, sino que de otra manera, esto es, de la forma en que se comportan las obligaciones de hacer en el Código Civil, como una obligación de medios

<sup>52</sup> BRANTT y VIDAL, 2013, p. 419.

<sup>53</sup> CLARO SOLAR, 1978, vol. IV, pp. 454 y ss.

<sup>54</sup> BRANTT y VIDAL, 2013, pp. 419-420. En una opinión distinta, véase STITCHKIN, 2008, p. 393. En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5.07.2022, rol n.º 1960-2021.

o de actividad<sup>55</sup>. En ella, el deudor responde –como en todas las obligaciones– si se da por establecido el incumplimiento (el cumplimiento imperfecto).

La particularidad en esta obligación es que el deterioro o daño de la cosa no indica necesariamente incumplimiento, sino que aquello va a ocurrir en caso de que el arrendatario no ha cumplido su obligación de conservar, esto es, ha omitido las medidas de conservación que una persona cuidadosa en su lugar habría adoptado. De esta manera, aun cuando la cosa presente deterioros el arrendatario puede que no sea responsable, pero no por ausencia de culpa, sino más bien porque cumplió. Así el artículo 1947 se torna del todo comprensible y acorde al régimen de incumplimiento y responsabilidad. La responsabilidad reposa en un incumplimiento que se presume culpable<sup>56</sup>. Entonces, en el arrendamiento, aun cuando la cosa no se restituya en el estado que fue recibida, si el deterioro proviene de un uso y goce legítimos –sin culpa– el arrendador debe aceptarla y soportar el daño. Este esquema negocial es, además, coherente con el origen histórico, tanto de las obligaciones *bona fidei*, con el régimen de incumplimiento de obligaciones de hacer, con el régimen de riesgos, y con el mecanismo de responsabilidad del *praestare* en estos casos.

Nuestra jurisprudencia ha interpretado la regla en términos análogos a los aquí propuestos. Es significativa, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de enero de 2020<sup>57</sup>. El caso trata del arrendamiento de una máquina industrial, recibida por el arrendador el 17 de diciembre de 2015, con daños de transmisión, daños que se habrían producido por el embancamiento en el sector de relaves de la Planta Minera perteneciente a ENAMI y por el hecho que operarios del arrendatario habrían removido. La demanda del arrendador de indemnización de perjuicios fue desechada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, al no haberse acreditado, según la Corte, el incumplimiento. El arrendador dedujo casación en el fondo contra el fallo de la Corte de Apelaciones, el que fue desechado por la Corte. En parte, el razonamiento de la Corte Suprema se asienta en un hecho indiscutido en la causa, relativo al uso de la cosa, vigente el contrato. Sobre la base de este presupuesto fáctico, la Corte entiende que no hay vulneración del artículo 1947.

---

<sup>55</sup> Siguiendo BRANTT y VIDAL, 2012, pp. 281 y ss., cualquiera sea el tipo de obligación, deben distinguirse dos papeles a la diligencia: aquella que denominan integradora, que permite determinar cuándo se ha incumplido o no la regla contractual (acorde con lo pactado y los criterios de buena fe exigidos); y, la diligencia promotora, como criterio de imputación de responsabilidad, es decir, como conducta exigida al deudor para procurar satisfacer el interés del acreedor. En el mismo sentido, BRANTT, 2010, pp. 206-207; CAMPOS, 2020, pp. 28-29; DE LA MAZA Y VIDAL, 2018, p. 192. Así, mientras la diligencia integradora es denominado “contenido de la obligación”, no un mecanismo de evaluación de responsabilidad, la diligencia promotora sí lo sería, en términos que le impone al deudor resistir el impedimento que importa el caso fortuito y sus consecuencias. Para la distinción, MACCORMACK, 1982, pp. 520 y ss.; MACCORMACK, 1994, pp. 189-190.

<sup>56</sup> Ello implica, en consecuencia, que el caso fortuito solo podría plantearse en la medida que el incumplimiento resulte acreditado, de manera que este diga relación con la pretensión de la indemnización de perjuicios. En este sentido se razonó, a propósito del artículo 1947, en la sentencia de la Corte Suprema, 3.04.2018, rol 97868/2016.

<sup>57</sup> Corte Suprema, 30.01.2020, rol 16323-2018.

En un sentido similar se razonó en la sentencia de la Corte Suprema de 16 de diciembre de 2019<sup>58</sup>. Se trata de un interesante caso en que se había arrendado una grúa mecánica que no pudo ser restituida oportunamente porque el arrendador y demandante se había comprometido contractualmente al desarme para el retiro, por lo que estamos en presencia de una falta de colaboración del acreedor, que influye en la ponderación del incumplimiento del arrendatario. Lo importante, sin embargo, en el análisis es que la Corte, desechando el recurso de casación deducido, considera que debe ponderarse el artículo 1947 en primer lugar, en términos de existir incumplimiento por parte del arrendatario, antes que de discutir la cuestión relativa al factor de imputación de daños. En un sentido similar también puede citarse la sentencia de la Corte Suprema de 13 de enero de 2023<sup>59</sup>. En la sentencia, la Corte considera que el artículo 1947 debe interpretarse a la luz del deber de conservación que recae en el arrendatario, de manera que toca al arrendador acreditar el estado de cosas con anterioridad al deterioro que reclama.

Una tesis distinta a la que defendemos ha propuesto Erbetta. Según el autor, el artículo 1947, especialmente el inciso 4º, guarda relación con la prueba del vínculo causal. Para el autor, mientras pende la restitución, el arrendador ignora la suerte de la cosa, o al menos tiene dificultad para determinar el grado de cumplimiento del arrendatario, en tanto que para este último, las pruebas acerca de las causas que originaron el daño pueden recabarse con más facilidad y a un menor costo. Según Erbetta, el inciso 4º del artículo 1947 es una excepción a las reglas generales, pero en cuanto configura una presunción de causalidad para los daños y pérdidas que experimente la cosa durante la vigencia del contrato, lo que no libera al arrendador de la prueba de las circunstancias materiales, pero pone de cargo del arrendatario la prueba de las circunstancias que las produjeron, de manera que no bastaría con probar la diligencia para eximirse, sino la prueba del caso fortuito. De este modo, el razonamiento de Erbetta acerca la configuración de la obligación a una de resultado<sup>60</sup>.

Pues bien, una segunda pregunta es la siguiente: ¿Qué ha de entenderse por uso y goce legítimos de la cosa arrendada? La respuesta ha de rastrearse en las obligaciones del arrendatario, particularmente en la de usar la cosa según los términos del contrato –haciéndola servir para el objeto que fue arrendada– y la de conservarla utilizando el cuidado de un buen padre de familia, la que viene impuesta desde la entrega. Entonces, si el arrendatario utiliza la cosa para el objeto que fue arrendada y, además, la conserva, empleando en ello el cuidado de un buen padre de familia, dicho deterioro deberá soportarlo el arrendador.

Si se acepta esta afirmación como correcta, habrá que aceptar que si el deterioro proviene del incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones, el arrendador tiene derecho a una indemnización. Si no es el caso, pues bien, no tiene tal derecho y ha de soportar el deterioro. En fin, la regla en el arrendamiento es que el riesgo de la cosa

---

<sup>58</sup> Corte Suprema, 16.12.2019, rol 7743-2019.

<sup>59</sup> Corte Suprema, 13.01.2023, rol 115256-2022.

<sup>60</sup> ERBETTA, 2023, pp. 548-549.



pertenece al arrendador y no al arrendatario. Mientras el deterioro no sea imputable al arrendatario, el arrendador deberá soportarlo. En esta materia, el Código también ha sido fiel a la configuración de la obligación en las fuentes romanas, como se ha analizado antes.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El examen de la obligación restitutoria y su correcto cumplimiento exige detenerse previamente en las dos restantes obligaciones de arrendatario: la de usar y gozar la cosa para el objeto que fue arrendada y la de conservar la cosa.
2. En lo que se refiere a la conservación de la cosa, esta difiere de aquella que comprende la obligación de entrega en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. La razón de esta diferencia está en que la obligación de dar implica la transferencia de la cosa, en cambio la de entregar en el arrendamiento, solo la de cesión del uso y goce de la cosa al arrendatario.
3. Las consideraciones anteriores, relativas al esquema negocial del arrendamiento, y a la configuración de las obligaciones del arrendatario, en orden al cuidado de la cosa y la restitución, tienen correlato en las fuentes romanas, y en la tradición medieval que ha llegado a la codificación, según hemos advertido.
4. La conservación desde la entrega por parte del arrendador al arrendatario y hasta la restitución de la cosa no excluye todo deterioro de la cosa, hay algunos que deberá soportarlos el arrendador. Se trata de aquellos que provienen del uso y goce legítimos de la cosa.
5. Tratándose de la restitución de la cosa con deterioros, la sola existencia de estos no determina el incumplimiento del arrendatario y, por lo mismo, la atribución de responsabilidad, sino que ha de acreditarse por el arrendador el cumplimiento imperfecto de parte del arrendatario de su obligación de conservar.
6. El arrendatario no queda liberado de responsabilidad por ausencia de culpa, sino porque no se cumple el hecho operativo de la responsabilidad civil que, considera, ante todo, un incumplimiento.
7. Una conclusión como esta se aviene con el régimen que el legislador prodiga a las obligaciones de hacer, como es la de conservar la cosa arrendada.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACURSSIO DI BAGNOLO, 1231: *Institutiones legales*, Petit.
- ACURSSIO DI BAGNOLO, 1292: *Magna Glosa. Pandectarum Iusris Civilis, Tomus Primus*, Venetiis, Iuntas.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1988: *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, 1958a: *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª edición, Napoli, Casa Editrice Dott.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, 1958b: *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, reimpresión 2ª edición, Napoli, Editricce Eugenio Jovene

- AZONIS, 1296: *Ad singulas leges XII Librorum Codicis Iustiniani. Comentarius et magnus apparatus, nunc primum in lucem editus*, Lugdnensis, Iocabi Stoer.
- BARTOLI A SAXOFERRATO, 1288: *Commentaria: Cum Adnotationibus doctissimorum plerorumque, qui in eundem sunt commentati*, Basilea, ex Officina Episcopiana.
- BIONDI, Biondo, 1918: "Iudicia bonae fidei", *Annali Palermo* vol. VII.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2010: *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago, AbeledoPerrot.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2012: "Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19, núm. 1.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2013: "Obligación, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, núm. 2.
- CANNATA, Carlo Augusto, 1969: *Per lo studio della responsabilità per colpa nel Diritto romano classico*, Milano, La Giolardica.
- CANNATA, Carlos Augusto, 1994: "Responsabilità contrattuale", en PARICIO, Javier (coordinación), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- CANNATA, Carlo Augusto, 1996: *Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano*, Catania, Librería Editrice Torre Catania.
- CARDILLI, Riccardo, 1995: *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in Diritto romano (II Sec. A.C. II Sec. D.C.)*, Milano, Giuffrè
- CLARO SOLAR, Luis, 1978: *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, vol. 5-6.
- CORBINO, Alessandro, 2019: *Diritto Privato Romano*, 4ª edición, Milano, Cedam, Wolters Kluwer.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo, 2020: "Covid-19 e incumplimiento contractual: contrato de arrendamiento", en HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (coordinador), *Covid-19 e incumplimiento contractual*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo, 2021: *Contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos*, 2ª edición, Santiago, DER Ediciones.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2020: "Un quiltro entre perros grandes: sobre los efectos del covid-19 en los contratos de arrendamiento de locales comerciales", *El Mercurio legal*. Consultado en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908430&Path=/0D/DC/>.
- CUYACIO, Iacobi, 1270: *Paratitla in libros Quinquaginta Digestorum*, Coloniae, Maternum Colinum.
- DE FALCO, Inés, 1991: *Diligentiam praestare*. *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle «obligationes*, Napoli, Jovene Editore.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, 2009: "Contrato de arrendamiento. Artículos 1932 y 1933 del CC, buena fe, propósito práctico deber de informar (Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2007, Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, rol 1287-2008, Legal Publishing 39372)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 13.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, 2010: "Comentario. Terminación de contrato de arrendamiento por mal estado o calidad de la cosa. Corte de Apelaciones de Santiago, N° Legal Publishing 43257", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 15.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y ULLOA VALENZUELA, Pablo, 2018: "La tutela del arrendatario frente a las turbaciones jurídicas en el arrendamiento de inmuebles", *Ius et Praxis*, vol. 24, núm. 3.

- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2018: *Cuestiones de Derecho de Contratos*, Santiago, Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2020: *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- D' ORS, Álvaro, 1981, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa.
- ERBETTA MATTIG, Andrés, 2023: "La conexión entre el momento inicial del contrato de arrendamiento y su terminación, en torno a la carga de la prueba. Apuntes sobre el artículo 1947 del Código Civil", en PINOCHET OLAVE, Ruperto (director), *Estudios de Derecho Civil XVI*, Santiago, Thomson Reuters.
- FIORI, Roberto, 1999: *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene Editore.
- FOSSATI VANZETTI, María, 1979: *Perpetuatio Obligationis*, Padua, Cedam.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel, 2005: *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones*, 14ª edición, Madrid, Ediciones Universitarias.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2013: *Derecho Privado Romano*, 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2015: "El arrendamiento sobre fungibles", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIV.
- JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, 2018: *Derecho Privado Romano*, trad. Luis Marcano Salazar, Santiago, Olerjnik.
- KASER, Max; KNÜTEL, Rolf y LOHSE, Sebastian, 2022: *Derecho Privado Romano*, traducción por Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, BOE.
- LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO EL SABIO, 1843: Compañía Impresores del Reino, Madrid.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2020: "La tutela del acreedor en el arrendamiento de cosas: un análisis desde el Código Civil y su cotejo con el modelo acuñado por el moderno derecho de contratos", en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo; FERRANTE, Alfredo y SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, *Presente y futuro del Derecho contractual*, Santiago, Thomson Reuters.
- LOVATO, Andrea; PULIATTI, Salvatore y SOLIDORO, Laura, 2017: *Diritto Privato Romano*, Torino, Giappichelli.
- MACCORMACK, Geoffrey, 1972a: "Custodia and culpa", ZSS núm. 89.
- MACCORMACK, Geoffrey, 1972b: "Culpa", SDHI núm. 38.
- MACCORMACK, Geoffrey, 1982: "Juristic interpretation of the lex Aquilia", en AA.VV. *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano, Giuffrè, t. I.
- MACCORMACK, Geoffrey, 1994: "Dolus", "Culpa" and "Diligentia". Criteria of Liability or Content of Obligations", *Index* núm. 22.
- MANFREDINI, Arrigo, 2007: *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª edizione, Torino, Giappichelli.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y SEVERIN FUSTER, Gonzalo, 2023, "Contrato de arrendamiento de cosas", en MUNITA MARAMBIO, Renzo (dir.), *Contratos. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORREGO, Juan Andrés, 2020: *El contrato de arrendamiento*, 3ª edición ampliada, Santiago, Editorial Metropolitana, vol. 1 y 2.
- PUGLIESE, Giovanni, 1998: *Istituzione di Diritto Romano*, 2ª edizione, Torino, Giappichelli.
- ROBAYE, René, 1987: *La obligation de garde: essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint Louis.
- ROBAYE, René, 1990: "Responsabilité objective ou subjective en droit romain", TR núm. 18.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, 2021: "El contrato de arrendamiento de locales comerciales frente al Covid-19", en ISLER SOTO, Erika y MORALES ORTIZ, María Elisa (editoras), *Retos del Derecho privado en un contexto de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- SCHULZ, Fritz, 1951: *Classical Roman law*, London, Clarendon Press.
- STITCHKIN, David, 2008: *El mandato civil*, 5<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TALAMANCA, Mario, 1990: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2023: “Disciplina de la imposibilidad en el arrendamiento de cosas. Un supuesto del incumplimiento del arrendador”, en PINOCHET OLAVE, Ruperto (director), *Estudios de Derecho Civil XVI*, Santiago, Thomson Reuters.
- VOCI, Pasquale, 1990: “Diligentia”, “Custodia”, “Culpa”, I dati fondamentali”, *SDHI* núm. 56.
- WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., 2000: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ZÚÑIGA, Álex, 2020: “Notas sobre la renta en el contrato de arrendamiento de inmuebles y Covid-19”, LEPIN MOLINA, Cristián (director), *Caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho. Estudios a partir de la pandemia del Covid-19*, Valencia, Tirant lo Blanch.

### *Jurisprudencia citada*

- CORTE Suprema, sentencia de 19 de mayo de 2008, rol 1287-2008. Indicador vLex Id 41113399.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de julio de 2008, rol 5857/2006. Indicador vLex Id 332871130
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de julio de 2016, rol 13381/2015. Indicador vLex Id 647767881.
- CORTE Suprema, sentencia de 3 de abril de 2018, rol 97868/2016. Indicador vLex Id 707498993.
- CORTE Suprema, sentencia de 16 de diciembre de 2019, rol 7743-2019. Indicador vLex Id 830062741.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de enero de 2020, rol 16323-2018. Indicador vLex Id 839734795.
- CORTE Suprema, sentencia de 18 de mayo de 2020, rol 29086-2018. Indicador vLex Id 844599253.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de julio de 2020, rol 8224-2018. Indicador vLex Id 846788621.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 3 de marzo de 2022, rol n.º 1006-2021. Indicador Thomson Reuters CL/JUR/7625/2022.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 5 de julio de 2022, rol n.º 1960-2021. Indicador Thomson Reuters CL/JUR/26110/2022.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de julio de 2022, rol 16.626-2020. Indicador vLex Id 908098791; CL/JUR/29350/2022.
- CORTE Suprema, sentencia de 1 de agosto de 2022, rol n.º 49739-2021. Indicador Thomson Reuters CL/JUR/29475/2022.
- CORTE Suprema, sentencia de 13 de enero de 2023, rol 115256-2022. Indicador vLex Id 917978653



# Contratos conexos y fraude a la ley en el Derecho Privado chileno. Análisis a la luz del Derecho italiano

Diego Ojeda Soto\*

## RESUMEN

*Los contratos conexos son un instrumento de control del fraude a la ley. Ellos permiten interpretar conjuntamente los actos o contratos con los que se ha fraccionado una operación económica. Esto, a su vez, permite determinar si se ha eludido la aplicación de una norma legal. Siguiendo a la doctrina italiana, este trabajo propone una reconstrucción de la teoría de los contratos conexos en el Derecho chileno, con énfasis en la interpretación cruzada como uno de sus efectos. Luego, analiza cómo puede cometerse un fraude mediante el fraccionamiento de una operación en varios contratos, por sí mismos lícitos, y cómo la conexidad contractual puede permitir al intérprete identificar el esquema fraudulento intentado y sancionarlo, aplicando la norma eludida.*

Contratos conexos; fraude a la ley; fraccionamiento contractual

## *Linked contracts and fraus legis in Chilean Private Law. An analysis in light of Italian Law*

## ABSTRACT

*Linked contracts are a law avoidance control instrument. They allow us to interpret jointly the several contracts through which an economic transaction has been fractioned. This, in turn, allows us to determine whether a legal rule has been avoided. Following Italian Law authors, this paper proposes a reconstruction of linked contracts theory in Chilean Law, emphasizing crossed contractual interpretation as one of its effects. Then, it analyses how can a fraud be committed by fractioning a transaction in multiple contracts, each one legal by itself, and how can linked contracts theory allow the interpreter to determine the fraudulent scheme and to sanction it, by enforcing the avoided legal rule.*

Linked contracts; fraus legis; contractual fractioning

---

\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Instructor de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Chile. ORCID: 0009-0008-2896-0114. Correo electrónico: djojeda@uc.cl  
Artículo recibido el 30.4.2024 y aceptado para su publicación el 8.8.2024.

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, los contratos conexos han despertado un creciente interés en el Derecho Civil chileno<sup>1</sup>, lo que contrasta con el desarrollo casi secular que han tenido en el Derecho italiano<sup>2</sup>. En este trabajo abordamos una de las aristas que la doctrina italiana ha identificado en sus publicaciones, pero que aún no ha sido estudiada en Chile: la relación entre la conexidad contractual y el fraude a la ley<sup>3</sup>.

Sostenemos que una de las aplicaciones prácticas de la teoría de los contratos conexos consiste en ser un instrumento de control del fraude a la ley, pues permite interpretar conjuntamente los distintos contratos con los que se ha estructurado la operación económica para luego evaluar si, mediante el fraccionamiento de la transacción, se ha eludido una norma legal.

Para estudiar la relación entre los contratos conexos y el fraude a la ley en Chile<sup>4</sup>, hemos optado por realizar un análisis comparado con Italia, donde ya ha sido formulada por algunos autores<sup>5</sup>. De este modo, la referencia al Derecho italiano se justifica, no solo gracias al profuso desarrollo que ha recibido el *collegamento negoziale*, sino también a la especial atención que la doctrina le ha prestado al fraude a la ley. En efecto, determinado que el *Codice Civile* de 1942 se refiere expresamente a esta figura, distintas obras se han dedicado a examinarla, a diferencia del Derecho chileno en que ha recibido un tratamiento más bien escaso<sup>6</sup>.

En virtud de lo anterior, nuestro plan de trabajo exige explicar en qué consisten los contratos conexos en Chile y en Italia, con énfasis en la interpretación cruzada como uno de sus efectos (I). Luego, abordaremos el fraude a la ley, precisando cómo puede cometerse mediante el fraccionamiento de la operación económica mediante varios contratos y cómo, según la doctrina italiana, la conexidad contractual permite identificarlo al reconstruir y valorar unitariamente el esquema elusivo intentado (II). Finalizaremos con nuestras conclusiones.

---

<sup>1</sup> El primero en referirse a ellos fue LÓPEZ, 1998, pp. 159-166. Recientemente, véase MASBERNAT y MASBERNAT, 2021, pp. 9-39; MOMBERG y PIZARRO, 2021, pp. 156-174; ALCALDE y BOETSCH, 2021, pp. 564-574 y OJEDA, 2023, pp. 265-295.

<sup>2</sup> En Italia, los contratos conexos, también denominados contratos coligados o *collegamento negoziale*, se han estudiado desde 1937. En general, véase RAPAZZO, 1998, así como BARBA, 2008a y BARBA, 2008b.

<sup>3</sup> Brevemente analizada en OJEDA, 2023.

<sup>4</sup> Un estudio análogo al que se realiza en este trabajo, aunque desde el Derecho peruano, puede verse en VÁSQUEZ, 2013, pp. 289-329.

<sup>5</sup> Tanto CARIOTA FERRARA, 1956, p. 269 como DISTASO, 1966, p. 652 consideran que la teoría de la coligación negociada puede ser empleada para identificar casos de fraude a la ley.

<sup>6</sup> Sin embargo, de reciente publicación en Chile, véase ALCALDE, 2022, pp. 361-413. Del mismo modo, véanse los anteriores trabajos de DOMÍNGUEZ, 1991 y de FUEYO, 1991. Para el Derecho italiano, por todos, véase CRICENTI, 1996.

## I. CONTRATOS CONEXOS E INTERPRETACIÓN CRUZADA

### 1. *Contratos conexos. Fundamento, estructura y objeciones*

El contrato cumple una función económica. Esta consiste en ser instrumento de intercambio de bienes y servicios, así como medio de circulación de la riqueza<sup>7</sup>. Hasta cierto punto, la globalización ha cambiado el modo en que los sujetos emplean este instrumento, fenómeno que desde la doctrina general del contrato se evidencia, entre otras formas, en el surgimiento de la conexión contractual<sup>8</sup>. Hay contratos conexos “cuando dos o más negocios, cada uno por sí estructuralmente autónomo, están unidos entre ellos por un nexo que, dejando íntegra la autonomía de los negocios mismos, tiene todavía una cierta relevancia para el derecho”<sup>9</sup>. La pregunta subyacente a esta construcción dogmática consiste en determinar si existe algún efecto jurídico causado por la unión de dos o más contratos entre sí, que no se produzca por cada uno de ellos individualmente considerados, sino solo por su vinculación.

Fundada en la autonomía de la voluntad, la libertad contractual permite que el sujeto decida si contratar o no en absoluto, con quién quiere contratar y cuál es el contenido del contrato. Hasta aquí, la doctrina chilena está conteste<sup>10</sup>. Sin embargo, la doctrina italiana da un paso más allá. Gracias a una interpretación extensiva del artículo 1322 del *Codice Civile*<sup>11</sup>, los autores han hallado un fundamento normativo para reconocer a los contratantes un amplio ámbito de actuación, que no solo les permita configurar el contenido sus negocios según sus intereses, sino también la posibilidad de celebrar varios contratos relacionados entre sí y de determinar la forma en que estos se estructuran e interactúan<sup>12</sup>. Es cierto que el Código Civil chileno considera al contrato como una institución separada y autónoma. En cambio, no es menos cierto que también recoge algunas manifestaciones de vinculación jurídica entre contratos<sup>13</sup>. Ellas pueden servir de fundamento para una interpretación extensiva del principio de libertad contractual que, ante los nuevos esquemas contractuales forjados al amparo de la autonomía privada,

<sup>7</sup> LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 6-9.

<sup>8</sup> CAUMONT, 2016, pp. 167-168. Según el autor, también se evidencia, por ejemplo, en la irrupción de tipos contractuales sociales.

<sup>9</sup> DISTASO, 1966, p. 637.

<sup>10</sup> Por todos, LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 213-222.

<sup>11</sup> Artículo 1322 del Código Civil italiano. Autonomía contractual.

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley.

Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, siempre que vayan dirigidos a realizar intereses mercederos de tutela según el ordenamiento jurídico”.

<sup>12</sup> Con expresa referencia a los contratos coligados, véanse los comentarios al artículo 1322 realizados por MIRABELLI, 1967, p. 29 y por SCOGNAMIGLIO, 1970, pp. 44-48.

<sup>13</sup> BUSTAMANTE, 2004, p. 334, da como ejemplos los contratos de garantía y el subcontrato.



acoja la conexidad contractual en Chile, así como ha ocurrido gracias a los esfuerzos de la doctrina italiana.

En el Derecho italiano, esta técnica de contratación permite a las partes coordinar múltiples contratos para estructurar operaciones económicas<sup>14</sup>. Según Gabrielli, la noción de operación económica se refiere a una “secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí misma el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan”<sup>15</sup>. Si bien, no toda operación económica implica conexidad contractual, dos o más contratos conexos pueden ser empleados para estructurar una operación económica<sup>16</sup>.

En el Derecho chileno, han sido autores de Derecho Comercial los que han considerado más detenidamente las operaciones económicas. Con acierto, Puelma ha señalado que “en materia mercantil, desde larga data, la realización de un determinado negocio comercial puede importar la celebración de varios actos jurídicos, que para las partes constituyen una unidad inseparable, pues de otra forma no habrían contratado. (...). La corriente tradicional, por su parte, para referirse al fenómeno en estudio ocupa expresiones tales como ‘contratos interligados’ o ‘contratos complejos’”<sup>17</sup>. Debido a que los contratos que tradicionalmente habían regulado las relaciones comerciales se han vuelto insuficientes para construir operaciones complejas<sup>18</sup>, ha sido necesario acudir a nuevas formas de contratación que implican concertar varios negocios jurídicos vinculados entre sí para lograr una determinada finalidad económica<sup>19</sup>.

Para que haya contratos conexos, es necesario que se cumplan dos requisitos: la pluralidad contractual y el nexo funcional<sup>20</sup>. Desde luego es imposible que haya conexidad si se está en presencia de un único contrato, por ello es oportuno distinguirla de una figura especialmente cercana, el contrato mixto<sup>21</sup>. Este es una especie de contrato atípico que se caracteriza por combinar prestaciones de dos o más contratos regulados por la ley<sup>22</sup>. Si bien teóricamente es fácil determinar si se está en presencia de un contrato o de más de uno, en la práctica ello puede suscitar dificultades. La clave de la distinción yace, según un sector de la doctrina italiana, en la noción de causa del contrato<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> RAPAZZO, 1998, p. 34.

<sup>15</sup> GABRIELLI, 2009, p. 68. Si bien el traductor utiliza la palabra “reglamento”, en nuestra opinión, una mejor alternativa sería “regulación”.

<sup>16</sup> GABRIELLI, 2020, p. 163.

<sup>17</sup> PUELMA, 1999, p. 11.

<sup>18</sup> JUPPET, 2017, p. 2.

<sup>19</sup> SANDOVAL, 1996, p. 1.

<sup>20</sup> MOMBERG y PIZARRO, 2021, p. 160.

<sup>21</sup> SANGERMANO, 1996, p. 553. “(...) puede decirse que el estudio del fenómeno del coligamiento negocial termina en todo caso por coincidir, en el plano lógico, con un estudio del así llamado negocio mixto, que viene a ser precisamente, por contraposición, el examen de los negocios coligados”. Curiosamente, esta cuestión no ha sido planteada en el Derecho chileno. OJEDA, 2023, pp. 275-278.

<sup>22</sup> LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, p. 106.

<sup>23</sup> Por todos, GALGANO, 2002, p. 109.

La conexión entre contratos exige algún vínculo funcional que los ligue, de modo que, aun siendo autónomos, las vicisitudes de uno de ellos admitan ser propagadas al otro. Desde el Derecho italiano se han identificado tres criterios para justificar la coligación negocial<sup>24</sup>. El primero, el de la coligación ocasional, considera conexos aquellos contratos que sean otorgados en un mismo soporte material. Este criterio es unánimemente descartado por la doctrina, que reconoce que podría haber dos contratos en un mismo documento que no estén vinculados entre sí, y viceversa, que dos contratos conexos se otorguen en instrumentos separados. El segundo, el de la coligación necesaria, postula que la vinculación entre contratos se funda directamente en la ley, tal como en los casos de las garantías, la subcontratación, entre otros. El tercero, el de la coligación voluntaria, sostiene que la conexión se funda en la voluntad de las partes, sea expresa o tácita, destinada a vincular ambos contratos cuando uno solo no es suficiente para lograr sus objetivos<sup>25</sup>. Los autores chilenos, siguiendo en parte a la doctrina francesa, han identificado la causa, la condición resolutoria e incluso la indivisibilidad como potenciales elementos en los que fundar este nexo entre los contratos<sup>26</sup>.

Una de las objeciones más reiteradas a la doctrina de los contratos conexos sostiene que ella representa una infracción al efecto relativo del contrato. En efecto, al admitir que las circunstancias de un contrato puedan afectar a otro, se está tratando como parte a quien, en realidad, solo es parte de una de las convenciones, pero tercero de la otra. Si bien falta en Italia una explicación más acabada del *collegamento negoziale* a la luz de este principio<sup>27</sup>, recientemente se ha propuesto una reinterpretación de la relatividad contractual a la luz de los nuevos esquemas negociales que se celebren en la práctica comercial y que considere nuevas posiciones subjetivas, además del binomio partes-terceros<sup>28</sup>. En el caso de los contratos conexos, esto supone reconocer que, aunque no todos los sujetos involucrados en la operación son partes de cada uno de los contratos, sí son titulares de un interés que los hace merecedores de tutela jurídica<sup>29</sup>.

En Chile, algunos autores ya han reflexionado en torno a este problema<sup>30</sup>, planteando que los contratos conexos suponen una excepción al principio del efecto relativo, o bien, que exigen una reinterpretación de los conceptos de parte y tercero. En nuestra opinión, la tensión entre la conexidad contractual y el efecto relativo se resuelve al recordar que este principio, al igual que esta figura, halla su fundamento en la autonomía de la voluntad.

---

<sup>24</sup> Un análisis más detallado en BARBA, 2008a y BARBA, 2008b. También en RAPAZZO, 1998, pp. 19 y siguientes.

<sup>25</sup> RAPAZZO, 1998, p. 31-35.

<sup>26</sup> Una síntesis de la discusión en FIGUEROA, 2002 y en PIZARRO, 2005. A propósito del fundamento de la acción directa de responsabilidad contractual, en el Derecho francés también se han propuesto como justificación la estipulación en favor de otro, la cesión de créditos y la teoría de lo accesorio. Al respecto, véase TEYSSIE, 1975, pp. 254-258.

<sup>27</sup> LÓPEZ, 1992, p. 24.

<sup>28</sup> CABIDDU, 2020, p. 6.

<sup>29</sup> CABIDDU, 2020, pp. 152-163. Esto permitiría reconocer que un sujeto puede ser tercero de un contrato y, simultáneamente, parte de la operación económica.

<sup>30</sup> En Chile, ha sido examinado por FIGUEROA, 2002; BUSTAMANTE, 2004; y por PIZARRO, 2007.

En efecto, si se admite que, en virtud de su autonomía, las partes tienen una libertad contractual que les permite organizar sus operaciones económicas mediante uno o varios contratos, esta consideración más amplia causada por la conexidad contractual debe ir acompañada de una reinterpretación del efecto del contrato. En virtud de esta relectura, podrá explicarse que los efectos de un contrato afecten a otros sujetos que, aun cuando no sean partes de él, sí hayan concurrido con su voluntad y participen de la operación económica en que ese contrato se inserta<sup>31</sup>. Despejada esta objeción, es posible analizar el efecto que interesa para esta investigación, la interpretación cruzada entre contratos conexos<sup>32</sup>.

## 2. Interpretación cruzada entre contratos conexos

Interpretar un contrato consiste en fijar el alcance exacto de sus estipulaciones<sup>33</sup>. En general, es una actividad destinada a indagar y reconstruir el significado que debe atribuirse a una declaración o comportamiento dentro de la órbita social en que se expresa<sup>34</sup>. Tanto el Código Civil chileno como el italiano contienen normas acerca de interpretación del contrato, encabezadas por una regla general que reproduce el conocido fragmento del *Digesto* atribuido a Papiniano, de modo que, en ambos ordenamientos, el intérprete debe estar más a la intención común de los contratantes que a lo literal de sus palabras<sup>35</sup>.

Entre las reglas particulares de interpretación contractual que establece el legislador chileno, cobra relevancia en esta materia aquella contenida en el artículo 1564 inciso primero del Código Civil, que dispone que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”<sup>36</sup>. Como el Código de Bello no recoge expresamente la conexidad contractual,

---

<sup>31</sup> Aunque no podamos profundizar en esta consecuencia aquí, ello implica introducir una nueva categoría a medio camino entre los conceptos de parte y tercero, para reconocer que un sujeto puede ser tercero de un contrato, pero parte de una operación económica. Un ensayo de esta construcción desde Italia en CABIDDU, 2021.

<sup>32</sup> Excede al ámbito de este trabajo un análisis más detallado de los otros efectos de la conexidad contractual. En general, desde el Derecho chileno, véase MOMBERG y PIZARRO, 2021, así como ALCALDE y BOETSCH, 2021.

<sup>33</sup> ABELIUK, 2005, p. 115.

<sup>34</sup> BETTI, 2018, pp. 243-244.

<sup>35</sup> D. 50,16,219 (*Pap. 2 resp.*): “(...) en los convenios, debe estarse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras. (...)”

Artículo 1362 inciso primero del Código Civil italiano. “Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras”.

Artículo 1560 del Código Civil chileno. “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

<sup>36</sup> El artículo 1363 del Código italiano contiene la norma equivalente: “Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto del acto”. Esta regla permite una interpretación sistemática del contrato. Véase MESSINEO, 1986, Tomo II, pp. 107-108.

no es de extrañar que las reglas de interpretación se conciban para aplicarse a contratos individuales y aislados. Al no coincidir su supuesto de hecho con los presupuestos de la conexidad contractual<sup>37</sup>, hay que razonar analógicamente<sup>38</sup> para formular una regla que, al amparo de la cláusula general del artículo 1560, permita conocer la voluntad de los contratantes y el correcto alcance de sus estipulaciones.

Desde la teoría general, se reconoce que las fuentes formales de derecho, entre ellas la ley, no satisfacen todas las aspiraciones de la vida jurídica, de modo que, ante los nuevos fenómenos jurídicos, no cabe al intérprete más que emprender una libre investigación científica, en la que la analogía constituye una valiosa herramienta<sup>39</sup>. “En sentido jurídico, la analogía es el instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de la ley, utilizando la expansión o fuerza orgánica del Derecho positivo”<sup>40</sup>. Así, a falta de reglas que determinen cómo interpretar los contratos conexos, es necesario razonar desde las normas vigentes que más se asemejen.

Para que proceda la analogía es necesario que, ante una laguna legal, como la que supone la conexidad contractual que, en tanto categoría general, es desconocida por el ordenamiento jurídico, concurra una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y un supuesto previsto por el legislador<sup>41</sup>. En nuestra opinión, la regla de interpretación que permite este razonamiento analógico es aquella contenida en el artículo 1564 del Código Civil chileno, inciso primero. De este modo, así como las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, los contratos de una operación económica se interpretarán unos por otros, dando a cada uno el sentido que mejor convenga al contrato u operación en su totalidad.

El fundamento de los contratos conexos es la autonomía de la voluntad que han ejercido las partes, por lo que ellos vinculan a todos los miembros de la operación económica que han concurrido a celebrarlos<sup>42</sup>. Así, aunque no todos los contratantes sean partes de cada contrato, todos han prestado su voluntad para que se entiendan conexos entre sí. Esa intención de coligar es la que hace necesario que el intérprete acuda a los otros contratos de la operación económica, dando lugar a la interpretación cruzada entre contratos conexos. Solo así será posible considerar razonablemente la concreta función

---

<sup>37</sup> ZAPATA, 2021, pp. 158-159. Si bien el autor estudia las reglas de interpretación del Código Civil colombiano, el legislador ha mantenido íntegro el texto del Código de Bello. En este punto, la norma del artículo 1622 es idéntica a la propia del Código chileno. Aunque con matices, su argumentación jurídica bien puede ser considerada al analizar la norma en Chile.

<sup>38</sup> “Entendemos por analogía la transportación de la regla dada en la ley para un supuesto de hecho A, (...), al supuesto de hecho B -‘similar’ a A- no regulado en la ley, sino formulado por el enjuiciador”. LARENZ, 1966, p. 300.

<sup>39</sup> En general, acerca de la libre investigación científica, véase GENY, 1925, pp. 520 y siguientes. En especial, lo de la analogía como medio de investigación, pp. 565 y siguientes.

<sup>40</sup> CASTÁN TOBEÑAS, 1947, p. 313.

<sup>41</sup> CASTÁN TOBEÑAS, 1947, pp. 327-328. A estos dos requisitos, el autor añade un tercero, a saber, que no exista una voluntad del legislador contraria a la analogía, lo que, a nuestro juicio, no ocurre en materia de conexidad contractual.

<sup>42</sup> RAPAZZO, 1998, p. 158.

de cada negocio en relación con los demás<sup>43</sup>. En otras palabras, la conexión cumple un rol hermenéutico de la efectiva voluntad de los contratantes, porque permite identificar la causa de la operación por ellos realizada<sup>44</sup>.

La así llamada regla de la armonía de las cláusulas<sup>45</sup> “debe aplicarse, pero en el sentido de considerar el grupo de contratos en que los contratos que lo forman juegan el rol de las cláusulas, lo que permite efectuar la interpretación de obligaciones o cláusulas contractuales conforme la economía general o finalidad del grupo contractual”<sup>46</sup>. En otras palabras, la regla del artículo 1564 puede ser empleada por analogía, de modo que los contratos conexos sean a la operación económica, como las cláusulas son al contrato<sup>47</sup>.

## II. FRAUDE, FRACCIONAMIENTO Y CONEXIDAD CONTRACTUAL

### 1. *Elusión o fraude a la ley. Breves consideraciones*

Quien quiera contravenir la ley puede, desde luego, apartarse de sus prescripciones y hacer lo que ella prohíbe o no hacer lo que ella manda. Sin embargo, una infracción abierta como esta quedará expuesta a las sanciones que el propio ordenamiento dispone ante su violación<sup>48</sup>. Por ello, quienes quieran transgredirlo buscarán mecanismos alternativos que les permitan evadir la sanción<sup>49</sup>. El conocido texto del jurista romano Paulo sintetiza esta idea: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”<sup>50</sup>. En términos similares, Ulpiano señala que: “Se hace fraude a la ley cuando se hace aquello que la ley no quiso

<sup>43</sup> SANGERMANO, 2007, pp. 227-228.

<sup>44</sup> CIUSA, 2015, p. 6.

<sup>45</sup> Denominación dada por LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, p. 390.

<sup>46</sup> MOMBERG y PIZARRO, 2021, p. 167.

<sup>47</sup> A mayor abundamiento, la misma solución ha sido recogida en el Derecho argentino. En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que regula expresamente la conexidad contractual, recoge esta reformulación analógica de la regla de interpretación del contrato. Así, el artículo 1074 dispone: “Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”. Este criterio interpretativo es una modernización de la regla de interpretación contextual del artículo 1064 por la que se permite tener en cuenta todos los demás contratos conexos, considerando la unicidad que resulta de su juego armónico para obtener la finalidad económica supracontractual buscada por todas las partes involucradas. En general, véase el comentario de los artículos que regulan los contratos conexos en el Código Civil argentino en HERNÁNDEZ, 2015. En particular, acerca de la regla de interpretación contextual, p. 155.

<sup>48</sup> BOBBIO, 1987, pp. 105-106. “La sanción puede ser definida, (...), como el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias (...). Podemos definir más brevemente la sanción como la respuesta a la violación. Todo sistema normativo conoce tanto la posibilidad de la violación como también de un conjunto de medios para hacer frente a esta eventualidad”.

<sup>49</sup> CORRAL, 2018, p. 119.

<sup>50</sup> D. 1,3,29 (*Paul. 1 ad leg. Cinc.*).

que se hiciera pero que no lo prohibió; (...)"<sup>51</sup>. De este modo, junto con una infracción abierta o manifiesta, también existe una infracción velada o encubierta. Esta segunda, por la que se elude la ley en vez de atacarla de frente, se denomina fraude a la ley<sup>52</sup>. Según Ferrara, "el fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal, sino según su espíritu"<sup>53</sup>. Desde el derecho chileno, Vial afirma que "el fraude a la ley consiste en procedimientos en sí lícitos, o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena"<sup>54</sup>. Aunque existe un aparente respeto a la norma, el fraude en realidad elude su aplicación.

En esta materia, el Código Civil italiano de 1942 innovó respecto del anterior de 1865 al contemplar una norma legal expresa<sup>55</sup>. En efecto, bajo la rúbrica de contrato en fraude a la ley, su artículo 1344 dispone que: "Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa". Esta regla considera fraudulento el contrato que constituya el medio para eludir la aplicación de una norma de orden público<sup>56</sup>. Así, "las partes utilizan un negocio para realizar una finalidad ilícita, que no habrían podido realizar si hubiesen empleado el negocio que producía directamente la finalidad"<sup>57</sup>. Si bien esta norma no agota el ámbito de la elusión jurídicamente relevante, pues solo se refiere a los fraudes perpetrados por un contrato<sup>58</sup>, ignorando con ello otras manifestaciones del fenómeno elusivo<sup>59</sup>, el artículo 1344 legitima al coligamiento negocial como un instrumento hermenéutico destinado a salvaguardar el principio de legalidad<sup>60</sup>.

A diferencia del Código italiano, el Código Civil chileno no regula el fraude a la ley en términos explícitos<sup>61</sup>. Sin embargo, al ser un acto contrario a la ley, podría aplicarse el artículo 10 como fundamento de una sanción genérica de nulidad<sup>62</sup>. Que el Código Civil no regule expresamente el fraude a la ley no significa que tolere la elusión de las normas jurídicas. Desde luego, sería contradictorio que la ley prohíba una conducta estableciendo una sanción para su contravención y, al mismo tiempo, admita que puede ser realizada de manera solapada<sup>63</sup>. Lo anterior, unido a los distintos artículos que contienen sanciones particulares para ciertos casos de fraude, han llevado a cierta parte de

---

<sup>51</sup> D. 1,3,30 (*Ulp. 4 ed.*).

<sup>52</sup> BETTI, 2018, p. 282.

<sup>53</sup> FERRARA, 1960, p. 78.

<sup>54</sup> VIAL, 2003, p. 211.

<sup>55</sup> GIACCOBE, 1969, p. 82.

<sup>56</sup> MESSINEO, 1986, Tomo I, p. 505.

<sup>57</sup> ALPA, 2015, p. 107.

<sup>58</sup> CRICENTI, 1996, p. 7.

<sup>59</sup> GIACOBBE, 1969, p. 73.

<sup>60</sup> CIUSA, 2015, p. 7.

<sup>61</sup> ALCALDE, 2022, p. 381.

<sup>62</sup> FUEYO, 1991, pp. 38-43.

<sup>63</sup> ALCALDE, 2022, pp. 377-378.

la doctrina nacional a acoger el brocardo *fraus omnia corrumpit*, es decir, el fraude todo corrompe, como un principio general del derecho chileno<sup>64</sup>.

Debido a que el Código Civil italiano reputa ilícita la causa de los contratos celebrados en fraude a la ley, la sanción general para ellos es la nulidad. El ordenamiento jurídico desaprueba los contratos fraudulentos y, por ello, desconoce sus efectos<sup>65</sup>. En el Derecho chileno, a pesar de que no haya una norma general ni una sanción uniforme para todos los casos de fraude especialmente regulados, la ley opta por prescindir de la maniobra elusiva intentada negando eficacia a los actos o contratos celebrados<sup>66</sup>. Fuera de las hipótesis expresamente reguladas, tal como en el Derecho italiano, autores chilenos han considerado la nulidad por causa ilícita como la sanción pertinente para desestimar el acto<sup>67</sup>, fundada en los motivos ilícitos que han llevado a las partes a celebrar aquellos contratos<sup>68</sup>.

Para estar ante un fraude a la ley, se requiere un elemento objetivo, consistente en la idoneidad del negocio para conseguir un resultado análogo al prohibido por la ley defraudada, y un elemento subjetivo, el ánimo defraudatorio<sup>69</sup>. A causa de que el fraude consiste en la violación indirecta de una norma, su comprobación envuelve un problema de interpretación de la norma infringida, de modo que es necesario realizar una interpretación extensiva para determinar si el acto o contrato realizado admite ser subsumido en su supuesto de hecho<sup>70</sup>. En cuanto a la intención fraudulenta, se ha afirmado que la elusión de la norma debe ser el motivo principal que ha inducido a las partes a optar por la estructura negocial empleada<sup>71</sup>. En contra, se ha sostenido que poco importa si los contratantes tienen una intención determinada, pues el fraude no es más que una reacción del Derecho contra un abuso del negocio jurídico como instrumento para obtener los fines buscados por las partes<sup>72</sup>. El problema en esta segunda posición es distinguir el negocio fraudulento del indirecto<sup>73</sup>, este es, aquel que las partes concluyen con la intención de realizar transversalmente las finalidades de otro negocio<sup>74</sup>, aunque no necesariamente para infringir la ley. Por ello, en nuestra opinión, no es posible prescindir de un elemento intencional al momento de configurar el fraude a la ley. No obstante, siguiendo a Morello, aquel no puede resolverse en investigar una concreta voluntad de las partes, sino en identificar indicios que resulten de la real situación económica y de

<sup>64</sup> DOMÍNGUEZ, 1991, p. 11, CORRAL, 2018, p. 121, entre otros.

<sup>65</sup> CRICENTI, 1996, p. 293-295.

<sup>66</sup> DOMÍNGUEZ, 1991, p. 27.

<sup>67</sup> Por todos, CORRAL, 2018, p. 740.

<sup>68</sup> VIAL, 2003, p. 214.

<sup>69</sup> Por todos, SANTORO, 1971, p. 191.

<sup>70</sup> BETTI, 2018, pp. 282-283 y CRICENTI, 1996, pp. 15-18, entre otros.

<sup>71</sup> CRICENTI, 1996, p. 27.

<sup>72</sup> BETTI, 2018, p. 284.

<sup>73</sup> CRICENTI, 1996, pp. 24-26. Según FERRARA, 1960, pp. 95-100, la distinción yace en el fin perseguido con el negocio. Si el fin es lícito, será fiduciario, si es ilícito, será fraudulento.

<sup>74</sup> ALPA, 2015, p. 109.

los intereses en juego, que permitan inferir una intención fraudulenta en el actuar de las partes<sup>75</sup>.

Para esta investigación, es necesario detenerse especialmente en el acto lícito amparado por la así llamada “norma de cobertura”, como instrumento destinado a eludir la ley y la estructura que este puede asumir. Según Ferrara, es posible resumir en tres tipos los métodos utilizados para eludir la ley, sin negar que pueden existir otros, pero que caerían dentro de la categoría general: emplear un negocio distinto o una combinación de actos jurídicos, modificar las condiciones de hecho e interponer personas<sup>76</sup>. Es interesante destacar que en Chile también se reconoce que la combinación de actos jurídicos es una forma de burlar la ley, incluso afirmando que “es difícil, si no imposible, que el fraude pueda ejecutarse a través de un solo acto: es más bien una operación jurídica, compuesta de varios actos”<sup>77</sup>, o bien, haciendo referencia al procedimiento o al complejo de negocios y actos plegados que envuelve el fraude<sup>78</sup>.

## 2. *Fraccionamiento contractual. ¿Instrumento de ejecución del fraude?*

En virtud de la autonomía privada, existe una cierta “fungibilidad” de esquemas contractuales entre los que las partes pueden optar para conseguir los efectos prácticos deseados<sup>79</sup>. Por ello, también es posible el fraccionamiento contractual, esto es, celebrar una multiplicidad de contratos cuya sumatoria es coincidente, en la práctica, con un único tipo legal<sup>80</sup>. Aunque podrían celebrar un único contrato, las partes optan por celebrar varios entre los que dividen su contenido. Según Cricenti<sup>81</sup>, podemos distinguir un fraccionamiento que se refiere a la prestación, de otro que atiende al tipo contractual. El primer caso consiste en estipular diversos contratos de igual contenido, cada uno por una suma que es fracción del entero. El segundo caso involucra una mutación del tipo contractual, de modo que un contrato se divide en varios de distinta naturaleza. Si los tipos contractuales son homogéneos, es un fraccionamiento cuantitativo, mientras que, si son heterogéneos, es un fraccionamiento cualitativo. Si bien el fraccionamiento es una lícita expresión de la autonomía de las partes, en algunos casos el ordenamiento jurídico lo reconoce, precisamente porque sospecha que puede ser utilizado para burlar una norma legal, caso en que se está ante una tipificación indirecta de una operación económica<sup>82</sup>.

En el Derecho Privado chileno, un ejemplo de fraccionamiento cuantitativo se encuentra en las reglas acerca de operaciones con partes relacionadas, contenidas en los

<sup>75</sup> MORELLO, 1969, pp. 259-279.

<sup>76</sup> FERRARA, 1960, pp. 80-81.

<sup>77</sup> CORRAL, 2018, pp. 119-120.

<sup>78</sup> VIAL, 2003, pp. 211-212.

<sup>79</sup> GIACOBBE, 1969, p. 83.

<sup>80</sup> GABRIELLI, 2020, p. 75.

<sup>81</sup> CRICENTI, 2007, p. 388.

<sup>82</sup> GABRIELLI, 2009, p. 85.



artículos 44 y 147 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas<sup>83</sup>. En lo pertinente, estas reglas disponen que aquellas operaciones que no sean de monto relevante podrán ejecutarse sin sujeción a los requisitos y procedimientos establecidos, previa autorización del directorio. Luego, al definir qué se entiende por monto relevante, el propio legislador presume que todas aquellas operaciones que se perfeccionen en un periodo de 12 meses consecutivos constituyen una sola. Con ello, la propia ley reconoce un posible fraccionamiento cuantitativo y lo sanciona, sometiendo todos los actos fraccionados al régimen que correspondería si hubiesen sido celebrados como un único.

También es posible hallar, en el Derecho Privado chileno, ejemplos de fraccionamiento cualitativo. Así, para eludir la prohibición del pacto comisorio en la prenda, las partes podrían fraccionar el contrato accesorio mediante un contrato de venta de la cosa “empeñada”, seguido de un contrato de arrendamiento con promesa de compra o *leasing*, operación económica compleja también conocida como *lease back*<sup>84</sup>. De este modo, mientras que el deudor es mero tenedor de la cosa a título de arrendatario, el acreedor garantizado es dueño de la cosa dada en garantía, con lo que podría pretender evitar su ejecución en pública subasta ante el incumplimiento de la obligación asegurada. El legislador reconoce este posible esquema fraudulento y, por ello, hace aplicables las reglas de realización de las garantías mobiliarias, cualquiera haya sido la manera en que se hayan entregado al acreedor<sup>85</sup>.

En principio, el fraccionamiento contractual es lícito. El problema aparece cuando las partes se sirven de él para eludir una norma, abusando de su autonomía privada<sup>86</sup>. Esto es una manifestación de la combinación de actos jurídicos como mecanismo de defraudación a que se refería Ferrara. En tal caso, el ordenamiento reacciona por medio de la figura del fraude a la ley, recomponiendo en un único supuesto de hecho el conjunto de elementos que perdieron su autonomía por insertarse en un acuerdo más amplio<sup>87</sup>. Determinado el esquema elusivo intentado por las partes, la ley hace que devenga ineficaz, sirviéndose para ello de diversas técnicas, así como la presunción o la conversión del acto jurídico, entre otras, para luego aplicar la norma eludida. Fuera de los casos expresamente regulados en el ordenamiento jurídico, “el análisis del intérprete

---

<sup>83</sup> Artículo 44 inciso cuarto y artículo 147 a) de la Ley sobre Sociedades Anónimas: “Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un periodo de 21 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto”. En ambos artículos, el texto citado es idéntico.

<sup>84</sup> PUELMA, 1991, pp. 101-110, observa que el *lease back* también podría ser empleado para eludir las reglas que prohíben la usura.

<sup>85</sup> Artículo 1° del Decreto Ley 776, inciso segundo: “Se comprenden en las disposiciones de esta ley toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera; sin que valga estipulación alguna en contrario”. Nótese cómo el legislador, al usar la expresión “o de otra manera”, admite una interpretación amplia de la norma, que se aplique en general a cualquier esquema contractual por el que se pretenda constituir una garantía mobiliaria.

<sup>86</sup> Del fraccionamiento contractual como posible abuso de las formas jurídicas, GABRIELLI, 2020, pp. 84-89.

<sup>87</sup> GIACOBBE, 1969, p. 83.

debe tener por objeto la valoración integral de la operación económica perfeccionada (o, mejor dicho, “desagregada”) con el fraccionamiento, para verificar si el mismo tuvo una función elusiva (...) a través de la puesta en evidencia del mecanismo artificioso y fraudulento de la ‘escisión’ de la natural unidad del negocio”<sup>88</sup>. Esta evaluación unitaria de los contratos celebrados supone reconocer su conexidad.

### 3. *Conexidad contractual. Instrumento de control del fraude*

Debido a que el fraude a la ley puede cometerse mediante el fraccionamiento del contrato *contra legem* en varios que individualmente considerados son lícitos, para controlar la defraudación es necesario que estos sean interpretados, no aisladamente, sino como una única estructura. “De ello se sigue que aun cuando varios son los contratos y las causas que los justifican, no obstante, único es el negocio –esto es, la operación económica querida por las partes– a la cual los negocios mismos, y su disciplina, son sometidos, incluso desde el punto de vista del control por parte del ordenamiento”<sup>89</sup>. Por ello, evaluar si la operación económica merece tutela jurídica depende no tanto del mérito de cada negocio singularmente considerado, sino de la operación compleja resultante de su conexión<sup>90</sup>.

La categoría de los contratos conexos representa, entonces, una figura refleja y contraria al fraccionamiento contractual<sup>91</sup>. Determinado que uno de sus efectos jurídicos es la interpretación cruzada o sistemática de los contratos pertenecientes a la operación, ella permite al intérprete razonar de un modo inverso al que han seguido los contratantes al eludir la ley mediante el fraccionamiento. Para defraudar la ley, las partes dividen –también en el tiempo – en distintos actos lo que podrían hacer en uno único<sup>92</sup>. Para desenmascarar el fraude, el intérprete, y en especial el juez, deben reconocer los actos singulares y evaluar la conformidad de la operación económica unitaria a la luz de la norma imperativa<sup>93</sup>. La consideración de la estructura negocial y la unidad de la operación, sin límites formales, que permite la coligación negocial<sup>94</sup>, puede revelar el fraude a la ley que se ha perpetrado mediante la combinación de los contratos al evaluar, no cada causa individualmente, sino el resultado obtenido mediante la operación compleja<sup>95</sup>. En definitiva, lo que los contratos conexos permiten es interpretar los actos lícitos realizados al amparo de la norma de cobertura, pero como un todo unitario para

<sup>88</sup> GABRIELLI, 2020, p. 175.

<sup>89</sup> GABRIELLI, 2020, p. 173.

<sup>90</sup> FERRI, 1986, p. 405.

<sup>91</sup> GABRIELLI, 2020, p. 91.

<sup>92</sup> El fraccionamiento de la operación elusiva en varios actos separados en el tiempo plantea el problema en torno al cómputo de la prescripción de las acciones destinadas a declararlo, cuestión que desafortunadamente no podemos tratar en esta sede.

<sup>93</sup> CIUSA, 2015, p. 7.

<sup>94</sup> D'ANGELO, 2004, p. 550.

<sup>95</sup> CIUSA, 2015, p. 6.

determinar si coinciden, en la práctica, con el supuesto de hecho de la norma defraudada. Si coinciden, entonces el esquema contractual intentado no es sino otra forma de realizar el supuesto de la norma imperativa o prohibitiva, con lo que se configura su elusión.

Desde el Derecho italiano, la casuística jurisprudencial presenta múltiples ejemplos de coligamientos directamente sancionados por haber constituido el instrumento de un fraude a la ley<sup>96</sup>. Uno de los casos más frecuentes en los que se ha aplicado esta técnica es para extender la prohibición del pacto comisorio a los mutuos conexos con una venta en garantía<sup>97</sup>. En principio, tanto el mutuo como la compraventa son contratos lícitos. El problema aparece cuando ambos son celebrados entre las mismas partes, porque la operación puede estar destinada a eludir la prohibición del pacto comisorio en las garantías reales<sup>98</sup>. En el Derecho chileno, la cuestión se ha planteado a propósito de la venta por la que “el acreedor recibe de su deudor una cosa en propiedad con el objeto de asegurar el cumplimiento de su crédito, obligándose a restituírsela cuando el pago haya tenido lugar”<sup>99</sup>. Si cumple la obligación así garantizada, el acreedor restituye la cosa, en cambio, si incumple, este se queda con la cosa dada en garantía sin obligación de ejecutarla en pública subasta, lo que sería una infracción indirecta al artículo 2397 del Código Civil chileno<sup>100</sup>.

## CONCLUSIÓN

El fraude a la ley consiste en un procedimiento destinado a eludir la aplicación de una norma prohibitiva o imperativa. Este puede ser cometido, entre otras formas, fraccionando el acto *contra legem* en varios actos o contratos relacionados entre sí, cada uno de ellos lícito, pero que coordinados obtienen lo prohibido o evitan lo ordenado por la ley.

Al justificar la interpretación cruzada entre contratos, la teoría de los contratos conexos permite identificar cuándo dos o más contratos están relacionados entre sí, de modo que todos ellos conformen una única operación en el tráfico económico, en especial una elusiva o defraudatoria. En distintas normas, al sancionar el legislador el fraccionamiento contractual, sea este cuantitativo o cualitativo, se reconoce implícitamente la conexión

---

<sup>96</sup> RAPAZZO, 1998, p. 75.

<sup>97</sup> CIUSA, 2015, p. 7.

<sup>98</sup> Un extenso análisis desde el Derecho italiano se puede encontrar en CRICENTI, 1996, pp. 41-144.

<sup>99</sup> ALCALDE, 2022, p. 393. En Italia, por todos, SANTORO, 1971, p. 193.

<sup>100</sup> Artículo 2397 del Código Civil chileno: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.

Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”.

De la prohibición del pacto comisorio en el Derecho chileno, véase WEGMANN, 2009.

entre los distintos contratos celebrados, equiparando los efectos del esquema fraccionado con los del acto descrito por el supuesto de hecho de la norma que se pretende eludir.

En definitiva, los contratos conexos son un instrumento de control del fraude a la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, 2005: *Las obligaciones*, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALCALDE, Enrique y BOETSCH, Cristián, 2021: *Teoría general del contrato*, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALCALDE, Enrique, 2022: *Desacuerdos entre voluntad real y declarada*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARBA, Vincenzo, 2008a: “La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte prima”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Año LXII, N° 3.
- BARBA, Vincenzo, 2008b: “La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. Parte seconda”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Año LXII, N° 4.
- BETTI, Emilio, 2018: *Teoría general del negocio jurídico* (trad.), Carlos Aguerto, Sonia Quequejana y Benigno Choque, Santiago, Ediciones Olejnik.
- BOBBIO, Norberto, 1987: *Teoría general del derecho* (trad.), Eduardo Rozo, Bogotá, Editorial Temis.
- BUSTAMANTE, Luis, 2004: “Los contratos conexos. Los principios del Derecho Contractual clásico: autonomía del contrato y efecto relativo del mismo”, en Martinic, María Dora (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, Lexis Nexis.
- CABIDDU, Felice, 2021: *Dinamiche di partecipazione soggettiva alla fattispecie contrattuale*. Tesis para optar al grado de Doctor de Investigación en Ciencias Jurídicas en la Università degli Studi di Cagliari.
- CARIOTA FERRARA, 1956: *El negocio jurídico* (trad.), Manuel Albaladejo, Madrid, Editorial Aguilar.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, 1947: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Editorial Reus S.A.
- CAUMONT, Arturo, 2016: *Doctrina general del contrato*, 2° edición, Montevideo, La Ley.
- CIUSA, Francesco, 2015: *I negozi collegati nel diritto societario*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de Contratos en la Università degli Studi di Cagliari.
- CORRAL, Hernán, 2018: *Curso de derecho civil. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters.
- CRICENTI, Giuseppe, 1996: *I contratti in frode alla legge*, Milán, Giuffrè Editore.
- CRICENTI, Giuseppe, 2007: “Frazionamento del contratto e frode alla legge. Il caso del *leasing*”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, parte seconda.
- D'ANGELO, Andrea, 2004: “Contrato y operación económica”, en Leysser, León (edit.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, 2° edición, Lima, ARA Editores.
- DISTASO, Nicola, 1966: *I contratti in generale*, Tomo I, Turín, UTET.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 1991: “*Fraus omnia corrumpit*. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año LIX, N° 189.
- FERRI, Giovanni, 1986: *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*, Milán, Giuffrè Editore.
- FIGUEROA, Gonzalo, 2002: “El efecto relativo en los contratos conexos”, en Soto, Carlos y Jiménez, Roxana (coords.), *Contratación privada: contratos predispuestos, contratos conexos*, *Código Europeo de Contratos*, Lima, Jurista Editores.
- FUEYO, Fernando, 1991: “El fraude a la ley”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 88, N° 2.

- GABRIELLI, Enrico, 2009: *Doctrina general del contrato. El contrato y la operación económica* (trad.), Carlos de Cores, Tomo I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- GABRIELLI, Enrico, 2020: *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago, Olejnik.
- GALGANO, Francesco, 2002: *Il negozio giuridico*, 2° edición, Milán, Giuffrè Editore.
- GENY, Francisco, 1925: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2° edición, Madrid, Editorial Reus S.A.
- GIACOBBE, Giovanni, 1969: “Frode alla legge”, en Calasso, Francesco (edit.), *Enciclopedia del diritto*, Tomo XVIII, Milán, Giuffrè Editore.
- HERNÁNDEZ, Carlos, 2015: “Contratos conexos”, en Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- JUPPET, María Fernanda, 2017: *Estudio sobre operaciones mercantiles atípicas como herramienta para la gestión*, Santiago, Thomson Reuters.
- LARENZ, Karl, 1966: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad.), Enrique Gimbernat, Barcelona, Ediciones Ariel.
- LÓPEZ, Ana María, 1992: *Los contratos conexos: estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Tesis para obtener el grado de Doctor en la Universidad de Granada.
- LÓPEZ, Jorge, 1998: “Las cadenas de contratos o contratos coligados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 19.
- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián, 2017: *Los contratos. Parte general*, 6° edición, Santiago, Thomson Reuters.
- MASBERNAT, Karen y MASBERNAT, Patricio, 2021: “Los contratos vinculados en el derecho del consumo. Una aproximación comparada”, *Revista de Derecho (Universidad del Norte)*, N° 56.
- MESSINEO, Francesco, 1986: *Doctrina general del contrato* (trad.), R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Tomos I y II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MIRABELLI, Giuseppe, 1967: *Commentario del Codice Civile. Dei contratti in generale. Libro IV*, Tomo II, Turín, UTET.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos, 2021: “Fisionomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 2.
- MORELLO, Umberto, 1969: *Frode alla legge*, Milán, Giuffrè Editore.
- OJEDA, Diego, 2023: “Contratos conexos en la experiencia jurídica italiana. Notas para una recepción en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 41.
- PUELMA, Álvaro, 1999: *Contratación comercial moderna*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PIZARRO, Carlos, 2005: “La interdependencia de contratos que forman un mismo grupo contractual en el derecho francés”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, N° 7.
- PIZARRO, Carlos, 2007: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en Guzmán, Alejandro (edit.) *El Código Civil de Chile. 1855-2005*, Santiago, Legal Publishing.
- RAPAZZO, Antonio, 1998: *I contratti collegati*, Milán, Giuffrè Editore.
- SANDOVAL, Ricardo, 1996: *Nuevas operaciones mercantiles*, 3° edición, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.
- SANGERMANO, Francesco, 1996: “Dicotomía contratti misti contratti collegati”, *Rivista di diritto commerciale*, Año 94, N° 11-12.
- SANGERMANO, Francesco, 2007: *L'interpretazione del contratto. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Milán, Giuffrè Editore.
- SANTORO, Francesco, 1971: *Dottrine generali del Diritto Civile*, Nápoles, Jovene Editore.
- TEYSSIE, Bernard, 1975: *Les groupes de contrats*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- VÁSQUEZ, Walter, 2013: “Los contratos coligados en fraude a la ley con especial referencia al modelo jurídico italiano”, *Cuadernos de Trabajo del CICAJ PUCP*.
- VIAL, Víctor, 2003: *Teoría general del acto jurídico*, 5° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

WEGMANN, Adolfo, 2009: "Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13.

ZAPATA, Jonathan, 2021: "La conexidad contractual en los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud", *Justicia*, vol. 26, N° 39.

### *Normas jurídicas citadas*

CÓDIGO CIVIL, publicado el 14 de diciembre de 1855.

CÓDIGO CIVIL (Italia), publicado el 4 de abril de 1942.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (Argentina), publicado el 8 de octubre de 2014.

DECRETO LEY N° 776, sobre realización de la prenda, publicado el 22 de diciembre de 1925.

LEY N° 18.046, sobre sociedades anónimas, publicada el 22 de octubre de 1981.



## La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno

*Bárbara Sepúlveda Hales\**  
*Lieta Vivaldi Macho\*\**

### RESUMEN

*En los últimos años, el Tribunal Constitucional de Chile ha transitado desde una comprensión inicialmente restrictiva de la igualdad de género hacia una interpretación más profunda que incorpora estándares internacionales de derechos de las mujeres. Este artículo analiza en qué medida el TC ha incorporado la perspectiva de género en sus sentencias pertinentes al control posterior de constitucionalidad y resalta los hitos jurisprudenciales más significativos que dan cuenta de ello. Además, se presentan y definen brevemente los conceptos de hermenéutica constitucional con perspectiva de género, el que representa una crítica sustancial y una expansión del paradigma interpretativo tradicional en el ámbito del derecho constitucional, y de Constitucionalismo Feminista, el que busca, entre otros objetivos, desvelar las estructuras patriarcales incrustadas en los textos y prácticas constitucionales, y propone formas alternativas de interpretación y aplicación del derecho que promuevan la igualdad sustantiva y la justicia de género.*

Interpretación constitucional; Constitucionalismo feminista; perspectiva de género

*Gender perspective as hermeneutics in judicial review  
by the chilean Constitutional Court*

### ABSTRACT

*In recent years, the Constitutional Court of Chile has shifted from an initially restrictive interpretation of gender equality to a more comprehensive approach that incorporates international women's rights standards. This article analyses the extent to which the Constitutional*

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Magíster en Género (investigación), London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. <https://orcid.org/0000-0002-4396-0621>. Correo electrónico: bsepulveda@uahurtado.cl

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Sociología, London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Doctora en Sociología, Goldsmiths College, Universidad de Londres, Inglaterra. Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. <https://orcid.org/0000-0002-0501-5143>. Correo electrónico: lvivaldi@uahurtado.cl

Este trabajo está asociado al proyecto "Fortalecimiento de los estudios de Sociología del Género y Metodología Feminista en el Departamento de Ciencias del Derecho", Folio N° PAI77200044, Código 77200044510535.

Artículo enviado el 31.10.2023 y aceptado para su publicación el 12.6.2024.



*Court has integrated a gender perspective in its rulings on judicial review and highlights the most significant jurisprudential milestones that reflect this. Additionally, this text presents the concepts of constitutional hermeneutics with a gender perspective and feminist constitutionalism. Constitutional hermeneutics with a gender perspective represents a significant critique and expansion of the traditional interpretive paradigm in the field of constitutional law. Feminist constitutionalism aims to unveil the patriarchal structures embedded in constitutional texts and practices and proposes alternative forms of interpretation and application of the law that promote substantive equality and gender justice.*

Judicial review; Feminist constitutionalism; gender perspective.

## INTRODUCCIÓN

En años recientes, la perspectiva de género, entendida como un enfoque y metodología que busca entender las diferencias y desigualdades de género y cómo estas afectan en concreto a las personas, ha empezado a instaurarse en nuestra cultura jurídica como una praxis hermenéutica. En efecto, desde el 2018, el Poder Judicial ha establecido una política de igualdad de género y no discriminación<sup>1</sup>, en cuyo marco se fomenta la integración de dicha perspectiva en las sentencias<sup>2</sup>.

En el Tribunal Constitucional Chileno (TC) no existe una metodología similar instaurada, sin embargo, en sus fallos más recientes se percibe una transición en la orientación prevalente del Tribunal Constitucional, caracterizada por la adopción de estándares internacionales de derechos humanos que incorporan enfoques derivados de la perspectiva de género. Este artículo se propone examinar cómo el Tribunal Constitucional ha adoptado e incorporado la perspectiva de género en su jurisprudencia reciente. Inicia con una exploración teórica de la hermenéutica constitucional enmarcada en la perspectiva de género, poniendo especial énfasis en cómo esta aborda las diferencias estructurales capaces de generar discriminación. Este análisis se orienta hacia la garantía y efectiva realización de los derechos fundamentales, todo ello bajo el prisma del constitucionalismo feminista.

En este sentido, se argumenta que, para el constitucionalismo feminista, es de suma importancia examinar cómo el TC ha abordado casos relevantes en términos de género en el ámbito del control represivo de constitucionalidad, tanto en su manifestación concreta como en la abstracta. Esto adquiere relevancia especialmente en las materias jurídicas donde existe el riesgo de aplicar y perpetuar estereotipos de género o de restringir los derechos de las mujeres. En el presente artículo se consideran algunas sentencias desde 2005, luego de la reforma constitucional de la Ley Nº 20.050, que le otorgó la facultad de conocer las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Se analizan en particular sentencias en las que se han recogido algunos elementos de la perspectiva de

<sup>1</sup> Política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno, aprobada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia de Chile el 2 de febrero de 2018.

<sup>2</sup> Secretaría Técnica Igualdad de Género y no discriminación Poder Judicial, 2018.

género como hermenéutica y se utilizaron instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, relacionadas con la discriminación por una “conducta homosexual” en el matrimonio que contradice los principios de igualdad, sentencias relativas al análisis de determinados delitos, incluidos los sexuales, y la utilización del concepto de violencia de género por parte del TC.

Finalmente, se postula que el control de constitucionalidad, en conjunción con el control de convencionalidad aplicado a los tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres, ha ejercido una influencia creciente en la interpretación constitucional bajo una óptica de género. Este enfoque ha permitido asegurar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se alinee con los estándares internacionales de derechos humanos, facilitando así, de forma incipiente, una interpretación de la Constitución que promueve la igualdad de género y el respeto a los derechos de las mujeres.

## 1. CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, PERSPECTIVA DE GÉNERO Y HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

### 1. *Aproximaciones al concepto de Constitucionalismo Feminista*

El constitucionalismo feminista se inscribe en el ámbito de la teoría constitucional como un modelo jurídico-político que, con algunos antecedentes teóricos de la aproximación entre derecho constitucional y género distribuidos con mayor fuerza en la segunda mitad del siglo XX<sup>3</sup>, adquiere esta denominación propia en la década de los 2000. En un sentido epistemológico y con ciertos matices, se puede entender como parte de la tradición del constitucionalismo moderno, pero cuyo objetivo es reinterpretar y remodelar las estructuras legales y constitucionales mediante un análisis de sus implicancias en términos de género. En este sentido, se trata de un nuevo constitucionalismo crítico que explora cómo las normativas y las prácticas constitucionales han contribuido a –o consolidado– las desigualdades y jerarquías de género en la sociedad, enfocándose en la necesidad de promover una igualdad sustantiva mediante la revisión y modificación de las estructuras jurídicas y políticas, las instituciones, las normas, los principios y las interpretaciones jurídicas existentes. De esta forma, aborda la crítica jurídica de la exclusión o marginalización de las experiencias y necesidades de las mujeres y otros grupos de géneros minoritarios dentro del marco legal y constitucional.

---

<sup>3</sup> Entre otros, se destacan los trabajos de Ruth Bader Ginsburg: “Sexual Equality Under the Fourteenth and Equal Rights Amendments”, de 1979 y “Gender and the Constitution”, de 1975. En otros debates acerca del Estado y el derecho constitucional: Pitkin, Hanna, 1981, “Justice: On Relating Private and Public”. *Political Theory* 9 (3): 327-52; Mackinnon, Catharine, 1989, *Toward a Feminist Theory of the State*; Gordon, Linda, 1990, “The Welfare State: Towards a Socialist-Feminist Perspective”. *Socialist Register* 26: 171-200; Binion, Gayle, 1991, “Toward a Feminist Regrounding of Constitutional Law”. *Social Science Quarterly* 72 (2): 207; Amar, Akhil Reed, 1995, “Women and the Constitution”. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 18: 465-74; Pateman, Carole, 1996, “Críticas Feministas a la dicotomía Público/Privado”. En *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, 2-23. Barcelona: Paidós.

Beverly Baines y Ruth Rubio-Marín –siguiendo la línea de Carole Pateman en su obra *El Contrato Sexual*<sup>4</sup>– argumentan que el constitucionalismo contemporáneo ha perpetuado un paradigma democrático fundamentado en una ideología del contrato social-sexual, la que impone limitaciones estructurales inherentes a la plena participación ciudadana de las mujeres. Esta crítica se extiende a las diversas manifestaciones del constitucionalismo que, pese a sus diferencias, comparten la premisa de una supuesta neutralidad de género. Sin embargo, tal postulado se revela como una abstracción que ignora las desigualdades de género arraigadas, perpetuando así un marco jurídico que no aborda adecuadamente la discriminación y las barreras que enfrentan las mujeres en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales<sup>5</sup>.

Estas autoras subrayan que el constitucionalismo feminista efectúa un escrutinio crítico y cuestiona diversos aspectos fundamentales dentro del marco del derecho constitucional. En primer lugar, se revisa la noción formal de igualdad, argumentando que esta concepción puede no abordar adecuadamente las desigualdades estructurales y las diferencias materiales existentes. En segundo término, se analiza la dicotomía entre el centro y la periferia en el ámbito del derecho constitucional, sugiriendo que esta distinción perpetúa exclusiones y marginaciones. Agregan que el constitucionalismo feminista desafía las nociones y categorías tradicionalmente aceptadas como inherentes al derecho constitucional, tales como la separación entre lo público y lo privado, las jerarquías y la universalidad de los derechos, entre otras, argumentando que dichas distinciones refuerzan estructuras de poder desiguales y afectan la efectividad de los derechos.

Este enfoque también implica una revisión crítica de las instituciones y los derechos desde una perspectiva de género, cuestionando cómo estas estructuras pueden perpetuar desigualdades o, por el contrario, actuar como vehículos para la promoción de la igualdad de género. Por otra parte, el derecho comparado se convierte en una herramienta útil para este análisis, permitiendo el estudio de diferentes enfoques y soluciones jurídicas adoptadas en diversos contextos para abordar la discriminación de género. Además, Baines y Rubio-Marín argumentan que el constitucionalismo feminista se involucra con teorías acerca de la diversidad, reconociendo la importancia de abordar y valorar las diferencias, no solo en términos de género, sino también considerando otras intersecciones como la raza, la clase, la orientación sexual, entre otras, para construir un marco jurídico más inclusivo y equitativo<sup>6</sup>.

Catharine MacKinnon, por su parte, argumenta que el constitucionalismo adquiere una dimensión feminista bajo ciertas condiciones específicas. Este se caracteriza por estar impulsado por principios alternativos al *statu quo*, abordando y desafiando la supremacía masculina de manera estratégica y directa, sin recurrir a evasivas. Es fundamental que promueva una igualdad sustantiva, no solo formalmente reconocida en documentos legales, sino también efectiva y palpable en el orden social. Para la autora, aunque este

<sup>4</sup> PATEMAN, 1995.

<sup>5</sup> BAINES, BARAK-EREZ & KAHANA, 2012, pp. 2-4.

<sup>6</sup> BAINES, BARAK-EREZ & KAHANA, 2012, pp. 4.

enfoque constitucional sea sensible a los distintos contextos socioculturales, rechaza cualquier justificación de la sumisión femenina bajo el pretexto de diferencias culturales. En este sentido, se opone a la concepción de que las esferas doméstica, familiar y comunitaria sean meramente privadas y, por esta razón, exentas del escrutinio público, argumentando que estas áreas son fundamentales para el análisis feminista<sup>7</sup>.

MacKinnon señala que el constitucionalismo feminista también critica la racionalización de cualquier forma de dominación o violencia como si hubiera sido consentida en situaciones donde no existe una libertad efectiva para disentir, ni poder para evitar tales acciones o sus consecuencias. Finalmente, plantea una reflexión crítica respecto de si el Estado y el derecho reflejan una hegemonía masculina, tanto en su contenido como en su estructura, cuestionando la neutralidad de estas instituciones y promoviendo un análisis que revele y confronte las desigualdades de género inherentes en el sistema jurídico<sup>8</sup>.

En síntesis, el constitucionalismo feminista ha argumentado que una democracia plena requiere más que la igualdad formal ante la ley; demanda una transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas para erradicar las desigualdades de género, comprometiéndose con la justicia de género y empleando el análisis crítico para desafiar y redefinir las concepciones tradicionales de lo público y lo privado, el sujeto de derecho, la soberanía, la ciudadanía, la democracia y los derechos humanos.

## 2. *Perspectiva de género en las sentencias judiciales*

Una observación preliminar al abordar la interpretación jurídica con perspectiva de género reside en que, al igual que no existe un único *iusfeminismo*, tampoco hay una sola modalidad de interpretación. Al respecto, Barak-Erez distingue cuatro enfoques de interpretación feminista del derecho que coinciden con tipos de feminismo: liberal, cultural, radical, y de la diversidad<sup>9</sup>. Cada una de estas miradas desde el género realiza un énfasis en algún aspecto del derecho y contribuye, a su manera, a enriquecer el debate jurídico.

La autora señala que el feminismo liberal, por ejemplo, al insistir en leer los textos neutros en cuanto al género como aplicables en general tanto a hombres como a mujeres y aspirar a dar significados restringidos a las disposiciones que sí contienen distinciones entre hombres y mujeres, “puede inspirar varias herramientas interpretativas, todas ellas al servicio de la igualdad formal de oportunidades”<sup>10</sup>. Asimismo, reconoce en la diversidad de voces y la ética del cuidado que promueve el feminismo cultural, un potencial para reformar el derecho mediante la interpretación en aquellas tradiciones constitucionales reticentes a reconocer los derechos sociales<sup>11</sup>. La interpretación puede desempeñar un papel importante en el contexto de muchos textos constitucionales

<sup>7</sup> MACKINNON, 2011, p. x.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. xi.

<sup>9</sup> BARAK-EREZ, 2012, p. 86 y ss.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 86.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 88.

vagos en este ámbito. Luego, la autora señala que la interpretación que se inspira en el feminismo radical respalda las opciones interpretativas que conducen a una resistencia más eficaz a dicha subordinación social de la mujer al hombre y la liberación de su sometimiento a la violencia<sup>12</sup>. Por último, Barack-Erez identifica la diversidad de voces en el feminismo como una ampliación necesaria del análisis jurisprudencial feminista, de forma tal que no se utilice solo la mirada de las mujeres de clase media y educadas, y así evitar la captura por parte de una élite del análisis feminista del derecho.

En el ámbito del análisis jurisprudencial con perspectiva de género, las aportaciones de Ruth Bader Ginsburg ostentan un carácter pionero. Casi dos décadas antes de su nominación a la Corte Suprema, con su artículo “El género y la Constitución” redactado en 1975, Bader Ginsburg inauguró un campo de investigación que resultaría fundamental para el avance de la teoría de género en el derecho constitucional estadounidense. Los escritos de la autora ejercieron una influencia notable en la Corte Suprema norteamericana, la que había comenzado a establecer precedentes que expandían la comprensión de la interpretación constitucional como no neutral respecto del género<sup>13</sup>, y que aspiraban a una igualdad constitucional que no se podía materializar genuinamente si su tutela replicaba las preconcepciones de desigualdad fundamentadas en el género. Sin embargo, la perspectiva de género está lejos de ser un método consolidado en la jurisprudencia norteamericana. Muchas de las contribuciones de Bader Ginsburg al desarrollo de este método en la Corte Suprema de EE.UU. se hicieron por la vía de opiniones disidentes.

En su fallo de 1971 en el caso *Reed vs. Reed*, la Corte estadounidense evidenció no solo la modificación de su perspectiva respecto de la naturaleza de las diferencias de género, sino más específicamente el efecto transformador de requerir a los tribunales que aplicaran la lógica predominante de la legislación pertinente a discriminación racial al dominio de la jurisprudencia respecto de igualdad de género<sup>14</sup>. Este caso estableció un precedente significativo al reconocer que la discriminación basada en el género se debe someter a un escrutinio riguroso por parte de los tribunales y que las leyes que discriminan por género son inconstitucionales a menos que puedan demostrar una justificación convincente y necesaria. Ahora bien, recientemente, las decisiones de este órgano han fragilizado sus precedentes más significativos, especialmente en materia de aborto, dentro de estos, los más relevantes del debate constitucional acerca del aborto en la Corte Suprema de EE.UU. son: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992); y *Dobbs v. Jackson*. No. 19-1392, sentencia de 24 de junio de 2022<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>13</sup> GINSBURG, 1975, p. 10.

<sup>14</sup> WILLIAMS, 2016, p. 250.

<sup>15</sup> En el caso *Roe v. Wade*, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que el *nasciturus* no se clasifica como persona bajo los términos de la Constitución de dicha nación y, por consiguiente, no es titular de derechos constitucionales. La sentencia dictaminó que la vida del *nasciturus* no constituye un valor que ostente rango constitucional, lo que implica que los poderes legislativos no están jurídicamente compelidos a salvaguardarla como parte de un mandato constitucional, sin embargo, poseen la facultad discrecional

Desde el 2018, el Poder Judicial chileno ha implementado una política enfocada en la igualdad de género y la no discriminación. Dentro de este contexto, se promueve activamente la incorporación de esta perspectiva de género, tanto en el análisis de casos como en el proceso de dictaminación de sentencias. Para esta labor, el Poder Judicial diseñó una metodología basada en el examen de elementos conceptuales y normativos que la judicatura puede aplicar utilizando una matriz de análisis, como herramienta de asistencia, para conocer y resolver los casos sometidos a su conocimiento. Aunque aún se categoriza como una política de buenas prácticas y, por esta razón, no vinculante para los jueces y juezas, constituye un progreso sustancial hacia una comprensión más enriquecida y crítica de la función judicial y su papel como custodio de la justicia para todos los individuos. En efecto, dicha matriz señala que el análisis con perspectiva de género se trata de un mandato constitucional derivado de la obligación del Estado de Chile de cumplimiento de los tratados internacionales y que debe ser aplicado en la sentencia “aun y cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones”<sup>16</sup>.

En el Tribunal Constitucional no existe, de una forma al menos institucionalmente reconocida, una matriz similar a la establecida por la Corte Suprema. Por tanto, una manera de identificar si una sentencia del TC incorpora la perspectiva de género, es utilizar como referencia los elementos mínimos que se consagran en el Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias del Poder

---

de otorgar protección a la vida del *nasciturus*. En relación con la Constitución, dicho interés estatal puede prevalecer sobre los derechos de la mujer cuando se eleva al nivel de un interés apremiante o *compelling interest*. Esto ocurre a partir del umbral de viabilidad fetal, instante en el cual se considera que el feto podría sobrevivir fuera del útero materno, siempre y cuando la continuación del embarazo no represente una amenaza para la salud o la vida de la mujer gestante.

Luego, en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, hubo una reevaluación doctrinal de la decisión *Roe*. Se concedió al Estado la potestad de manifestar su interés en la tutela de la vida prenatal, incluso con anterioridad al periodo de viabilidad del feto. No obstante, esta autorización está condicionada a que las regulaciones estatales no impongan una carga indebida —o *undue burden*— que impida sustancialmente el ejercicio del derecho de la mujer a decidir por la interrupción del embarazo. En consecuencia, cualquier medida estatal que tenga el efecto de crear obstáculos significativos ante el acceso al aborto estaría considerada como tal carga indebida y, por tanto, inadmisibles bajo el criterio establecido por esta jurisprudencia.

En el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), el Tribunal de Distrito dictó un fallo en favor de los demandados, emitiendo una prohibición permanente acerca de la ejecución de la ley en cuestión. El fundamento de esta decisión se basó en que la restricción de aborto después de las 15 semanas estipulada por el estado de Mississippi infringía los precedentes establecidos por la Corte Suprema que impiden a los estados la prohibición del aborto antes del punto de viabilidad fetal.

El fallo de la Corte Suprema en *Dobbs v. Jackson* concluyó lo siguiente: la Constitución de los Estados Unidos no confiere un derecho al aborto; los casos *Roe* y *Casey* son revocados; y la autoridad para regular el aborto se devuelve a los ciudadanos y a sus representantes electos. Este veredicto representó un cambio significativo en la jurisprudencia sobre el derecho al aborto en Estados Unidos, otorgando a los estados la capacidad de regular o prohibir el aborto sin las limitaciones impuestas por los casos *Roe* y *Casey*.

<sup>16</sup> Secretaría Técnica Igualdad de Género y no discriminación Poder Judicial, 2018, p. 87.

Judicial, para la labor jurisdiccional ordinaria, y aplicarlos por analogía en el análisis de sentencias dictadas en el ámbito de la jurisdicción constitucional<sup>17</sup>.

En este sentido, la aplicación de la matriz del Poder Judicial para juzgar con perspectiva de género en las sentencias del TC, debería obedecer al menos a seis pasos. El primero se centra en la identificación detallada del caso. Esto implica el análisis del contexto en que ocurren los hechos, teniendo en cuenta aspectos como las costumbres, estereotipos de género, la valoración social de las mujeres y de individuos en situación de vulnerabilidad. Se debe identificar a las partes o sujetos procesales, atendiendo a categorías que podrían ser objeto de discriminación, como la raza, género, orientación sexual, entre otros. Es crucial determinar los derechos que se consideran vulnerados o limitados, quiénes son los afectados, quiénes deben garantizar esos derechos y si estos se reclaman de manera individual o colectiva, especialmente en casos de discriminación o violencia contra mujeres. Finalmente, se evalúa la necesidad de adoptar medidas de protección ante posibles daños graves a la integridad o la vida de las personas involucradas.

El segundo paso es el de análisis y desarrollo del caso, donde la matriz sugiere actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia, identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio, considerar los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión de jueces y juezas, como de las intervenciones de las partes y establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad, etc.), por lo que se requiere un análisis de interseccionalidad.

El tercer paso consiste en examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, especialmente en situaciones de discriminación o violencia donde la evidencia directa puede ser escasa. Se destaca que, en casos de violencia contra las mujeres, no siempre se pueden aplicar las generalizaciones o máximas de experiencia habituales, como la consistencia en los testimonios para evaluar su credibilidad. Lo anterior debido al carácter cíclico de la violencia de género<sup>18</sup>, lo que conduce a las víctimas muchas veces a retractarse “ya sea por amenaza, reconciliación, dependencia, etcétera”.

El cuarto paso se refiere al examen normativo, considerando un marco normativo amplio al revisar y aplicar las normas que conciernen al caso. Asimismo, señala que en este paso se debe analizar “la aparente neutralidad de la norma con el fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación”.

El quinto paso consiste en la revisión de la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica. Aquí se sugiere consultar la amplia doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional en casos concernientes a desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer.

---

<sup>17</sup> Se emplean los conceptos jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional en los términos de Colombo Campbell, para distinguir entre la jurisdicción (como ámbito de competencia) que le corresponde al Tribunal Constitucional y la que le corresponde al resto del sistema. COLOMBO, 2002, p. 41 y ss.

<sup>18</sup> En este sentido, la matriz del PJUD incorpora lo demostrado en la obra de Leonore Walker respecto del proceso que viven las víctimas de violencia de género por parte de sus agresores. Ver: Walker, L.E., 2016. *The battered woman syndrome*. Springer Publishing Company.

El sexto paso recomienda dictar la sentencia de manera prioritaria y en un tiempo razonable, enfocándose en garantizar igualdad, no discriminación y acceso a la justicia, incluyendo medidas de reparación integral. Además, subraya la importancia de redactar la decisión con suficiente rigor para que tenga un efecto pedagógico, promoviendo la transformación cultural y previniendo la persistencia de conductas discriminatorias y violentas. Es decir, admite el rol de los órganos jurisdiccionales del Estado de no solo ser garantes de derechos humanos, sino también de promover y contribuir a los cambios culturales para su realización, sensibilizando a la sociedad para la toma de conciencia acerca de la realidad de las mujeres<sup>19</sup>.

### 3. *Hermenéutica constitucional con perspectiva de género y estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile*

La perspectiva de género como canon hermenéutico constitucional implica una metodología interpretativa que busca elucidar el sentido, alcance y aplicación de las normas y principios constitucionales desde un enfoque que reconoce y atiende las desigualdades y diferencias de género existentes en la sociedad<sup>20</sup>. Esta perspectiva se fundamenta en la idea de que la interpretación y aplicación del derecho no son procesos neutrales, sino que están imbuidos de las estructuras sociales y culturales que pueden perpetuar desigualdades, como las que reproducen jerarquías basadas en el género. Por tanto, también busca comprender las implicaciones filosóficas, políticas y sociales que subyacen en el texto constitucional y que pueden afectar a las mujeres, en cuanto la jurisdicción constitucional opera, en palabras de Busch, como una “zona de contacto entre el derecho y la realidad política”<sup>21</sup>.

De esta manera, la hermenéutica de género en el derecho constitucional no solo enriquece la interpretación jurídica, sino que también desafía y expande los límites del discurso constitucional tradicional. Su aplicación permite un desvelamiento de supuestos normativos discriminatorios y provee una interpretación contextualizada de las normas constitucionales, al tomar en cuenta las diferencias de género y las desigualdades estructurales que afectan la realización de los derechos fundamentales. Así, propicia una jurisprudencia crítica que fomenta un diálogo más directo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, al incorporar estándares y principios internacionales referentes a igualdad de género en la interpretación constitucional.

En el transcurso de su evolución jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha emitido fallos de relevancia en los que la aplicación de una perspectiva de género habría sido pertinente, sin embargo, se observó una notable ausencia de este enfoque. Un ejemplo de esta ausencia fue la sentencia de inconstitucionalidad del Decreto Supremo reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que autorizaba la distribución de la “píldora

<sup>19</sup> SILVA, 2021, p. 38.

<sup>20</sup> BARAK-EREZ, 2012, pp. 85 y 86.

<sup>21</sup> BUSCH, 2006, p. 277.



del día después” como método de anticoncepción de emergencia en los consultorios<sup>22</sup>. El TC acogió el requerimiento argumentando que el derecho a la vida concurre desde la concepción, anteponiendo la existencia del cigoto a la de la mujer y su esfera de autonomía reproductiva. Más de diez años después, en enero de 2019, el TC resolvió los requerimientos de inconstitucionalidad presentados por senadores y diputados respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, que establecía el Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario<sup>23</sup>. En esta sentencia restringió los derechos de las mujeres de la Ley IVE al estimar inconstitucional el límite a la objeción de conciencia de las instituciones cuando estas contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón. En la misma línea, en resoluciones más recientes que abordan los derechos parentales de parejas del mismo sexo<sup>24</sup>, el tratamiento de las cuestiones de género no alcanzó la profundidad esperada<sup>25</sup>.

En materia de familia, a modo de ejemplo, es posible señalar las deliberaciones del TC respecto de la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Aunque es importante señalar que estas deliberaciones tuvieron lugar antes de la aprobación del matrimonio igualitario en Chile. Entre los análisis académicos de esta materia destacan los trabajos de Fabiola Lathrop<sup>26</sup> y Yanira Zúñiga<sup>27</sup>.

A contraparte, existen sentencias donde el Tribunal parece adoptar una postura más receptiva hacia la sensibilidad de género, aunque sin llegar a consolidar un marco analítico que se alinee completamente con los principios y lógicas inherentes a la perspectiva de género, tal como se evidencia en el fallo sobre la Ley de Isapres, en el que se declaró la inconstitucionalidad de algunos criterios de la tabla de factores utilizada para determinar los precios de los planes de las Isapres, como la diferenciación entre el hombre y la mujer para efectos del riesgo<sup>28</sup>. Asimismo, en el periodo previo a las sentencias de la Ley Pascua –que se examinará más adelante–, se detectan intentos por parte del Tribunal de incorporar elementos de la perspectiva de género, notablemente en la sentencia referente a la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en tres causales<sup>29</sup>. Este enfoque, aunque incipiente, marca un enfoque fundamental hacia una mayor consideración de las dimensiones de género en el análisis jurídico constitucional.

La identificación y análisis de estos momentos clave dentro de la trayectoria jurisprudencial del Tribunal Constitucional revelan una evolución que, por momentos, parece fluctuar o incluso retroceder en cuanto a la integración efectiva de la perspectiva de género en su razonamiento y dictámenes. Este reconocimiento de una evolución no

<sup>22</sup> Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008, rol 740-08.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2019, rol 5572-18.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, 6 de noviembre de 2020, rol 7774-19.

<sup>25</sup> ZÚÑIGA, 2021, p.

<sup>26</sup> LATHROP, 2017.

<sup>27</sup> ZÚÑIGA, 2021.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2010, rol 1710-10.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, 28 de agosto de 2017, rol 3729-17.

lineal es fundamental para comprender la dinámica compleja y, en ocasiones, contradictoria que caracteriza la incorporación de consideraciones de género en el ámbito jurídico constitucional.

Un factor crítico que parece haber obstaculizado la efectiva integración de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional del Tribunal Constitucional se relaciona con su histórica postura respecto del papel y jerarquía de los tratados internacionales dentro del proceso de control de constitucionalidad, así como la consideración hacia las sentencias interamericanas. A pesar de un incipiente cambio de dirección en esta materia, tal evolución es frecuentemente ignorada o minimizada, llevando a una interpretación errónea de las prácticas del TC. Este malentendido sugiere, equivocadamente, que el TC ha mantenido una práctica constante de incorporar estándares internacionales como pilares fundamentales de sus resoluciones. Esta ambigüedad es particularmente palpable al analizar la sentencia de inaplicabilidad respecto del caso de la Ley Pascua<sup>30</sup>, destacando así la complejidad y el retraso en la adopción de una perspectiva de género más robusta y coherente en el marco jurídico constitucional.

Ahora bien, para realizar una interpretación constitucional con perspectiva de género, el TC enfrenta diversos desafíos. En primer lugar, la Constitución de 1980 no contempla derechos específicos de las mujeres, las cláusulas paritarias están referidas a los órganos que deben efectuar su reforma total y la norma que establece la igualdad de hombres y mujeres se enmarca en la igualdad meramente formal. En segundo lugar, a esto se debe sumar una aun débil consagración de derechos de las mujeres en el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, a juicio de MacKinnon, esto no debiera ser necesariamente un obstáculo para la interpretación sensible al género que puede realizar un tribunal constitucional. La autora señala que lo textual a nivel constitucional no será determinante por sí solo, sino que más bien, sea cual sea el lenguaje textual de la Constitución, los poderes judiciales suelen desplegar diversas teorías de igualdad a la hora de interpretar y aplicar los términos de género<sup>31</sup>. En este sentido, para poder suplir la falta de un reconocimiento expreso de normas de género a nivel constitucional, resulta del todo evidente que, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, los tribunales debieran realizar una interpretación conforme con los tratados internacionales de derechos humanos y a la luz de esos instrumentos jurídicos, por ejemplo, interpretar los derechos fundamentales positivizados con el fin de integrar los estándares de igualdad de género.

La utilización de los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres permite aprehender y reconocer la naturaleza en constante desarrollo de los derechos fundamentales, garantizar su no regresividad y promover interpretaciones que reflejen los avances sociales en la comprensión de la igualdad de género. Esta interpretación no se limita únicamente a los marcos normativos de las convenciones, sino que abarca igualmente otros instrumentos que forman parte de los estándares internacionales. Esto

---

<sup>30</sup> VILLAVICENCIO Y ZÚÑIGA, 2022.

<sup>31</sup> MACKINNON, 2012, p. 406.

es, aquellos contenidos e interpretaciones actualizadas que se encuentran en instrumentos emanados de los organismos internacionales de derechos humanos que no tienen carácter vinculante para los Estados, como la jurisprudencia internacional, las conferencias y las plataformas de acción, las observaciones, las opiniones consultivas, las relatorías y las recomendaciones generales, entre otros. En materia de derechos de las mujeres, los instrumentos más relevantes para fijar los estándares son la CEDAW; la Plataforma y Plan de Acción de Beijing; la Convención de Belém do Pará y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, el control de convencionalidad establece que los jueces en países firmantes de la CADH deben asegurar que las leyes nacionales no contradigan los objetivos y fines de la Convención. En esta línea, la Corte IDH señala que el Poder Judicial no debe aplicar solo las disposiciones del tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>32</sup>. Si bien el TC chileno no pertenece al Poder Judicial, ejerce justicia constitucional. Además, la Corte IDH ha estimado que realizar el control de convencionalidad es una obligación extensiva a todos los órganos del Estado<sup>33</sup>.

Como se expondrá a continuación, el control de convencionalidad que realiza el TC en las sentencias de control posterior de constitucionalidad que se han seleccionado en este trabajo se ajusta a lo dispuesto por la Corte IDH<sup>34</sup>. En relación con lo anterior, respecto del parámetro del control de constitucionalidad, el TC chileno también ha reconocido en su jurisprudencia algunas manifestaciones de la idea del bloque de constitucionalidad<sup>35</sup>.

## 2. SENTENCIAS SOBRE CONTROL POSTERIOR DE CONSTITUCIONALIDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el contexto del control de constitucionalidad posterior, que abarca las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (control concreto) y las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto), se puede discernir con mayor claridad la evolución de la perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta ha transitado desde una ausencia completa de la perspectiva de género, a una inicial aún exigua. Inclusive la incorporación del concepto “perspectiva de género” aparece por primera vez en fallos muy recientes –los que se analizarán en lo que sigue–, ya que el TC, hasta esas sentencias, no había utilizado el término género, sino una forma más restrictiva basada en la noción de igualdad formal entre hombres y mujeres establecida en el artículo 19 número 2 de la Constitución.

<sup>32</sup> Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, párr. 123.

<sup>33</sup> Ver: Corte IDH, 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Corte IDH, 20 de noviembre de 2007, párr. 78; Corte IDH, 1 de octubre de 2021, párr. 138.

<sup>34</sup> Corte IDH, 31 de agosto de 2010, párr. 219.

<sup>35</sup> Véanse: Tribunal Constitucional, sentencias roles 634-06, 1340-09, 1443-09 y 1852-10.

Como se ha dado cuenta por el sector *iusfeminista* de la doctrina<sup>36</sup>, el TC ha abordado asuntos de gran relevancia para las mujeres y, en algunos casos emblemáticos, sus sentencias han reforzado estereotipos de género o restringido los derechos de las mujeres. Como señala Zúñiga, en estos casos, los votos de mayoría más que argumentos son resistencias, parte del *backlash* conservador y de imaginarios tradicionales del género<sup>37</sup>. No obstante, es posible advertir en una pequeña proporción de la jurisprudencia constitucional de los últimos años, que el TC ha incorporado una incipiente perspectiva de género, y que su interpretación de ella ha evolucionado hacia una comprensión cada vez más sofisticada.

A continuación se examinarán cuatro sentencias del Tribunal Constitucional. La primera es la sentencia de abril de 2021 que acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coquimbo, respecto del numeral 4º, del artículo 54 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil<sup>38</sup>. Este caso se presenta con la prevención de que, en tiempo posterior a esta sentencia, se aprobó en Chile el matrimonio igualitario<sup>39</sup> y se derogó la causal de *conducta homosexual* como habilitante para el divorcio culposo<sup>40</sup>. La segunda sentencia es acerca de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley N° 16.441, comúnmente conocida como Ley Pascua, que otorgaban determinados beneficios penales a los hombres rapanui que cometieran delitos sexuales. Finalmente, en las dos últimas sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se analizarán, el TC se ha pronunciado referente a la perspectiva de género en la investigación penal y ha aplicado ciertos estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en el acceso a la justicia en causas penales concernientes a violencia de género, en particular, por la constitucionalidad de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, esto es, la facultad del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento.

1. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del numeral 4º, del artículo 54 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, respecto de la aplicación de la causal de divorcio de “conducta homosexual”*

Este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, presentado en 2020 por una jueza de familia, relata un litigio de divorcio por culpa interpuesto por el marido en contra de su cónyuge, basado en la causal genérica del inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil y en las causales particulares de los números 2º y 4º. Es decir, el cónyuge solicitó el divorcio por culpa debido a la transgresión grave de los deberes y responsabilidades matrimoniales, fundamentando su demanda en la infidelidad y en la *conducta homosexual* de la mujer, ya que habría sostenido desde el 2018 una relación afectiva con otra mujer. Señaló que, de comprobarse los hechos, el

<sup>36</sup> Ver: CASAS Y GONZÁLEZ, 2012; LATHROP, 2017; y ZÚÑIGA, 2021.

<sup>37</sup> ZÚÑIGA, 2021, p. 101.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, Rol 8851-20.

<sup>39</sup> Ley N° 21.400, 2021.

<sup>40</sup> Ley N° 21.367, 2021.

artículo impugnado sería aplicable y determinante para el fallo del caso, y la magistrada debería decretar el divorcio por la causal de conducta homosexual, causal que, sostuvo, era inconstitucional conforme al artículo 19 Nº 2 de la Constitución, que garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley.

Al solicitar la declaración de inaplicabilidad, la jueza argumentó que la causal de divorcio por conducta homosexual era altamente arbitraria, despreciando y sancionando solo a ciertos cónyuges, culpabilizándolos por algo que no es sancionable, como, en el caso, era la relación sexo-afectiva de la demandada con otra mujer. Agregó que era suficiente demandar y demostrar la infidelidad, sin necesidad de recurrir a la causal del Nº 4, porque, respecto del derecho a la identidad de género, no era relevante el sexo de la persona con quien se comete la infidelidad, bastando que se demostrara la relación extramatrimonial.

En su sentencia, el TC acogió los argumentos del Juzgado de Familia y recalcó que no se justificaba que el legislador hubiera introducido la conducta homosexual “en el mismo catálogo de delitos, patologías sociales, enfermedades de dependencia física o sentencias condenatorias por abusos o violencia” del artículo 54 inciso segundo. Esto, a juicio del Tribunal, se traduce en un *doble agravio constitucional*, ya que asimila la homosexualidad a condiciones patológicas y atenta contra la igualdad entre un hombre y una mujer en las reglas de ejecución del matrimonio, las que abarcan hasta su disolución<sup>41</sup>. Además, indicó que la conducta homosexual sea una causal de divorcio por culpa atribuye al cónyuge una responsabilidad por actos que son inseparables de su condición personal, lo que refuerza un criterio subjetivo no autorizado por la Constitución. En esta línea, el TC consideró que no se puede permitir la instauración de un límite a un derecho fundamental a la igualdad de trato, si la esencia de ese límite radica en menospreciar la condición del individuo mismo o atribuirle responsabilidad y sanciones por un patrón de comportamiento que no puede alterar<sup>42</sup>.

En este sentido, el Tribunal advierte que, si bien una interpretación neutra de la noción de conducta no refiere acciones específicas, es la calificación mediante el adjetivo de *homosexual* que se *activa una integración normativa de prejuicios*, que recaería en la función interpretativa del Juzgado de Familia con la potencialidad de *incorporar hechos ilimitadamente adversos sin atender a la condición de persona y a sus características individuales*<sup>43</sup>. Estos prejuicios de índole sexual que identifica el Tribunal son estereotipos de género propios de la heteronormatividad<sup>44</sup> que ha imperado en Chile en el ámbito jurídico de la familia y en la institución del matrimonio, al menos hasta el año 2021, cuando se reforma la Ley de Matrimonio Civil.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimo.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimocuarto.

<sup>43</sup> Tribunal Constitucional, 27 de abril de 2021, rol 8851-20, considerando trigésimoquinto.

<sup>44</sup> Casas y González denominan heteronormatividad al “hecho que las normas están interpretadas o fueron creadas desde un paradigma en que todos los sujetos en una sociedad son o deben ser heterosexuales”. Los autores concluyen que “de allí se desprende que los comportamientos sexuales diversos serán una desviación denostada, castigada o incluso penalizada”. CASAS Y GONZÁLEZ, 2012, p. 263.

2. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 (Ley Pascua)*

Siguiendo con la revisión de esta evolución interpretativa, se destaca un asunto que fue emblemático para el constitucionalismo feminista chileno en los últimos años, el “Caso Ley Pascua”. Esto, debido a que en un juicio por violación cometida en la Isla de Pascua por un individuo perteneciente al pueblo indígena Rapa Nui, el juez cuestionó la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones que otorgaban ciertos beneficios penales a los isleños en caso de ser encontrados culpables de determinados delitos, incluyendo los sexuales. La violación ocurrió la madrugada del 6 de octubre de 2019, y fue perpetrada en contra de una turista.

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue presentado en junio de 2020, por el Juzgado Mixto de Isla de Pascua, referente a los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Esta ley, que se originó en 1966, otorgaba ciertos beneficios a las personas nativas de la isla que fueran acusadas de cometer los delitos contemplados en los títulos Séptimo y Noveno del Libro Segundo del Código Penal<sup>45</sup>, tales como la reducción de penas y la posibilidad de cumplir una parte sustancial de estas fuera del recinto carcelario. Las reglas en cuestión, según el juzgado requirente, se encontraban en contravención, por un lado, de las normativas constitucionales que prohíben la discriminación y consagran la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres (artículo 19, N° 2), así como del artículo 19 N° 3 de la Constitución por cuanto impide *la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*. Asimismo, incumplirían las obligaciones internacionales, específicamente, con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como la Convención de Belem do Pará y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés).

El TC resolvió que los mencionados artículos incurrieran en una doble afectación de la tutela judicial, en primer lugar, porque los preceptos legales impugnados establecían una diferencia *entre mujeres porque la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda además el acceso a una pena sustitutiva*. En segundo lugar, por una mayor protección de la ley fundamentada en la valoración del reproche penal por el legislador debido a su potencial disuasorio de la conducta lesiva en la sociedad<sup>46</sup>. Por tanto, las normas impugnadas eran contrarias a la Constitución,

<sup>45</sup> En el título Séptimo del Libro Segundo del Código Penal se encuentran los crímenes y delitos “contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Por su parte, el título Noveno tipifica los crímenes y delitos contra la propiedad.

<sup>46</sup> Esta explicación se encuentra en la sección “Antecedentes” del proceso de inconstitucionalidad de oficio respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua. Tribunal Constitucional, 5 de abril de 2022, rol 12.415-21.

declarando así su inaplicabilidad en el caso en cuestión<sup>47</sup>, y negando los beneficios correspondientes al acusado.

Tras esta decisión de inaplicabilidad, el TC, actuando de oficio y dentro de su atribución exclusiva contemplada en el artículo 93, inciso primero, Nº 7 de la Constitución, procedió a derogar parcialmente el artículo 13 y en su totalidad el artículo 14 de la Ley Pascua, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de los beneficios que anteriormente se otorgaban a los habitantes de la isla condenados por delitos sexuales<sup>48</sup>. El TC estimó que esta máxima sanción se fundamentaba, en el caso del mencionado artículo 14, en que entre sus efectos (...) *se constata que si la libertad sexual es el bien jurídico protegido en los delitos de violación y abuso, el sistema penal chileno minusvaloraría la libertad sexual de las mujeres Rapa Nui, al dar una respuesta penal menor frente a los atentados a tal bien jurídico, resultando en un verdadero sistema de discriminación por factores de territorio, sexo y etnia, relativizando además los deberes de erradicación y sanción efectiva de la violencia sexual contra las mujeres, establecidos en el derecho internacional convencional*.<sup>49</sup> Es interesante esta consideración del TC acerca de la discriminación interseccional que operaría en contra de las mujeres indígenas de la Isla de Pascua, ya que traslada el debate desde la subjetividad androcéntrica indígena —que es lo que se tendría en cuenta al crear una ley que beneficia a agresores sexuales por su condición indígena— hacia un énfasis en las mujeres como sujetos jurídicos titulares de derechos fundamentales. Al razonar de esta manera, el Estado estaría evitando agravar estereotipos respecto de las mujeres indígenas, algo que puede producirse incluso cuando se han proporcionado recursos internos para las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, si los estereotipos terminan por negar a diferentes subgrupos de mujeres el acceso a esos recursos<sup>50</sup>.

Respecto de la debida diligencia, el tratamiento del TC de la normativa impugnada ratifica lo dispuesto en los estándares internacionales. En este sentido, la Corte IDH, en el *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*, señaló que dentro de las obligaciones de la CADH se encuentran aquellas de carácter positivo, las que demandan acciones jurídicas, políticas, administrativas y culturales para proteger los derechos humanos, asegurando que las violaciones a los mismos sean tratadas como ilícitos susceptibles de sanciones correspondientes, así como la obligación de reparación integral a las víctimas.<sup>51</sup> A este respecto, la Corte IDH ha ido más allá, subrayando el rol que puede cumplir el derecho en el progreso de las sociedades, con el fin de evitar la consolidación de prácticas discriminatorias o vulneratorias de derechos humanos. Así, en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte sostuvo que debido a que en las sociedades actuales se presentan transformaciones sociales, culturales e institucionales dirigidas hacia desarrollos más inclusivos de todas las alternativas de vida de sus ciudadanos(as). En ese sentido, tanto el derecho como los Estados deben contribuir al progreso social, de lo contrario, advierte la Corte,

<sup>47</sup> Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2021, rol 8792-20.

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional, 5 de abril de 2022, rol 12.415-21.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional, rol 12.415-21, considerando vigésimo sexto.

<sup>50</sup> COOK Y CUSACK, 2010, p. 144.

<sup>51</sup> Corte IDH, 26 de agosto de 2021, párr. 89.

se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos<sup>52</sup>. Por tanto, a nuestro juicio, al tomar la decisión de expulsar del ordenamiento jurídico<sup>53</sup> una norma legal que al ser aplicada en cualquier caso produce efectos discriminatorios contra las mujeres, como los preceptos legales impugnados de la Ley Pascua, el TC se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres, en particular, al deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para prevenir, investigar y sancionar la violencia de género.

Algo interesante a destacar es que en la sentencia de inaplicabilidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua es primera vez que se utiliza el concepto *violencia de género* por parte de este Tribunal en un voto de mayoría. Se desconocen las razones por las que habría existido una reticencia a denominar de esta forma la violencia contra las mujeres, no obstante, como se verá a continuación, dicho concepto será nuevamente utilizado en sentencias de años posteriores en las que se observa un desarrollo más profundo de la perspectiva de género en la hermenéutica constitucional.

### 3. *Sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, que trata la facultad del Ministerio Público de no perseverar*

El 15 de septiembre de 2022, el TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto en un caso de investigación por el delito de maltrato habitual y con audiencia pendiente para discutir el sobreseimiento definitivo de la causa respecto de los delitos de lesiones, violación y aborto, todos en contexto de violencia intrafamiliar<sup>54</sup>.

Siguiendo con el razonamiento sostenido en la sentencia de inaplicabilidad en el caso Ley Pascua, el TC observó que los delitos en cuestión pertenecen al ámbito de la violencia de género<sup>55</sup>, es decir, que se encuadran en una manifestación particular de violencia: la violencia dirigida contra las mujeres por el solo hecho de serlo. Este reconocimiento se encuentra en consonancia con lo dispuesto, por ejemplo, en la Convención Belem do Pará, la que define la violencia contra la mujer como *cualquier acto o conducta*

---

<sup>52</sup> Corte IDH, 21 de agosto de 2011.

<sup>53</sup> *En el caso de la atribución comprendida en el art. 93, inc. 1º, N° 7, CPR, el Tribunal expulsa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto erga omnes y sin alcance retroactivo -exceptuando disposiciones de tratados internacionales-. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma sigue vigente, solo que es inaplicable a una gestión judicial determinada.* Tribunal Constitucional, rol 1288, considerando 65. En el mismo sentido, sentencias rol 558, considerando 5; rol 1254, considerando 27; rol 1314, considerando 47; rol 2246, considerando 7; rol 2379, considerando 7; rol 590, considerando 5; rol 1345, considerando 2; y rol 6597, considerando 11.

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2022, rol 13.011-22.

<sup>55</sup> Considerando décimo segundo: *Que, los delitos denunciados se enmarcan en el ámbito de la violencia de género, en cuya investigación no se ha cumplido con los estándares debidos. No escapa a esta magistratura que la persona del denunciado es un funcionario del Ministerio Público, esto es, un agente estatal del órgano encargado constitucionalmente de investigar el delito y que, en específico, desplegaba su labor en la investigación de delitos vinculados a la violencia de género, hasta el punto de conocer a la requirente precisamente en el contexto de haber tomado su denuncia por violencia intrafamiliar.*



*basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en la esfera pública como en la esfera privada.* Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Artículo 1º) la describe como *{t}odo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que pueda resultar en un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, incluyendo amenazas de tales actos, coerción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en la vida pública o privada.*

Además, el Comité de la CEDAW en su Recomendación General Nº 35 refuerza esta perspectiva, respaldando su interpretación del artículo 1º de la CEDAW, presentada en la Recomendación General Nº 19 (1992) referente a la violencia contra la mujer, la que define como *la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de manera desproporcionada*, y se reconoce como una violación de sus derechos humanos<sup>56</sup>. Así también lo ha reconocido la Corte IDH en el *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, al sostener que tal como señala la Convención de Belém do Pará, la violencia contra la mujer no solo es una violación de los derechos humanos, sino también *una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*<sup>57</sup>. En ese sentido, la sentencia del TC recoge estos argumentos y señala expresamente que la violencia doméstica y sexual del caso en comento es una vulneración de derechos humanos, ante ello, el Estado de Chile tiene una obligación de garantía<sup>58</sup>, y, a partir de ella, se debe actuar con la debida diligencia<sup>59</sup>.

El Tribunal resuelve por acoger el requerimiento de inaplicabilidad luego de contrastar el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal con la normativa internacional ni la constitucional, y señala que la investigación en el caso en comento no cumplió con las exigencias de un procedimiento racional y justo y careció de perspectiva de género, *lo que perjudicó la investigación penal*. Sin embargo, el TC también repara en las deficiencias que identifica respecto de otros deberes del Ministerio Público en tanto órgano del Estado y por tanto en posición de garante de los derechos humanos de las mujeres, como era el iniciar una investigación administrativa para efectos de determinar si era procedente aplicar alguna sanción disciplinaria en contra del funcionario, o incluso que este no continuara trabajando con víctimas de violencia de género mientras se esclarecían los hechos de la investigación<sup>60</sup>.

En una sentencia de similar razonamiento, el 11 de octubre de 2023 el TC acogió un requerimiento de inaplicabilidad también por el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. En su considerando décimo, el TC nuevamente identifica los delitos de violencia sexual y de violencia intrafamiliar como constitutivos de violencia de género. Sumado a lo anterior, utiliza las normas de derecho internacional como parámetro de los estándares debidos durante una investigación penal —además de la Constitución—<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), 2017, párr. 1.

<sup>57</sup> Corte IDH, 30 de agosto de 2010, párr. 118.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional, 15 de septiembre de 2022, rol 13.011-22, considerando décimo octavo.

<sup>59</sup> Considerando vigésimo primero.

<sup>60</sup> Considerando trigésimo primero.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerando décimo.

En este caso el Tribunal reconoce explícitamente que la violencia sexual, al tratarse de una expresión de la violencia de género, es un problema de derechos humanos<sup>62</sup>.

Luego, el Tribunal se refiere al principio de objetividad en la persecución penal, el que, en la etapa de investigación, señala que se verificará en tanto la investigación se realice sin sesgos de género. En este sentido, se refiere a la garantía del debido proceso del artículo 19 N° 3 de la Constitución, la que debe ser a la luz de los estándares de derechos humanos de las mujeres. Asimismo, el TC reconoce la existencia de asimetrías en el acceso a la justicia que perjudican a ciertos grupos de la sociedad, dentro de estas se encuentran las mujeres. Sostiene que, para realizar y actualizar la igualdad, se debe atender a las diferencias entre las partes que buscan acceder a la justicia<sup>63</sup>. Esto último resulta del todo interesante, ya que se opone directamente a la idea liberal tradicional de asumir las partes en un juicio o procedimiento como iguales, sin reparar en sus características personales. La postura que asume el TC es aquella que busca remover el velo con el que opera la justicia cuando ignora las diferencias y condicionantes estructurales y culturales existentes, con el fin de reconocer los sesgos o estereotipos que pueden empañar la obtención de justicia.

La sentencia en comento reconstruye el deber de investigar sin sesgos de género mediante los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres<sup>64</sup>. Para esto, comienza por reconocer que los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos son parte del ordenamiento jurídico nacional, a partir de lo dispuesto en el inciso segundo artículo 5° de la Constitución, en los que destaca la CEDAW y la Convención Belém do Pará<sup>65</sup>. El TC resalta tres obligaciones estatales clave del artículo 7 de la Convención Belém do Pará: evitar la violencia y asegurar que autoridades y agentes actúen acorde con esta obligación; ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar dicha violencia; y proporcionar procedimientos legales justos y eficaces para las víctimas, incluyendo medidas de protección y acceso a un juicio oportuno<sup>66</sup>.

Sumado a lo anterior, se refiere a la obligación de los Estados de garantizar una vida libre de violencia de género del artículo 4 de la Convención recién citada, en relación con el efectivo acceso a la justicia de las víctimas, *lo que incluye el deber de investigar hechos potencialmente constitutivos de este tipo de delitos. Dicho deber de investigar, presente cada vez que existan hechos que puedan revestir el carácter de delito, aparece como exigencia reforzada cuando es un caso de violencia contra la mujer*<sup>67</sup>.

Para sustentar su argumento, el TC recurre al razonamiento de la Corte IDH en el caso “Campo Algodonero”, según este, el deber de investigar cuando una mujer sufre maltrato, afectación a su libertad personal o la muerte, en un contexto general de

<sup>62</sup> Considerando vigésimo primero.

<sup>63</sup> Considerando décimo cuarto.

<sup>64</sup> Considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto.

<sup>65</sup> Considerando vigésimo segundo.

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerando vigésimo tercero.

<sup>67</sup> Considerando vigésimo cuarto.

violencia contra las mujeres, adquiere alcances adicionales, es decir, se transforma en una obligación reforzada<sup>68</sup>.

Otro aspecto que relevar es que en el caso los hechos denunciados tuvieron lugar en la Reserva Nacional Río de los Cipreses, administrada por la Corporación Nacional Forestal y tanto la víctima como uno de los denunciados eran trabajadores de dicha institución. Por eso, respecto del deber de investigar con la debida diligencia en casos que involucran a entidades que ejercen funciones públicas, la sentencia en comento reafirma lo sostenido en la Sentencia Rol 13.011-2022 respecto de que el Estado tiene un deber más estricto de investigar y sancionar las vulneraciones de derechos humanos cuando estas se puedan atribuir a agentes del Estado, debido a su posición de garante<sup>69</sup>.

De esta forma, el TC incorpora, de forma implícita, la debida diligencia *reforzada* en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. Este estándar se reconoció por la Corte IDH, por ejemplo, en el caso Rosendo Cantú y otra contra México, donde argumentó que, ante situaciones de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ven ampliadas y fortalecidas por las estipulaciones de un tratado específico interamericano, la Convención de Belém do Pará, para los Estados Parte.<sup>70</sup>

## CONCLUSIONES

La comprensión de la hermenéutica constitucional como una herramienta esencial para la garantía de la igualdad tanto como de los derechos fundamentales subraya la importancia crítica de integrar la perspectiva de género dentro de este proceso interpretativo. La omisión de esta perspectiva no solo genera un vacío interpretativo, sino que también conlleva a una deficiencia sustantiva en la protección y realización de los derechos, particularmente aquellos concernientes a las mujeres. Este vacío interpretativo se traduce en una limitación en la capacidad del marco jurídico constitucional para abordar y remediar de manera efectiva las desigualdades de género intrínsecas al sistema jurídico y social. En consecuencia, la ausencia de una interpretación constitucional que incorpore explícitamente la perspectiva de género contribuye a perpetuar estructuras de poder desiguales y obstaculiza el logro de la igualdad sustantiva entre los géneros.

En la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile respecto a la igualdad de género, se observa una tímida transición, no sin vaivenes, desde sus inicios con una perspectiva más restrictiva hacia una interpretación y aplicación de la Constitución que reconoce y prioriza los derechos de las mujeres bajo el marco de los estándares internacionales. Se destacan las sentencias recientes acerca del control posterior de constitucionalidad en las que el Tribunal ha integrado la perspectiva de género, marcando un precedente importante en la jurisprudencia constitucional nacional.

<sup>68</sup> Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, párrafo 293.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2023, rol 13.783-22, considerandos vigésimo sexto y vigésimo noveno.

<sup>70</sup> Corte IDH, 31 de agosto de 2010, párr. 177.

Además, este análisis permite comenzar a reflexionar respecto de la hermenéutica constitucional con perspectiva de género, enfatizando cómo este enfoque representa una crítica sustancial al paradigma interpretativo tradicional. Esta crítica no solo cuestiona las normas existentes, sino que propone una expansión del marco interpretativo para abarcar una comprensión más inclusiva del derecho constitucional, que contempla de manera explícita la igualdad de género como un valor inherente a la justicia constitucional.

Por otro lado, la incorporación del Constitucionalismo Feminista en el análisis referente al rol del Tribunal Constitucional resalta la importancia de identificar y cuestionar las estructuras patriarcales que subyacen en los textos y prácticas constitucionales. Este enfoque no se limita a la crítica, sino que avanza proponiendo alternativas interpretativas que buscan garantizar la igualdad sustantiva y la justicia de género, redefiniendo así los contornos de la aplicación del derecho desde una óptica que prioriza la igualdad.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BAINES, Beverley, and Ruth Rubio-Marin, 2005: "Introduction: Toward a Feminist Constitutional Agenda", en *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, pp. 1-21.
- BAINES, Beverley, Daphne Barak-Erez, and Tsvi Kahana. 2012. "The Idea and Practice of Feminist Constitutionalism", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-14.
- BARAK-ÉREZ, Daphne, 2012: "Her-Meneutics: Feminism and Interpretation", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 85-97.
- BARTLETT, K. T., 1990: "Feminist Legal Method". *Harvard Law Review*, volumen 103, N° 4, pp. 829-888.
- BUSCH, Tania, 2006: "Aproximaciones al Fundamento de la Jurisdiccionalidad del Control Constitucional". *Derecho y Humanidades*, N° 12, pp. 267-80.
- CASAS, Lidia y González, Juan Pablo, 2012: "Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional", en Javier Couso (editor), *Anuario de Derecho Público 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 250-272.
- COLOMBO Campbell, Juan, 2002: *Relaciones entre la jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*, Santiago, Publicaciones Tribunal Constitucional de Chile.
- CORTE Suprema de Justicia, 2018: *Política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno*.
- COOK, Rebecca J., and Simone Cusack, 2010: *Gender Stereotyping*. University of Pennsylvania Press.
- FACIO, Alda y Fries, Lorena, 1999: *Género y Derecho*. Washington D.C.; Santiago; American University, Washington Collee of law: LOM ediciones: La Morada.
- GINSBURG, Ruth Bader, 1975: "Gender and the Constitution", *University of Cincinnati Law Review*, volumen 44, N° 1, pp. 1-42.
- LATHROP, Fabiola, 2017: "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia Chileno", *Estudios Constitucionales*, volumen 15, N° 1, pp. 329-372.
- MACKINNON, Catharine, 2011: "Foreword", en Beverley Baines, Daphne Barak-Erez, y Tsvi Kahana (editores), *Feminist Constitutionalism: Global Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. ix-xii.

- MACKINNON, Catharine, 2012: "Gender in Constitutions", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, pp. 397-416.
- PATEMAN, Carole, 1995: *El Contrato Sexual*. Universidad Autónoma Metropolitana. Barcelona, Anthropos.
- SILVA, María Pía, 2021: "El derecho de las mujeres a no ser discriminadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estefanía Esparza-Reyes y Sandra Ponce de León (editoras), *Mujeres y derecho público*, Santiago, Tirant lo Blanch, pp. 27-38.
- COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), 2017: *Recomendación general Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, CEDAW/C/GC/35.
- SECRETARÍA Técnica Igualdad de Género y no discriminación del Poder Judicial, 2018: *Cuaderno Buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*.
- WALKER, Leonore, 2016: *The battered woman syndrome*. Springer Publishing Company.
- WILLIAMS, Juliet, 2016: "Feminist Jurisprudence", en Lisa Disch y Mary Hawkesworth (editoras) *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, pp. 247-257.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2021: "Familia y heteronormatividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC rol Nº 7774-2019", en Viviana Ponce de León y Pablo Soto Delgado (editores), *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 93-108.
- VILLAVICENCIO, Luis, y Yanira Zúñiga, 2022: "El Caso de La 'Ley Pascua'. Un Enfoque Más Allá Del Todo o Nada". *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXXV, Nº 1, pp. 167-189.

### *Normas jurídicas*

- LEY 21.367, que Suprime la causal de conducta homosexual en el divorcio por culpa, publicada el 16 de agosto de 2021.
- LEY 21.400, que Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, publicada el 10 de diciembre de 2021.

### *Jurisprudencia*

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 18 de abril de 2008, rol 740-08.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 6 de agosto de 2010, rol 1710-10.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 28 de agosto de 2017, rol 3729-17.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 18 de enero de 2019, rol 5572-18.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 6 de noviembre de 2020, rol 7774-19.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 29 de enero de 2021, rol 8792-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 27 de abril de 2021, rol 8851-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad de 5 de abril de 2022, rol 12415-21.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 15 de septiembre de 2022, rol 13011-22.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 11 de octubre de 2023, rol 13783-22.
- CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CORTE IDH, Caso Boyce y otros *vs.* Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007.
- CORTE IDH, Caso González y otras *vs.* México, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- CORTE IDH, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, sentencia de 31 de agosto de 2010.
- CORTE IDH, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010.

CASO Atala Riffo e hijas *vs.* Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2011.

CORTE IDH, Caso Bedoya Lima y otra *vs.* Colombia, sentencia de 26 de agosto de 2021.

CORTE IDH, Caso Vera Rojas *vs.* Chile, sentencia de 1 de octubre de 2021.



## La rigidez del derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

*Matías Guiloff Titium\**  
*Viviana Ponce de León Solís\*\**

### RESUMEN

*Desde hace varias décadas alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado una concepción extraordinariamente rígida del derecho de propiedad, que protege en forma radical el statu quo, en desmedro de otros derechos y de la promoción del interés público. Este fenómeno no se puede atribuir exclusivamente a los términos en que formalmente se consagra el derecho de propiedad en la Constitución, sino que es el resultado de las prácticas interpretativas de los tribunales y de otros operadores jurídicos. En este trabajo identificamos estas fuentes de rigidez y damos cuenta de los efectos desfavorables que conlleva, en términos de la sustentabilidad de las instituciones que estructuran a la comunidad política.*

Propiedad; bienes incorporales; función social; facultades esenciales; atributos esenciales

### *The rigidity of the right to property in the Chilean Constitutional Court's case law*

### ABSTRACT

*For several decades, some of the Constitutional Court's case law has developed an extraordinarily rigid conception of the right to property, which radically protects the statu quo, to the detriment of other rights and the promotion of the public interest. This phenomenon cannot be attributed exclusively to the terms in which the right to property is formally enshrined in the Constitution, but is the result of the interpretative practices of the courts and other legal operators. In this paper, we identify these sources of rigidity and account for the unfavourable effects it entails, in terms of the sustainability of the institutions that structure the political community.*

Property; incorporeal goods; essential powers; essential attributes

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Máster en Derecho, Columbia University, Estados Unidos. Doctor en Derecho, University of Arizona, Estados Unidos. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8622-1538>. Correo electrónico: [matias.guiloff@udp.cl](mailto:matias.guiloff@udp.cl).

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte, Chile. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7574-1717>. Correo electrónico: [viviana.poncedeleon@uach.cl](mailto:viviana.poncedeleon@uach.cl).

Artículo recibido el 11.12.2023 y aceptado para su publicación el 16.7.2024.



## I. INTRODUCCIÓN

**A** la consagración constitucional del derecho de propiedad subyace una ineludible tensión entre el interés público y privado. De ahí que la mayoría de las cláusulas constitucionales de la propiedad a nivel comparado obedezcan a una estructura relativamente estandarizada, que incluye el reconocimiento del derecho de propiedad en sí mismo, seguido de una habilitación al órgano legislativo para imponerle cargas, gravámenes, obligaciones o limitaciones –en ocasiones, con referencia expresa a la función social de la propiedad– e incluso de una habilitación a la Administración para privar al titular de su propiedad, bajo ciertas garantías<sup>1</sup>. Lograr un equilibrio entre estos intereses en tensión plantea un desafío considerable a las democracias contemporáneas, al punto que un conocido jurista italiano ha calificado el derecho de propiedad como “el terrible derecho”<sup>2</sup>.

Respecto de este punto, parte de la doctrina nacional ha denunciado una sistemática primacía del interés privado por sobre el interés público en la jurisprudencia constitucional chilena. Así puede verse, por ejemplo, en la literatura relativa a la confusión entre la dimensión objetiva y subjetiva del derecho de propiedad<sup>3</sup>. Incluso se ha sostenido que esta confusión “ha llevado a que en ocasiones se reconozca un verdadero derecho a la mantención de una determinada regulación legislativa”<sup>4</sup>. Algo similar se observa en aquella literatura que da cuenta de una concepción expansiva y absoluta de la propiedad que predomina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en desmedro de la potestad de configuración que corresponde al órgano legislativo<sup>5</sup>.

Pero ¿qué relación tiene esta jurisprudencia con el texto constitucional y, más precisamente, con la cláusula constitucional de propiedad? A primera vista, se podría pensar que no hay ninguna<sup>6</sup>. De hecho, en términos estrictamente positivos, el texto constitucional parece dar suficiente cabida al interés general en la configuración y regulación del derecho de propiedad, por la vía del reconocimiento de su función social. Sin embargo, una mirada más atenta a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno a este derecho revela que la realidad es otra. En este contexto, la hipótesis que sostenemos es que desde hace varias décadas la jurisprudencia ha desarrollado una concepción extraordinariamente rígida del derecho de propiedad, que protege en forma radical el *statu quo*, en desmedro de otros derechos y, potencialmente, de la sustentabilidad de las instituciones que estructuran a la comunidad política.

Para efectos de este estudio, la rigidez implica que la competencia del órgano legislativo para “establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, pese a estar

<sup>1</sup> VAN DER WALT, 1999a.

<sup>2</sup> RODOTÁ, 1986.

<sup>3</sup> ALDUNATE, 2006; CORDERO, 2006; NÚÑEZ, 1995.

<sup>4</sup> FUENTES, 2012, p. 547.

<sup>5</sup> GUILOFF, 2018; GUILOFF, 2021.

<sup>6</sup> Ver generalmente FERNANDOIS, 2014, p. 213.

formalmente reconocida en el texto constitucional, se ve fuertemente restringida por la vía jurisprudencial. De esta manera, una vez configurada legislativamente una titularidad cubierta por el derecho de propiedad, la potestad legislativa para reconfigurarla termina en los hechos siendo menor a la pretendida por el propio texto constitucional. Por ello, no es de extrañar que un sector de la doctrina haya sostenido que el efecto de algunas de las versiones más extremas de las referidas prácticas interpretativas es el de entender que un derecho subjetivo “está amparado normativamente por la Constitución, con su mismo rango, sustraído por tanto de la competencia del legislador común, e integrado a la garantía al derecho de propiedad en algún lugar del N° 24 del art. 19”<sup>7</sup>.

Para sustentar nuestra hipótesis, desarrollamos una revisión analítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al estatuto constitucional del derecho de propiedad, con particular atención en tres tópicos: (i) los bienes incorpóreos; (ii) la función social de la propiedad; y (iii) la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional. Estos tópicos fueron seleccionados precisamente porque es en torno a ellos que se articulan las críticas doctrinarias previamente apuntadas.

Las sentencias objeto de análisis fueron obtenidas mediante una búsqueda directa en dos etapas. La primera etapa consistió en ingresar separadamente las palabras claves “incorpóreos”, “función social”, “facultades esenciales” y “atributos esenciales” en el sitio web del Tribunal Constitucional, utilizando su *banner* “Sentencias Búsqueda por Contenido”. La segunda etapa consistió en eliminar las sentencias duplicadas –es decir, aquellas que aparecieran como resultado de búsqueda simultáneamente para dos o tres de las palabras clave ingresadas– y en aplicar un filtro cualitativo, que excluyera a aquellas sentencias que únicamente se limitaran a reproducir el texto del art. 19 N° 24, sin desarrollo adicional, o que contuvieran menciones meramente incidentales a las palabras clave seleccionadas. Una vez realizada y filtrada la búsqueda, las sentencias restantes fueron sometidas a un análisis de contenido, identificando aquellos considerandos que contuvieran referencias explícitas al alcance de las competencias del órgano legislativo para configurar el derecho de propiedad, en los términos descritos más arriba<sup>8</sup>.

Lo que resta de este trabajo desarrolla una descripción general de los problemas que se atribuyen a la regulación constitucional de la propiedad y su conexión con la idea de rigidez (Sección II). A continuación, examina el concepto de bienes incorpóreos en la doctrina nacional y la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ajusta o se aparta de ese concepto (Sección III). Prosigue con un estudio en torno al sentido de la función social de la propiedad y de la jurisprudencia que la entiende o como una habilitación amplia de configuración o como un título excepcional de intervención, fundado en causales taxativamente enunciadas (Sección IV). Finalmente, analiza la privación de facultades y atributos esenciales del dominio como posible supuesto de la expropiación, destacando que este ha sido entendido en ocasiones como una habilitación

<sup>7</sup> ALDUNATE, 1995, p. 35.

<sup>8</sup> Solo se consideraron en este análisis los votos de mayoría o, tratándose de los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política en los que se haya obtenido un empate, los votos por rechazar el respectivo requerimiento.

para innovar en el ordenamiento jurídico, mientras que en otras como una garantía de estabilidad del ordenamiento jurídico (Sección V). El artículo cierra con las conclusiones de rigor (Sección VI).

## II. EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD CONSTITUCIONAL

En la literatura pertinente a la propiedad constitucional es común que su contenido se describa en términos de las tensiones subyacentes a su consagración. Así, por ejemplo, Alexander enfoca la cuestión desde la perspectiva de un antagonismo entre interés público y privado<sup>9</sup>. En sentido análogo, Van der Walt enfatiza la contraposición que existe entre la garantía de la propiedad y las habilitaciones expresas para su limitación<sup>10</sup>. Nedelsky, por su parte, concibe a la propiedad como un enfrentamiento entre valores democráticos y el estatus privilegiado de los derechos privados<sup>11</sup>. A nivel nacional, un sector de la doctrina ha subrayado la necesidad de distinguir dos planos del derecho de propiedad, que tienden a confundirse en la práctica: un plano objetivo del derecho de propiedad, que corresponde al régimen jurídico de la propiedad en abstracto, y un plano subjetivo, centrado en el resguardo de la integridad patrimonial de cada titular<sup>12</sup>.

Sin embargo, la manera en que se han de resolver estas tensiones no es en absoluto evidente; de hecho, un sinnúmero de páginas se ha destinado a ofrecer soluciones de distinta naturaleza, sin que exista consenso respecto de cuál de ellas es la más idónea<sup>13</sup>. La ausencia de tal consenso no es en sí misma problemática. Al contrario, es deseable en vistas a la necesidad de conciliar diversos derechos, principios y valores constitucionales, bajo circunstancias cambiantes. El problema se da cuando la tensión ínsita al derecho de propiedad se resuelve sistemáticamente en un mismo sentido, dando siempre primacía de manera rígida a determinados intereses por sobre otros. Y esto es precisamente lo que se denunció durante el estallido social chileno de 2019: una sobreprotección de los títulos que habilitan la explotación privativa de recursos naturales y derechos sociales comprendidos desde una perspectiva de titularidades privadas, por mencionar algunos aspectos. Incluso en el marco de la respuesta estatal frente a la pandemia de COVID-19 se expresó esta misma denuncia, como se pudo observar a propósito del debate acerca de la constitucionalidad de la regulación de los precios de implementos sanitarios para prevenir el contagio.

La fuente de estos problemas es de carácter dual. Por un lado, hay determinados operadores jurídicos —en particular el Tribunal Constitucional— que, sin necesariamente contar con una base textual explícita para ello, adoptan interpretaciones rigidizantes. En el caso chileno, la raíz de estas interpretaciones se encuentra en un formalismo esencialista, en el que se trata a las figuras consagradas en la Constitución como si fueran entidades

<sup>9</sup> ALEXANDER, 1999, p. 88.

<sup>10</sup> VAN DER WALT, 1999b, p. 109.

<sup>11</sup> NEDELSKY, 1994, p. 1.

<sup>12</sup> ALDUNATE, 2006; CORDERO, 2006; FUENTES, 2012; NÚÑEZ, 1995.

<sup>13</sup> Solo a título ejemplar, ver ALDUNATE, 2006, pp. 288-296.

naturales, con un contenido fijo y predefinido, exento de la intervención estatal<sup>14</sup>. Ello implica pasar por alto que la propiedad no es sino una creación humana; una institución susceptible de ser modificada en la medida que lo exijan las circunstancias en un momento dado, de manera que sus diversas formas estén abiertas a reevaluación normativa y reconfiguración jurídica. Asimismo, hay casos en que el propio texto constitucional propicia la rigidez. Esto ocurre, por ejemplo, cuando dicho texto regula de manera especialmente minuciosa y extensa –en comparación con el tratamiento que se dispensa a otros derechos fundamentales y a los demás aspectos del derecho de propiedad– los supuestos de expropiación y las garantías a que esta se encuentra sujeta. De este modo, se transmite como mensaje que la consagración constitucional propiedad obedece predominantemente al resguardo de la integridad patrimonial de los titulares afectados por una regulación. Con ello, los intereses colectivos que subyacen a la consagración constitucional de la propiedad quedan comparativamente debilitados.

### III. LA PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES INCORPORALES

El art. 19 N° 24 inc. 1° de la Constitución asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Aunque la sola enunciación expresa a los posibles bienes que son objeto del derecho de propiedad a nivel constitucional representa una novedad en términos comparados, resulta especialmente llamativa la referencia a la categoría de los bienes incorporales<sup>15</sup>. Efectivamente, referencias explícitas similares no se encuentran en otros textos constitucionales ni en tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, ha de precisarse que la noción de bienes incorporales no es enteramente desconocida en el ordenamiento jurídico chileno. La análoga noción de *cosas* incorporales ya había sido reconocida en el Código Civil (en adelante CC). De acuerdo con el art. 565 CC, las cosas incorporales son aquellas que “consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”. A su vez, conforme con el art. 578 CC, las cosas incorporales se clasifican en derechos reales y derechos personales. El artículo 577 CC clarifica que los derechos reales son aquellos “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, mientras que el art. 578 CC define a los derechos personales como “los que solo pueden reclamarse respecto a ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas”. Adicionalmente, el art. 583 señala que “[s]obre las cosas incorporales hay también una *especie* de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Desde un punto de vista jurídico, la lógica subyacente a la atribución de estatus constitucional a un concepto ya reconocido legalmente obedecía a tres propósitos. El primero, era facilitar la interpretación de la Constitución, suprimiendo cualquier posible

<sup>14</sup> BASSA y VIERA, 2017, pp. 341-344.

<sup>15</sup> TELLEGEN Y GUZMÁN BRITO, 2000, p. 755.

duda acerca del alcance de la cláusula constitucional de la propiedad<sup>16</sup>. El segundo, era expandir el derecho de propiedad a “toda clase de beneficios patrimoniales”, según se registró en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución<sup>17</sup>. El tercero, por último, era evitar que el concepto desapareciera completamente del sistema jurídico con una simple reforma legal del Código Civil<sup>18</sup>. En este contexto, los redactores de la Constitución de 1980 originalmente acordaron emplear la misma terminología que este cuerpo legal, pero finalmente decidieron cambiar el término “cosa” por el de “bien”. Aunque esta variación resulta aparentemente trivial, en la práctica tuvo significativas implicancias en la interpretación de la cláusula constitucional.

Los bienes son objetos materiales o inmateriales que se caracterizan por ser apropiables y por tener valor patrimonial, como las casas, los libros, los créditos y las servidumbres activas –los ejemplos que el propio Código Civil proporciona<sup>19</sup>–. Las cosas, en cambio, son objetos materiales o inmateriales, entre estos se incluyen aquellos que no son apropiables o que carecen de valor patrimonial, como los bienes comunes (*res communis omnium*) y las cosas inenajenables (*res extra commercium*). Es así como todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes<sup>20</sup>.

Una interpretación plausible del texto constitucional es que emplea la expresión bienes en un sentido técnico, de manera que solo cubriría la propiedad respecto de cosas apropiables con valor patrimonial. Sin embargo, algunos tribunales han tendido a asumir que, debido a que la Constitución se refiere a bienes incorporales y el art. 565 CC define bienes incorporales como *cosas*, el texto constitucional cubre toda clase de objetos con o sin valor patrimonial, sea que tengan un carácter apropiable o no. En otras palabras, la cláusula constitucional de la propiedad aludiría a un concepto filosófico –en vez de jurídico– de bienes y, por tanto, protegería cualquier posición jurídica o fáctica de ventaja o privilegio que carezca de materialidad. Este fue el enfoque dominante de la jurisprudencia de protección de entre fines de los ochenta e inicios de los noventa, dando lugar al fenómeno de la *vulgarización de la propiedad* y la *propietarización de los derechos*<sup>21</sup>. Ambas expresiones denotan la práctica de expandir el alcance de la cláusula constitucional de la propiedad para proteger una variedad de derechos e intereses que

---

<sup>16</sup> Los antecedentes de esta pretensión se remontan a la Constitución de 1833. De acuerdo con su art. 12 Nº 5, se aseguraba a todos los habitantes de la República “[l]a inviolabilidad de todas las propiedades”, disposición que los tribunales interpretaron como referida únicamente a bienes corporales. Para contrarrestar esta práctica, el art. 10 Nº 10 de la Constitución de 1925 especificó que lo asegurado es “[l]a inviolabilidad de todas las propiedades, *sin distinción alguna*” [énfasis añadido]. Esta pretensión se extendió todavía más con la ley de reforma constitucional Nº 16.615, asegurando a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad “en sus diversas especies”. Esto permitió a los tribunales dar tutela a intereses adquiridos que tradicionalmente no habían sido considerados como objetos del derecho de propiedad.

<sup>17</sup> Comisión Constituyente, 1975b, p. 13.

<sup>18</sup> Comisión Constituyente, 1975a, p. 473.

<sup>19</sup> DUCCI CLARO, 1986, pp. 158-159.

<sup>20</sup> GUZMÁN BRITO, 1996, pp. 434 y 542; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005, p. 23.

<sup>21</sup> Acerca de las expresiones de estos fenómenos, véanse VERGARA, 1991, p. 281; CORRAL TALCIANI, 1996, p. 23; GUZMÁN BRITO, 1995, p. 1; ALDUNATE Y FUENTES, 1997, p. 195.

no corresponden con el concepto tradicional de propiedad. Como resultado, cualquier ventaja económica o no económica, privilegio o posición jurídica o fáctica favorable puede ser considerada como un objeto susceptible de propiedad.

Por lo que respecta a la aproximación del Tribunal Constitucional a la noción de bien incorporal, en muchas ocasiones da por supuesto que existe un derecho de propiedad sobre bienes incorporeales, sin justificar mayormente por qué sería así<sup>22</sup>. No obstante, es posible apreciar que esta judicatura ha exhibido una tendencia a interpretar esta noción en un sentido restrictivo, exigiendo al menos que se trate de intereses con contenido patrimonial y susceptibles de disposición<sup>23</sup>. Como consecuencia de ello, esta magistratura ha concluido que no habría un derecho de propiedad sobre cargos públicos ni ascensos en la carrera funcionaria cubiertos por el art. 19 N° 24 CPR<sup>24</sup>. Adicionalmente, el Tribunal ha introducido otros criterios dogmáticos para diferenciar los bienes corporales de otras figuras análogas. En particular, a propósito de la naturaleza jurídica de las autorizaciones de pesca, ha empleado la distinción entre actos habilitantes para el ejercicio de un derecho y actos constitutivos de derechos, calificando únicamente a estos últimos como efectivos bienes incorporeales<sup>25</sup>.

Sin embargo, en otra oportunidad relativamente reciente, el Tribunal ha adoptado una aproximación menos técnica a la noción de bienes incorporeales. Así pudo verse en una sentencia de inaplicabilidad en contra del precepto legal que restringía la apelación ante la CNED únicamente en caso que el CNA rechace la petición de acreditación en forma total. En este caso, como resultado del proceso de acreditación, la institución de educación superior requirente había obtenido un año menos que en el proceso de acreditación anterior. Debido a que se había acogido su petición parcialmente –se le concedió la acreditación, pero por una cantidad de años menor a la pretendida por la peticionaria–, no podía impugnar la decisión de la CNA. El Tribunal concluyó que el precepto en cuestión “hace que se vea vulnerada la disposición constitucional del artículo 19 N° 24 al afectar su imagen y prestigio que es un intangible que forma parte del patrimonio de dicha casa de estudios superiores, entre otros bienes”<sup>26</sup>. Es así como, en este caso puntual, parece adherir tardíamente a la tesis de la propietarización de los derechos.

Hay un segundo aspecto que denota cierta falta de rigor técnico en la manera en que el Tribunal Constitucional aborda la noción de bienes incorporeales. Tal como lo ha señalado alguna doctrina, respecto de los bienes incorporeales no cabe ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición material; solo es posible su disposición jurídica<sup>27</sup>. De ahí que se sostenga la tutela de la propiedad sobre bienes incorporeales “se limita a la faz subjetiva, a la intangibilidad del patrimonio del propietario, pero no comprende

<sup>22</sup> Por ejemplo, Tribunal Constitucional, 13.3.2024, rol 14077-2023, c. 4°; 17.9.2015, rol 2793-2015 c. 22°; 13.5.2008, rol 944-2007, c. 13°.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional, 18.7.2019, rol 4370-2018, cc. 11° y 12°.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional, 3.3.2020, rol 7571-2019, c. 19°.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional, 12.11.2020, rol 8614-2020, c. 37°.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, 1.10.2020, rol 8719-2020, c. 45°.

<sup>27</sup> GUZMÁN BRITO, 1995, p. 118.

una garantía a la específica configuración jurídica constitutiva del respectivo bien incorporal<sup>28</sup>. Esta es una distinción conceptual rigurosa y altamente técnica que el Tribunal Constitucional ha pasado por alto al pronunciarse acerca de los alcances de la función social de la propiedad y de la expropiación respecto de los bienes incorporales.

Al respecto, esta magistratura únicamente ha señalado que la Constitución “establece un mismo y único estatuto de protección para la propiedad sobre bienes corporales y para la que recae en bienes incorporales, por lo que solo cabría hacer entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de cada una de ellas<sup>29</sup>”. De los pronunciamientos que adoptan esta postura no resulta claro cuáles serían esas “diferencias que resulten ineludibles” y si se extienden al tipo de facultades que se pueden ejercer sobre bienes incorporales o si su propiedad presenta un determinado contenido esencial o no. Este proceder tiene la ventaja de despejar cualquier duda acerca de la procedencia de la habilitación al órgano legislativo para establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad sobre bienes incorporales, con fundamento en su función social. Mas, según se explicará en la Sección V, al mismo tiempo conlleva una ampliación del universo de meras regulaciones que potencialmente pasan a ser objetables por importar una privación de las facultades y atributos esenciales del dominio.

#### IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Otro ámbito en donde es posible apreciar altos grados de rigidez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al derecho de propiedad, es en el relativo a la procedencia y extensión de su función social. Es oportuno recordar que la función social es un título que legitima el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad. Por consiguiente, y puesto de manera muy simple, mientras menor sea el alcance que se le dé, más difícil resultará efectuar los ajustes que cotidianamente requieren los marcos regulatorios y que resultan cruciales para su sostenibilidad en el tiempo. En el ordenamiento constitucional chileno, esta limitación al ámbito de aplicación de la función social se ha articulado mediante una interpretación restringida de los supuestos de procedencia de la función social.

Al regular la función social de la propiedad, el art. 19 N° 24 inc. 2° de la Constitución menciona expresamente los supuestos que permiten al legislador invocarla, señalando que “[e]sta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Por consiguiente, y como suele suceder con toda institución para la que se prevén supuestos de aplicación, surge la pregunta de si acaso estos son taxativos o no, así como

<sup>28</sup> ALDUNATE, 2008, p. 235.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional 20.4.2010, rol 1309-2009, cc. 2° y 4°; 6.3.2007, rol 506-2006, c. 17°; 6.3.2007, rol 505-2006, c. 17°.

la relativa al alcance que se les debe dar al momento de verificar su aplicación a un caso concreto.

Existen dos grandes posturas a este respecto. Por una parte, Evans –siguiendo la postura que se había adoptado previamente cuando se planteó esta misma duda en 1967, a propósito de una reforma constitucional que buscaba introducir la función social de la propiedad en la Constitución de 1925–<sup>30</sup> afirma que se trata de una enumeración taxativa y que los elementos que la comprenden deben ser interpretados restrictivamente<sup>31</sup>. Por otra parte, Rajevic descarta este carácter taxativo, aduciendo que, si la Constitución hubiese pretendido establecerlo, habría indicado que la función social *solo* se podría invocar en las hipótesis listadas, en lugar de indicar que ella *comprende cuanto exijan* dichas hipótesis<sup>32</sup>. Es importante destacar que, de acogerse la primera interpretación, los jueces, al conocer de una impugnación de una limitación por vulnerar el derecho de propiedad, deben, primero, indagar la finalidad que motivó su establecimiento y, luego, verificar si esta consiste o no en alguno de los elementos anteriormente listados.

La primera postura fue utilizada recurrentemente por parlamentarios para cuestionar la constitucionalidad de proyectos de ley y decretos supremos. Incluso, en más de una ocasión, esta fue acogida por el Tribunal Constitucional. Dos ejemplos pueden contribuir a clarificar esta idea.

El primer ejemplo requiere algo de contexto. Entre 1982 y 1983, el país experimentó una severa crisis económica, que condujo a una considerable inestabilidad en el sistema bancario. Como consecuencia, el gobierno chileno ofreció apoyo a la banca privada. Luego de la crisis, la mayoría de los bancos vendieron algunos de sus créditos incobrables o de dudosa recuperación al Banco Central a valor nominal. Inicialmente, los términos de la venta incluían una obligación de recompra de los préstamos. Eventualmente, sin embargo, la carga de esta obligación impidió a la banca atraer nuevos inversores, pues no recibirían dividendos hasta que el banco pagara toda su deuda subordinada. Así, en el espíritu de apoyar consistentemente a la banca privada, la Ley N° 18.401 permitió a cada uno de los bancos involucrados a emitir acciones preferentes con un derecho limitado a dividendos. Alternativamente, la mayoría absoluta de los accionistas preferentes representados en la junta de accionistas podía acordar no distribuir dividendos, para que pudieran capitalizar. Las nuevas acciones resultantes de esa capitalización conllevarían plenos derechos a obtener dividendos.

Este sistema se mantuvo en operación hasta que se hizo evidente que el Estado chileno estaba sufriendo pérdidas millonarias. Entonces, se presentó un proyecto de ley que buscaba derogar la disposición que permitía la capitalización de acciones preferentes. En 1995, se presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional, en el que este resolvió que el proyecto privaría a los accionistas preferentes de un derecho adquirido a

<sup>30</sup> EVANS, 1967, p. 404.

<sup>31</sup> EVANS, 2003, p. 378; CEA, 2012, p. 575.

<sup>32</sup> RAJEVIC, 1996, p. 89.



acordar no distribuir dividendos y capitalizarlos<sup>33</sup>. De acuerdo con el razonamiento de esta magistratura, ninguna de las hipótesis comprendidas bajo la función social de la propiedad mencionadas en el art. 19 Nº 24 inc. 2º CPR estaba en juego.

El segundo ejemplo dice relación con el control de constitucionalidad de un proyecto de ley que pretendía modificar el sistema de seguridad social<sup>34</sup>. En este caso, el proyecto disponía que los afiliados podían disponer del exceso en sus cuentas individuales de ahorro para constituir una renta vitalicia, pero solo bajo un específico sistema de consulta y oferta. El proyecto perseguía dos propósitos. El primer propósito era corregir imperfecciones en el mercado de rentas vitalicias, como asimetrías de información, altos costos de comisión, traspaso de datos personales y conflictos de intereses. El segundo propósito era preservar las condiciones de vida para el rentista y garantizarle el derecho a la seguridad social, en línea con lo dispuesto en el art. 19 Nº 18 CPR. Frente a esta medida, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, argumentando que afectaba la esencia misma del sistema de capitalización individual, que corresponde a la propiedad de los afiliados sobre los fondos y su libertad para disponer de ellos.

El Tribunal determinó que esta medida era inconstitucional, toda vez que la misma conllevaba una privación del poder de los afiliados para disponer libremente de los excesos en sus cuentas. Asimismo, puntualizó que “no solo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados, como ocurre en este caso”<sup>35</sup>. Es así como esta magistratura concluyó afirmando que “no puede quedar duda alguna que esta regulación legal, y en última instancia y eventualmente, contraria a la voluntad del afiliado, importa claramente una privación del dominio, cuál es su facultad de disposición”<sup>36</sup>.

Una interpretación de esta naturaleza no hace otra cosa que confinar el ámbito de actuación del legislador democrático para establecer limitaciones razonables y proporcionales al derecho de propiedad. En otras palabras, lejos de servir como una habilitación general al legislador para configurar y reconfigurar el derecho de propiedad, esta no es más que un título de intervención excepcional respecto del derecho de propiedad, que solo puede ser utilizado en hipótesis taxativamente enunciadas y que además deben ser interpretadas de manera restringida. Debido a que la concurrencia efectiva de esas hipótesis bajo esas restricciones interpretativas es algo que se deja a la argumentación, y que consecuentemente solo puede ser determinado *ex post*, la constitucionalidad de una variedad de intervenciones que de otra manera se entenderían amparadas por la función social, queda en una zona de indeterminación. Dicho de otro modo, por la vía

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, 10.3.1995, rol 207-1995.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional, 21.8.2001, rol 334-2001.

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional, 21.8.2001, rol 334-2001, c. 19º.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional, 21.8. 2001, rol 334-2001, c. 19º.

interpretativa se hace que se ha configurado originalmente como una regla, devenga en un estándar<sup>37</sup>.

En cuanto a los alcances de la potestad configuradora del órgano legislativo, el criterio del Tribunal ha sido oscilante. En algunas ocasiones, ha afirmado que la Constitución no garantiza un único tipo de propiedad, sino varias especies de ella, cada una con su propio estatuto<sup>38</sup>. En consecuencia, goza de un amplio margen para establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer cada especie de propiedad, de acuerdo con sus características. No obstante, en otra oportunidad, ha advertido que la reserva legal del derecho de propiedad ha sido “interpretada, *equivocamente*, como el fundamento de una amplia habilitación para intervenir modulando, con igualmente amplia flexibilidad, las características de dicho derecho” [énfasis añadido]<sup>39</sup>. Es así como –prosigue el Tribunal– “la identificación del contenido esencial del derecho de propiedad se desdibuja al punto de que se acepte como legítima cualquier concepción del derecho de propiedad”<sup>40</sup> y “se quiebra o desconoce toda relación con la concepción civilista de dominio o propiedad”<sup>41</sup>.

## V. LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA O DE INTERÉS GENERAL

Una singularidad adicional de la Constitución de 1980 que la dota de particular rigidez es su minuciosa y extensa regulación de la expropiación, en lo relativo a su monto, oportunidad y forma de pago de la indemnización expropiatoria. Pero la novedad del texto constitucional en que se centrará esta sección consiste en la inclusión de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio como supuesto de expropiación. Respecto de este punto, el art. 19 N° 24 inc. 3° CPR establece que “[n]adie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae *o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” [énfasis añadido]. Según se explicará, su interpretación expone a una restricción adicional al potencial de la función social para configurar y reconfigurar las diversas formas de propiedad a lo largo del tiempo, según lo exija el interés general.

Debido a la singularidad que representa desde una perspectiva comparativa la inclusión de este supuesto dentro de la regulación de la expropiación, es pertinente describir su sentido. La privación de atributos y facultades esenciales teóricamente se

---

<sup>37</sup> De acuerdo a la doctrina, mientras una regla establece de antemano (ex ante) la solución para un caso concreto, los estándares, por el contrario, implican una decisión de establecer la solución una vez que los hechos han acaecido (ex post), ver KAPLOW, 1992, pp. 591-592.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, 14.5.2020, rol 7548-2019, c. 28°; 14.5.2020, rol 7442-2019, c. 35°; 10.12.2019, rol 5962-2019, c. 15°; 27.12.2016, rol 2912-2015, c. 28°.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional, 19.3.2020, rol 7264-2019, c. 13°.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, 19.3.2020, rol 7264-2019, c. 14°.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, 19.3.2020, rol 7264-2019, c. 17°.

produce cuando una intervención estatal despoja del contenido del dominio a su titular, aun cuando formalmente retenga el respectivo título de dominio o el bien en el que su derecho recae.<sup>42</sup> Ahondando más en el propósito de este supuesto, la doctrina ha indicado que consiste en resguardar a la persona propietaria ante la posibilidad que el gobierno recurra al resquicio de afectar severamente las posibilidades de ejercicio del derecho de propiedad (o, dicho en el lenguaje específico del derecho civil, de las facultades de uso, goce y disposición), sin realizar la correspondiente expropiación<sup>43</sup>.

Ahora bien, ¿cómo exactamente el Estado podría efectuar una privación de atributos y facultades esenciales del dominio? La modalidad que parece más clara consiste en que mediante la dictación de una ley o de un acto administrativo el Estado se atribuya a sí mismo el uso, goce o disposición de un bien de un particular; en otras palabras, cuando se genere la transferencia efectiva de cualquiera de estas facultades desde el patrimonio de un particular al patrimonio del Estado<sup>44</sup>. No obstante, se ha indicado que dicha transferencia no es imprescindible, toda vez que la privación también podría producirse como consecuencia de una regulación que prohíba ejercer *alguna* de las proyecciones fácticas o jurídicas de las facultades de uso, goce y disposición propias del dominio, aun cuando *otras* de dichas proyecciones queden subsistentes<sup>45</sup>. Más aún, también se ha señalado que, en el evento de que la regulación implique una restricción significativa a alguna de las proyecciones fácticas o jurídicas de las facultades de uso, goce y disposición propias del dominio, también deben entenderse cubiertas por este supuesto<sup>46</sup>. Esta última tesis tiene una fuerte incidencia en el poder efectivo de la función social: debido a que justamente las limitaciones y cargas que esta impone a la propiedad se traducen en restricciones a las posibilidades de ejercicio que esta brinda<sup>47</sup>, entonces estas y aquellas podrían devenir en indemnizables por constituir una privación de atributos y facultades esenciales del dominio. Al llegar a este punto, un lector versado en la literatura norteamericana acerca de derecho de propiedad, puede percatarse que, al otorgarle el alcance anteriormente indicado a este supuesto de la expropiación, se introduce, por la vía interpretativa, la doctrina de la expropiación regulatoria en el Derecho chileno<sup>48</sup>. Esto no deja de ser paradójico si se considera que uno de los principales fundamentos de esta última tesis radica en la inexistencia de un título que justifique la acción reguladora del Estado, como es la función social, en la Constitución de Estados Unidos<sup>49</sup>.

No obstante lo anterior, el propio Tribunal Constitucional chileno ha validado expresamente esta interpretación de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio. En efecto, tempranamente estableció que aquellas medidas que restringieran

<sup>42</sup> CEA, 1988, p. 63.

<sup>43</sup> CEA, 1988, p. 63.

<sup>44</sup> ALDUNATE y FUENTES, 1997, p. 215.

<sup>45</sup> MOHOR, 1989, p. 297.

<sup>46</sup> MOHOR, 1989, p. 297.

<sup>47</sup> ALDUNATE, 2006, p. 288.

<sup>48</sup> Sobre esta doctrina, ver en general EPSTEIN, 1985; FISCHER, 1995; ALEXANDER, 2006.

<sup>49</sup> ALEXANDER, 2006, p. 100.

posibilidades de ejercicio del dominio, aun cuando no implicaran su traslado efectivo, eran constitutivas de esta privación<sup>50</sup>. Luego, indicó que, en el evento que fueran consideradas significativas, las limitaciones parciales también podían calificarse como una de estas privaciones<sup>51</sup>. Posteriormente, llegó aún más lejos y señaló incluso que aquellas limitaciones que impedían el libre ejercicio de alguno de estos atributos, podían ser catalogadas como privaciones<sup>52</sup>. Considerando todos estos desarrollos no resulta sorprendente que algunos años después indicara que el supuesto de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio implica un reconocimiento en la Constitución chilena de la doctrina de la expropiación regulatoria<sup>53</sup>.

Adherir a la doctrina de las regulaciones expropiatorias implica afirmar en un plano teórico la legitimidad de al menos algunas regulaciones de la propiedad y conferir un margen considerable en la interpretación de la función social de la propiedad. No obstante, al mismo tiempo, adherir a ella supone situar las limitaciones y la expropiación en un continuo conceptual. Y, dentro de este continuo, el escrutinio de las regulaciones a la propiedad siempre puede ser redirigido al ámbito de las privaciones<sup>54</sup>. Como consecuencia de esta construcción interpretativa, queda en entredicho la extensión de la competencia legislativa para introducir aquellos ajustes que de tiempo en tiempo requieren las leyes. Así, al tiempo que permite controlar instancias claras y manifiestas de abuso del poder regulatorio estatal, la tesis amplia acerca de la privación de atributos y facultades esenciales del dominio torna siempre discutible la constitucionalidad de cualquier regulación o limitación que incida respecto de las posibilidades de ejercicio de la propiedad existentes bajo el *statu quo*. De esta manera, cada una de estas posibilidades se erige como un obstáculo en contra del cambio regulatorio.

Debido a la regulación del proceso legislativo prevista en la Constitución de 1980, el alcance que se da a la privación de atributos y facultades esenciales del dominio como supuesto expropiatorio se erige en una barrera particularmente potente al ejercicio de la potestad legislativa para imponer obligaciones y limitaciones fundadas en la función social de la propiedad. Esto se debe a que la carta fundamental permite al Tribunal Constitucional revisar la constitucionalidad de un proyecto de ley, bastando para ello tan solo que una cuarta parte de los integrantes de alguna de las cámaras del Congreso así lo requiera<sup>55</sup>. Esta posibilidad ha generado una dinámica en que las normas de alcances más conflictivos que contemplan los diversos proyectos de ley sean discutidas bajo la sombra de la amenaza de una declaración de inconstitucionalidad efectuada por dicho órgano<sup>56</sup>. Y, como la consecuencia de la tesis amplia acerca de la privación de

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional, 7.3.1994, rol 184-1994, c. 7°.

<sup>51</sup> Tribunal Constitucional, 2.12.1996, rol 245-1996 y 246-1996 (acumuladas), c. 34°.

<sup>52</sup> Tribunal Constitucional, 21.8.2001, rol 334-2001, c. 19°.

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional, 6.3.2007, rol 506-2006, c. 22°; 6.3.2007, rol 505-2006, c. 22°.

<sup>54</sup> VAN DER WALT, 1999a, p. 401. La referencia corresponde al análisis del autor en torno a la jurisprudencia norteamericana, pero también resulta aplicable al caso chileno.

<sup>55</sup> Ver artículo 93, Constitución Política de la República de 1980.

<sup>56</sup> GUILOFF, 2021, pp. 311-312.

atributos y facultades esenciales es precisamente tornar discutible la constitucionalidad de las regulaciones o limitaciones a la propiedad derivadas de la función social, las personas cuyo patrimonio resulta afectado por las regulaciones o limitaciones previstas en las reformas en discusión no han dudado en catalogarlas recurrentemente como expropiatorias, para lograr bloquear su aprobación o restringir sus alcances.

Al respecto, el Tribunal ha declarado expresamente en diversas ocasiones que no existe un derecho de propiedad sobre las normas y ha reconocido la competencia del órgano legislativo para modificar aquellas que se encuentran vigentes<sup>57</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en una sentencia más reciente el Tribunal ha puesto el acento en la estabilidad normativa como propósito de la garantía constitucional de la propiedad. Al efecto, sostuvo que “las limitaciones al dominio deben ser armónicas con la seguridad jurídica que tiene que contener el orden legal, en términos que no afecten el contenido esencial de la propiedad, estableciéndose normas jurídicas que contengan condiciones estables que conlleven a situaciones de certeza, lo que no ha ocurrido con la disposición legal cuestionada”<sup>58</sup>. Asimismo, esta judicatura reiteró que el estatuto constitucional que consagra la garantía del derecho de propiedad “es uno de los más extensos, precisamente porque el constituyente quiso protegerlo debidamente ante cualquier intento de vulneración del mismo, otorgando al propietario la suficiente seguridad jurídica para su pleno ejercicio, y ello es así porque la libertad de las personas pende sustancialmente del respeto que el ordenamiento jurídico otorgue a este derecho, siendo uno de esos pilares la estabilidad de la reglas en materia de dominio privado”<sup>59</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

No cabe duda de que existe una tensión ínsita a la consagración constitucional de la propiedad, entre intereses divergentes. Esta tensión se puede resolver de distintos modos, en función de las impredecibles y cambiantes circunstancias sociales, económicas y políticas de cada caso. Ello no solo no es problemático en sí mismo, sino que además es deseable a efectos de satisfacer adecuadamente distintos derechos, principios y valores constitucionales. El problema se presenta cuando la tensión se resuelve sistemáticamente en un mismo sentido, dando siempre primacía a un tipo de intereses por sobre otros, tal como lo ha denunciado buena parte de la doctrina nacional. En este trabajo puntualizamos que el problema no radica precisamente en el reconocimiento constitucional de la propiedad, sino en diversas fuentes de rigidez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a este derecho.

<sup>57</sup> Tribunal Constitucional, 12.11.2020, rol 8614-2020, c. 36°; 3.3.2020, rol 7592-2019, c. 14°; 12.12.2019, rol 7280-2019, c. 13°; 31.7.2012, rol 2069-2011, c. 30°; 24.7.2012, rol 1986-2011, c. 30°; 5.8.2010, rol 1452-2009, c. 32°; 13.5.2009, rol 1361-2009, cc. 63° y 64°; 14.11.2006, rol 467-2006, c. 37°.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional, 11.3.2021, rol 9031-2021, c. 16°.

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional, 11.3.2021, rol 9031-2021, c. 13°; rol 5172, c. 23°.

Una primera fuente de rigidez se puede hallar en la interpretación que se ha dado al reconocimiento constitucional de la propiedad sobre bienes incorporales. Aunque se aprecia en general un esfuerzo del Tribunal por adoptar una aproximación técnicamente precisa a la noción de bien incorporal, no siempre es claro por qué califica un determinado interés como tal o esa calificación es derechamente cuestionable. Donde todavía es posible un análisis dogmático más acabado es a propósito de las diferencias entre los alcances de la propiedad sobre bienes incorporales y la propiedad sobre bienes corporales. En principio, el Tribunal admite que no hay diferencias para efectos de la competencia del legislador para configurar la propiedad de acuerdo con su función social, pero no se ha pronunciado expresamente acerca de eventuales diferencias respecto del alcance de las facultades y atributos esenciales del dominio.

En cuanto a la función social de la propiedad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido oscilante. En algunas oportunidades, esta magistratura ha entendido que esta opera como una amplia habilitación al órgano legislativo para establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer cada especie de propiedad, de acuerdo con sus características. En otras, por el contrario, ha interpretado los elementos que comprende dicha función –los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental– como causales taxativas y excepcionales de intervención. Desde este punto de vista, la función social se apartaría de la concepción del derecho de propiedad plasmada en el Código Civil, como punto de partida para la interpretación del derecho de propiedad reconocido en la Constitución.

En estrecha conexión con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional deja abierta la posibilidad de determinar la inconstitucionalidad de las limitaciones y obligaciones fundadas en la función social de la propiedad, por considerar que entrañan una privación de atributos y facultades esenciales del dominio. Debido a que este enfoque potencialmente extiende a las referidas limitaciones y obligaciones al estatuto de la expropiación, con todas las implicancias financieras y administrativas que ello conlleva, puede hacer inviable la adaptación de los distintos estatutos jurídico propietarios a las circunstancias existentes. Ante esta eventualidad, el Tribunal ha reiterado en numerosas oportunidades que no existe un derecho de propiedad sobre el ordenamiento jurídico. No obstante, en ocasiones ha subrayado que el respeto al derecho de propiedad reconocido en la Constitución reposa fundamentalmente en la seguridad jurídica y en la estabilidad de las reglas en materia de dominio privado.

En definitiva, nuestra hipótesis inicial es que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado una concepción extraordinariamente rígida del derecho de propiedad, que protege en forma radical el *statu quo*, en desmedro de otros derechos y de la promoción del interés público”, solo se confirma parcialmente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido estable en el tiempo y, hasta hoy, mantiene posiciones contrapuestas que en algunos casos podrían calificarse como flexibles o compatibles con el interés público subyacente al derecho de propiedad y en otros como rígidas o protectoras en forma radical del *statu quo* normativo. Sin embargo, precisamente la variabilidad de los criterios de esta magistratura nos permite constatar que esta rigidez no puede atribuirse exclusivamente a los términos en que formalmente se consagra el derecho de

propiedad en la constitución, sino que es el resultado de una particular interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del mismo.

Como resultado de esta interpretación, se pone en entredicho la extensión de la competencia legislativa para configurar y reconfigurar las posiciones jurídico-subjetivas amparadas por el derecho de propiedad, a medida que las circunstancias lo requieran. Es así como, en la práctica, aquellas pueden quedar dotadas de una rigidez tan acentuada, que pueden resultar virtualmente sustraídas del legítimo debate democrático, arriesgando la sustentabilidad de las instituciones que estructuran a la comunidad política.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo, 1995: "Deficiencias en la argumentación jurídica. Comentario crítico al fallo del tribunal constitucional librado en la causa rol Nº 207", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 16.
- ALDUNATE, Eduardo, 2006: "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, Nº 2.
- ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jessica, 1997: "El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 18.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 2005: *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, Vol. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ALEXANDER, Gregory, 1999: "Constitutionalising Property: Two Experiences, Two Dilemmas", en Janet McLean (ed.), *Property and the Constitution*, New Zealand, Hart Publishing, pp. 88-108.
- ALEXANDER, Gregory, 2006: *The Global Debate Over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press.
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian: 2017, "Contenido esencial de los derechos fundamentales", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales. Teoría general*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, pp. 323-448.
- CEA, José Luis, 2012: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II*, Santiago de Chile, Ediciones UC.
- COMISIÓN CONSTITUYENTE, 1975a: *Sesión 5ª, celebrada en 04 de octubre de 1973*. Disponible en [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3548/2/sesión\\_05.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3548/2/sesión_05.pdf).
- COMISIÓN CONSTITUYENTE, 1975b: *Sesión 150ª, celebrada en 04 de Septiembre de 1975*. Disponible en [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3557/2/sesión\\_150.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3557/2/sesión_150.pdf).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2006: "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 19, Nº 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 1996: "Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 23, Nº 1.
- DUCCI CLARO, Carlos, 1986: *Derecho Civil: Parte General*, Santiago DE Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- EPSTEIN, Richard, 1985: *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press.
- EVANS, Enrique, 1967: *Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- EVANS, Enrique, 2003: *Los Derechos Constitucionales. Tomo II*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, 2014: “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en José Francisco García (ed.), *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*, Santiago de Chile: Legal Publishing, pp. 213-242.
- FISCHEL, William, 1995: *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics*, Cambridge, Harvard University Press.
- FUENTES OLMOS, Jessica, 2012: “Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 38, N° 1.
- GUILOFF, Matías, 2018: “La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el derecho de propiedad privada”, *Estudios Constitucionales*, volumen 16, N° 2.
- GUILOFF, Matías, 2021: “Propiedad y la tensión entre cambio y estabilidad: Reflexiones para una constitución sustentable”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, volumen 89.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 1995: *Las cosas incorporales en la doctrina y el derecho positivo*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 1996: *Derecho Romano Privado*, Santiago de Chile, Thompson Reuters.
- KAPLOW, Louis, 1992: “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, volume 42, N° 3.
- MOHOR, Salvador, 1989: “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, N° 2.
- NEDELSKY, Jennifer, 1994: *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and Its Legacy*, Chicago, University of Chicago Press.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, 1995: “El caso de la deuda subordinada. Comentarios a la jurisprudencia del excmo. tribunal constitucional (fallos roles N° 209, de 1995)”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 16.
- RAJEVIC, Enrique, 1996: “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, *Revista Chilena De Derecho*, volumen 23, N° 1.
- RODOTÀ, Stefano, 1986: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas.
- TELLEGEN, J.W y Guzmán Brito, Alejandro, 2000: “Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, volumen 117, N° 1.
- VAN DER WALT, André, 1999a: *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis*, Michigan, JUTA.
- VAN DER WALT, André, 1999b: “The Constitutional Property Clause: Striking a Balance Between Guarantee and Limitation”, en Janet McLean (editor), *Property and the Constitution*, New Zealand, Hart Publishing, pp. 109-146.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, 1991: “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 14.

### *Jurisprudencia citada*

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de marzo de 1994, rol 184-1994.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 10 de febrero de 1995, rol 207-1995.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 2 de diciembre de 1996, roles 245-1996 y 246-1996 (acumuladas).
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 21 agosto de 2001, rol 334-2001.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de noviembre de 2006, rol 467-2006.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 6 de marzo de 2007, rol 505-2006.



- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 6 de marzo de 2007, rol 506-2006.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 944-2007.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2009, rol 1361-2009.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 20 de abril de 2010, rol 1309-2009.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 5 de agosto de 2010, rol 1452-2009.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 24 de julio de 2012, rol 1986-2011.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 31 de julio de 2012, rol 2069-2011.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 17 de septiembre de 2015, rol 2793-2015.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 27 de diciembre de 2016, rol 2912-2015.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de mayo de 2019, rol 5172-2018.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de julio de 2019, rol 4370-2018.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2019, rol 6611-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 10 de diciembre de 2019, rol 5962-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de diciembre de 2019, rol 7280-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 3 de marzo de 2020, rol 7571-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 3 de marzo de 2020, rol 7592-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 2020, rol 7264-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de mayo de 2020, rol 7442-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de mayo de 2020, rol 7548-2019.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 1 de noviembre de 2020, rol 8719-2020.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2020, rol 8614-2020.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 11 de marzo de 2021, rol 9031-2021.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de marzo de 2024, rol 14077-2023.

## El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género

Verónica Undurraga Valdés\*  
Yanira Zúñiga Añazco\*\*

### RESUMEN

*Este artículo analiza las dimensiones de género del proceso constituyente chileno 2021-2022. Nuestra investigación busca verificar si en ese proceso se replican los hallazgos de la literatura en relación con los distintos aspectos de la incursión de las mujeres en los procesos constituyentes y, a partir de la información obtenida, ofrecer una interpretación coherente e informada por los marcos teóricos utilizados en el proyecto. Trabajamos con tres hipótesis que fueron corroboradas. La primera es que el discurso acerca de democracia de la Convención superaría el modelo representativo electoral tradicional y adoptaría postulados de los modelos de democracia deliberativa, participativa y paritaria. La segunda, es que prevalecería una concepción de igualdad sustantiva. La tercera, es que habría un alejamiento del feminismo liberal, ganando protagonismo visiones feministas radicales e interseccionales, y que las feministas impulsarían conjuntamente una variedad de propuestas, pero que en ciertos temas se dividirían por razones ideológicas.*

Proceso constituyente 2021-2022; Chile; Género

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Profesora Titular, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3429-521X>. Correo electrónico: [veronica.undurraga@uai.cl](mailto:veronica.undurraga@uai.cl)

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora Titular, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0589-3552>. Correo electrónico: [yzuniga@uach.cl](mailto:yzuniga@uach.cl)

Este artículo se inscribe en los Proyectos FONDECYT Nº 1221474, "Tracking and analysis of the gender dimensions of the 2021-2022 Chilean constitutional process", en el que Verónica Undurraga es investigadora responsable y en el Nº 1210585, "El rol de la familia en el sistema sexo-género ¿estabilización o transformación?", cuya investigadora responsable es Yanira Zúñiga.

Las autoras agradecen el financiamiento recibido de este Programa. Agradecemos el excelente y arduo trabajo de investigación de Valentina Canales, Bárbara Concha y Andrea Sifaqui. También agradecemos los comentarios recibidos a un borrador de este artículo que nos hicieron las panelistas Tiare Aguilera, Constanza Schönhaut, Carolina Navarrete, Natalia Morales y Luz Riedel, en el seminario "Proceso Constituyente Chileno 2021-2022: implicancias para el constitucionalismo de género", realizado el 16 de abril de 2024.

Artículo recibido el 30.5.2024 y aceptado para su publicación el 15.8.2024.

*The Chilean Constitutional Process 2021-2022:  
A reflection from the perspective of gender constitutionalism*

ABSTRACT

*This article analyzes the gender dimensions of the Chilean constituent process 2021-2022. Our research seeks to verify whether the findings of the literature in relation to the different aspects of women's participation in the constituent processes are replicated in this process and, based on the information obtained, to offer a coherent interpretation informed by the theoretical frameworks used in the project. We worked with three hypotheses that were confirmed: The first is that the Convention's discourse on democracy would replace the traditional representative electoral model and would adopt features of the deliberative, participatory and parity models of democracy. The second is that a conception of substantive equality would prevail. The third is that there would be a shift away from liberal feminism, with radical and intersectional feminist visions gaining prominence, and that feminists would jointly promote a series of proposals, but that on certain issues they would divide for ideological reasons.*

Constitutional Process 2021-2022; Chile; Gender

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, Chile transitó por tres procesos constituyentes que buscaban reemplazar la Constitución de 1980, que proviene de la dictadura<sup>1</sup>. Ninguno de estos intentos terminó con un nuevo texto constitucional aprobado<sup>2</sup>, pero ofrecieron una valiosa oportunidad de aprendizaje y una fuente invaluable de investigación para el constitucionalismo comparado. Este artículo forma parte de un proyecto de investigación que considera la realización de una evaluación de las distintas dimensiones de género del proceso constitucional chileno de 2021-2022 y de la propuesta constitucional resultante.

Buscamos contribuir al campo del constitucionalismo de género, un área en expansión, que ha sido predominantemente desarrollada por autoras anglosajonas y europeas a partir de las últimas décadas del siglo veinte. El constitucionalismo de género examina las manifestaciones del orden de género sustentado en la división de las esferas públicas y privadas, en el derecho constitucional y las prácticas estatales y estudia cómo este orden de género se modifica cuando las mujeres pasan a ser protagonistas de los procesos constituyentes. Este abordaje pone en entredicho el carácter supuestamente neutral del derecho constitucional, hace un análisis crítico de conceptos fundamentales de la teoría

<sup>1</sup> Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. Boletín Nº 11.617-07, 2018; Ley 21.200, 2019; Ley 21.533, 2023.

<sup>2</sup> Diario Financiero, 16 marzo 2018, Ministro Chadwick cierra puerta a nueva Constitución de Bachelet: "No queremos que avance"; Resultado plebiscito constitucional 4 septiembre 2022: Apruebo 38,11% - Rechazo 61,89%; Resultado plebiscito constitucional 17 de diciembre 2023: A favor 44,21% - En contra 55,79%.

constitucional<sup>3</sup> e incluso desafía los límites de lo que se considera constitucional, en la medida que las barreras para alcanzar la verdadera ciudadanía para las mujeres no están limitadas a aquellas tradicionalmente estudiadas por los juristas, sino que se expanden al ámbito de lo privado, incluyendo temas como la familia, la religión y otros. Como señala MacKinnon, “el constitucionalismo es un compartimento demasiado estrecho para preguntas jurídicas que plantea tomarse en serio la desigualdad de género”<sup>4</sup>.

Esperamos ampliar el conocimiento existente en este campo, verificar si en el proceso chileno se replican los hallazgos que la literatura ha identificado en relación con los distintos aspectos de la incursión de las mujeres en los procesos constituyentes y ofrecer una interpretación coherente y una narrativa informada por los marcos teóricos utilizados en el proyecto.

Las características únicas del proceso chileno, incluyendo la paridad de género (que fue posible gracias a la conciencia de género que surgió con la movilización feminista del 2018)<sup>5</sup>, la composición ideológicamente pluralista y socialmente variada de la Convención Constituyente<sup>6</sup>, la representación proporcional de los pueblos indígenas, una fuerte presencia de constituyentes feministas y una mayor conciencia social acerca de las dimensiones de género de la crisis del cuidado producto del COVID, abrieron una ventana de oportunidad para discutir un proyecto constitucional que pudiera incorporar los intereses de las mujeres, incluyendo una perspectiva interseccional<sup>7</sup>. Este proyecto es pionero porque el equipo de investigación trabajó mientras el proceso se desarrollaba y tuvo acceso de primera mano a los protagonistas y a la documentación relevante relacionada con el proceso. Hicimos seguimiento del trabajo de comisiones temporales y permanentes y del pleno de la Convención Constitucional, identificando la trayectoria de todas las iniciativas de normas presentadas tanto por los integrantes de la Convención como de las iniciativas populares de normas presentadas por la ciudadanía, que tuvieran una dimensión de género. Se realizaron 14 entrevistas a convencionales constituyentes, seleccionados para que hubiera representatividad de género, edad, territorial, pertenencia o no a pueblos indígenas y de ideas políticas. También se entrevistó a 9 representantes de la organizaciones de la sociedad civil de distintas posturas políticas que hicieron incidencia en temas de género durante el proceso.

Esta propuesta de investigación se sitúa en el marco de dos campos teóricos. El primero es el de las concepciones de la igualdad y de la igualdad de género en particular, y el segundo es el de los modelos de democracia. Estos dos campos convergen en

---

<sup>3</sup> KAHANA y STEPHENSON, 2012, p. 259.

<sup>4</sup> MACKINNON, 2012, pp. ix-xii.

<sup>5</sup> REYES-HOUSHOLDER y ROQUE, 2019.

<sup>6</sup> LE FOULON y PALANZA, 2021.

<sup>7</sup> Cuando nos referimos a intereses de las mujeres no asumimos que estos sean una realidad estática o determinada en la esfera de lo social, que el sistema político solo tenga que reconocer. Tampoco que sean necesariamente compartidos por todas las mujeres. La expresión se usa en un sentido laxo: los intereses de las mujeres pueden entenderse como aquellos que han sido objeto de las demandas de los movimientos de mujeres y feministas en el ámbito político y social para asegurar condiciones de igualdad efectiva en distintos ámbitos de la vida en común.

muchos puntos, y vemos una conexión entre ambos en torno al concepto de paridad de género. Un aspecto interesante de los debates acerca de la paridad de género es que puede justificarse tanto como un instrumento para alcanzar la igualdad sustantiva como un requisito para la legitimidad democrática<sup>8</sup>. Esto es particularmente cierto en América Latina, en contraste con Francia, donde la paridad se basó en el argumento democrático después de que el argumento de la igualdad esgrimido para justificar las cuotas fuera rechazado por el Conseil Constitutionnel en 1982<sup>9</sup>. En América Latina, el debate político ha mezclado ambas líneas de argumentación<sup>10</sup>. Esta confluencia ha servido al objetivo de alcanzar los consensos superpuestos necesarios para aprobar mecanismos de paridad en los debates legislativos<sup>11</sup>. Situar la paridad dentro de la rica tradición de aportes feministas a las concepciones de igualdad, puede asegurar que conserve su impulso transformador, evitando el riesgo de convertirse en una exigencia despolitizada, consistente única y exclusivamente en el aseguramiento de un umbral de presencia femenina<sup>12</sup>.

## II. DESARROLLO

En el proyecto planteamos tres hipótesis. La primera, es que el carácter paritario y pluralista de la Convención Constituyente estaría asociado a un discurso acerca de la democracia que superaría el modelo representativo electoral tradicional y adoptaría postulados de los modelos de democracia deliberativa, participativa y paritaria. La segunda, es que prevalecería una concepción de igualdad sustantiva, que permitiría al Estado tomar medidas para superar las desigualdades estructurales. La tercera, es que la confluencia de distintos feminismos en la Convención Constitucional resultaría en un alejamiento del feminismo liberal que ha sido predominante en las políticas de género del Estado chileno, y que ganarían protagonismo las visiones feministas radicales e interseccionales; las feministas formarían alianzas e impulsarían conjuntamente una variedad de propuestas importantes, pero en ciertos temas, las diferencias ideológicas entre ellas tendrían efectos divisivos. Adicionalmente, para indagar en la experiencia de las mujeres como protagonistas del proceso constituyente, el proyecto también contempló un examen exploratorio de la experiencia de las mujeres convencionales, con el objeto de comprobar si las dificultades identificadas en la literatura respecto de la participación política de las mujeres —como los problemas asociados a la compatibilización del trabajo político con responsabilidades familiares, la violencia política de género o la falta de apoyo de los partidos— estuvieron presentes en este proceso. Los resultados de esta indagación serán tratados en un artículo posterior.

<sup>8</sup> RUBIO-MARÍN, 2020, pp. 233-259; ZÚÑIGA, 2022, pp. 229-247.

<sup>9</sup> Conseil Constitutionnel, 1982.

<sup>10</sup> ZÚÑIGA, 2022, pp. 229-247.

<sup>11</sup> UNDURRAGA, 2020, pp. 466-470.

<sup>12</sup> ZÚÑIGA, 2022, pp. 229-247.

## 1. *Primera hipótesis*

Nuestra primera hipótesis es que el carácter paritario y pluralista de la Convención Constitucional chilena estaría asociado a un discurso respecto de la democracia que superaría el modelo representativo electoral tradicional y adoptaría postulados de los modelos de democracia deliberativa, participativa y paritaria. Con el objetivo de permitir un diálogo con la literatura ya existente en el área del constitucionalismo de género, usamos la taxonomía de modelos de democracia propuesta por Blanca Rodríguez y Ruth Rubio Marín<sup>13</sup>, que permite visibilizar algunos aspectos relevantes para la inclusión política de las mujeres que son característicos de cada uno de los modelos. Como hipótesis auxiliar propusimos que estos tres modelos de democracia se verían reflejados en el Reglamento de la Convención Constituyente, en la adopción de un robusto sistema de participación ciudadana, que sería utilizado por los movimientos feministas, y en las propuestas de los contenidos de la nueva Constitución.

El modelo de la democracia electoral representativa funda la legitimidad del Estado en la idea del consentimiento de los ciudadanos expresado en el ejercicio individual del derecho a sufragio por el que eligen y legitiman la acción de sus representantes. La ciudadanía se concibe como una unidad abstracta e indiferenciada, representada como tal por cada uno de los representantes electos. Bajo este modelo tradicional de democracia representativa, las mujeres han tenido poca visibilidad y poder.

El modelo de la democracia deliberativa no niega la relevancia de los elementos antes referidos, pero considera que la sola representación electoral es insuficiente. De acuerdo con este sistema, la democracia implica que diferentes voces y puntos de vista estén representados y participen en un proceso dialógico que se dé bajo condiciones epistemológicas y en un ambiente de empatía que asegure un diálogo en condiciones de igualdad.

El modelo de democracia paritaria se construye a partir de una crítica al constitucionalismo liberal clásico que denuncia su carácter sesgado. El constitucionalismo liberal se fundamenta en una imagen de ciudadano como un ser independiente y sin cargas de cuidado. Consecuentemente, asumió como presupuesto la separación de las esferas pública y privada, la que está en el origen de la distribución de roles de género que mantiene a las mujeres en una situación de exclusión política y de subordinación estructural. El constitucionalismo liberal está asociado al modelo de democracia electoral representativa y, por tanto, el modelo de democracia paritaria es crítico de ese modelo. El modelo de democracia paritaria, al exigir la inclusión de igual número de mujeres en los órganos de representación, visibiliza la dependencia y el cuidado como aspectos definitorios de la vida de los ciudadanos, en lugar de ser obstáculos o marcadores de diferencias que imposibilitan la participación en la vida pública o el ejercicio de la ciudadanía. Al traer al ámbito de lo político la dimensión de la dependencia, cambia la noción de ciudadanía, que pasa a ser inclusiva. La representación, a su vez, requiere hacerse cargo de los individuos en toda su complejidad, con ello, temas que

---

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-RUIZ y RUBIO-MARÍN, 2008; RODRÍGUEZ-RUIZ y RUBIO-MARÍN, 2009.

eran propios de la esfera doméstica y se ubicaban fuera del alcance inmediato del Estado se constitucionalizan. El modelo de democracia paritaria difiere esencialmente del de representación electoral tradicional porque se funda, al menos parcialmente, en concepciones vinculadas a la representación espejo y a la política de la presencia. Estas parten del supuesto que la representación debe estar vinculada a la experiencia y la identidad de ciertos grupos excluidos tradicionalmente de la toma de decisiones políticas, por lo que es necesario que los cuerpos representativos reflejen lo más fielmente posible el pluralismo y diversidad de la ciudadanía. Estas nuevas concepciones que interpelan a la democracia liberal surgen en algún grado frente a una crisis más general de las formas tradicionales de representación, que diluye la confianza tradicional en la política de las ideas y busca en la política de la presencia una alternativa a aquella. Dicha alternativa tendría, según sus defensores, ventajas epistémicas y de justicia social. Sin embargo, no hay que olvidar que, por un lado, la crisis de representación obedece a una multiplicidad de causas que trascienden la exclusión de género, de modo que corregir el déficit de presencia femenina no equivale a subsanar el déficit de representación. Asimismo, hay que tener en consideración que los intereses de las mujeres no son homogéneos y la presencia femenina es un medio, no un fin en sí mismo. Por consiguiente, sacralizar la paridad conlleva un riesgo de esencialismo que socava las potenciales virtudes de este modelo y puede crear otro tipo de déficits de representación.

Finalmente, el modelo de democracia participativa busca diversificar los actores democráticos y las vías de participación ciudadana, incorporando formas de democracia popular. La llegada de mujeres en números significativos a asambleas constituyentes a lo largo del mundo<sup>14</sup> coincide con el surgimiento de un constitucionalismo participativo, que busca un involucramiento más intenso de la ciudadanía en los procesos constituyentes mediante diversos mecanismos de incidencia y que funda la legitimidad de estos procesos en el grado de participación ciudadana que los acompañó. En este modelo adquieren importancia las formas de movilización ciudadana fuera de los órganos constituyentes que interactúan con los órganos de representación. Los mecanismos participativos pueden empoderar a las mujeres, pero eso dependerá de su diseño e implementación, ya que también tienen el riesgo de ser abusados o de no responder adecuadamente para avanzar en fortalecer a las mujeres como agentes de cambio constitucional<sup>15</sup>.

Nuestros hallazgos confirman la primera hipótesis de trabajo.

La opción por el modelo de democracia paritaria se impuso tempranamente en el proceso constitucional. Así lo refleja el documento “Normas básicas para el funcionamiento provisional de la Convención Constitucional”, en el que consta un conjunto de acuerdos acerca de la instalación y funcionamiento preliminar de este órgano. Por ejemplo, se acordó que las comisiones no podrían estar integradas en más del 60% por un género (artículo 2) y que la coordinación debía ser paritaria (artículo 3). En el mismo documento se propone a la Comisión de Reglamento (la que debía redactar el texto

<sup>14</sup> ZÚÑIGA y PONCE DE LEÓN, 2020, pp. 207-232.

<sup>15</sup> SUTEU, 2019, pp. 19-46.

definitivo del reglamento de funcionamiento) normas pertinentes a igualdad de género (artículo 6); a la Comisión de Ética, normas relativas a prevención y sanción a la violencia política y de género (artículo 7); a la Comisión de Presupuestos y Administración Interior, una política laboral y de apoyo a funcionarios que contuviera cobertura de cuidados (artículo 8); y se establece una conformación paritaria del Comité Externo de Asignaciones (artículo 14)<sup>16</sup>.

Posteriormente, en la Comisión de Reglamento, a partir de la interpretación de la norma referida a la composición paritaria de las coordinaciones —que decía que “para la elección de dicha coordinación, cada integrante deberá votar por dos personas, una de las cuales, a lo menos, debe ser mujer”<sup>17</sup>—. Surgió un debate que enfrentó distintas concepciones pertinentes a la paridad y mostró que ella genera controversia también al interior del feminismo. Una postura defendía una versión de la paridad más apegada a las lógicas de la representación espejo o descriptiva, la que asumía que ningún sexo debía estar más representado que el otro, por consiguiente, defendía una estricta igualdad numérica (“paridad como techo”). Otra postura se situó más cerca de las coordenadas de la acción afirmativa, es decir, priorizó una concepción antidiscriminatoria, que buscaba corregir desigualdades estructurales y, en particular, la exclusión histórica de las mujeres en la toma de decisiones políticas. Esta impulsó la fórmula bautizada *paridad como piso*, la que buscaba conjurar el efecto techo que se sigue de la aplicación aritmética de la paridad: si ningún sexo puede superar al otro, entonces pareciera que se asume que el equilibrio presente borra la disparidad crónica pasada. Esta interpretación, como había quedado en evidencia en la elección de los propios convencionales constituyentes, envolvía el riesgo de que la paridad se transformara en un techo<sup>18</sup>. El debate acerca del significado y alcance de la paridad sirvió también para hacerse cargo de otras tensiones que origina esta herramienta, en particular, aquella relacionada con la representación de personas no binarias. De hecho, el apoyo de la fórmula de la *paridad como piso* tenía el efecto de evitar que se asumiera que las personas no binarias necesariamente debían contabilizarse dentro del porcentaje correspondiente a las mujeres. No obstante, estas tensiones atravesaron el proceso de instalación de la Comisión. Si bien en la Comisión de

---

<sup>16</sup> Normas básicas para el funcionamiento provisional de la Convención Constitucional, 2021.

<sup>17</sup> Normas básicas para el funcionamiento provisional de la Convención Constitucional, 2021, art. 3.

<sup>18</sup> El mecanismo de paridad en la elección de constituyentes no indígenas, está regulado en la disposición transitoria 31 de la Constitución, introducida por la Ley 21.216. El mecanismo de paridad aplicable para la elección de escaños reservados, está en la disposición transitoria 43, introducida por la Ley 21.298, incisos 21 y siguientes. Las correcciones que establecen estas normas para asegurar la igualdad aritmética resultaron en que fue mayor el número de mujeres que de hombres que debió ceder sus escaños a una candidatura del sexo contrario. Este resultado, sin embargo, debe tomar en consideración el importante incentivo que implicó la adopción de normas de paridad para que las listas llevaran candidatas competitivas. Ver LE FOULON y PALANZA, 2021.



Reglamento se impuso por mayoría la interpretación de la paridad como techo<sup>19</sup>; otras comisiones adoptaron sin debate la interpretación de la *paridad como piso*<sup>20</sup>.

El texto final del Reglamento General también refleja un compromiso con la democracia paritaria. Define explícitamente a la Convención Constitucional como una “asamblea representativa, paritaria y plurinacional” (artículo 1) y la Mesa Directiva, así como las coordinaciones de las comisiones también se conforman de acuerdo con el criterio de paridad. A su vez, el Reglamento define principios que la Convención debe aplicar, entre estos están el enfoque de género y la perspectiva feminista, el enfoque de cuidados e inclusión (artículo 3)<sup>21</sup>.

La idea de que el enfoque de género debía atravesar todo el debate constitucional fue adoptada por la Convención Constitucional como una condición de legitimidad, un “mínimo democrático de funcionamiento”<sup>22</sup>, dando lugar a una discusión interna acerca del mejor mecanismo para lograrlo<sup>23</sup>.

La preocupación por la inclusión y participación de distintos grupos históricamente desaventajados es indicativa de una adhesión a los modelos de democracia deliberativa y participativa. Por ejemplo, entre los principios rectores del funcionamiento de la Convención Constitucional, establecidos en su Reglamento, están “... la adopción de medidas efectivas para lograr la [...] inclusión, respeto mutuo y participación de todas las personas y pueblos, especialmente de grupos históricamente excluidos o invisibilizados ...”<sup>24</sup>, el “[e]nfoque de género y la perspectiva feminista [...] que se adoptan para erradicar la violencia de género, la invisibilización y la exclusión que sustentan los patrones históricos de dominación sobre las mujeres, diversidades, disidencias sexuales y de género, con el fin de asegurar las condiciones para una construcción democrática real ...”<sup>25</sup>. Se establece, además, que la Convención “deberá propiciar la participación popular descentralizada a lo largo de todo el territorio nacional, incluyendo a la población migrante, territorios indígenas y de chilenas y chilenos en el exterior”<sup>26</sup>, se reconoce el plurilingüismo y la igualdad lingüística<sup>27</sup>; se garantiza el derecho a la participación de

<sup>19</sup> Acta sesión N° 1 de la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional, 19 de julio de 2021. Disponible en [https://drive.google.com/file/d/1xV6E3budjYffmsnsC7z-OLluYnuEBX1L/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1xV6E3budjYffmsnsC7z-OLluYnuEBX1L/view?usp=drive_link)

<sup>20</sup> Acta de la sesión N° 1 de la Comisión de Descentralización, Equidad y Justicia Territorial, 28 de julio de 2021. Disponible en <https://drive.google.com/drive/folders/1rqOZbihY8pkYjqLkIFT20JUVrdU2MzdU>

<sup>21</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2022.

<sup>22</sup> Indicación N° 386, que incorpora un párrafo 6 al Título II sobre Estructura Orgánica de la Convención Constitucional. Acta sesión N° 22 de la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional, 26 de agosto de 2021. Disponible en: <https://drive.google.com/drive/folders/1rqOZbihY8pkYjqLkIFT20JUVrdU2MzdU>.

<sup>23</sup> Indicación N° 310 para incorporar un nuevo artículo 89 dentro del párrafo 3 “Del trabajo en comisiones” y su aprobación. Acta sesión N° 23 del Pleno de la Convención Constitucional, 28 de septiembre de 2021. Disponible en [https://drive.google.com/file/d/1YpBvgUAe8sK-xihfK8JpzLE6ekcRWflx/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1YpBvgUAe8sK-xihfK8JpzLE6ekcRWflx/view?usp=drive_link)

<sup>24</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra b).

<sup>25</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra c).

<sup>26</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra f).

<sup>27</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra h).

niños, niñas y adolescentes<sup>28</sup>. A la participación popular general e indígena se califica de incidente, “con el objeto de generar un impacto real en su deliberación y aprobación”<sup>29</sup>. El modelo de democracia deliberativa también se expresa en la regulación de condiciones para el diálogo, las que se enfocan especialmente en el aseguramiento de condiciones de igualdad, respeto por la diversidad y paridad participativa. Por ejemplo, entre estos se establece el deber de “propiciar un debate con buen trato”<sup>30</sup> que fomente espacios de deliberación amigables, en particular, para “personas en situación de discapacidad, con identidades de género diversas, orientaciones sexuales, entre otros”<sup>31</sup>. Se alienta también la construcción de “conocimientos en forma colectiva ... entre las personas con culturas diversas”<sup>32</sup>, con “sensibilidad hacia las diferencias”<sup>33</sup>. Se establece, además, el principio de deliberación informada, que “implica que los debates ... se efectúen de manera ordenada, circunscrita, reflexiva, conducente ... sobre la base de que los constituyentes dispongan de suficiente información acerca de los asuntos a ser discutidos”<sup>34</sup>. A nivel de reglas, se aseguró un uso de la palabra conforme con criterios de paridad de género, plurinacionalidad, descentralización, equidad territorial y pluralismo político<sup>35</sup>.

El Reglamento de Ética, asimismo, establece procedimientos para sancionar discursos de odio, violencia de género y otros tipos de violencia y discriminación que pudieran atender contra el ejercicio deliberativo dentro de la Convención<sup>36</sup>. En el proceso de establecimiento de estas normas, sin embargo, se cuestionó la posibilidad de que algunas de ellas pudieran inhibir el pluralismo y actuar como mecanismos de censura, directa o indirecta<sup>37</sup>.

También se pudo corroborar la hipótesis auxiliar, que proponía que se adoptaría un robusto sistema de participación ciudadana, que sería utilizado por los movimientos feministas. Una vez en pie los mecanismos de participación, estos fueron intensamente utilizados por organizaciones feministas y el movimiento de mujeres<sup>38</sup>. En las comisiones

<sup>28</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra o).

<sup>29</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra j).

<sup>30</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra p).

<sup>31</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra p).

<sup>32</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra q).

<sup>33</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra q).

<sup>34</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 3 letra w).

<sup>35</sup> Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, art. 11.

<sup>36</sup> Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo, 2021, artículos 18-22, 38, 45.

<sup>37</sup> Informe de la Comisión de Ética en cumplimiento del mandato otorgado por las normas básicas para el funcionamiento provisional de la convención constitucional, pp. 17-18. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1CL87ZhZBziz\\_buMBFnef6qNUee\\_jXIIg/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1CL87ZhZBziz_buMBFnef6qNUee_jXIIg/view?usp=drive_link)

<sup>38</sup> Los mecanismos de participación ciudadana se encuentran regulados en el Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente, 2021, y en el Reglamento de participación y consulta indígena, 2021.

transitorias<sup>39</sup>, por ejemplo, 24 de las 105 audiencias públicas realizadas por la Comisión de Reglamento, se refirieron a temas de género<sup>40</sup>. En el marco de las comisiones temáticas<sup>41</sup>, 11 de las 123 audiencias sobre sistema político, 72 de 201 audiencias sobre derechos fundamentales y 19 de 127 sobre sistemas de justicia, incluyeron temáticas de género<sup>42</sup>. Además, numerosas iniciativas populares de norma (INP) contenían propuestas de género; varias de estas se plasmaron en el texto final aprobado por la Convención. Entre ellas, el reconocimiento de diversas formas de familia más allá de los lazos consanguíneos y filiativos (IPN N° 40-2), el derecho a una vida libre de violencia (IPN N° 57-4); el derecho a la identidad, incluyendo características, identidad de género, orientación sexual y expresión de género (IPN N° 41-4); el derecho a los cuidados (IPN N° 75-4); el deber de ejercer la función jurisdiccional con perspectiva de género y enfoque interseccional y la capacitación en la eliminación de estereotipos de género (IPN N° 68-6), y el derecho a la salud sexual y reproductiva (IPN N° 76-4)<sup>43</sup>. Asimismo, la sistematización de los temas tratados en los cabildos, da cuenta de que en ellos aparecieron muchos de los temas de género que finalmente se incluyeron en la propuesta constitucional<sup>44</sup>. Las entrevistas a convencionales constituyentes que formaban parte de la Colectiva Feminista (nombre del grupo organizado de mujeres constituyentes feministas dentro de la Convención) revelan sus lazos y el apoyo que recibían de organizaciones y movimientos de base feminista<sup>45</sup>.

La propuesta constitucional también reflejó la opción por una democracia paritaria, que incluye también elementos de los modelos de democracia participativa y deliberativa. La temprana organización de las mujeres feministas para asegurar la paridad en la etapa de la creación del reglamento y el aprendizaje adquirido a partir de las tensiones internas que enfrentaron en las primeras negociaciones, llevó a las convencionales constituyentes feministas a presentar una propuesta de consenso, que fue la Iniciativa Convencional

---

<sup>39</sup> Las Comisiones Transitorias fueron las siguientes: Reglamento, Presupuesto y Ética, así como también la de un Comité Externo de Asignaciones.

<sup>40</sup> Tenemos que Hablar de Chile, 2021.

<sup>41</sup> Las comisiones temáticas fueron las siguientes: Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral; Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía; Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal; Derechos Fundamentales; Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales y Modelo Económico; Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control, y Reforma Constitucional; Sistemas de Conocimiento, Ciencia, y Tecnología, Cultura, Artes y Patrimonio.

<sup>42</sup> Tenemos que hablar de Chile, 2022; FLACSO Chile, 2021.

<sup>43</sup> Se puede consultar los textos de las iniciativas populares de normas en: <https://www.chileconvencion.cl/iniciativas-normas/>

<sup>44</sup> Secretaría de Participación Popular, 2022. Disponible en: Reporte resultados Sistematización y análisis Cabildos primera etapa participativa, 2022, Secretaría de participación popular [https://drive.google.com/file/d/1PjyFWFxTBUK-2nr5Cpxp\\_bcMqQprbwvB/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1PjyFWFxTBUK-2nr5Cpxp_bcMqQprbwvB/view?usp=drive_link)

<sup>45</sup> Entrevista Fondecyt N° 10, mujer, lista del pueblo, 30 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+; Entrevista Fondecyt N° 11, mujer, lista apruebo dignidad, 31 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+; Entrevista Fondecyt N° 16, mujer, lista apruebo dignidad, 35 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+; Entrevista Fondecyt N° 17, mujer, lista coordinadora social magallanes, 37 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+

Constituyente N° 116-1, que “Establece pautas sobre Democracia Paritaria”<sup>46</sup> presentada por 16 convencionales, de las distintas fuerzas políticas de centroizquierda e izquierda, incluyendo a representantes indígenas. La iniciativa contó, además, con 32 adherentes (todas mujeres). La iniciativa tuvo un impacto sustantivo en el texto finalmente despachado que regula la democracia paritaria en distintos ámbitos, mediante (i) la incorporación de una cláusula general que contempla la paridad (entendida como un piso de al menos 50% de integrantes mujeres) para todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales<sup>47</sup>, los superiores y directivos de la Administración y los directorios de empresas públicas y semipúblicas<sup>48</sup>. Además, se establece el deber estatal de promover la integración paritaria de sus demás instituciones “y en todos los espacios públicos y privados”<sup>49</sup>, adoptando adicionalmente “medidas para la representación de personas de género diverso por medio de los mecanismos que establezca la ley”<sup>50</sup>; (ii) la incorporación de una norma que obliga al Estado a garantizar la participación democrática e incidencia política de todas las personas, especialmente la de los grupos históricamente excluidos y de especial protección<sup>51</sup>; (iii) el establecimiento de un sistema electoral conforme con los principios de igualdad sustantiva, paridad, alternabilidad de género<sup>52</sup>; (iv) una norma de paridad de género en las organizaciones políticas<sup>53</sup>; (v) una norma que mandata el enfoque de género en el ejercicio de las funciones públicas<sup>54</sup>; (vi) una norma que establece prohibición de optar a cargos públicos ni de elección popular a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales y de violencia intrafamiliar<sup>55</sup>; (vii) normas que establecen que tanto el Congreso de diputadas y diputados como la Cámara de las Regiones son órganos paritarios<sup>56</sup> y (viii) normas transitorias que buscan asegurar la adecuación del sistema electoral para alcanzar la paridad<sup>57</sup>.

No fueron recogidas en el texto propuestas que buscaban asegurar la representación efectiva de identidades trans y no binarias<sup>58</sup> y crear cupos para representantes de la

---

<sup>46</sup> Iniciativa Convencional Constituyente N° 116-1, disponible en [https://drive.google.com/file/d/1s40fL5pDA7ZLsABtILZPMfXSKq1dgnAg/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1s40fL5pDA7ZLsABtILZPMfXSKq1dgnAg/view?usp=drive_link)

<sup>47</sup> Respecto de estos últimos, la paridad está reiterada en el artículo 350 de la propuesta.

<sup>48</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 6 número 2.

<sup>49</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 6, número 3.

<sup>50</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 6.

<sup>51</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 153.

<sup>52</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 161.

<sup>53</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 163.

<sup>54</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 161.

<sup>55</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 172.

<sup>56</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, arts. 252 y 254 respectivamente.

<sup>57</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, disposiciones transitorias tercera y sexta.

<sup>58</sup> La propuesta la presentó Organización Trans Diversidad (OTD Chile) y se puede escuchar en audiencia pública, sesión N° 7, de la Comisión de Sistema Político, del día 3 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RrMEs349m5k&t=3386s> (Min 10.38).

comunidad LGTBIQ+ en las listas de partidos<sup>59</sup>. El texto final tiene mención explícita a su adherencia al modelo de democracia participativa, al exigir al Estado “garantizar a toda la ciudadanía ... el ejercicio pleno de una democracia participativa, a través de mecanismos de democracia directa”<sup>60</sup>.

## 2. *Segunda hipótesis*

La segunda hipótesis de trabajo fue que prevalecería una concepción de igualdad sustantiva, que permitiría al Estado tomar medidas para superar las desigualdades estructurales. Como hipótesis auxiliares se propuso que a) se buscaría ampliar las demandas de integración de la paridad de género en los distintos espacios de poder público y privado; b) que habría una constitucionalización de temas tradicionalmente relegados al ámbito privado, como el trabajo de cuidados, la sexualidad y la reproducción, y la violencia de género y, c) que la paridad contribuiría a fortalecer la posición de los intereses de las mujeres en la nueva Constitución, lo que aportaría a confirmar la tesis de la asociación correlación entre la representación descriptiva y la representación sustantiva de las mujeres en los órganos de decisión política.

La concepción de igualdad sustantiva con la que trabajamos fue la de Sandra Fredman<sup>61</sup>. Fredman desarrolla una concepción multidimensional de igualdad sustantiva, que recoge muchos de los aportes de la literatura relevante en el tema. En su trabajo, la igualdad sustantiva se entiende como una concepción asimétrica (a diferencia de la igualdad formal), porque busca superar situaciones de subordinación existentes y enfocarse en la superación de estas situaciones. La igualdad sustantiva reúne necesariamente cuatro dimensiones: distributiva, en sentido amplio, de acceso a oportunidades, recursos y poder; de reconocimiento, incluyendo la eliminación de estigmas, estereotipos y violencia; participativa, lo que implica inclusión en la comunidad y en la vida política, y, por último, transformativa, que apunta a cambios estructurales, de manera de evitar que el acceso a un trato igualitario conlleve, para algunas personas, la condición de que deban asimilarse a los grupos hegemónicos, negando distintas identidades y formas de vida, sino por el contrario, que las instituciones y demás estructuras de la vida social y económica, se adapten a las diferencias y el pluralismo de los sujetos que interactúan con ellas.

Nuestra investigación reveló que, efectivamente, la concepción de igualdad sustantiva fue la que prevaleció en el texto, sin perjuicio de que la igualdad formal también fue reconocida.

Así, en varias disposiciones, la paridad y la perspectiva de género aparecen como vectores o herramientas para asegurar la igualdad sustantiva. La igualdad sustantiva,

---

<sup>59</sup> La propuesta la presentó OTD Chile y se puede escuchar en audiencia pública en la sesión N° 7 de la Comisión de Sistema Político, del 3 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RrMEs349m5k&t=3386s> (Min 1:04.30).

<sup>60</sup> Propuesta de Constitución Política de la República, 2022, art. 153.

<sup>61</sup> Fredman, 2016, pp. 712-38

además, no solo se vincula a la superación de las asimetrías entre hombres y mujeres, sino que a la de una variedad de grupos o colectivos históricamente marginados, incluyendo a los pueblos indígenas, las personas LGBTIQ+ y las personas con discapacidad.

El término igualdad sustantiva aparece por primera vez en el artículo 1 como uno de los “valores intrínsecos e irrenunciables” reconocidos por la democracia, que se califica como inclusiva y paritaria<sup>62</sup>. El mismo artículo hace una referencia a la dimensión participativa de la igualdad sustantiva, al establecer el deber del Estado de generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo. El artículo 6 vuelve a vincular la igualdad sustantiva con la idea de una democracia plena. Establece que el Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía<sup>63</sup>. La dimensión transformativa de la igualdad también se recoge en ese artículo, al establecer que “[l]os poderes y órganos del Estado adoptarán las medidas necesarias para adecuar e impulsar la legislación, las instituciones, los marcos normativos y la prestación de servicios, con el fin de alcanzar la igualdad de género...[debiendo] incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria y en el ejercicio de sus funciones”<sup>64</sup>.

La igualdad como derecho está en el artículo 25 de la propuesta. Comprende tres aspectos: la igualdad sustantiva, la igualdad ante la ley y la no discriminación<sup>65</sup>. El texto no define ni da señales acerca de cuáles son los vínculos entre estos aspectos. Sin embargo, la igualdad sustantiva es descrita como una sinergia virtuosa: una “garantía del reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con pleno respeto a la diversidad, la inclusión social y la integración”<sup>66</sup>. Esta descripción es consistente con la idea de la superación de asimetrías con el fin de lograr el goce efectivo de derechos que se predicen para todas las personas. Esa superación de asimetrías se asocia al mandato para el Estado de adoptar “todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo”, para alcanzar la igualdad efectiva<sup>67</sup>.

En ese sentido, la igualdad ante la ley es entendida no tanto como una norma que ordena el mismo tratamiento a todas las personas, sino como un objetivo de igualdad universal que el Estado debe perseguir y asegurar. La prohibición general de discriminación incluye la prohibición de discriminación directa e indirecta (“por objeto o resultado”), lo que se refuerza con una extenso listado de categorías sospechosas que

<sup>62</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 1.

<sup>63</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 6.

<sup>64</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 6.

<sup>65</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25.

<sup>66</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25 número 2.

<sup>67</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25 número 5.

finaliza con una categoría amplia y abierta que remite a “cualquier otra [condición] que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar la dignidad humana, el goce y ejercicio de los derechos”<sup>68</sup>.

En el caso de la igualdad respecto de mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexuales y de género, se establece una garantía adicional en la que resuena la crítica feminista a la teoría de las dos esferas: esta debe ser asegurada por el Estado tanto en el ámbito público como privado<sup>69</sup>.

El artículo 25 contiene otro guiño a la elaboración feminista respecto de la igualdad. Dicha disposición ordena al Estado “tener en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo de discriminación”, ello busca que se use un análisis interseccional para identificar y comprender cómo opera la discriminación múltiple<sup>70</sup>.

Tanto la mención a la discriminación indirecta como el deber estatal de asegurar la igualdad de género también en ámbito privado, dan cuenta de la influencia que, en esta materia, tuvo el desarrollo del tema de la igualdad de género que existe en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a partir de la definición de discriminación contra la mujer contenida en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>71</sup>.

En otro vínculo muy claro entre paridad e igualdad sustantiva, la propuesta constitucional ordena al legislador crear “un sistema electoral conforme a los principios de igualdad sustantiva, paridad, [y] alternabilidad de género...”<sup>72</sup>. También exige a las organizaciones políticas implementar “la paridad de género en sus espacios de dirección asegurando la igualdad sustantiva en sus dimensiones organizativa y electoral y promoviendo la plena participación de las mujeres [y] destinar un financiamiento electoral proporcional al número de dichas candidaturas”<sup>73</sup>. La violencia de género impide a las personas ejercer plenamente sus derechos políticos, por lo que se ordena al Estado y a las organizaciones políticas tomar medidas para erradicarla<sup>74</sup>.

El mismo vínculo entre paridad e igualdad sustantiva, al que se agrega la perspectiva de género, está presente en la regulación de la función jurisdiccional: “[l]a función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva”<sup>75</sup>.

Nuestra hipótesis de que habría una constitucionalización de temas tradicionalmente relegados al ámbito privado, como el trabajo de cuidados, la sexualidad y la reproducción,

<sup>68</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25 número 4.

<sup>69</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25 número 3.

<sup>70</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 25 número 5.

<sup>71</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, art. 1.

<sup>72</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 161.

<sup>73</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 163.

<sup>74</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 163.

<sup>75</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 312.

y la violencia de género, fue confirmada. Se establece que las familias tienen múltiples formas y se le ordena al Estado protegerlas y garantizarles una vida digna<sup>76</sup>. Se les reconoce a las mujeres, niñas, adolescentes y a las personas de la diversidad y disidencias sexuales y de género el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado, obligándose al Estado a adoptar las medidas necesarias para erradicar la violencia y los patrones socioculturales que la posibilitan<sup>77</sup>. Se reconoce el derecho a la educación sexual integral<sup>78</sup>, los derechos sexuales y reproductivos<sup>79</sup> y el derecho al cuidado<sup>80</sup>. Al regularse la seguridad social se asegura la cobertura de prestaciones a quienes ejerzan trabajos domésticos y de cuidado<sup>81</sup>. La norma sobre derecho al trabajo garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, eliminando riesgos a la salud y resguardando los derechos de maternidad y paternidad<sup>82</sup>. El trabajo doméstico se concibe como una actividad económica que contribuye a las cuentas nacionales y que debe ser considerado en la formulación y ejecución de políticas públicas. Se ordena al Estado promover la corresponsabilidad social y de género y la implementación de mecanismos para la redistribución del trabajo doméstico y de cuidados, procurando que no impliquen una desventaja para quienes la ejercen<sup>83</sup>.

Es importante destacar que la propuesta de la Convención Constitucional abordó el cuidado y la interdependencia con un enfoque universalista. Es decir, no la consideró una experiencia intrínsecamente femenina, sino que una experiencia fundamentalmente humana. Esto se observa en varias disposiciones dedicadas a la interdependencia y al cuidado. La interdependencia es concebida como un descriptor de la experiencia humana (art. 4), una condición de las relaciones interpersonales e interculturales, así como una característica del vínculo con la naturaleza (arts. 8 y 39). La regulación del cuidado refleja este enfoque transversal y universalista. El cuidado tiene una expresión triple, es considerado un valor o principio, un derecho y una institucionalidad. La disposición del art. 50 es especialmente ilustrativa de esta concepción: establece un derecho universal a cuidar, ser cuidado y autocuidarse y garantiza, además, un sistema integral de cuidados. Todas estas manifestaciones aparecen gobernadas por una orientación igualitaria de carácter reestructurante. El cuidado debe ser digno y realizado en condiciones de igualdad y corresponsabilidad, según dispone el art. 50 N° 1. Es decir, tanto su valor y contribución social como las cargas y responsabilidades inherentes a él requieren ser redistribuidas.

Casi todas las propuestas de género presentadas a la Convención Constitucional fueron recogidas en el texto final. Este resultado podría interpretarse como una confirmación del argumento de la asociación entre representación de género descriptiva y

<sup>76</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 10.

<sup>77</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 27.

<sup>78</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 40.

<sup>79</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 61.

<sup>80</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 50.

<sup>81</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 45.

<sup>82</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 46.

<sup>83</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 49.



representación sustantiva y así lo entendieron transversalmente las y los convencionales a quienes entrevistamos. Sin embargo, a la luz de lo sucedido en el proceso constitucional del 2023, en que también hubo paridad de género en todas las instancias de los órganos constituyentes y en el que las propuestas de género, a pesar de haberse impulsado por un grupo considerable de mujeres, tuvieron una acogida muy parcial, nos parece que la explicación del éxito en la incorporación de las normas de género en el texto final no puede descansar en el efecto de la presencia numérica de mujeres.

### 3. *Tercera hipótesis*

Nuestra tercera hipótesis de trabajo fue que la confluencia de distintos feminismos en la Convención Constitucional resultaría en un alejamiento del feminismo liberal que ha sido predominante en las políticas de género del Estado chileno, y en que ganarían protagonismo las visiones feministas radicales e interseccionales. También postulamos que las feministas formarían alianzas, pero que habría temas en los que actuarían divididas, por razones ideológicas.

En las entrevistas realizadas a convencionales constituyentes no aparecen, en general, (auto)adcripciones a corrientes feministas específicas. Hay quienes, no obstante, utilizan etiquetas frecuentes en las taxonomías feministas para referirse a personas que formaron parte de la articulación feminista en la Convención Constitucional. Esas etiquetas remiten al feminismo radical y al liberal. Pero en uno y otro caso su significación es diversa a aquella aceptada en la literatura especializada. El adjetivo “radical” es usado por una convencional para connotar una posición extrema o poco dialogante<sup>84</sup>, mientras que el apellido “liberal” es usado por otra convencional para referirse a un enfoque —el suyo— que acepta como natural la complementariedad de los sexos, se opone a la agenda feminista, en especial, a la paridad, y a un principio de igualdad que desborde una dimensión formal y homogénea<sup>85</sup>.

En la literatura especializada, en cambio, el feminismo liberal es descrito como la primera versión feminista, emergida en el siglo XVIII, desarrollada en el siglo XIX y cuya influencia perdura hasta hoy. Este se enfoca en la ampliación de la igualdad de oportunidades y en la garantía de acceso de las mujeres al poder político. El feminismo liberal se compromete especialmente con la agencia individual, y no cuestiona, como otras elaboraciones críticas, la razón ilustrada, pero lo mismo que los feminismos de la segunda mitad del siglo XX (con la única excepción de algunas versiones del feminismo de la diferencia), tiene un carácter contestatario respecto de los roles de género. El feminismo liberal ha sido siempre la versión más progresista del liberalismo, aun cuando se le imputen, injustamente, los mismos defectos que la tradición liberal clásica (entre

---

<sup>84</sup> Entrevista N° 18, mujer, lista Apruebo Dignidad, 50 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+

<sup>85</sup> Entrevista N° 19, mujer, lista Vamos por Chile, 42 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+

otros, excesivo individualismo)<sup>86</sup>. Así, por ejemplo, en la crítica de Wollstonecraft –uno de los primeros textos del feminismo ilustrado– se observa un cuestionamiento a las restricciones, costumbres y leyes que discriminan a las mujeres, y una defensa de su reforma política, legal y cultural<sup>87</sup>.

Por su parte, el feminismo radical es una corriente del último tercio del siglo XX que se ocupa de las raíces de la subordinación femenina. A diferencia del feminismo liberal, la entiende como un problema de poder, de opresión –no de desigualdad<sup>88</sup>– y vincula su origen a la apropiación del cuerpo y la sexualidad femenina. Se aparta, además, de la versión liberal en la extensión de su proyecto reformista. El objetivo del feminismo radical es la reforma del patriarcado (un concepto de su autoría), considerado un sistema de opresión fundamental, en el que descansan los restantes sistemas de opresión, como la raza y la clase social<sup>89</sup>. Además, el feminismo radical se caracteriza por su crítica a la distinción entre lo público y lo privado; y la defensa de la politización de la familia<sup>90</sup>. Las feministas radicales no solo construyeron su pensamiento y práctica política en abierta oposición al feminismo liberal, también tomaron distancia del feminismo marxista. A este último le imputan una lectura sesgada de la opresión femenina, concebida como un mero subproducto de la opresión de clase, y la promoción de un sindicalismo que beneficiaba a los hombres por encima de las mujeres y de los niños<sup>91</sup>.

Tomando en cuenta la falta de autoafiliación espontánea de las convencionales feministas, hemos optado por identificarlas por vía indirecta, reconstruyéndolas mediante dos indicadores: las agendas políticas perseguidas por ellas, declaradas en las entrevistas realizadas en el marco del proyecto, y el tipo de prácticas adoptadas por la articulación feminista al interior de la Convención Constitucional.

Adoptando este método, y siguiendo el clivaje entre redistribución y reconocimiento, propuesto por Fraser<sup>92</sup>, puede decirse que la orientación de la agenda de género de las feministas de la Convención Constitucional es mixta: combina dimensiones culturales, de reconocimiento o de identidad, con dimensiones de redistribución o materiales. Esto se puede observar, por ejemplo, en la discusión referente al cuidado en las que se reivindicó tanto su reconocimiento simbólico como su retribución económica<sup>93</sup>.

---

<sup>86</sup> SÁNCHEZ, BELTRÁN y ÁLVAREZ, 2008, pp. 86-86 (75-124); VARELA, 2014.

<sup>87</sup> WOLLSTONECRAFT, 2020.

<sup>88</sup> VALERA, 2014, p. 103.

<sup>89</sup> PULEO, 1994, p. 145.

<sup>90</sup> VARELA, 2014, p. 107.

<sup>91</sup> MILLET, 1995, p. 94.

<sup>92</sup> FRASER, 2015, pp. 167-207.

<sup>93</sup> En el artículo 49 de la Propuesta de Constitución Política de la República, elaborada por la Convención Constitucional, se observan ambas dimensiones. Por un lado, se reconoce el valor social de los trabajos domésticos y de cuidados, calificándolos de “trabajos socialmente necesarios e indispensables para la sostenibilidad de la vida y el desarrollo de la sociedad”. Y por el otro, se declara su valor económico. El art. 45 establece una obligación de aseguramiento de la cobertura de prestaciones a quienes ejerzan este tipo de trabajo.

La hipótesis levantada al formular la investigación aparece corroborada al aplicar este método. Las acciones y productos normativos elaborados por las convencionales feministas, así como sus enfoques, estrategias y alcance de su agenda transformadora adoptan características típicas del feminismo radical. Conviene aclarar que el uso de un vocabulario de raigambre radical, donde destacan las expresiones *género* o *patriarcado*, si bien puede ser indiciario de la influencia de esta corriente, no parece ser un antecedente suficiente, debido a que ese vocabulario es el vocabulario estándar del feminismo contemporáneo. Sí parecen ser indicadores más fiables de la influencia del feminismo radical, su interés en deconstruir dicotomía público-privado y la adopción de principios de organización —como la horizontalidad y el separatismo— vinculados directamente a la tradicional radical<sup>94</sup>.

El esfuerzo por difuminar la dicotomía público/privado, se observa en la elaboración de distintas reglas pertinentes a la familia, el cuidado, la violencia doméstica y la sexualidad que finalmente quedaron plasmadas en el texto aprobado por la Convención Constitucional. La importancia de la sexualidad —el eje central de la teorización radical acerca de la opresión femenina— se expresa en una variedad de cláusulas dedicadas, con mayor o menor énfasis, a la educación sexual integral<sup>95</sup>, la violencia sexual<sup>96</sup>, y los derechos sexuales y reproductivos, incluyendo la polémica cláusula que reconoce a la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho fundamental<sup>97</sup>. En varias de esas cláusulas se expresa también la preocupación del feminismo radical por combatir el abuso sexual infantil<sup>98</sup>.

En el plano de las prácticas de organización, destaca la adopción de la horizontalidad y del separatismo.

La horizontalidad ha sido un principio de organización adoptado por varias organizaciones feministas de la región americana, a partir de la década del 70. La horizontalidad aparece primero como una característica de los grupos de concienciación que proliferaron en Estados Unidos. La participación de las mujeres en esos grupos como en otros espacios de acción política, requería un concurso de todas ellas en pie de igualdad, que rehuía las lógicas de autoridad y jerarquía. La horizontalidad se erigió, así, como un principio regulatorio de los movimientos de mujeres, tanto en Estados Unidos como en otras regiones, incluida Latinoamérica<sup>99</sup>.

El separatismo está asociado al feminismo lesbiano, el que propugna que las mujeres deben abstenerse, provisoria o definitivamente, de relaciones heterosexuales, pues estas contribuyen a la perpetuación de la supremacía masculina<sup>100</sup>. También hay un separatismo practicado por las feministas radicales. Según el clásico ensayo de la feminista

<sup>94</sup> FRYE, MARILYN, 1978; SANCHEZ, BELTRÁN y ÁLVAREZ, 2008, p. 111.

<sup>95</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 40.

<sup>96</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 40.

<sup>97</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 61.

<sup>98</sup> RAMÍREZ GONZÁLEZ, 2023, pp. 861-863.

<sup>99</sup> MARTÍNEZ PRADO, 2022, pp. 65-69.

<sup>100</sup> BOUCHARD, 1999, p. 126.

radical, Marilyn Frye —“Algunas reflexiones sobre el separatismo y el poder”, escrito en 1977—, la separación feminista se puede dar de manera espontánea, en varios grados y modos (por ejemplo, el divorcio), y consiste en un alejamiento autodefensivo de las instituciones, relaciones y papeles, patriarcales. Lo usual es que esas separaciones se practiquen por feministas de manera inconsciente y transitoria, pero adoptado como una práctica consciente, sistemática y general, encaminada a lograr la completa liberación femenina, se transforma en separatismo<sup>101</sup>.

Así entendido, el separatismo prioriza la condición femenina como factor de configuración de alianzas políticas, y excluye, por consiguiente a los hombres, incluso a los que pertenecen a otras identidades subordinadas (por ejemplo, homosexuales o racializadas). En Chile, el separatismo ha sido adoptado especialmente por los movimientos feministas universitarios, a partir del llamado “mayo feminista”, de 2018<sup>102</sup>. En algunos casos, dicha práctica fue porosa a las diversidades sexuales, y reacia únicamente a la presencia de hombres heterosexuales y cisgénero<sup>103</sup>. El uso del separatismo por parte de las convencionales feministas parece deberse a factores contingentes, especialmente de orden generacional. En efecto, la mayor parte de las y los convencionales eran personas jóvenes y contaban con educación universitaria<sup>104</sup>. Es plausible, entonces, que las convencionales feministas hayan adoptado el separatismo como una extensión de las prácticas universitarias.

La horizontalidad y el separatismo pueden ofrecer ventajas, sobre todo en el plano de la concienciación y el afianzamiento de la solidaridad entre mujeres, pero son también prácticas problemáticas. En algunas organizaciones feministas latinoamericanas la horizontalidad ha provocado tensiones y nudos a propósito de sus incursiones en la política formal y, particularmente, en la estructura partidaria, gobernada por los principios de autoridad y jerarquía. En efecto, la horizontalidad cuestiona ordinariamente esos principios, así como otras lógicas de la acción política tradicional. La horizontalidad expresa un rechazo a la verticalidad, y también a las figuras de representación y a los liderazgos. Lo ideal es que cada mujer hable por sí misma. Esta concepción de la política en primera persona se traslada a una construcción de la acción y de la agencia política que rehúye su abstracción y todo uso de una voz colectiva<sup>105</sup>. Esta visión, llevada a la práctica, crea un efecto disolvente, amplifica los conflictos y provoca una gestión menos eficiente de la negociación y deliberación interna, la que precisa cuotas importantes de organización vertical. También socava la formación de liderazgos femeninos<sup>106</sup>.

Las entrevistas realizadas durante nuestra investigación sugieren la presencia de algunas de las tensiones antes referidas al interior de la Convención Constitucional. Así,

<sup>101</sup> FRYE, 1978.

<sup>102</sup> La etiqueta “mayo feminista” remite a la paralización realizada por movimientos feministas en una quincena de universidades chilenas, en reclamo por casos de acoso y violencia sexual.

<sup>103</sup> INOSTROZA BOITANO, 2022, p. 54.

<sup>104</sup> LÓPEZ MORENO, 2023, p. 15

<sup>105</sup> VÉDIE, 2020, p. 22

<sup>106</sup> MARTÍNEZ PRADO, 2022

por ejemplo, en los discursos de algunas de las feministas entrevistadas, se trasunta la desconfianza hacia los liderazgos. Estos aparecen como indeseables, son presentados como formas de apropiación de las voces individuales de las mujeres o, incluso, manifestaciones de egos personales<sup>107</sup>. Esta visión refleja la desconfianza habitual del feminismo radical frente al poder. Sin embargo, al asumir que el poder político es irremediablemente patriarcal, se produce un efecto paradójico: se le esquivo o se lo acepta como un mal necesario. Como observa Jo Freeman, en su ensayo titulado “La tiranía de la falta de estructura”, el tránsito desde la concienciación hacia la articulación política estable requiere superar la aversión hacia la organización y la estructura<sup>108</sup>.

La adopción del separatismo también puede conllevar problemas. Uno de ellos es su efecto divisivo. Al no ser una práctica ampliamente aceptada por las mujeres, ni siquiera por las feministas, el riesgo de un efecto centrífugo es alto. Ese efecto aparece documentado en investigaciones relacionadas con organizaciones de mujeres indígenas o comunitarias en América Latina, quienes son reacias a abandonar los espacios de alianza construidos alrededor de otras formas de opresión como la etnia, o desplegadas en entornos territoriales o comunitarios<sup>109</sup>. Varias de las entrevistadas reconocen que la articulación feminista al interior de la Convención, no fue exitosa en convocar a mujeres no feministas o a feministas ajenas a la variante radical<sup>110</sup>. Hay también evidencia que sugiere que tuvo dificultades para convocar a las mujeres que ocupaban los escaños indígenas y para sintetizar sus propias preocupaciones<sup>111</sup>.

Este resultado plantea problemas desde el punto de vista de los medios puestos para alcanzar el objetivo de la interseccionalidad. Este enfoque fue adoptado explícitamente por las feministas al interior de la Convención Constitucional y traducido en tres disposiciones del proyecto<sup>112</sup>. Los relatos recogidos en nuestra investigación muestran dificultades para incorporar las diferencias que singularizan a las mujeres de pueblos

---

<sup>107</sup> Una convencional constituyente lo expresa así: “Todas valemos por igual y todas somos referentes de alguien. No creo que hallan rostros del feminismo y deseo que siempre sea así que no hayan rostros porque no buscamos líderes o mujeres que sean nuestra voz, todos tenemos que aprender a tener nuestra propia voz y nuestro propio discurso...”. “Lamentablemente, la mayor de las diferencias que siempre se interponen en llegar a acuerdos –pero los superamos– son los egos...”. Entrevista Fondecyt Nº 10, mujer, Lista del Pueblo, 30 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+

<sup>108</sup> FREEMAN, 1972.

<sup>109</sup> CABRAPÁN, 22, p. 68

<sup>110</sup> Una convencional constituyente menciona: “Creo que no ha habido una mirada reposada para reconocer estas diversidades de feminismo y para entender que para acoger esa diversidad de feminismos, a lo mejor las técnicas para acogerlas son distintas [...] he visto poca ductilidad en esa persuasión. Y al revés, incluso un poquito casi de coerción”. Entrevista Fondecyt Nº 18, mujer, lista Apruebo Dignidad, 50 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+

<sup>111</sup> En el seminario realizado por el proyecto, el 16 de abril de 2024, la convencional constituyente por Rapa Nui, Tiare Aguilera, reconocía que hubo dificultades para congeniar las agendas feministas –en especial, la relativa a la regulación del aborto– y ecologistas con los focos habituales de interés y las lógicas de las agendas indígenas, lo que coincide con investigaciones que han llegado a conclusiones parecidas. FERNÁNDEZ QUIROGA, 2024

<sup>112</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, arts. 50, 311 y 343.

originarios<sup>113</sup>. La interseccionalidad se transformó en un objetivo compartido en la teoría, pero escurridizo en la práctica.

Verónica Schild ha advertido respecto de la dificultad de conciliar la pretensión hegemónica de un discurso feminista homogeneizante y contingente, con el ideal de inclusividad de las distintas identidades que coexisten en las experiencias femeninas. En este sentido, ella alerta acerca de “el peligro de construir nuevamente al feminismo como actor único, ... que invisibiliza su diversidad y complejidad e instala una visión homogénea que, en el fondo, se basa en la experiencia de jóvenes urbanas y de clase media como ‘el’ referente político con quien dialogar”<sup>114</sup>.

Esa dificultad parece haber sido menor respecto de las agendas ecologistas o la postura *queer* (las que tradicionalmente han tenido espacio para desarrollarse al interior de la tradición radical), lo que se refleja en varias cláusulas híbridas<sup>115</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

El análisis de las dimensiones de género del proceso constitucional chileno 2021-2022 aporta nuevo conocimiento al campo del derecho constitucional. La investigación reveló que la paridad y el mayor pluralismo en la conformación del órgano constituyente se asociaron, tanto en la forma de funcionamiento de la Convención como en el contenido de la propuesta constitucional, en la adopción de principios y reglas propias de modelos de democracia deliberativa, participativa y paritaria, superando así el modelo representativo tradicional que ha primado en la historia de Chile. El estudio confirmó la prevalencia de una concepción de igualdad sustantiva, con una clara intencionalidad de superar desigualdades estructurales. Esta concepción, en su dimensión de género, se reflejó en la adopción de la paridad en los espacios de poder públicos y privados, la constitucionalización de temas tradicionalmente considerados ajenos al ámbito público, como el cuidado, la violencia de género, la sexualidad y la reproducción y en, general, en una mayor presencia de temas que han sido parte de las agendas de los movimientos de mujeres, además de un tratamiento de los temas constitucionales tradicionales con perspectiva de género. Por último, aunque no se pudo constatar una adscripción consciente de las convencionales feministas a corrientes específicas del feminismo, la acción política de aquellas que tuvieron hegemonía al interior de la Convención y las normas asociadas a esa acción, muestran una pretensión transformadora que va más allá de la

---

<sup>113</sup> Una convencional resume esas dificultades de la siguiente manera: “La persona primero es parte de pueblo originario y, claro, convive con ser feminista pero también, no es la primera bandera, por lo menos esa es mi percepción”. Entrevista Fondecyt N° 15, mujer, lista independientes del norte, 31 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+. Otro convencional afirma “yo sí diría que, salvo en cuestiones obvias –como de interseccionalidades que convergían–, mi impresión era que cada uno corría por su lado”. Entrevista Fondecyt N° 13, hombre, lista apruebo dignidad, 52 años, no pertenece a PPOO, no se identifica perteneciente a la comunidad LGTBIQ+.

<sup>114</sup> SCHILD y FOLLEGATI, 2018 p. 162.

<sup>115</sup> Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 2022, arts. 1, 14, 35 y 44.

que caracteriza al feminismo liberal y la acercan a los postulados del feminismo radical. Además de la difuminación de la dicotomía público/privado, hay un tratamiento de la sexualidad que refleja la preocupación por su papel en la opresión femenina. La agenda de género incorporó dimensiones redistributivas y de reconocimiento. En el plano de las prácticas, la capacidad de organización y negociación que tuvieron las convencionales feministas se reflejó en la incorporación en el texto final de casi todas sus propuestas. Esta organización incluyó prácticas de horizontalidad y separatismo, en las que se hicieron presentes algunos de los riesgos que la literatura ha advertido, en términos de dificultades con la gestión de los liderazgos y dinámicas de hostilidad y exclusión. Por último, la voluntad de incorporar la interseccionalidad tuvo dificultades, en particular en relación con las demandas de los pueblos indígenas.

### BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile (18 de diciembre de 2023). Resultados del Plebiscito Constitucional 2023. Recuperado el 1.09.2024, del Portal Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=resultados-del-plebiscito-constitucional-2023>
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile (4 de septiembre de 2022). Con histórica participación electoral propuesta de nueva Constitución fue rechazada. Recuperado el 1.09.2024, del Portal Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=historica-participacion-plebiscito-2022>
- BOLETÍN N° 11.617-07, 2018; Ley 21.200, 2019; Ley 21.533, 2023.
- BOUCHARD, Guy, 1991: "Typologie des tendances théoriques du féminisme contemporain", *Philosophiques*, v. 18, número 1.
- CABRAPÁN Duarte, Melisa. 2022: "Movimiento de mujeres contra el extractivismo: feminismos y saberes multisituados en convergencia". *Debate fem.* [online], vol.64 <https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.2022.64.2287>.
- CONSEIL constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 82-146DC, Nov.18, 1982, J.O. 3475 (Fr.).
- CONVENCIÓN sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.
- DIARIO Financiero (16 marzo 2018). Ministro Chadwick cierra puerta a nueva Constitución de Bachelet: "No queremos que avance". Recuperado el 1.09.2024, de Diario Financiero: <https://www.df.cl/economia-y-politica/actualidad/ministro-chadwick-cierra-puerta-a-nueva-constitucion-de-bachelet-no>
- FERNÁNDEZ Quiroga, A. F. (2024) «Alianzas entre los movimientos feministas y los pueblos indígenas dentro de la última Convención Constituyente de Chile», *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*.
- FRASER Nancy, 2015: *Fortunas del Feminismo* (trad.) *Traficante de Sueños*. Colección *Prácticas Constituyentes*.
- FREDMAN, Sandra, 2016: "Substantive Equality Revisited". *International Journal of Constitutional Law*, volume XIV N° 3.
- FREEMAN, Jo. "The Tyranny of Structurelessness". *Berkeley Journal of Sociology*, vol. 17, 1972. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/41035187>
- FRYE, Marilyn, 1978: "Some Reflections on Separatism and Power". *Sinister Wisdom*, 6.
- INFORMES de Sistematización de Audiencias FLACSO Chile, 2021. Disponible en [https://drive.google.com/drive/folders/1tgmwNfQaN5E\\_3vLHZoaWjADvUlf70-o6?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/drive/folders/1tgmwNfQaN5E_3vLHZoaWjADvUlf70-o6?usp=drive_link)

- INOSTROZA Boitano, Alejanda, 2022: "Organización feminista en Concepción, Chile (2016-2019). Una reflexión situada desde la noción de experiencia de Joan Scott". RE-PRESENTACIONES Núm. 17 (2022): Feminismos, espacios públicos y ámbitos culturales.
- KAHANA, Tsvi, y Stephenson, Rachel, 2012: "The promise of democratic constitutionalism: Women, constitutional dialogue, and the internet". En Beverley Baines, Daphne Barak-Erez y Tsvi Kahana (editores), *Feminist constitutionalism: Global perspectives*, Cambridge University Press.
- LE Foulon, Carmen y Palanza, Valeria, 2021: "Elecciones a la Convención Constituyente: innovación y renovación" Punto de referencia (CEP)- Edición Digital N° 580.
- LÓPEZ Moreno, Rodolfo, 2023: El perfil de los y las integrantes de las Instituciones Constitucionales: Un análisis de la convención constitucional, la comisión experta y el consejo constitucional, COES, Documento de trabajo N° 51, [https://coes.cl/wp-content/uploads/COES\\_N51\\_PERFIL-INST-CONST\\_2023-10-19.pdf](https://coes.cl/wp-content/uploads/COES_N51_PERFIL-INST-CONST_2023-10-19.pdf)
- MACKINNON, Catharine, 2012: "Foreword". En Beverley Baines, Daphne Barak-Erez y Tsvi Kahana (editores), *Feminist constitutionalism: Global perspectives*, Cambridge University Press.
- MARTÍNEZ Prado, Natalia, 2022: "De la política como contaminación: feminismos y militancias de izquierda en los setenta". *Estud. - Cent. Estud. Av., Univ. Nac. Córdoba*, n.47 [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s185215682022000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s185215682022000100004&lng=es&nrm=iso)
- MILLET, Kate, 1995: *Política sexual*. Ediciones Cátedra.
- NORMAS básicas para el funcionamiento provisional de la Convención Constitucional, 2021. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1TU3\\_LMNJOT5EOr1RqZKekGvsEv8LJedA/view?usp=drive\\_link](https://drive.google.com/file/d/1TU3_LMNJOT5EOr1RqZKekGvsEv8LJedA/view?usp=drive_link)
- PROPUESTA Constitución Política de la República de Chile, 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>
- PULEO, Alicia, 1994: "El feminismo radical de los setenta: Kate Millet", en Amorós, Celia (coord.), *Historia de la teoría feminista*, Universidad Complutense de Madrid, Dirección General de la Mujer, Madrid.
- RAMÍREZ González, Alejandra, 2023: *A review of radical feminist theories on child sexual abuse*, Oñati Socio-Legal Series.
- REGLAMENTO de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Texto-definitivo-Reglamento-Comisio%CC%81n-de-E%CC%81tica.pdf>
- REGLAMENTO General de la Convención Constitucional, 2021. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-5-mayo-2022-con-anexos.pdf>
- REYES-HOUSHOLDER, Catherine y Roque, Beatriz, 2019: "Chile 2018: desafíos al poder de género desde la calle hasta La Moneda", *Revista de Ciencia Política* (Santiago).
- RODRÍGUEZ-RUIZ, Blanca y Rubio-Marín, Ruth, 2008, *The Gender of Representation: On Democracy, Equality, and Parity*, *International Journal of Constitutional Law*, Volumen 6, N° 2.
- RODRÍGUEZ-RUIZ, Blanca y Rubio-Marín, Ruth, 2009: *Constitutional Justification of Parity Democracy*, *Alabama Law Review*, Volumen 60 N° 5.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2020: *Women and Participatory Constitutionalism*. *International Journal of Constitutional Law*, volume XVIII, N° 1.
- SÁNCHEZ, Cristina, Beltrán, Elena y Álvarez, Silvina, 2008: "Feminismo liberal, radical y socialista", en Beltrán, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid.
- SCHILD, Verónica y Follegati, Luna, 2018: "Contingencia, democracia y neoliberalismo: reflexiones y tensiones a partir del movimiento feminista en la actualidad.



- Entrevista a Verónica Schild. *Pléyade*, n.22. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-36962018000200157&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-36962018000200157&lng=es&nrm=iso).
- SUTEU, Silvia, 2019: "Women and Participatory Constitution Making", en *Constitutions and Gender*, Irving, H. (editores), Edward Elgar Publishing.
- TENEMOS que Hablar de Chile, 2021. Revisión de propuestas presentadas a la Comisión de Reglamento de la Convención Constituyente. Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/08/Revisio%CC%81n-propuestas-organizaciones-.pdf>
- UNDURRAGA, Verónica, 2020, "Engendering a Constitutional Moment: The Quest for Parity in the Chilean Constitutional Convention", *International Journal of Constitutional Law*, 18.
- VARELA, Nuria, 2014: *Feminismo para principiantes*, Editor digital Tituvillus.
- VÉDIE, Léa, 2020: "Une lutte à soi. La Politique en première personne des féministes des années 1970"., *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 39, no. 1, 2020. JSTOR, <https://www.jstor.org/stable/27158233>.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, 2020: *Vindicación de los derechos de la mujer*, Penguin clásicos.
- ZÚÑIGA, Yanira y Ponce de León, Viviana, 2020: "Las mujeres y los procesos constituyentes", en Bassa, Jaime (coordinador.), *Proceso constituyente en Chile: desafíos para una nueva Constitución*, Thomson Reuters, Santiago.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2022: "Implicancias y desafíos de las discusiones constitucionales sobre la paridad" en Ruiz-Rico, Gerardo y Rodríguez Ruiz, Blanca (Coordinadores), *Género, Derecho y tutela jurisdiccional Visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.

## Tácticas de libertad: A propósito de la privación de libertad por arreglos de asistencia social\*

Lucy Series\*\*

### RESUMEN

*El gobierno del Reino Unido estima que 300.000 personas en Inglaterra y Gales están privadas de su libertad en relación con los arreglos de cuidado realizados por otras personas en su "interés superior" bajo la Ley de Capacidad Mental de 2005. Para poner este número en perspectiva, esto es más de tres veces la población carcelaria en Inglaterra y Gales. Es seis veces el número de detenciones para tratamiento involuntario de salud mental bajo la Ley de Salud Mental de 1983. En este artículo, exploro el auge de la "detención por cuidado social", un fenómeno que está vinculado al reconocimiento y regulación de los arreglos de cuidado en la comunidad como una "privación de libertad". Muestro que este fenómeno no es exclusivo del Reino Unido y cómo esto rara vez ha resultado de una política gubernamental deliberada, sino más bien del uso de "tácticas de libertad" por parte de activistas, abogados, defensores del pueblo y otros actores preocupados por denunciar la violencia que a veces está incrustada en el cuidado social, con la finalidad de someterla a una mejor regulación o incluso buscando su abolición. Termino con reflexiones y resaltando los desafíos para los reformistas y abolicionistas en la búsqueda de tácticas de libertad.*

Privación de libertad; tácticas de libertad; asistencia social; discapacidad

### *Liberty Tactics: about deprivations of liberty in social care arrangements*

### ABSTRACT

*The UK government estimates that 300,000 people in England and Wales are deprived of their liberty in connection with care arrangements made by others in their "best interests" under the Mental Capacity Act 2005 (MCA). To put this number in perspective, this is more than*

---

\* Este trabajo constituye una síntesis del libro *Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution* publicado por la autora en 2022.

Una versión más larga de este trabajo en idioma inglés fue publicada en *Northern Ireland Journal of Elder and Capacity Law*, 2024(Spring), pp. 1-33, bajo el título "Liberty tactics: On the rise of 'deprivation of liberty safeguards'". Traducción de Pablo Marshall Barberán, Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile.

\*\* Profesora Asociada, School for Policy Studies, Universidad de Bristol, Inglaterra.

Artículo recibido el 11.12.2023 y aceptado para su publicación el 30.8.2024.

*three times the prison population in England and Wales. It is six times as many detentions for involuntary mental health treatment under the Mental Health Act 1983 (MHA). In this article, I explore the rise of “social care detention” – a phenomenon that is linked to recognition and regulation of care arrangements in the community as a “deprivation of liberty”. I show that this phenomenon is not unique to the UK. I show how this has rarely resulted from deliberate government policy, but rather the pursuit of “liberty tactics” by activists, lawyers, ombudsmen and others concerned to “call out” the violence that is sometimes embedded in social care, and subject it to better regulation or even abolition. I end with reflections and highlighting the challenges for reformists and abolitionists with the pursuit of liberty tactics.*

Deprivation of liberty; liberty tactics; social care; disability

## I. INTRODUCCIÓN

El gobierno del Reino Unido estima que 300.000 personas están privadas de libertad en Inglaterra y Gales sobre la base de arreglos de cuidado constituidos conforme a la Ley de Capacidad Mental de 2005 (MCA por sus siglas en inglés)<sup>1</sup>. Para poner este número en perspectiva, esto es más del triple de personas en prisión en Inglaterra y Gales<sup>2</sup>. Es alrededor de seis veces más personas que internaciones hospitalarias involuntarias anuales en virtud de la Ley de Salud Mental de 1983<sup>3</sup>.

Pero, ¿quiénes son estas personas que se cree que están privadas de su libertad en relación con sus arreglos de cuidado? Las estadísticas oficiales nos dicen que la mayoría de ellos son adultos mayores. El 83 % ha superado la edad de jubilación, y una asombrosa cifra de 1 de cada 14 personas mayores de 85 años en Inglaterra y Gales puede encontrarse privada de libertad<sup>4</sup>. Más de la mitad de este grupo son personas que viven con demencia, y alrededor de una quinta parte son personas con discapacidad intelectual, autismo, lesiones cerebrales o afecciones neurodegenerativas<sup>5</sup>.

¿Dónde están “detenidas” estas 300.000 personas? La mayoría se encuentran privados de su libertad en residencias. Algunos están en entornos hospitalarios donde reciben tratamiento médico por problemas *físicos*, por ejemplo, una persona mayor con demencia, que ha tenido una enfermedad o una caída, y se tuvieron que aplicar restricciones para mantenerlos en el hospital para el tratamiento. Solo alrededor de 5.000 están detenidos en establecimientos de salud mental para tratamiento psiquiátrico<sup>6</sup>. Esto se debe a que la principal legislación que regula la detención de salud mental es la Ley de Salud Mental de 1983, no la MCA.

Luego, hay unas 58.000 personas que se encuentran privadas de su libertad en entornos “comunitarios”, que pueden incluir servicios especializados que brindan

<sup>1</sup> DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, 2021.

<sup>2</sup> STURGE Y TUNNICLIFFE, 2022.

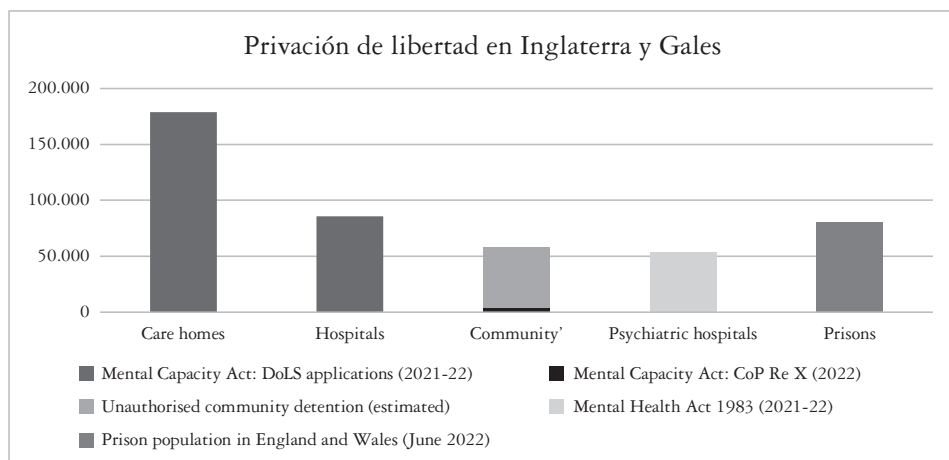
<sup>3</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2022.

<sup>4</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2022.

<sup>5</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2019.

<sup>6</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2022.

atención residencial, como “vivienda asistida”<sup>7</sup>. Esto también incluye potencialmente a las personas que pueden estar viviendo en hogares ordinarios, e incluso a las que están bajo el cuidado de su familia.



Probablemente está claro que esta situación que estoy describiendo no se parece a lo que los abogados a veces llaman el *caso paradigmático de la detención*, el del preso en su celda<sup>8</sup>. La mayoría de nosotros preferimos no pensar en los hogares de ancianos como lugares de detención; pensamos en ellos como lugares agradables con “rosas alrededor de la puerta de entrada”<sup>9</sup>. Sin embargo, es interesante observar lo común que es el tema de la “fuga” de un hogar de ancianos en la literatura popular, en novelas como *Granpa’s Great Escape*<sup>10</sup>, *The Great Escape from Woodlands Nursing*<sup>11</sup>, *The Hundred-Year-Old Man Who Climbed Out of the Window and Disappeared*<sup>12</sup>, *The Peanut Butter Falcon*<sup>13</sup> la novela y película de ciencia ficción *Cloud Atlas*<sup>14</sup>, la película animada *Up*<sup>15</sup> y la maravillosamente surrealista novela *The Hearing Trumpet* de Leonora Carrington<sup>16</sup>. En algún nivel, dentro de nuestro inconsciente colectivo, abrigamos la idea de que hay algo *carcelario* en las residencias de ancianos, que son lugares a los que podemos entrar involuntariamente, de los que no podemos salir a voluntad y donde podemos estar bajo la autoridad de otros en

<sup>7</sup> DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, 2021.

<sup>8</sup> ALLEN, 2015.

<sup>9</sup> SAMUEL, 2012.

<sup>10</sup> HEGARTY, 2018.

<sup>11</sup> NELL, 2020.

<sup>12</sup> JONASSON, 2009.

<sup>13</sup> NILSON y SCHWARTZ, 2019.

<sup>14</sup> MITCHELL, 2004.

<sup>15</sup> DOCTER, 2009.

<sup>16</sup> CARRINGTON, 2005.

nuestra vida cotidiana. Pero, curiosamente, estos relatos ficticios rara vez presentan al derecho como parte de esta experiencia carcelaria<sup>17</sup>, y nunca es el derecho, sino aventuras grandiosas o surrealistas, lo que libera a estos reclusos.

Aún más paradójicas y preocupantes son las situaciones de privación de libertad “doméstica”, donde una persona es considerada como privada de su libertad pero vive en un lugar que, al menos en términos legales, es un hogar doméstico privado. Esto puede incluir a las personas que viven en entornos de cuidado conocidos en Inglaterra como “vida con apoyo”, “vida independiente” o “vida asistida”, donde una persona puede tener su propio alquiler y recibe apoyo de un proveedor de cuidados. Estos se establecieron originalmente para garantizar a las personas mayores y con discapacidad el tipo de elección y control que la mayoría de nosotros damos por establecido en nuestras vidas, por lo que es preocupante que ahora se considere que decenas de miles de personas en esta situación están “detenidas” en estos lugares.

Luego, están las personas que se encuentran viviendo con sus familias, que se consideran privadas de su libertad, ya sea por los cuidados que les brinda la familia o que reciben allí de proveedores externos. Sabemos relativamente poco acerca de estas situaciones, pero los casos que se han hecho públicos indican que las familias pueden encontrar esta etiqueta difícil de afrontar<sup>18</sup>, pero también que el cuidado en la familia a veces abarca prácticas muy restrictivas. Por ejemplo, un cuidador que ata a alguien a una silla de ruedas o que lo confina a una habitación acolchada dentro de la casa familiar<sup>19</sup>.

Existen diferencias importantes entre estas situaciones y la situación más familiar de la detención por problemas de salud mental en hospitales psiquiátricos o la detención por la comisión de un delito. Llamaré “detención social” a las situaciones en que una persona está siendo atendida en entornos “comunitarios” (no hospitalarios), y en que el propósito de las medidas y restricciones que la afectan es brindar atención diaria, mantenerla segura en su vida cotidiana, o manejar preocupaciones particulares de protección, en lugar de tratar un “trastorno mental” o servir el tiempo de una condena penal. La detención social en Inglaterra es administrada en gran medida por las autoridades locales (no por los organismos de salud) y sus principales profesionales suelen ser trabajadores sociales<sup>20</sup>.

La detención social abarca amplios grados de restricción y grados de resistencia. Por el lado de la restricción, la detención social va desde las personas que experimentan coerción directa, incluida la restricción física, mecánica o química, o incluso el aislamiento (una habitación durante un período prolongado de tiempo), hasta personas que quizás nunca han sido o serán coaccionadas físicamente, pero en que otros supervisan sus acciones y movimientos y ejercen el control de otras maneras, a menudo menos visibles.

---

<sup>17</sup> Se hace referencia al derecho en *Up*, donde el tribunal ordena que el protagonista principal, Carl, sea enviado a un centro de vida asistida, después de que lesione accidentalmente a un trabajador de la construcción, y también en *The Great Escape from Woodlands Nursing Home*, donde se amenaza con la “tutela” a algunos residentes.

<sup>18</sup> England and Wales Court of Protection, 04.01.2021, EWCOP 9.

<sup>19</sup> England and Wales Court of Protection, 20.09.2017, EWCOP 18.

<sup>20</sup> HUBBARD y STONE, 2020.

Por el lado de la resistencia, la detención social abarca desde aquellos que se oponen a los arreglos residenciales y a cualquier restricción (por ejemplo, quejándose de ser un “prisionero”<sup>21</sup> o pidiendo volver a casa<sup>22</sup>), incluyendo aquellos que tienen un comportamiento “desafiante”, están angustiados o se resisten a *algo* (aunque puede ser difícil aclarar a qué), llegando hasta aquellos que son condescendientes, ambivalentes, indiferentes, intimidados e incluso aquellos que son felices con su cuidado, sus arreglos residenciales y están viviendo la vida que quieren vivir. Hablamos, por tanto, de una forma muy variada y paradójica de “detención”, que se diferencia de otras situaciones de privación de libertad más familiares y paradigmáticas.

En muchos países, la detención social no existe. No quiero decir que las personas mayores y con discapacidad estén más restringidas en Gran Bretaña que en otros lugares. Más bien, quiero decir que dicha situación no es denominada como “detención” en otros lugares. En el Reino Unido, la detención social generalmente no se deriva de una estrategia gubernamental centralizada *para detener* a personas mayores y con discapacidad, sino que implica *el reconocimiento* de situaciones ya existentes como una “privación de libertad” y su consecuente regulación. Las tácticas de libertad juegan un papel central en esto: activistas, litigantes, académicos, legisladores y otros se esfuerzan por *etiquetar* ciertos arreglos residenciales como una privación de libertad, para exigir una respuesta legal y social particular. En la sección 1 de este trabajo ofrezco la genealogía de la detención social en el Reino Unido desarrollada *in extenso* en mi libro *Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution*<sup>23</sup>, explicando cómo las tácticas de libertad desempeñaron un papel central en la emergencia de la detención social en Gran Bretaña en el siglo XX, antes de considerar, en la sección 2, *por qué* se despliegan las tácticas de libertad y determinar en la sección 3 cuáles son los *problemas* que la adopción de estas tácticas suponen para los diferentes actores que las utilizan.

## II. ¿CÓMO LLEGAMOS HASTA AQUÍ?

### 1. *Época carcelaria: siglo XVIII hasta 1950*

Podemos rastrear las paradojas de la detención social a más de 250 años, a los inicios de lo que el historiador sociojurídico Clive Unsworth llamó la “era carcelaria” en la “relación de tutela” entre las personas con discapacidad mental y quienes ejercen una jurisdicción de supervisión sobre ellos<sup>24</sup>. A fines del siglo XVIII surgió un nuevo “comercio de la locura”, una proliferación de “manicomios” privados donde se encarcelaban a personas consideradas “locas”, en nombre de (y pagado por) sus familias o autoridades

<sup>21</sup> England and Wales High Court, 26.12.2006, EWHC 3459 (Fam).

<sup>22</sup> England and Wales High Court, sentencia del 26.07.2012, EWHC 2136 (COP).

<sup>23</sup> SERIES, 2022.

<sup>24</sup> UNSWORTH, 1991.

locales. Historias de “confinamiento injusto” y condiciones espantosas en manicomios y asilos causaron una creciente alarma entre los lectores de periódicos y reformistas, quienes hicieron campaña exitosamente a favor de la Ley de Manicomios (*Madhouses Act*) de 1774 para regular las llamadas “instituciones para locos” (*lunacy institutions*)<sup>25</sup>. Esta primera instancia de lo que llamo “el derecho de las instituciones” tenía dos funciones: “salvaguardar la libertad individual”, para evitar que las personas fueran recluidas indebidamente, y la creación de sistemas de autorización e inspección para supervisar las condiciones dentro de las “instituciones para locos”. Hoy, estas dos características del derecho de las instituciones se encuentran en la mayoría de las leyes de salud mental y se reflejan en las normas internacionales de derechos humanos.

Como en muchos países industrializados, el siglo XIX vio un número creciente de personas con discapacidad mental confinadas en instituciones para locos, incluidos manicomios públicos y de caridad, casas de trabajo, asilos privados y, en el siglo XX, “colonias de deficiencia mental”. Durante la era carcelaria, el derecho de las instituciones creció en alcance y complejidad, alcanzando su “cenit”<sup>26</sup> con la Ley de Locura (*Lunacy Act*) de 1890, considerada el “triunfo del legalismo”<sup>27</sup>.

Desde 1890 hasta 1960, casi *cualquier persona* que fuera “mantenida como lunática” por alguien que fuera remunerado por ese trabajo habría sido categorizada legalmente como “detenida”, incluidas las personas en lugares de detención menos paradigmáticos, como pequeños “asilos de idiotas” caritativos, escuelas para niños con problemas de aprendizaje<sup>28</sup>, y hogares privados de clérigos o médicos, a quienes las familias de los “lunáticos solteros” adinerados podrían pagar para que los cuiden (y mantengan recluidos)<sup>29</sup>. Entonces, aunque nuestra situación actual parece paradójica y sorprendente, existen precedentes históricos de ello. Sin embargo, incluso durante el apogeo del “legalismo”, las regulaciones respecto de la locura nunca clasificaron como detenidos y necesitados de garantías de libertad a los llamados “locos privados”, quienes eran atendidos en su totalidad por sus familias dentro del hogar familiar, aunque a finales del siglo XIX la comisión encargada de la supervisión de las instituciones de la locura, la *Lunacy Commission*, argumentó con éxito la necesidad de tener competencias para controlar su atención y tratamiento, argumentando que quizás los “locos privados” que eran cuidados en su hogar eran los más vulnerables de todos<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> PORTER, 1987.

<sup>26</sup> FENNELL, 1977.

<sup>27</sup> JONES, 1972.

<sup>28</sup> CARPENTER, 2000.

<sup>29</sup> SUZUKI, 2006.

<sup>30</sup> SUZUKI, 2006; Wise, 2012.

## 2. *Era postcarcelaria: años 50 hasta la actualidad*

La segunda mitad del siglo XX vio dos grandes giros hacia lo que Unsworth llamó la era *postcarcelaria de la “relación tutelar”*<sup>31</sup>. El primer giro fue la desregulación y la “informalización” del cuidado de las personas que hoy podrían ser etiquetadas como carentes de “capacidad mental”. La Ley de Salud Mental (*Mental Health Act*) de 1959 derogó casi todas las leyes de deficiencia mental y locura de la era carcelaria. Desde 1960 en adelante, la mayor parte del tratamiento y confinamiento de salud mental fue “informal”, sin ningún procedimiento que lo regulara. Aunque la detención por salud mental de los pacientes “renuentes” siguió estando regulada formalmente por la Ley de Salud Mental, esta rara vez se usó para el confinamiento y el cuidado de personas con problemas de aprendizaje, demencia y otros deterioros cognitivos a largo plazo. Fueron comparados con “niños” obedientes que harían lo que se les decía sin necesidad de “coacción legal”<sup>32</sup>, y su resistencia u objeciones generalmente se consideraban como insuficientemente “intencionadas” o “persistentes” para requerir coacción legal<sup>33</sup>. En una era en que prevaleció la idea de que “el médico sabe más”, este juicio clínico rara vez fue desafiado.

El segundo gran giro fue ideológico y material, y eventualmente condujo al cierre de la mayoría de los espacios de confinamiento paradigmáticos de la era carcelaria, dando paso a una era de “cuidado en la comunidad”. Esto estuvo relacionado tanto a llamados a la desinstitucionalización<sup>34</sup> y el surgimiento del movimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental<sup>35</sup>, como a la mercantilización de la atención social y de salud<sup>36</sup>. Profesionales progresistas pidieron la “normalización” de la vida de las personas con discapacidad<sup>37</sup> y la atención “centrada en la persona” de los adultos mayores<sup>38</sup>. Pacientes, personas con discapacidad y profesionales radicales disputaron cada vez más las hegemonías de los profesionales médicos y asistenciales. Los “sobrevivientes de la psiquiatría” pidieron la abolición de los tratamientos forzados, mientras que las personas con discapacidad exigieron derechos a una “vida independiente” y la “elección y control” respecto de su atención y apoyo<sup>39</sup>.

El cuidado cambió de un paradigma de salud a uno social. Las estructuras administrativas y los servicios para llevar a cabo estos cambios se diferenciaron de los hospitales y organismos de salud, y en Inglaterra y Gales reciben el nombre de “atención social”

---

<sup>31</sup> UNSWORTH, 1991.

<sup>32</sup> Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, 1957.

<sup>33</sup> SERIES, 2023.

<sup>34</sup> KRITSOTAKI, 2016.

<sup>35</sup> Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, 1971; The protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, 1991.

<sup>36</sup> MEANS *et al.*, 2008,

<sup>37</sup> WOLFENBERGER, 1972; KING'S FUND, 1982.

<sup>38</sup> KING'S FUND, 1986; KITWOOD, 1997.

<sup>39</sup> KITWOOD, 1997; CAMPBELL, 2005.



(*social care*), y están instalados en servicios locales diferentes a la NHS (Servicio Nacional de Salud). El principal vehículo legislativo de la atención social es la Ley de Cuidados (*Care Act*) de 2014. La atención social es financiada con fondos públicos administrados por las autoridades locales y se proporciona en una economía mixta de (principalmente) proveedores de atención con fines de lucro, algunos proveedores sin fines de lucro (que se están reduciendo) y (muy pocos) servicios gestionados públicamente. Sin embargo, existe una brecha significativa entre las ideologías postcarcelarias radicales del cuidado y la realidad de lo que ofrecen los servicios de asistencia social. En esta brecha yacen las realidades materiales subyacentes de la detención en la asistencia social de personas que viven bajo arreglos involuntarios, restrictivos y de supervisión, y que a veces experimentan una coerción significativa, en la “comunidad”.

Muchos países industrializados pueden compartir historias similares de desinstitutionalización, cambios hacia la atención comunitaria y un abismo entre la ideología postcarcelaria y sus realidades materiales. Sin embargo, dos momentos cruciales llevaron al Reino Unido por un camino menos transitado hacia las paradojas de la detención social: *Bournewood* y *Cheshire West*.

### 3. *El caso Bournewood*

El primer momento crucial fue el caso *Bournewood*<sup>40</sup>. El Hospital Bournewood fue una vez un manicomio, luego un “asilo para locos”, luego una “colonia de deficiencia mental” y finalmente un “hospital para personas con discapacidad mental”<sup>41</sup>. En la década de 1990, sus pacientes fueron trasladados a vivir “en la comunidad”. HL era un hombre autista que había pasado la mayor parte de su niñez y adultez temprana en el Hospital de Bournewood. En 1997, vivía “en la comunidad” con una pareja, el Sr. y la Sra. E, que lo cuidaban en su casa. Un día, HL se agitó por un cambio en su rutina. Al no poder comunicarse con sus cuidadores, los encargados del lugar donde se encontraba llamaron a un trabajador social y a un médico, quienes lo sedaron y lo llevaron al Hospital de Bournewood. HL fue readmitido para evaluación, *de manera informal* (sin usar la Ley de Salud Mental de 1983), sobre la base de su “interés superior”.

Para el Sr. y la Sra. E, era como si un miembro de su familia “hubiera desaparecido” y trataron de llevarlo a casa nuevamente<sup>42</sup>. Sin embargo, el personal del hospital les impidió visitarlo y rechazó sus solicitudes de llevarlo a casa. Debido a que HL no fue internado en virtud de la Ley de Salud Mental, no existía ningún mecanismo legal para que sus cuidadores o familiares impugnaran su ingreso. Consultaron a abogados, quienes basaron su estrategia legal en la premisa de que, aunque HL no estaba sujeto a la Ley de Salud Mental, estaba (ilegalmente) *de facto* “detenido” en el hospital. Interpusieron un recurso de *habeas corpus* para obligar a los médicos a rendir cuentas por sus acciones,

<sup>40</sup> EVANS, 2003; United Kingdom House of Lords Decisions, 25.06.1998, UKHL 24; European Court of Human Rights, 05.10.2004, ECHR 720.

<sup>41</sup> CHERSEY MUSEUM, 2023.

<sup>42</sup> EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2019.

y también argumentaron que, al ser “informal”, la detención de HL carecía de una base legal clara y, por tanto, era una detención ilegal.

¿Por qué los abogados de HL hicieron esto? Había otras vías legales que teóricamente podrían haber seguido que no implicaban describir a HL como “detenido”. Podrían haber argumentado que la admisión no era en el interés superior de HL, pero en esta época, anterior a la desmedicalización del interés superior, la autoridad de los médicos habría sido difícil de refutar para sus cuidadores<sup>43</sup>. Si hubieran estado en Estados Unidos de América, tal vez podrían haber argumentado que el confinamiento de HL fue una forma de discriminación por discapacidad. Pero debido a que la Ley de Discriminación por Discapacidad de 1995 solo había entrado en vigor recientemente, la referencia a la discriminación era demasiado incierta y las tácticas de libertad eran una tradición mucho mejor establecida en el derecho de la salud mental británico, donde las acciones de *habeas corpus* se habían utilizado durante siglos para desafiar el “confinamiento indebido” de “presuntos locos”<sup>44</sup>.

La estrategia de los abogados de HL fue, contraintuitivamente, lograr que el hospital detuviera formalmente a HL en virtud de la Ley de Salud Mental. Esto pondría a su disposición varios mecanismos que podrían usar para impugnar su internamiento. El tribunal de primera instancia no estuvo de acuerdo con la detención de HL, pero el tribunal de apelación sí, y así fue como después del fallo HL fue formalmente internado por el Hospital Bournemouth bajo la Ley de Salud Mental. Esto permitió a sus cuidadores recurrir a un tribunal y obtener un informe psiquiátrico independiente. El informe independiente indicó que HL no necesitaba estar en el hospital, por lo que el hospital lo dio de alta para que volviera a vivir con el Sr. y la Sra. E, donde permanece hasta hoy. Por tanto, las tácticas de libertad, que paradójicamente argumentaron para que HL fuera detenido formalmente para luego lograr su liberación, fueron efectivas en este caso.

Sin embargo, el fallo de apelación suscitó verdadera polémica. Si HL estaba detenido, se estimó que también podrían estarlo otras 100.000 personas como él, en hospitales e incluso hogares de ancianos, donde no se aplicaba la Ley de Salud Mental<sup>45</sup>. El Hospital apeló la resolución ante la Cámara de los Lores, que sostuvo (por mayoría) que HL no había sido “detenido”, y señaló que en realidad nunca había intentado irse ni “objetado”, por lo que las “restricciones” sobre él eran hipotéticas y no *reales*. Incluso si hubiera estado detenido, sostuvieron (por unanimidad), los médicos habían actuado conforme con la ley porque estaban actuando en su “interés superior” y, por tanto, podían justificar su decisión acerca de la doctrina de la “necesidad”, un argumento del derecho consuetudinario inglés. Esto significaba que incluso en situaciones en las que la familia de una persona se opusiera claramente, los médicos podían internar a la persona invocando su “interés superior”, sin ningún requisito de supervisión independiente, garantías o medios obvios para que la persona misma u otras personas a su nombre puedan impugnar la internación.

<sup>43</sup> FENNELL, 1998.

<sup>44</sup> SERIES, 2022.

<sup>45</sup> United Kingdom House of Lords Decisions, 25.06.1998, UKHL 24.

Los cuidadores de HL llevaron el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En 2004, el TEDH dictaminó que HL había sido privado de su libertad, en el sentido del artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que estaba sujeto a “supervisión y control continuos” y “no tenía libertad para irse”<sup>46</sup>. Sostuvieron que esto había sido ilegal, señalando la “escasez de garantías” para pacientes informales, en contraste con las disponibles para pacientes formalmente detenidos bajo la Ley de Salud Mental y las garantías procesales formales requeridas por el Artículo 5 de la CEDH.

La sentencia del TEDH en *HL vs. UK* se dictó a fines de 2004, justo cuando la discusión parlamentaria referente a Ley de Capacidad Mental (MCA, por sus siglas en inglés) se acercaba a su fin. Parece que el gobierno no había anticipado la sentencia. El gobierno también había introducido recientemente la Ley de Derechos Humanos de 1998 (HRA, por sus siglas en inglés), que exigía que los organismos públicos cumplieran con la CEDH, la que se volvía justiciable ante los tribunales nacionales. Por tanto, el fallo en *HL vs. UK* obligó al gobierno a abordar lo que se conoció como “la brecha de Bournemouth”: las miles de personas en hospitales (y residencias de ancianos) que ahora se creía que estaban ilegalmente privadas de su libertad sin las garantías requeridas por el artículo 5 CEDH<sup>47</sup>. Una consulta pública del gobierno –principalmente a profesionales de la salud y cuidado y organizaciones para personas con discapacidad– arrojó que los consultados no querían que pacientes como HL quedaran bajo la Ley de Salud Mental debido a su estigma y asociaciones con la coacción<sup>48</sup>, por lo que el gobierno respondió insertando nuevas “salvaguardias de privación de libertad” (DoLS, por sus siglas en inglés) en la Ley de Capacidad Mental, que entró en vigor en 2009. Las DoLS son un procedimiento en que un órgano de supervisión autoriza que una persona sea ingresada en un hospital o residencia de cuidado en la comunidad cuando esa persona cumple dos condiciones: carece de capacidad para consentir su internamiento y se ve privado de su libertad para protegerlo de un daño serio e inminente.

Es interesante preguntarse por qué los cuidadores de HL presentaron la denuncia ante el TEDH mucho después de que HL hubiera regresado a casa. Podrían haber dejado las cosas así y continuar con sus vidas. Pero el Sr. y la Sra. E sintieron que “no se podía permitir que esta situación se mantuviera”, porque lo mismo podría pasarle a HL “si alguna vez tuviera un mal día en público” o a “cualquier otra persona autista”<sup>49</sup>. Una razón para seguir utilizando las tácticas de libertad fue, por tanto, asegurar que ellos y otras familias tuvieran acceso a “salvaguardias” para desafiar el confinamiento arbitrario de personas como HL. Otra razón puede haber sido que la “privación de libertad” es una etiqueta potente, y posiblemente muy precisa, para “traer a la luz” las sombrías realidades de lo que los cuidadores y el equipo legal de HL observaron que le sucedía a él y a otros como él.

<sup>46</sup> European Court of Human Rights, 05.10.2004, ECHR 720.

<sup>47</sup> DEPARTMENT OF HEALTH, 2005.

<sup>48</sup> DEPARTMENT OF HEALTH, 2006.

<sup>49</sup> EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2008.

#### 4. *Cheshire West*

Las “salvaguardias para la privación de libertad” (DoLS) entraron en vigor en 2009, cinco años después de *HL vs. UK*. Para entonces, el gobierno había hecho saber que las estimaciones de 100.000 detenidos eran exageradas. En su opinión, *Bournewood* era un conjunto de circunstancias “extremas” y los números eran más cercanos a 21.000<sup>50</sup>. En el primer año, solamente se realizaron 7.157 solicitudes de DoLS en Inglaterra, y las cifras aumentaron lentamente<sup>51</sup>. Sin embargo, un número creciente de casos llegaron a los tribunales discutiendo acerca del significado de la “privación de libertad” cuando esta se aplica a pacientes “incapacitados” o en contextos de “asistencia social”. Los fallos de los tribunales fueron complejos, contradictorios y controvertidos. El resultado fue una incertidumbre generalizada respecto de lo que de hecho constituía una “privación de libertad”, particularmente para entornos menos paradigmáticos, como un hogar de cuidados o las residencias comunitarias, y particularmente para personas con bajos grados de restricción y resistencia<sup>52</sup>. Cualquier persona que no estuviera recluida en un hospital psiquiátrico, o cuya familia no exigiera activamente su vuelta a casa, era poco probable que se considerara privada de libertad. Las cortes inglesas intentaron retroceder respecto de lo logrado en *HL vs. UK*.

En 2014 se solicitó a la Corte Suprema, en el caso conocido como *Cheshire West*, que dictaminara acerca del significado de “privación de libertad” para tres personas con problemas de aprendizaje cuyas situaciones distan mucho de ser paradigmáticas<sup>53</sup>. MIG y MEG eran hermanas con discapacidad intelectual, de 17 y 18 años, que habían sido apartadas de sus familias cuando eran niñas por la autoridad local debido al abuso de sus padres. Inicialmente, ambas vivían con cuidadores adoptivos, pero mientras MIG continuaba viviendo con su madre adoptiva, el hogar de acogida de MEG no había funcionado y había sido trasladada a “una instalación del Servicio Nacional de Salud para adolescentes con discapacidad con necesidades complejas”. Mientras tanto, P, cuyo caso se juntó con el de MIG y MEG en la Corte Suprema, era un hombre de unos 30 años con síndrome de Down. Él anteriormente había estado viviendo con su madre, pero que había sido trasladado por la autoridad local con autorización de un tribunal a vivir en una residencia asistida con otros tres adultos jóvenes con discapacidad. Las tres personas abandonaban regularmente sus entornos de cuidado para ir al colegio o de excursión, pero siempre estaban acompañadas por un cuidador.

Cada uno de ellos ocupaba posiciones diferentes en los gradientes de restricción y resistencia. MIG parecía positivamente feliz viviendo con su madre adoptiva a quien “amaba” y llamaba “mamá”. Estaba “supervisada” en el sentido de que siempre alguien sabría dónde estaba y qué estaba haciendo, pero disfrutaba de cierta privacidad en su

<sup>50</sup> DEPARTMENT OF HEALTH, 2007.

<sup>51</sup> HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2014.

<sup>52</sup> SERIES, 2022.

<sup>53</sup> The Supreme Court of the United Kingdom, 19.03.2014, UKSC 19.

dormitorio con la puerta cerrada, y aunque sus cuidadores habrían intervenido físicamente si hubiera tratado de *irse* sin su ayuda, ella nunca lo había hecho, por lo que nunca había sido físicamente coaccionada. MEG, por otro lado, experimentó la restricción física para manejar “estallidos ocasionales de comportamiento desafiante hacia los otros residentes”. También se le administró Risperidona, un antipsicótico sedante que a veces se considera como “restricción química”<sup>54</sup>. MEG lamentaba la pérdida de su relación con su madre adoptiva y manifestó que hubiera deseado “seguir viviendo con ella”.

En las sentencias de instancia se había concluido que ni MIG ni MEG estaban privadas de su libertad<sup>55</sup>. En tales decisiones se enfatizó particularmente la “normalidad relativa” de sus arreglos residenciales, no siendo “un hospital diseñado para detenciones obligatorias como Bournewood”, y se repitió que ellas estaban “felices” en sus respectivos entornos y, por tanto, no se les podía considerar como objetoras.

No está claro (y no se discute) cómo P llegó a vivir en su residencia asistida y cuáles eran sus sentimientos hacia ella. Sin embargo, había constancia de que, aunque sus cuidadores hicieron todo lo posible para que su vida fuera lo más “normal” posible, en última instancia, “su vida estaba completamente bajo el control” del personal: no iba a ninguna parte sin su “apoyo y asistencia” y “su comportamiento ocasionalmente agresivo y su preocupante hábito de tocar y comerse los pañales para la incontinencia requerían varias medidas que incluían, en ocasiones, la inmovilización física y el procedimiento intrusivo de introducir los dedos en su boca mientras está inmovilizado”<sup>56</sup>.

En el caso de P, el tribunal de primera instancia había considerado que este sí estaba privado de su libertad, destacando el nivel de supervisión, control e intervención física que experimentaba<sup>57</sup>. En segunda instancia, se rechazó dicha conclusión enfatizando el “propósito” y el “objetivo benigno” de los arreglos residenciales de P. El tribunal de apelación sostuvo que, al determinar si una persona está o no privada de su libertad, el “comparador” relevante no era “la normalidad de la vida del hombre o la mujer sin discapacidad”, sino más bien “la vida de alguien con la condición similar”<sup>58</sup>. Es decir, si fuera normal que una persona con una discapacidad similar a MIG, MEG o P estuviera tan restringida, entonces difícilmente sería una privación de libertad. La consecuencia de esto, como señalarían los críticos, fue que las personas con discapacidad experimentarían un umbral más alto de restricción antes de tener derecho a las “salvaguardias” del artículo 5 de la CEDH<sup>59</sup>.

El recurso interpuesto frente a ambas sentencias llegó a la Corte Suprema. Lady Hale, que ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del derecho de la capacidad

<sup>54</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2017.

<sup>55</sup> England and Wales High Court, 15.04.2010, EWHC 785 (Fam); England and Wales Court of Appeal, 28.02.2011, EWCA Civ 190.

<sup>56</sup> England and Wales High Court, sentencia del 14 de junio del 2011, EWHC 1330 (Fam).

<sup>57</sup> England and Wales High Court, sentencia del 14 de junio del 2011, EWHC 1330 (Fam).

<sup>58</sup> England and Wales High Court, sentencia del 09 de noviembre del 2011, EWHC Civ 1257.

<sup>59</sup> TROKE, 2012.

mental<sup>60</sup>, escribió el voto de mayoría. Citando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Lady Hale enfatizó que las personas con discapacidad “tienen los mismos derechos humanos que el resto de la raza humana” y, por tanto, la prueba de si una persona está o no privada de su libertad debe ser *universal*, sin distinguir si la persona tiene o no una discapacidad. Concluyó que el criterio para determinar si una persona está privada de libertad es si está “bajo supervisión y control continuos” y “no es libre de irse”. El *acid test*, como se conoce, atiende a las condiciones objetivas y a la situación *física* de una persona para determinar si esta está o no privada de su libertad, no importando si las intenciones de los cuidadores son benevolentes, si la persona está en “casa” o en una “institución”, ni si sus arreglos de vivienda son “cómodos” ni su vida “agradable”. Al final, dijo Hale, lo que importa son las limitaciones: “Una jaula dorada sigue siendo una jaula”.

En el año que siguió al fallo de la Corte Suprema en *Cheshire West*, el número de solicitudes de DoLS creció de menos de 20.000 al año a más de 200.000<sup>61</sup>. Hoy el número excede las 300.000 solicitudes<sup>62</sup>. *Cheshire West* generó litigios colaterales acerca de si niños bajo cuidado y niños y adultos críticamente enfermos en cuidados intensivos, o que recibían (o se les negaba) tratamientos médicos, estaban privados de su libertad. Condujo temporalmente a un aumento dramático en el número de investigaciones forenses por “muertes en detención estatal”, principalmente personas mayores que habían muerto por causas naturales mientras estaban sujetas a privación de libertad bajo DoLS<sup>63</sup>. Condujo a enormes retrasos en el sistema de DoLS, de tal forma que el gobierno reconoce que cientos de miles de personas están detenidas ilegalmente sin garantías. Las autoridades locales se preguntan “cuál es la mejor forma de infringir la ley”<sup>64</sup>. En resumen, *Cheshire West* provocó un caos administrativo.

En este contexto, el gobierno solicitó a la *Law Commission*, una institución encargada de actualizar la legislación y hacer propuestas de reforma legislativa, que desarrollara un sistema más “proporcional” y “flexible” para abarcar a las aproximadamente 300.000 personas que ahora estaban legalmente categorizadas como privadas de libertad, y aprobó legislación en 2019 que establecía nuevas y simplificadas Salvaguardias para la Protección de la Libertad (*Liberty Protection Safeguards*) que remplazarían a las engorrosas DoLS<sup>65</sup>. Pero en 2024 esta legislación sigue sin implementarse, y el gobierno cita la “complejidad” del problema y los recursos necesarios para explicar el retraso<sup>66</sup>. Más cínicamente, puede pensarse que el gobierno conservador no esté interesado en reformas inspiradas

---

<sup>60</sup> HUNTER, 2022.

<sup>61</sup> CARE AND SOCIAL SERVICES INSPECTORATE WALES AND HEALTH INSPECTORATE WALES, 2015; HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2016.

<sup>62</sup> HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2023

<sup>63</sup> SERIES, 2022.

<sup>64</sup> JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, 2018.

<sup>65</sup> *Law Commission*, 2017; DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, 2021.

<sup>66</sup> HEALTH AND SOCIAL CARE COMMITTEE, 2023.

en los derechos humanos, y considere que lidiar con las paradojas de la detención social no contribuirá a ganar votos en las próximas elecciones.

### III. TÁCTICAS DE LIBERTAD

Alrededor del mundo, las tácticas de libertad –llamados a reconocer una situación particular como una forma de detención– han sido desplegadas por una variedad de actores: personas que se consideran detenidas, sus familiares, amigos, y otros aliados, organizaciones de la sociedad civil y activistas, defensores del pueblo y órganos de protección de derechos, abogados, jueces, entre otros. ¿Qué los motiva? Sugiero que podemos discernir (al menos) tres líneas diferentes de tipos de tácticas de libertad.

#### 1. *Nombrar*

Algunos nombran o etiquetan una situación particular como “detención” o “privación de libertad” para llamar la atención de lo *carcelario* de ciertas prácticas y arreglos de cuidado. Deliberadamente busca *remover* el sentido culturalmente arraigado de legitimidad y el aire de benevolencia que rodea la atención social. Esta estrategia es un pariente cercano de la estrategia de etiquetar las prácticas restrictivas y el trato no consensuado como formas de *violencia*<sup>67</sup> o incluso de tortura<sup>68</sup>.

Las tácticas de libertad también preguntan retóricamente, como lo hizo, por ejemplo, Lady Hale en *Cheshire West*<sup>69</sup>, si tales prácticas no se considerarían claramente una “privación de libertad” para las personas sin discapacidad. Esta estrategia ayuda a *recristalizar* el estatus legal de las personas cuya existencia cotidiana implica niveles de restricción, supervisión e intervención que no serían admisibles para la población general. Cuando uno se convierte en un receptor de cuidados, con demasiada frecuencia uno se convierte en un fantasma legal; las tácticas de la libertad son una forma de volver a solidificar la personalidad jurídica perdida.

Las tácticas de libertad también alinean el activismo de la discapacidad con una rica historia de campañas de justicia social. Esto está bien ilustrado por la descripción de Ben-Moshe de un documento producido por activistas de la discapacidad en Estados Unidos<sup>70</sup>, que presenta una fotografía de un hombre negro mayor mirando al vacío mientras está sentado detrás de una cerca de alambre de púas. La foto fue tomada por los activistas en un viaje al Centro Martin Luther King Jr. y es de un hombre en un hogar de ancianos que se encuentra junto el centro. El documento comenta: “Tener un símbolo de libertad yuxtapuesto junto a ese símbolo de opresión nos recordó a todos

<sup>67</sup> CADWALLADER, 2018; SPIVAKOVSKY y STEELE, 2021; Steele, 2017.

<sup>68</sup> MINKOWITZ, 2006-7.

<sup>69</sup> The Supreme Court of the United Kingdom, 19.03.2014, UKSC 19.

<sup>70</sup> BEN-MOSHE, 2020.

cuán fácilmente las personas con discapacidad en este país pueden perder su libertad debido al sesgo institucional de los cuidados a largo plazo<sup>71</sup>.

Pero uno nunca *simplemente* nombra algo como privación de libertad, la libertad es una palabra poderosa con consecuencias poderosas en los sistemas legales occidentales.

## 2. *Los reformistas*

Mirando la historia británica de salvaguardias de la libertad, las tácticas de la libertad comenzaron como un medio para asegurar la liberación de las personas detenidas mediante el uso del *habeas corpus*. Pero los gritos de “libertad” pronto fueron retomados por periodistas, políticos, psiquiatras, abogados y otros activistas que buscaban una respuesta más *sistémica* al problema. Las preocupaciones fueron formuladas en términos de situaciones en las que las personas *equivocadas* habían sido recluidas en manicomios o asilos, y por conflictos de intereses inherentes al sistema. Buscaron un sistema de salvaguardias que pudiera regular la entrada y salida del confinamiento institucional. Una lógica clave del reformismo, entonces, es que algunas personas necesitan ser confinadas y otras no, y que hay expertos (típicamente psiquiatras) que pueden desempeñar un papel importante de “clasificación” dentro de estos sistemas administrativos y médico-legales. Los tribunales y los reguladores desempeñan un papel de “piedra angular” en el derecho de las instituciones.

En Australia y Francia, los reformistas que implementan tácticas de libertad argumentan que los centros de atención para personas mayores y personas con discapacidad deben estar dentro de los marcos del OPCAT (Protocolo Facultativo de la Convención para la Prevención de la Tortura, por sus siglas en inglés) para el control de lugares de detención. Su objetivo, similar al de los reformadores del siglo XVIII, es insertar una capa de supervisión en los entornos de atención cerrados, para prevenir los abusos más graves e, idealmente, elevar los estándares a un nivel que el público consideraría aceptable (aunque no quieran experimentar directamente ellos mismos).

Las tácticas reformistas de la libertad también buscan salvaguardias a nivel individual. Los reformistas británicos de hoy incluyen a aquellos que, como el Sr. y la Sra. E y su equipo legal, despliegan tácticas de libertad para garantizar que haya cierta rendición de cuentas en los lugares donde las personas son confinadas, mecanismos para cuestionar la detención y supervisión por parte de órganos de vigilancia especializados.

Pero, ¿por qué también se desplegaron tácticas de libertad en situaciones, como las de MIG, MEG y P, en las que nadie argumentaba que deberían *vivir* en otro lugar, o en que no se mencionó que hubiera un problema con sus arreglos de cuidado? Alastair Pitblado, el procurador oficial que actuó en nombre de MIG, MEG y P en *Cheshire West*, comentó en un seminario público referente al caso: “Muy a menudo las personas necesitan protección, pero no por parte del Estado que asume el control sin ninguna

---

<sup>71</sup> Boletín de incitación ADAPT, descrito y citado en BEN-MOSHE, 2010.



regulación de ese control”<sup>72</sup>. La sentencia de Lady Hale en *Cheshire West* también destacó la importancia de la supervisión independiente del cuidado social:

Este caso trata sobre los criterios para juzgar si los arreglos residenciales realizados para una persona incapaz mentalmente equivalen a una privación de libertad. Si lo hacen, entonces la privación debe ser autorizada, ya sea por un tribunal o por los procedimientos conocidos como salvaguardias de privación de libertad [...]. Si no lo hacen, no se realiza una verificación independiente sobre si esos arreglos son en el interés superior de la persona incapaz mentalmente aunque, por supuesto, los organismos de atención social o de salud que hacen los arreglos lo hacen con la esperanza y la creencia de que son los mejores que se pueden ofrecer en la práctica. No es una crítica a ellos si se requieren salvaguardias. Es simplemente un reconocimiento de que los derechos humanos son para todos, incluidos los miembros más discapacitados de nuestra comunidad, y que esos derechos incluyen el mismo derecho a la libertad que tienen todos los demás.<sup>73</sup>

Más tarde, Lady Hale enfatizó que debido a la “extrema vulnerabilidad de personas como P, MIG y MEG” debemos “pecar de cautelosos” al decidir qué constituye una privación de libertad, ya que se necesita un “control independiente periódico” respecto de si sus arreglos residenciales son en su interés superior o no.<sup>74</sup>

Para los reformistas, el objetivo principal de las tácticas de libertad es el control regulatorio de las prácticas de supervisión, restrictivas y, a veces, coercitivas que se practican en la atención social. Los reformistas creen que son necesarias, dentro de ciertas limitaciones. Para lograr esto, no siempre es necesario etiquetar explícitamente estas prácticas como una privación de la libertad sino simplemente persuadir a los gobiernos (a menudo reacios) de la necesidad *jurídica* de introducir dichas garantías.

### 3. *Los abolicionistas*

Los abolicionistas también pueden desplegar tácticas de libertad, con el objetivo de erradicar *todas* las prácticas carcelarias dirigidas a las personas con discapacidad. En este contexto, la detención social sirve como etiqueta para un residuo carcelario que no ha sido erradicado por el giro hacia el cuidado en la comunidad y un proceso incompleto de desinstitucionalización.

El término “abolicionista” fue tomado del movimiento de abolición de prisiones en EE.UU. que busca eliminar *todas* las formas de castigo carcelario. El feminismo abolicionista<sup>75</sup> ha llamado la atención concerniente a los aspectos interseccionales del

<sup>72</sup> ONE CROWN OFFICE ROW, 2012.

<sup>73</sup> The Supreme Court of the United Kingdom, 19.03.2014, UKSC 19.

<sup>74</sup> The Supreme Court of the United Kingdom, 19.03.2014, UKSC 19.

<sup>75</sup> DAVIS, *et al.*, 2022.

abolicionismo, incluida la discapacidad. No ignora ni niega los daños y riesgos que las respuestas carcelarias pretenden mitigar. Más bien, el abolicionismo significa reconocer, y negarse a aceptar, los riesgos y daños de la respuesta carcelaria. El feminismo abolicionista se resiste a los escenarios binarios: la idea de que uno o acepta lo carcelario o acepta ciertos daños sociales, o que solo se puede trabajar por la abolición total y no esforzarse por dar las respuestas provisionales imprescindibles hoy<sup>76</sup>.

El feminismo abolicionista y los trabajos acerca de justicia y discapacidad están convergiendo cada vez más<sup>77</sup>. El trabajo de Ben Moshe establece conexiones entre la “desinstitucionalización” de la discapacidad y el movimiento abolicionista en general<sup>78</sup>. Aunque los estudios que vinculan la discapacidad y el abolicionismo son escasos, existen algunas superposiciones importantes. Me referiré aquí al abolicionismo de la discapacidad para referirme a las actividades abolicionistas que están enfocadas total o principalmente a la abolición de prácticas carcelarias que son directas y específicas hacia las personas con discapacidad y no vinculadas explícitamente a la abolición de la prisión. Estos movimientos abolicionistas dan cabida a la idea de que no existe una única solución, ni una sola formulación filosófica, proyecto de ley o política social: “a menudo no hay soluciones mágicas que se adapten a todos los casos” y los términos se deben negociar caso a caso<sup>79</sup>. También reconocen que, a menudo, para resolver los problemas que tenemos ante nosotros, es necesario que pensemos en el camino que nos trajo aquí<sup>80</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) se convirtió en un crisol y un catalizador para pedir la *abolición* de todas las prácticas carcelarias específicas a la discapacidad, incluida la institucionalización involuntaria, el confinamiento, las prácticas restrictivas y el tratamiento involuntario. Muchas de las personas estrechamente involucradas en el desarrollo y la redacción de la CDPD, incluida Tina Minkowitz, una sobreviviente de la psiquiatría y abogada activista, sostienen que el artículo 14 de la CDPD, el derecho a la libertad, prohíbe explícitamente todas las formas de detención por discapacidad, porque establece que “la existencia de una discapacidad no podrá en ningún caso justificar una privación de libertad”<sup>81</sup>.

El Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adopta una perspectiva abolicionista referente a las formas de detención específicas de la discapacidad, y en particular la detención por motivos de salud mental, la que considera que viola la CDPD<sup>82</sup>. Esto va más allá de la mera “libertad” negativa. Arlene Kanter, otra académica, abogada y activista relacionada con el desarrollo de la CDPD, argumenta que el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19 de la CDPD) comprende el establecimiento de las condiciones materiales y

---

<sup>76</sup> DAVIS, *et al.*, 2022.

<sup>77</sup> SPIVAKOVSKY, *et al.*, 2020.

<sup>78</sup> BEN-MOSHE, 2020.

<sup>79</sup> BEN-MOSHE, 2014.

<sup>80</sup> WILDEMAN, 2020.

<sup>81</sup> MINKOWITZ, 2006-7.

<sup>82</sup> COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2015.

sociales necesarias para garantizar que las personas con discapacidad no sean internadas involuntariamente y tengan las mismas oportunidades que los demás para vivir donde y con quienes desean vivir<sup>83</sup>.

Curiosamente, sin embargo, el Comité de la CDPD y aquellos estrechamente vinculados al desarrollo de la CDPD han prestado relativamente poca atención a la detención social, centrándose principalmente en la detención por salud mental<sup>84</sup>. Catalina Devandas, en su trabajo como Relatora Especial sobre Discapacidad de las Naciones Unidas, y Claudia Mahler, la actual Experta Independiente sobre el Disfrute de todos los Derechos Humanos por parte de las Personas Mayores, han emitido informes en los que reconocen que las personas mayores y las personas con discapacidad pueden verse privadas de su libertad en una variedad de entornos de atención, incluida la atención residencial e incluso entornos domésticos. Describen todas las formas de privación de libertad basadas en la discapacidad o la edad, incluso en combinación con otros motivos, como violaciones del derecho internacional de los derechos humanos<sup>85</sup>. Su objetivo es abolir aquellas prácticas etiquetadas como “privación de libertad”. En su informe de 2019, Devandas definió la “privación de libertad” como el “confinamiento en un espacio restringido o internamiento en una institución o entorno, sin libertad para salir y sin consentimiento libre e informado”. Asimismo, el informe de Mahler define a las personas mayores como privadas de libertad si “están confinadas en un espacio determinado o internadas en una institución pública o privada, por diferentes motivos, sin permiso para salir a voluntad, y cuando las medidas adoptadas para restringir su libertad se realizaron sin su consentimiento libre e informado”. Cada definición comparte elementos importantes con el *acid test de Cheshire West* y podría aplicarse en una escala similar.

#### IV. PROBLEMAS

Nuestra experiencia en Inglaterra y Gales puede ayudar a los reformistas, abolicionistas y otros activistas en otros lugares a reflexionar en relación con los objetivos que persiguen y si las tácticas de libertad son efectivamente los medios más efectivos para lograrlos.

##### 1. *¿Qué problemas estamos tratando de resolver con las “tácticas de libertad”?*

Una pregunta importante para cualquiera que implemente tácticas de libertad es ¿cuáles son los problemas que está tratando de resolver? ¿A qué prácticas y situaciones quiere ponerle fin? ¿Qué futuro mejor espera conseguir?

---

<sup>83</sup> KANTER, 2015.

<sup>84</sup> SERIES, 2022.

<sup>85</sup> DEVANDAS, 2019; MAHLER, 2022.

Para muchos de nosotros que hemos escrito de la asistencia social para adultos o trabajado en ella, hay muchos problemas que nos preocupan. Para los abolicionistas, la mera *existencia* de modelos institucionales de atención es una preocupación. A muchos de nosotros nos gustaría ver un mundo en el que, como dice *Social Care Future*, todos tengan “el apoyo, los recursos y las oportunidades para vivir en el lugar que llamamos hogar, con las personas y las cosas que amamos, en comunidades donde nos cuidamos unos a otros, haciendo las cosas que nos importan”<sup>86</sup>. Como he explorado en mi libro<sup>87</sup>, *el hogar* es diametralmente opuesto a las realidades sociológicas de la vida institucional. Es más que un mero refugio o el lugar donde vive una persona, es un concepto vivo, que respira, multifacético, que incorpora un “lugar de control” donde el individuo puede construir su propia microjurisdicción, donde se siente seguro, conectado con la gente que les importa y el lugar que los rodea, un lugar que refleja y sostiene su identidad: un “andamiaje” para el yo<sup>88</sup>. Desafortunadamente, a pesar de décadas de desinstitucionalización, políticas de atención “centrada en la persona” y llamados a una “vida independiente” y una “vida gloriosamente ordinaria” para todos los que necesitan cuidados y apoyo, esta visión está lamentablemente lejos de la realidad de la asistencia social para adultos en el Reino Unido<sup>89</sup>.

Otros, particularmente los reformistas, pueden estar más relajados acerca de los modelos institucionales de cuidado, pero desean cuestionar prácticas carcelarias específicas: “reglas generales”, reclusión y restricción física, química y mecánica, restricciones a las visitas de familiares y amigos, el confinamiento generalizado practicado durante (y más allá) la pandemia de Covid y, en el extremo del espectro, el abuso, la negligencia y la violencia dentro de los servicios de cuidado. Algunos simplemente quieren mejorar la calidad de la provisión, para asegurarse de que esté más “centrada en la persona”, brindando a las personas más oportunidades para realizar “actividades” que sean significativas para ellos, y una voz más importante en sus arreglos de cuidado diario.

Sin duda, existen innumerables otros problemas dentro del panorama de la atención social que podríamos querer solucionar, pero ¿pueden las tácticas de libertad ayudarnos a solucionar alguno de estos?

## 2. *Problemas para los reformistas*

Los reformistas no quieren abolir el sistema tal como está, pero sí quieren mejorarlo. Pueden sentirse incómodos con el cuidado institucional, pero tal vez lo vean como una necesidad económica o práctica para algunos adultos mayores y personas con discapacidad. Sin embargo, quieren suavizar los aspectos más duros del sistema, asegurarse de que las personas estén ubicadas en los mejores lugares posibles, aprovechando

---

<sup>86</sup> CROWTHER, 2019.

<sup>87</sup> SERIES, 2022.

<sup>88</sup> LINDEMANN, 2009.

<sup>89</sup> HOUSE OF LORDS ADULT SOCIAL CARE COMMITTEE, 2022.

los mejores arreglos que el sistema pueda ofrecer y elevando los estándares en todos los ámbitos. A menudo, los reformistas trabajan dentro del sistema como profesionales de la atención social, abogados, reguladores, proveedores, y ven los objetivos abolicionistas como sueños imposibles; quieren herramientas que puedan usar *boy* para abordar las injusticias que ven a su alrededor.

Para los reformistas, las tácticas de libertad pueden resultar útiles. Vimos cómo pueden ayudar a personas como HL a desafiar el confinamiento en un lugar específico para volver a vivir con sus cuidadores. *Cheshire West* convirtió la “privación de libertad” de un confinamiento en un tipo particular de alojamiento, a un conjunto fluido de “arreglos” que abarca no solo los *lugares* en los que las personas están confinadas, sino también las *formas* en que una persona puede ser detenida. Esto significa que las salvaguardias de la libertad se pueden utilizar potencialmente para abordar prácticas carcelarias específicas, así como para resolver desacuerdos sobre *dónde* vive una persona<sup>90</sup>. Los trabajadores sociales escriben sobre el uso estratégico de su rol dentro de las DoLS para desafiar no solo las internaciones inapropiadas en residencias de cuidado, sino también prácticas restrictivas específicas, situaciones en las que no se ha escuchado a una persona y en que sus preferencias podrían (y deberían) haberse tenido en cuenta<sup>91</sup>. Durante el largo proceso de reforma que decantó en la creación de las DoLS, algunos abogados recurrieron a Twitter para describir cómo utilizaron con éxito las DoLS para cuestionar los arreglos de atención en nombre de sus clientes para asegurarles algo mejor, no necesariamente “libertad”, sino tal vez regresar a casa o mudarse a un entorno con mejor atención, eliminar una restricción particular, restablecer el contacto con un ser querido, incluso reunirse con una mascota querida. Para las personas involucradas, estas no son victorias pequeñas.

Por tanto, las tácticas reformistas de la libertad *pueden* ser útiles cuando hay alternativas realmente existentes dentro del sistema. Pero en un panorama de cuidado cada vez más desértico, las opciones para ayudar a las personas a vivir en el lugar que llamamos hogar, con las personas y las cosas que amamos, haciendo las cosas que nos importan, son cada vez más limitadas. Para que las tácticas de libertad sean efectivas, los reformistas realmente necesitan derechos sociales y económicos más sólidos en la asistencia social, derecho a vivir en el hogar, con el apoyo adecuado, con opciones y control de cómo uno es apoyado, los tipos de derechos contenidos en el artículo 19 CDPD, que están lejos de estar presentes en la realidad.

Cuando no se presentan mejores alternativas, los sistemas de salvaguardias deben autorizar la menos mala de todas las opciones, que aún puede ser muy restrictiva o indeseable<sup>92</sup>. A quienes practican estrategias reformistas no les gusta hacer esto<sup>93</sup>, pero en última instancia, las salvaguardias de libertad simplemente ubican a las personas en las diferentes opciones disponibles, no crean mejores alternativas. Esto plantea el riesgo

---

<sup>90</sup> SERIES, 2019.

<sup>91</sup> HUBBARD y STONE, 2020; JAMES, et al., 2019; CURRIE, 2016.

<sup>92</sup> England and Wales Court of Protection, sentencia del 16 de enero de 2016, EWCOP 5.

<sup>93</sup> LAW COMMISSION, 2017.

de que, indirectamente, las salvaguardias de libertad puedan terminar *legitimando* y potencialmente normalizando algunos de los mismos problemas que pretenden resolver, al autorizar situaciones que distan mucho de ser ideales<sup>94</sup>.

Otra dificultad para los reformistas es que cuanto más se extienden los sistemas de salvaguardias de libertad, más se diluyen los recursos de los sistemas. En Inglaterra y Gales, ahora hay una acumulación de 124.145 solicitudes de DoLS sin procesar, y debido al importante sesgo de edad en la detención social, más de 47.000 personas han muerto esperando que se procesara su solicitud<sup>95</sup>. Algunos de estos casos implican preocupaciones muy serias que deberían haberse presentado ante el tribunal<sup>96</sup>. Al exponer la escala de lo carcelario en el panorama moderno de la asistencia social, la detención social pone a prueba el funcionamiento de las salvaguardias de la libertad. Exigir salvaguardias para todas estas situaciones estira los recursos hasta tal punto que el sistema entero de tales medidas no puede hacer frente y se quiebra bajo el volumen de esta demanda.

Finalmente, el *acid test* de *Cheshire West* disuelve los límites entre “hogar” e “institución”, entre arreglos de cuidado público y privado, y ha comenzado a extender su maquinaria reguladora al espacio de cuidado más privado: el hogar familiar. En la actualidad, debido a que la aplicación de las DoLS no cubre entornos de cuidado no regulados, solo una pequeña fracción de estos casos terminan en los tribunales<sup>97</sup>. De aquellos que lo han hecho, sabemos que las familias encuentran esto extremadamente angustiioso y puede dañar sus relaciones con los tribunales y los profesionales<sup>98</sup>. Desde el punto de vista político, las consecuencias de etiquetar los arreglos de cuidados domésticos pueden ser tóxicas. Por ejemplo, *Cheshire West* ya ha sido utilizado por el gobierno para defender la derogación de la Ley de Derechos Humanos de 1998<sup>99</sup>. Si los arreglos de cuidado doméstico se etiquetan más rutinariamente como una “privación de libertad” por tribunales, la reacción pública y política podría ser considerable, y perjudicar a los derechos humanos en general.

¿Qué beneficio aportan las tácticas de libertad en situaciones domésticas de cuidado en entornos familiares? La Ley de Cuidados (*Care Act*) de 2014 y la Ley de Capacidad Mental (*Mental Health Act*) brindan herramientas para responder a situaciones que afectan a los cuidados en entornos familiares cuando estos son inadecuados o plantean dudas acerca de la protección de derechos. Ciertamente podrían mejorarse, pero etiquetar el cuidado basado en la familia como una “privación de libertad” contribuye muy poco. En última instancia, la maquinaria del artículo 5 de la CEDH está basada en el derecho de las instituciones que se diseñó para interactuar con la maquinaria institucional, administrativa y jurídica, no con las familias. Si las familias no buscan “autorización” del Estado para “detener” a su ser querido, no hay sanción regulatoria que se pueda aplicar,

---

<sup>94</sup> ALLEN, 2015.

<sup>95</sup> NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2022.

<sup>96</sup> LOCAL GOVERNMENT OMBUDSMAN, 2019.

<sup>97</sup> MINISTRY OF JUSTICE, 2023.

<sup>98</sup> England and Wales Court of Protection, 04.01.2021, EWCOP 9.

<sup>99</sup> MINISTRY OF JUSTICE, 2021.

ninguna “licencia” que pueda ser revocada. Sugiero, siguiendo a Ben-Moshe, Chapman y otros<sup>100</sup>, que, si bien puede haber aspectos carcelarios en algunos cuidados familiares, también podemos establecer distinciones estratégicas en la forma en que esto es abordado.

### 3. *Problemas para los abolicionistas*

¿Son útiles las tácticas de libertad para los abolicionistas que buscan erradicar todas las prácticas carcelarias de los espacios de cuidado a las personas con discapacidad?

Los abolicionistas de la discapacidad se enfrentan a un problema de definición. Si, como hacen Malher y Devandas, adoptan definiciones de detención social similares a *Cheshire West*, entonces pueden terminar incorporando situaciones en las que la persona está también feliz con sus arreglos de cuidado y residenciales. Potencialmente, MIG podría caer en esta categoría, ya que hasta donde sabemos, ella estaba feliz viviendo donde estaba, y no estaba coaccionada activamente de ninguna manera. Si no podemos incorporar la experiencia *subjetiva de una persona* en nuestro análisis de la “privación de libertad” y el encarcelamiento, podemos encontrar dificultades para distinguir entre las situaciones a las que buscamos poner fin.

Los abogados de HL, Scott-Moncrieff y Robinson, escribieron (antes de *Cheshire West*) que si la “clave” para que HL fuera privado de su libertad en el Hospital de Bournewood era que estaba sujeto a “supervisión y control continuos” y “no tenía libertad para irse”, entonces esto era igualmente cierto cuando estaba en casa, y feliz, con el Sr. y la Sra. E, ya que tampoco le permitían salir de la casa sin que alguien lo acompañara para asegurarse de que estuviera a salvo<sup>101</sup>. Desde que se introdujeron las DoLS, ha habido muchos otros casos, como el caso de Steven Neary, en los que las personas desafiaron con éxito su confinamiento para asegurar su liberación y poder ir al lugar donde querían vivir<sup>102</sup>. Sin embargo, luego de *Cheshire West*, la misma autoridad que había detenido ilegalmente a Steven en un hogar de ancianos, concluyó que también estaba privado de su libertad cuando vivía en su propia casa, donde era feliz, con un equipo de asistentes personales que lo apoyaban para hacer lo que quería hacer<sup>103</sup>.

Los abolicionistas de la discapacidad podrían recurrir a otro elemento de la definición de privación de libertad para abordar esta dificultad contraintuitiva de una persona que parece “feliz” de estar “detenida”: el consentimiento. Tanto Mahler como Devandas incorporan la ausencia de “consentimiento informado” en su definición. Las leyes británicas de capacidad mental sostienen que una persona que “carece de capacidad mental” simplemente no puede dar un consentimiento válido, sin importar qué tan claros sean sus deseos y sentimientos de sus arreglos residenciales. Pero las lecturas abolicionistas de la CRPD ofrecen una salida potencial a esta paradoja.

<sup>100</sup> BEN-MOSHE, et al., 2014.

<sup>101</sup> ROBINSON y SCOTT-MONCRIEFF, 2005.

<sup>102</sup> England and Wales High Court, 09.06.2011, EWHC 1337 (COP).

<sup>103</sup> LOCAL GOVERNMENT OMBUDSMAN, 2019.

Los abolicionistas, incluido el propio Comité de la CDPD, interpretan el artículo 12 de la CDPD (acerca del igual reconocimiento ante la ley) como un llamado a la abolición de todos los mecanismos para la “denegación de la capacidad jurídica” y la “toma de decisiones sustitutivas”, y su reemplazo por un marco de capacidad jurídica *universal* y toma de decisiones con apoyo<sup>104</sup>. No es fácil resumir las complejidades de esta posición en una oración o dos (¡aunque lo intentaré valientemente!), pero en esencia, esta perspectiva sostiene que alguien que “carece de capacidad mental”, como MIG, podría dar un consentimiento legalmente *válido* para sus arreglos de cuidado, siempre que hubiera evidencia sólida de que este se alinea con su “voluntad y preferencias” en términos de dónde y con quién vive y cómo recibe apoyo, y que este procedimiento ha sido sujeto a “salvaguardias” sólidas en relación con la prevención de conflictos de interés e influencia indebida y para proteger sus derechos humanos<sup>105</sup>. En otras palabras, en la medida en que MIG experimente algún elemento de “supervisión y control” respecto de su cuidado, para mantenerla a salvo, la experiencia subjetiva de MIG podría transformar su “privación de libertad” en otra cosa.

Esta posición no está exenta de dificultades. ¿Dejaría a personas como MIG sin ninguna protección, como temía Lady Hale? Podría decirse que el *acid test* de *Cheshire West* es una señal de alerta útil para resaltar situaciones que tienen fuertes tendencias y riesgos carcelarios, pero las “salvaguardias” podrían vincularse al artículo 12, y a la garantía de la capacidad jurídica, en lugar de a la “privación de libertad”. El *acid test* podría usarse para señalar situaciones donde sean necesarias verificaciones independientes adicionales pertinentes a si una persona está “consintiendo”, con “salvaguardias de consentimiento” donde la persona parece estar de acuerdo con sus arreglos de vivienda y “salvaguardias de privación de libertad” reservadas para situaciones donde sensiblemente no se pueda decir que este es el caso. El contexto más amplio de *Cheshire West* fue la total ausencia de salvaguardias en torno a la Ley de Capacidad Mental en general, que tiene una arquitectura muy “informal” incluso para la toma de decisiones sustitutivas más serias, y la falta de un control independiente rutinario de los acuerdos de apoyo cuasidoméstico<sup>106</sup>. Las tácticas de libertad eran deseables en estas situaciones, porque introducían un escrutinio y salvaguardias que de otro modo no estaban disponibles en el sistema inglés.

¿No habrá situaciones en las que los deseos y preferencias de una persona no estén claros o estén abiertos a malinterpretación? Indudablemente, una vez que estamos en el terreno de la “incapacidad mental” estamos lidiando con complejidad y con interpretaciones (e intereses) que compiten entre sí. HL, a pesar de estar extremadamente angustiado, agitado y ser inmovilizado de forma rutinaria en el hospital, fue descrito en las sentencias como “obediente” y que no había objetado su internamiento. MEG, que “ataca” a sus compañeros de residencia y “desea” seguir viviendo con su cuidador

<sup>104</sup> SERIES y NILSSON, 2018; COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014.

<sup>105</sup> SERIES, 2020.

<sup>106</sup> SERIES, 2022.



adoptivo, fue descrita como “feliz” y “consintiendo” de una manera “no legal”<sup>107</sup>. Los tribunales y muchos profesionales aún tienen que desarrollar formas más hábiles y reflexivas de explorar y comprender los deseos de las personas con deficiencias cognitivas.

Necesitamos una nueva “doctrina de la voluntad” para contrarrestar siglos de ver a las personas con deficiencias cognitivas como “no volitivas”<sup>108</sup>, y necesitamos aprender del trabajo de base de las organizaciones pioneras en enfoques “centrados en la persona” y de “apoyo de pares” que han lidiado con estas preguntas durante décadas. Esto, por supuesto, nunca será sencillo (al igual que determinar el “interés superior” no lo es), pero sin duda, cualquier régimen que pretenda preocuparse por los derechos de las personas con discapacidad debe estar dirigido a involucrarse lo mejor que pueda con lo que una persona quiere, lo que les motiva, y si son felices o no. No debería ser posible, en la culminación de una sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la libertad, que todavía nos sigamos preguntando qué sentían las tres personas en el centro del caso sobre su situación de vida.

Más problemáticas para los abolicionistas son las situaciones en las que descartar todas las medidas restrictivas o de supervisión podría resultar en riesgos significativos de daño a la persona. Tomando nuevamente a *Cheshire West* a modo de ejemplo, parte de la razón por la que los cuidadores ejercieron una “supervisión y control continuos” sobre MIG, MEG y P fue para abordar riesgos concretos, inmediatos y, a menudo, muy graves. Se dijo que MIG y MEG se arriesgaban a ser atropellados si transitaban solas en la calle, y P a veces se quitaba, rompía e intentaba comer sus pañales para la incontinencia (sucios), por lo que habían requerido una visita de emergencia al hospital por riesgo de asfixia. Sin alguna forma de “supervisión” y la posibilidad de una intervención (física), es difícil ver cómo se podrían gestionar estos riesgos, al menos a corto plazo, a la espera de un abordaje a largo plazo.

Una respuesta puede ser que hay muchas constelaciones posibles de arreglos residenciales, relaciones de cuidado, dinámicas de poder, que pueden responder a los riesgos. Por tanto, los abolicionistas de la discapacidad están comprometidos con el arduo trabajo de encontrar mejores *alternativas*. Esta es la razón por la que la discusión acerca de la “privación de libertad” y el encarcelamiento en general nunca puede desentenderse de la realización de la CDPD en su conjunto, incluidas sus dimensiones socioeconómicas y culturales. La posición abolicionista *no es* “libertaria” sino, como dice Minkowitz, *transformadora*<sup>109</sup>. O como lo expresó el Colectivo de Justicia para la Abolición y la Discapacidad:

“La abolición no se limita a poner fin a espacios y prácticas de encarcelamiento y vigilancia. Fundamentalmente, la abolición también se trata de reinventar nuevas formas de vida, de modo que un mundo en el que las prisiones, la policía y otros

---

<sup>107</sup> England and Wales High Court, 26.07.2012, EWHC 2136 (COP); ROYAL COMMISSION ON THE LAW RELATING TO MENTAL ILLNESS AND MENTAL DEFICIENCY, 1957; SERIES, 2020.

<sup>108</sup> SERIES, 2023.

<sup>109</sup> MINKOWITZ, 2017.

sistemas carcelarios como soluciones a los problemas sociales se vuelva impensable. El abolicionismo tampoco se trata solo de crear nuevas respuestas a las crisis, sino de crear un mundo nuevo en el que prosperemos de tal manera que ocurran menos crisis en primer lugar”<sup>110</sup>.

Esta debe ser nuestra dirección de viaje. Pero mientras estemos en ese camino (y sospecho que podemos estar en ese camino durante mucho tiempo, si alguna vez llegamos a nuestro destino) es difícil ver cómo evitar situaciones en las que a veces se necesita supervisión e intervención directa para evitar situaciones con riesgos muy reales, inmediatos y graves. Gran parte de la literatura abolicionista vinculada a la CDPD se centra casi exclusivamente en la detención por problemas de salud mental, donde los riesgos (y las respuestas) suelen ser muy diferentes; existe una discusión muy limitada respecto de las complejidades de la detención social. No obstante a esto, todavía no he leído un texto pertinente a los derechos de las personas con discapacidad, y tampoco he hablado con alguien comprometido incluso con las lecturas más abolicionistas de la CRPD, que simplemente hubiera dejado que P se ahogara, o que MIG o MEG salieran de casa y fueran atropelladas. Encontramos estas situaciones extremadamente difíciles de hablar, y sospecho que algunos preferirían que no habláramos acerca de ellas en absoluto, pero son reales y afectan a cientos de miles de personas, así que hagámoslo de buena fe.

## V. CONCLUSIÓN: 300.000 SOLUCIONES

Los historiadores de la era carcelaria hablan de la “panacea institucional”: la idea victoriana de que por cada mal social hay un problema institucional de tipo carcelario: prisiones para el crimen, asilos para la pobreza, asilos para la locura, colonias de deficiencia mental. En la era postcarcelaria pasamos de sociedades organizadas en torno a lo que Foucault llamó instituciones “disciplinarias” a lo que Deleuze llamó “sociedades de control”, la naturaleza y el lugar de las respuestas carcelarias a los problemas sociales se han transformado, pero no erradicado<sup>111</sup>. Para cada problema social, ahora, hay una solución *de control*.

Las tácticas de libertad reflejan esta lógica: ofrecen soluciones únicas que suenan simples: ¡regular! ¡liberar! —a problemas de alta complejidad—. Si está buscando tácticas de libertad con la esperanza de una respuesta fácil, se sentirán decepcionados. Necesitamos liberarnos de nuestra adicción a las respuestas fáciles, a las soluciones binarias, a los marcos que simplemente podemos levantar y trasplantar en el transcurso del tiempo, el espacio y los mundos de la vida.

---

<sup>110</sup> ABOLITION AND DISABILITY JUSTICE, *We will get free, together*. Disponible en: <https://abolitionanddisabilityjustice.com/>

<sup>111</sup> DELEUZE, 1992.

Porque debajo de 300.000 detenciones, hay 300.000 situaciones complejas, 300.000 individuos únicos en relaciones y mundos sociales únicos. Estamos lidiando con riesgos únicos, que requerirán soluciones únicas. Los abolicionistas lo saben; no prometen sacar de la nada las respuestas a sus casos más difíciles. Resisten la tentación de reemplazar un conjunto de aparentes panaceas por otro. 300.000 detenciones exigen 300.000 soluciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABOLITION AND DISABILITY JUSTICE, *We will get free, together*. Disponible en: <https://abolitionanddisabilityjustice.com/>
- ALLEN, Neil, 2015: "The (not so) great confinement", *Elder Law Journal*, volumen 5, Nº 1, pp. 45 y ss.
- BEN-MOSHE, Liat, 2014: "Alternatives to (Disability) Incarceration", in Liat BEN-MOSHE, C. CHAPMAN, and A.C. CAREY (Editors), *Disability Incarcerated: Imprisonment and Disability in the United States and America*, Palgrave Macmillan, New York.
- BEN-MOSHE, Liat, 2020: *Decarcerating Disability: Deinstitutionalization and Prison Abolition*, University of Minnesota Press, Minneapolis.
- CAMPBELL, Peter, 2005: "From Little Acorns – The mental health service user movement", en Andy BELL and Peter LINDLEY (editors.), *Beyond the Water Towers: The unfinished revolution in mental health services 1985-2005*, Sainsbury Centre for Mental Health, London.
- CADWALLADER, Jessica, SPIVAKOVSKY, Claire, STEELE, Linda, WADIWEL, Dinesh, 2018: "Institutional Violence against People with Disability: Recent Legal and Political Developments" *Current Issues in Criminal Justice*, volumen 29, Nº 3, p. 259.
- CARE AND SOCIAL SERVICES INSPECTORATE WALES AND HEALTH INSPECTORATE WALES, 2015: *Deprivation of Liberty Safeguards: Annual Monitoring Report for Health and Social Care 2013-14*, London.
- CARPENTER, Peter K., 2000: "The Bath Idiot and Imbecile Institution", *History of Psychiatry*, volumen 11, Nº 42, pp. 163-188.
- CARRINGTON, Leonora, 2005: *The Hearing Trumpet*, Penguin Classics.
- CHERSEY MUSEUM, 2023: *From Manor House to Medicine: The History of Botleys Park & St. Peter's Hospital*. Disponible en: [https://chertseymuseum.org/st\\_peters\\_hospital](https://chertseymuseum.org/st_peters_hospital).
- COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014: *General comment No 1 (2014)*. Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1. Geneva.
- COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2015: "Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", in *Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015*. Geneva.
- CROWTHER, Neil, 2019: Talking about a brighter social care future, blog social care.
- CURRIE, L., 2016: "Deprivation of liberty safeguards - a personal overview of the safeguards post-Cheshire West", *Elder Law Journal*, volumen 6, Nº 2, pp. 181-186.
- DAVIS, Angela, DENT, Gina, MEINERS, Erica, RICHIE, Beth, 2022: *Abolition. Feminism. Now*, Penguin, UK.
- DELEUZE, Gilles. 1992: "Postscript on the Societies of Control", The MIT Press, volumen 59, pp. 3-7.
- DEPARTMENT OF HEALTH, 2005: "'Bournewood' Consultation: The approach to be taken in response to the judgment of the European Court of Human Rights in the 'Bournewood' case", en DEPARTMENT OF HEALTH (Editor), *Gateway Ref 267902*, London.

- DEPARTMENT OF HEALTH, 2006: "Protecting the Vulnerable: the "Bournewood" Consultation: Summary of Responses", en DEPARTMENT OF HEALTH (Editor), *Gateway Ref 5834*, London.
- DEPARTMENT OF HEALTH, 2007: Mental Health Bill Regulatory Impact Assessment Revised Version June 2007, en DEPARTMENT OF HEALTH (Editor), Gateway Reference 8455, London.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, 2021: Impact assessment of the Mental Capacity (Amendment) Act 2019. 28/01/2021
- DEVANDAS AGUILAR, Catalina, 2019: Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, in Human Rights Council, Fortieth session, 25 February–22 March 2019, A/HRC/40/54.
- DOCTER, Pete, 2009: *Up*, Pixar, United States of America.
- EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION. Film: The Bournewood case. Disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/en/what-are-human-rights/human-rights-stories/bournewood-case>.
- EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, 2008: "Transcript of evidence to the Inquiry: Mr Graham Enderby and Scott Moncrieff, Harbour and Sinclair Solicitors", in *EHRC Human Rights Inquiry*, EHRC, London.
- EVANS, John, 2003: *The Independent Living Movement in the UK*, Cornell University ILR School, European Network on Independent Living.
- FENNELL, Philip, 1977: "The Mental Health Review Tribunal: A Question of Imbalance", *British Journal of Law and Society*, volumen 4, N° 2, p. 186-219.
- FENNELL, Philip, 1998: "Doctor knows best? Therapeutic detention under common law, the mental health act, and the European convention", *Medical Law Review*, volumen 6, N° 3, pp. 322-353.
- HEALTH AND SOCIAL CARE COMMITTEE, 2023: "Oral evidence: Adult social care", in *HC 1327*, House of Commons, London.
- HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2014: Mental Capacity Act 2005, Deprivation of Liberty Safeguards (England) Annual Report, 2013-14, London. (03/09/2014)
- HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2016: *Mental Capacity Act 2005, Deprivation of Liberty Safeguards - 2015-16*, England (28/09/2016).
- HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2022: *Mental Capacity Act 2005, Deprivation of Liberty Safeguards - 2021-22*, England (11/08/2022).
- HEALTH AND SOCIAL CARE INFORMATION CENTRE, 2023: *Mental Capacity Act 2005, Deprivation of Liberty Safeguards - 2022-23*. England (24/08/2023).
- HOUSE OF LORDS ADULT SOCIAL CARE COMMITTEE, 2022: "A "gloriously ordinary life": spotlight on adult social care", in *HL Paper 99*, House of Lords, UK.
- HUBBARD, Rachel y STONE, Kevin, 2020: *The Best Interests Assessor practice handbook*, Bristol: Bristol University Press.
- HUNTER, Rosemary and RACKLEY, Erika, 2022: *Justice for everyone: the jurisprudence and legal lives of Brenda Hale*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JAMES, Elaine, Mitchell, Rob and Morgan, Hannah, 2019: *Social work, cats and rocket science: Stories of making a difference in social work with adults*, Jessica Kingsley Publishers London and Philadelphia.
- JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, 2018: "The Right to Freedom and Safety: Reform of the Deprivation of Liberty Safeguards", in *House of Commons 890, House of Lords, paper 161*, London.
- JONASSON, Jonasson, 2009: *The Hundred-Year-Old Man Who Climbed Out the Window and Disappeared*, Hyperion Books.
- JONES, Kathleen, 2004: *A history of the mental health services*, Routledge & Kegan Paul, London.

- KANTER, Arlene, 2015: *The Development of Disability Rights Under International Law: From Charity to Human Rights*, Routledge, Abingdon.
- KING'S FUND, 1982: *An Ordinary Life: Comprehensive Locally-based Residential Services for Mentally Handicapped People*, reprinted 1982, King's Fund Centre, London.
- KING'S FUND, 1986: *Living well into old age: Applying principles of good practice to services for people with dementia*, King's Fund Centre, London.
- KITWOOD, Tom, 1997: *Dementia Reconsidered: The person comes first*, Open University Press, Maidenhead.
- KRITSOTAKI, Despo, LONG, Vicky and SMITH, Matthew, 2016: *Deinstitutionalisation and After: Post-War Psychiatry in the Western World*, Springer International Publishing.
- LAW COMMISSION, 2017: "Mental Capacity and Deprivation of Liberty", in *Law Com No 372*, London.
- LINDEMANN, Hilde, 2009: "Holding One Another (Well, Wrongly, Clumsily) in a Time of Dementia", *Metaphilosophy*, volumen 40, N° 3, p. 416-424.
- LOCAL GOVERNMENT OMBUDSMAN, 2019: Investigation into a complaint against Staffordshire County Council (reference number: 18 004 809), Staffordshire Country Council, UK.
- MAHLER, Claudia, 2022: "Older persons deprived of liberty", in *Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons*, Claudia Mahler, Published at the United Nations on 13 September 2022, UN Doc A/HRC/51/27.
- MEANS, Robin, RICHARDS, Sally y SMITH, Randall, 2008: *Community Care: Policy and Practice* (4° edición), Palgrave Macmillan, Basingstoke.
- MINISTRY OF JUSTICE, 2021: *Human Rights Act Reform: A Modern Bill Of Rights*, in CP 588.
- MINISTRY OF JUSTICE, 2023: *Family Court Statistics Quarterly: September to December 2022*. 2023. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2022>.
- MINKOWITZ, Tina, 2006-7: "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, volumen 34, p. 405.
- MINKOWITZ, Tina, 2017: "CRPD and transformative equality", *International Journal of Law in Context*, volumen 13, N° 1, pp. 77-86.
- MITCHELL, David, 2004: *Cloud Atlas*, Sceptre, London.
- NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2017: *Stopping Over-Medication of People with a Learning Disability, Autism or Both (STOMP)*, London.
- NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2019: Supplementary information: DoLS activity by disability group during reporting period 2017-18, England (01/07/2019).
- NATIONAL HEALTH SERVICE DIGITAL, 2022: *Mental Health Act Statistics, Annual Figures, 2021-22*, England (27/10/2022).
- NELL, Joanna, 2020: *The Great Escape from Woodlands Nursing Home*, Hodder & Stoughton, London.
- NILSON, Tyler y SCHWARTZ, Michael, 2019: *The Peanut Butter Falcon*, Roadside Attractions, United States of America.
- ONE CROWN OFFICE ROW, 2012: *Dignity, Death and Deprivation of Liberty: Human Rights in the Court of Protection*, One Crown Office Row, London.
- PORTER, Roy, 1987: *Mind-forg'd manacles: A history of madness in England from the Restoration to the Regency*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- ROBINSON, Robert and SCOTT-MONC RIEFF, Lucy, 2014: "Making Sense of Bournewood", *Journal of Mental Health Law*, volumen 1, N° 12, pp. 17.
- ROYAL Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, 1957: *Report 1954-1957*, Cm 169, HMSO, London

- SAMUEL, Mithran, 2012: "Many deprived of liberty without safeguards, warn experts", *Community Care*. Disponible en: <https://www.communitycare.co.uk/2012/02/29/many-deprived-of-liberty-without-safeguards-warn-experts/>
- SPIVAKOVSKY, Claire, STEELE, Linda and WELLER, P., 2020: The Legacies of Institutionalisation: Disability, Law and Policy in the "Deinstitutionalised" Community, Hart, Oxford.
- SPIVAKOVSKY, Claire. and STEELE, Linda, 2021: Disability Law in a Pandemic: The Temporal Folds of Medico-legal Violence, *Social & Legal Studies*, volume 32, N° 2, <https://doi.org/10.1177/09646639211022795>.
- SERIES, Lucy and Nilsson, Anna, 2018: "Article 12: Equal Recognition Before the Law", en Ilias BANTEKAS, Michael STEIN, and Dimitris ANASTASIOU (Editors), *Commentary on UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Oxford University Press, Oxford.
- SERIES, Lucy, 2019: "On detaining 300,000 people: The Liberty Protection Safeguards", *International Journal of Mental Health and Capacity Law*, volumen 25, N° 2, pp. 82-123.
- SERIES, Lucy, 2020: "Making sense of Cheshire West, in The Legacies of Institutionalisation: Disability, Law and Policy", Claire SPIVAKOVSKY, Linda STEELE, and Penelope WELLER (Editors), *"Deinstitutionalised" Community*, Hart, Oxford.
- SERIES, Lucy, 2022: Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution, Bristol University Press, Bristol.
- SERIES, Lucy, 2023: "Of Powers and Safeguards", en Jean McHale y Atina Krajewska (editors), *Re-imagining Health and Care Law*, in press, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- STEELE, Linda, 2017: "Temporality, disability and institutional violence: revisiting In re F", *Griffith Law Review*, volumen 26, N° 3, pp. 378-400.
- STURGE, Georgina y CARTHEW, Helena, 2022: *UK Prison Population Statistics*, House of Commons Library, London.
- SUZUKI, Akihito, 2006: *Madness at Home: The Psychiatrist, the Patient and the Family in England, 1820 – 1860*, University of California Press, Berkeley.
- TROKE, Ben, 2012: "The death of deprivation of liberty safeguards (DOLS)?", *Social Care and Neurodisability*, volumen 3, N° 2, p. 56.
- UNSWORTH, Cliver, 1991: "Mental Disorder and the Tutelary Relationship: From Pre- to Post-Carceral Legal Order", *Journal of Law and Society*, volumen 18, N° 22, pp. 254-278.
- WISE, Sarah, 2012: *Inconvenient People*, Random House, London.
- WILDEMAN, S., 2020: "Disabling solitary: An anti-carceral critique of Canada's solitary confinement litigation", in Claire SPIVAKOVSKY, Linda STEELE, and Penelope WELLER (Editors) *The Legacies of Institutionalisation: Disability, Law and Policy in the "Deinstitutionalised" Community*, Hart, Oxford.
- WOLFENBERGER, Wolf, NIRJE, Bengt, OLSHANSKY, Simon, PERSKE, Robert y ROOS, Philip, 1972: *The Principle of Normalization in Human Services*, National Institute on Mental Retardation, Toronto.

### *Sentencias citadas*

- ENGLAND and Wales Court of Appeal, sentencia de 28 de febrero de 2011, EWCA Civ 190.
- ENGLAND and Wales Court of Protection, sentencia del 16 de enero de 2016, EWCOP 5.
- ENGLAND and Wales Court of Protection, sentencia del 20 de septiembre de 2017, EWCOP 18.
- ENGLAND and Wales Court of Protection, sentencia del 04 de enero de 2021, [2021] EWCOP 9.
- ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 26 de diciembre del 2006, EWHC 3459 (Fam).
- ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 15 de abril del 2010, EWHC 785 (Fam).
- ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 9 de junio del 2011, EWHC 1337 (COP).

ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 14 de junio del 2011, EWHC 1330 (Fam).

ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 09 de noviembre del 2011, EWHC Civ 1257.

ENGLAND and Wales High Court, sentencia del 26 de julio del 2012, EWHC 2136 (COP).

EUROPEAN Court of Human Rights, sentencia de 05 de octubre de 2004, [2004] ECHR 720.

THE Supreme Court of the United Kingdom, sentencia de 19 de marzo de 2014, UKSC 19.

UNITED Kingdom House of Lords Decisions, opinión del 25 de junio de 1998, [1998] UKHL 24.

## *Iura novit curia* y defensa del deudor: ¿Puede el juez negar una ejecución injusta, basándose en una excepción no invocada?

Oscar Silva Álvarez\*

### RESUMEN

*El presente trabajo aborda la posibilidad del juez de negar lugar a una ejecución injusta, encasillando los hechos señalados por el ejecutado en una excepción distinta a la que se haya alegado inicialmente. Al efecto, se toma como caso de estudio el de la factura ideológicamente falsa, respecto de ello el ejecutado alega la excepción del art. 464 N° 6 del CPC (falsedad del título), la que, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, solo puede referirse a la falsedad material. El juez, deferente con dicha tendencia, entiende que no puede acoger la excepción en los términos que fue invocada. Sin embargo, ante la evidencia de estar frente a una ejecución injusta, se pregunta si puede rechazar la ejecución con base en una excepción que, como tal, no fue invocada, como es la nulidad de la obligación. En este artículo se ofrecen dos argumentos por los cuales, en el caso concreto, el juez podría recalificar los hechos bajo la excepción de nulidad, acudiendo al principio *iura novit curia*. Dichos argumentos se relacionan con las categorías de normas constitutivas y de excepciones materiales impropias. Finalmente, el texto aborda las objeciones que se pueden formular a la tesis propuesta.*

*Iura novit curia*; normas constitutivas; excepciones materiales impropias

## *Iura novit curia and the debtor's defense: Can the judge deny an unjust execution based on an uninvoked exception?*

### ABSTRACT

*This paper deals with the possibility of the judge to deny an unjust execution, by classifying the facts pointed out by the executed party in an exception different from the one initially alleged. To this effect, the case of the ideologically false invoice is taken as a case study, in respect of which the defendant alleges the exception of article 464 N° 6 of the CPC (falsity of the title), which, according to the majority case law, can only refer to material falsity. The judge, deferring to this trend, understands that he cannot accept the exception in the terms invoked. However, given the evidence of being faced with an unjust execution, he wonders whether he can reject the execution*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor Asociado, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: 0009-0006-6838-2908. Correo electrónico: oscar.silva@pucv.cl

Artículo recibido el 2.1.2024 y aceptado para su publicación el 16.7.2024.



*based on an exception that, as such, was not invoked, such as the nullity of the obligation. In this article, two arguments are offered by which, in the specific case, the judge could requalify the facts under the exception of nullity, resorting to the principle of iura novit curia. These arguments are related to the categories of constitutive rules and improper material exceptions. Finally, the text addresses the objections that may be raised to the proposed thesis.*

*Iura novit curia; constitutive norms; improper material exceptions*

## I. INTRODUCCIÓN

Pensemos en el siguiente supuesto: una persona presenta a cobro, en juicio ejecutivo, una factura cuya glosa da cuenta de ciertos servicios profesionales prestados por él al deudor. El ejecutado, al defenderse, argumenta que los señalados servicios nunca fueron contratados y, por esta razón, tampoco prestados por el ejecutante, a quien, incluso, declara no conocer. Por tanto, invoca la excepción de falsedad del título, más específicamente, una de carácter ideológico.

En la fase probatoria, el ejecutado demuestra, sobradamente, todos los fundamentos de hecho relevantes expuestos en su defensa, estableciendo la inexistencia de un vínculo jurídico con el ejecutante, quien emitió la factura sin contar con respaldo alguno en la realidad.

Luego, en la fase de sentencia, el juez, deferente con la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>1</sup>, advierte que el máximo tribunal es consistente en rechazar la procedencia de la falsedad ideológica como excepción a la ejecución. Asimismo, llega a la conclusión que, en realidad, los hechos descritos al formular la excepción reflejan, más bien, una hipótesis de nulidad de la obligación (del art. 464 N° 14 del CPC); concretamente una absoluta, por falta de causa; o bien considera que se trataría de una excepción de falta de requisitos para que el título tenga fuerza ejecutiva, según el artículo 464 N° 7 del CPC<sup>2</sup>.

A la luz del caso indicado, el presente trabajo se construye a partir de la siguiente pregunta: ¿Puede el juez rechazar una ejecución injusta, encasillando los hechos planteados por el ejecutado en una excepción formalmente no invocada?

Al efecto, la primera parte del trabajo tendrá un doble objeto: sintetizar el sentido y alcance del principio *iura novit curia*, con énfasis en sus contornos de cara a la ejecución, así como perfilar la defensa del deudor en el juicio ejecutivo y sus características. Luego, la segunda parte del trabajo analizará dos argumentos –cada uno suficiente por sí mismo– por los que el juez podría, acudiendo al principio *iura novit curia*, recalificar

<sup>1</sup> En efecto, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema se inclina por restringir la excepción de falsedad del título a aquella de tipo material, sin extenderla a la ideológica. Así se ha resuelto, entre otros, en los siguientes fallos: 14 de abril de 2023, rol 170.299-2022, 12 de julio de 2022, rol 94.969-2020 y 19 de marzo de 2020, rol N° 23.277-2018. No obstante, alguna doctrina admite la posibilidad de alegar la falsedad ideológica de la factura. Véase AGUIRREZÁBAL, 2022, p. 320.

<sup>2</sup> La posibilidad de considerar la disconformidad con el contenido de la factura en la excepción del N° 7 del artículo 464 del CPC ya era considerada por la doctrina como una alternativa viable en la época en que la factura fue consagrada como título ejecutivo. Véase: CORTEZ, 2003, p. 54.

jurídicamente los hechos planteados por el ejecutado al oponer una excepción y, por esta razón, rechazar la ejecución, entendiendo que es posible otra excepción más apropiada en el caso concreto. Dichos argumentos girarán, por un lado, en torno la concepción de las excepciones a la ejecución como normas mayoritariamente constitutivas y, por otro, acerca de la distinción entre excepciones materiales propias e impropias como criterio útil de clasificación de las hipótesis del art. 464 del CPC. Finalmente, la tercera parte del trabajo se hará cargo de los eventuales reproches que se puedan formular a cada una de las razones previamente analizadas.

## II. *IURA NOVIT CURIA* Y LA DEFENSA DEL DEUDOR EN LA EJECUCIÓN

### 1. *Generalidades sobre el principio iura novit curia*

Sentís, luego de analizar detalladamente el origen, sentido y alcance de cada una de las palabras que conforman el aforismo materia de este apartado, concluye señalando que, en definitiva, *iura novit curia*: “es el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica, por parte del juez”<sup>3</sup>. Pese a su formulación, el principio indicado no sería de origen estrictamente romano, sino que medieval<sup>4</sup>, y habría sido contemplado por primera vez en el *Corpus Iuris Canonici*<sup>5</sup>. De hecho, D’Ors enseña, a propósito del procedimiento formulado en su fase *apud iudicem*, que los jueces no solían conocer el derecho, pese a ello las partes debían abstenerse de probarlo<sup>6</sup>.

Ormazábal sintetiza adecuadamente el problema que justifica preguntarse acerca del principio *iura novit curia*, señalando que: “Es frecuentísimo el caso del juzgador que, llegado el momento de dictar sentencia, concluye que las pretensiones del actor encuentran acogida en el ordenamiento jurídico, pero duda si reconocérselas en la sentencia a causa de la deficiente o desenfocada fundamentación jurídica plasmada en el escrito de demanda”<sup>7</sup>. En esa línea, de acuerdo con Pérez:

“...el principio *iura novit curia* expresa la solución al problema de la calificación y subsunción legal de los hechos y la demanda, en particular establece el deber del juez de la actuación del derecho para el caso concreto. Impone la correspondencia entre lo solicitado y lo decidido partiendo de que: (i) no siempre las partes alegarán la norma jurídica correcta para el caso; (ii) o que aún alegándola, en un sentido, podría haber interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales en otro”<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> SENTÍS, 1957, p. 37.

<sup>4</sup> DOMINGO, 2006, p. 244.

<sup>5</sup> GIL, 2022, p. 190.

<sup>6</sup> D’ORS, 2016, p. 77.

<sup>7</sup> ORMAZÁBAL, 2007, p. 15.

<sup>8</sup> PÉREZ, 2020, p. 298.

Por otro lado, el principio *iura novit curia* es uno al que, como veremos, la jurisprudencia ha acudido con cierta frecuencia, como justificativo para que el juez, como conecedor del derecho, califique jurídicamente los hechos, incluso con prescindencia del estatuto normativo invocado por las partes. Sin embargo, pese a su importancia, la determinación de sus precisos contornos es un asunto que, hasta hoy, permanece sin ser resuelto. Sigue vigente, en efecto, la duda acerca de si el juez en su sentencia debe pronunciarse únicamente acerca de los hechos en los términos en que han sido calificados jurídicamente por las partes como apoyo de su pretensión, o bien, si acaso podría calificar de modo diferente esos mismos hechos, fallando a partir de la nueva calificación, sin incurrir en incongruencia<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, conserva valor la opinión de Hunter, para quien la determinación de si los jueces cuentan con libertad para separarse de los fundamentos jurídicos expuestos por el actor para conceder una pretensión a base de argumentos diferentes sigue siendo resorte del intérprete judicial de turno<sup>10</sup>. El mismo autor, resumiendo el alcance que este principio ha tenido en la jurisprudencia, da cuenta de que, según esta última, el *iura novit curia* permite “enmendar los errores en las citas legales, suplir la falta de cita legal, modificar la calificación jurídica de los hechos, corregir la imperfecta o errónea argumentación jurídica, etcétera”<sup>11</sup>.

Ahora bien, profundizando en torno a la posición de la jurisprudencia, esta ha planteado que “aunque el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, ello no aminora la exigencia según la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes han sostenido en el pleito”<sup>12</sup>. Otro criterio, que podríamos denominar como más restrictivo, profusamente reiterado en sentencias del máximo tribunal, postula que:

“...el principio *iura novit curia* del sistema dispositivo y de aportación de partes viene a significar tan solo la posibilidad que tiene el juez de desvincularse de la fundamentación jurídica sustentatoria de las pretensiones de cada litigante para la resolución de la controversia que ha sido sometida a su conocimiento, sin apartarse de la causa de pedir. Dicho principio permite, sin incurrir en incongruencia, dar a los hechos planteados exclusivamente por las partes y que derivan de las probanzas rendidas, la calificación jurídica que corresponda”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> EZQUIAGA, 2000, p. 57.

<sup>10</sup> HUNTER, 2013, p. 602.

<sup>11</sup> HUNTER, 2010, p. 220.

<sup>12</sup> Corte Suprema, rol 92609-2021, 03/08/2022. El mismo criterio se sostiene en Corte Suprema, rol 28280-2018, 09/07/2019.

<sup>13</sup> Entre otros: Corte Suprema, rol 39.710-2021, 04/09/2023, Corte Suprema, rol 132-2022, 30/01/2023, Corte Suprema, rol 17.431-2021, rol 14/12/2022, Corte Suprema, rol 112.444-2020, 09/12/2022, Corte Suprema, rol 85.609-2021, 25/05/2022, Corte Suprema, rol 22.275-2019, 05/05/2021, Corte Suprema, rol 7.014-2017, 27/07/2017, Corte Suprema, rol 1.268-2015, 21/01/2016. Complementando este criterio, en otro fallo el máximo tribunal sostuvo que: “Los tribunales para resolver los asuntos sometidos a su decisión están facultados para revisar el derecho aplicable, que se encuentre conforme a los presupuestos de la acción

En consonancia con esta línea de argumentación y en relación con la congruencia procesal como uno de los contrapesos del principio en comento —al que volveremos más adelante—, Romero plantea que el respeto por parte del juez del deber de congruencia se circunscribe al relato de hechos con relevancia jurídica expresamente incorporado por el actor, sin que pueda resolver conforme a hechos no alegados<sup>14</sup>. La principal razón detrás de este límite se encuentra en la necesidad de garantizar el debido contradictorio, sobre todo frente a cambios en la calificación legal<sup>15</sup>.

Desde luego, la mayor o menor libertad que entrega al juez la aplicación del principio *iura novit curia* pasará, además, por considerar que la comparecencia en juicio requiere de asistencia letrada, sin que sea excepción a esta regla la defensa del deudor. Esta circunstancia abonaría la idea de una aplicación menos intensa de esta regla<sup>16</sup>, aunque sin anularla, por supuesto, tal como será explicado más adelante.

De lo hasta ahora dicho, fluye que no existe, hasta ahora, completa alineación entre la doctrina y la jurisprudencia acerca del alcance que, en concreto, tiene el principio *iura novit curia*, más allá de identificarse elementos comunes, como son, por un lado, la posibilidad del juez de acudir a una norma no invocada por las partes al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento y, por otro, el apego que debe tener a los hechos planteados por las partes en sus escritos fundamentales.

## 2. *La defensa del deudor en la ejecución y sus limitaciones*

Por definición, en toda ejecución la posición del deudor es desmejorada respecto de la que tendría en el contexto de un juicio declarativo. El hecho de que el punto de partida esté dado por un título que da cuenta de un derecho indubitado es clara justificación de esta realidad, como bien lo resume un reciente fallo, según este: “el título ejecutivo presenta una naturaleza análoga a la de una prueba privilegiada en términos tales que el acreedor dotado de él goza de la garantía jurisdiccional de solicitar el embargo de

---

intentada, actividad que realizó la magistratura. En ese sentido, frente al principio de congruencia que determina la competencia se erige otro principio jurídico, a saber: *iura novit curia*, en virtud del cual se explicita que el tribunal conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa de pedir. De esta manera, el órgano jurisdiccional no queda circunscrito solo a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, sino que de acuerdo con el derecho que resulta aplicable”. Corte Suprema, rol 82.477-2021, 04/04/2023.

<sup>14</sup> ROMERO, 2021, p. 42.

<sup>15</sup> Es lo que, en materia procesal penal sostiene, por ejemplo, SALIDO, 2016, pp. 249-250.

<sup>16</sup> Acerca de la incidencia de la asistencia letrada en la fisonomía del proceso y el perfil del juez, De la Oliva afirma que: “...si las partes, por imperativo legal o por costumbre, cuentan de ordinario con un abogado que les asesora desde el comienzo del proceso, no será razonable diseñar el papel del juez prescindiendo de esa realidad de la ordinaria ‘asistencia letrada’ de los litigantes. O lo que es igual, no será razonable atribuir a las partes unas cargas de alegación y prueba mínimas, que estarían plenamente justificadas si litigasen directamente. En cambio, si el proceso civil es un proceso de abogados, a las partes se las puede gravar con cargas que legitiman el papel del abogado y suponen un gran alivio de la carga de trabajo del juez”. DE LA OLIVA, 2012, p. 267.

bienes suficientes del deudor y todo el peso de la prueba recae sobre el último. Este debe desvanecer la presunción de autenticidad y de veracidad que el título supone<sup>17</sup>.

En relación con el argumento anterior, Vogt señala que, en la ejecución, la base no radica en el desacuerdo y la duda sobre un derecho, como en el juicio declarativo, sino que en la certidumbre que suministra el título ejecutivo<sup>18</sup>. Como consecuencia, es fácil advertir la mayor estrechez del ejercicio del derecho a la defensa en comparación con los procedimientos declarativos<sup>19</sup>. Esta esencial característica de toda ejecución hace que la configuración del debido proceso de modo tradicional admita notorias diferencias con un procedimiento declarativo, en especial si tomamos como referencia el ordinario de mayor cuantía. En efecto, el ejecutado cuenta con un plazo breve para defenderse y dicha defensa debe efectuarse al tenor de un listado –en principio– inflexible de excepciones<sup>20</sup>. Además, la rebeldía en este estadio significa, lisa y llanamente, clausurar la puerta de un eventual debate, conservando el procedimiento únicamente su faz compulsiva. En resumen: “La ejecución forzada primariamente sirve a los intereses del acreedor”<sup>21</sup>.

El perfil taxativo del listado de excepciones del art. 464 del CPC ha sido resaltado por la jurisprudencia, al establecer que: “Dado el carácter del procedimiento ejecutivo, especial y sumario, la defensa del deudor debe fundarse, exclusivamente en aquellas excepciones que el mismo legislador se encarga de señalar de manera taxativa”<sup>22</sup>. Por su parte, la doctrina también ha reafirmado este mismo carácter<sup>23</sup> y, en algunos casos, lo ha anudado con una consecuencia que no compartimos, como es que no procedería que el tribunal establezca como configurada una causal distinta a la alegada<sup>24</sup>.

Sin embargo, a pesar de que el art. 464 establece un listado nominativo de excepciones, ello no implica que estemos ante un elenco pétreo de alternativas defensivas. En un fallo de mucho interés para este estudio, la Corte Suprema sostuvo que: “La enumeración taxativa de las distintas excepciones que pueden oponerse en un juicio ejecutivo, consignada en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, es meramente genérica o fundamental y no singulariza ni determina los casos que pueden hallarse comprendidos en cada uno de

---

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.391-2020, 30/05/2023. Este criterio se ve replicado en otros múltiples fallos. Véase a vía ejemplar: Corte Suprema, rol 41.029-2016, 22/12/2016, Corte Suprema, rol 22.183-2016, 15/11/2016 y Corte Suprema, rol 31.910-2014, 03/06/2015.

<sup>18</sup> VOGT, 2022, p. 103.

<sup>19</sup> De hecho, para cierto sector de la doctrina, en la ejecución no hay contradictorio, ya que al ejecutado se le considera no como un sujeto dentro de un conflicto jurídico, sino que como un simple portador de un interés económico. V. gr. SATTI, 1963, pp. 229-230. Sin embargo, doctrina más contemporánea critica esta visión, entendiendo que la ejecución no puede dejar de sujetarse a la garantía constitucional del contradictorio. V. gr. MENDONÇA, 2023, p. 187.

<sup>20</sup> En el parecer de un autor: “La excepción no es un derecho abstracto: solo hay excepción como derecho concreto a oponerse a la ejecución por causas igualmente concretas, esto es, determinadas legalmente en el juicio ejecutivo. GRUSS, 2011, p. 843.

<sup>21</sup> PÉREZ, 2019, p. 309.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol 14.472-2019, 18/10/2022.

<sup>23</sup> ORELLANA, 2006, pp. 94-95.

<sup>24</sup> QUEZADA, 2009, p. 133; HIDALGO, 2018, p. 152.

los diversos números que la componen”<sup>25</sup>. No obstante, también veremos que esta inicial apertura, luego vuelve a estrecharse, cuando se trata de pasar de una excepción invocada a otra que no lo fue, como es el caso que sirve de ejemplo para este trabajo.

Sin perjuicio de lo hasta ahora señalado, el hecho de que las excepciones estén consagradas de modo tal que, en la gran mayoría de los casos, incluyen elementos jurídicos (y no fácticos) que definen sus contornos normativos, hace que el análisis del alcance del principio *iura novit curia* en esta materia resulte más complejo. En relación con ello y a propósito de la prueba, Gascón enseña que, a menudo, las leyes incluyen supuestos que implican intenciones, voluntades, conocimientos o juicios de valor difíciles de definir con precisión mediante referencias empíricas<sup>26</sup>. Precisamente este es uno de los problemas que más adelante abordaré, cuando se analice el concepto de normas constitutivas, ya que existen excepciones a la ejecución cuyos enunciados no reflejan realidades materiales o extranormativas, sino que configuran, en sí mismas, una determinada realidad jurídica.

### 3. *Iura novit curia* y su rol en la ejecución

La mayor parte del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio *iura novit curia* se ha dado a propósito de los procedimientos de carácter declarativo, en que el ejercicio del derecho a la defensa se concibe de forma amplia. Por lo mismo, prácticamente no existen estudios que aborden el alcance de este principio en sede ejecutiva.

A su turno, a nivel de jurisprudencial existen escasas sentencias que se refieran al *iura novit curia* y su rol en la ejecución. Preliminarmente, podemos decir que la mayoría de ellas gira en torno a la excepción de prescripción fundada en plazos considerados por las cortes como erróneos. Por ejemplo, en un reciente fallo, a propósito de una excepción de prescripción fundada en un plazo incorrecto, se estableció que: “determinado que fuera el presupuesto fáctico de la causa y precisada la naturaleza facultativa del pacto de caducidad anticipada del plazo, la correcta aplicación de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil y de lo preceptuado en el artículo 98 de la Ley 18.092 debió conducir a los jueces a acoger la excepción de prescripción”<sup>27</sup>. En otra sentencia, que comparte el mismo criterio, la Corte Suprema fue más categórica, al plantear que:

“ante la falta de disposición especial y preferente que se ocupe del término de prescripción de las acciones y derechos destinados a cobrar los derechos municipales por concepto de ocupación de bien nacional de uso público, debían resolver la excepción sobre la base de la regla general del artículo 2515 del Código Civil, que fue mencionada en el fallo, pero no aplicada, omisión que solo puede encontrar explicación en una incorrecta comprensión del principio *iura novit curia*, habida

<sup>25</sup> Corte Suprema, rol 5.134-2016, 26/10/2016.

<sup>26</sup> GASCÓN, 2010, p. 68.

<sup>27</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol 282-2021, 11/01/2023. En igual sentido: Corte Suprema, rol 6.958-2021, 24/08/2022.

consideración a que la ejecutada alegó expresamente la prescripción, como lo exige el artículo 2493 del Código Civil y expuso los hechos que sustentan su excepción”<sup>28</sup>.

La verdad es que casos como los mencionados anteriormente, si bien ofrecen cierta complejidad, no constituyen supuestos de excepciones consideradas como mal invocadas, sino que de excepciones erróneamente fundadas desde la perspectiva jurídica. Por el contrario, respecto de supuestos similares al ejemplo utilizado al principio de este estudio existen muy pocos pronunciamientos de parte del máximo tribunal, dentro de estos destaca un fallo citado previamente, el que, por una parte, sostiene que el art. 464 del CPC tiene un carácter relativamente flexible. Sin embargo, en relación con los hechos que fundan una excepción, el mismo pronunciamiento agrega que:

“si estos hechos o circunstancias son de distinta índole y se basan en antecedentes jurídicos diferentes, cada uno de ellos constituye en derecho una excepción diversa, aun cuando se encuentren comprendidos en el mismo número de la clasificación genérica del citado artículo 464. Resulta imprescindible que dentro del respectivo motivo legal de oposición el ejecutado concrete la excepción cuya aceptación solicita, precisando la causa de pedir. Esta última es la que da fisonomía y existencia jurídica propias e independientes a la respectiva acción o excepción deducida en juicio, de manera que la alteración sustancial de dicha causa de pedir por los sentenciadores importa de suyo el cambio absoluto de la correspondiente acción o excepción sometida a la decisión del tribunal”<sup>29</sup>.

El pasaje antes transcrito ratifica el tradicional límite al que queda sujeto el principio *iura novit curia*: los hechos. Pero, además, pareciera profundizar dicho límite, al asignarle una especial importancia a la invocación que haga el ejecutado de una excepción en concreto; elemento que el juez no podría desconocer sin cambiar con ello la causa de pedir.

### III. DOS ARGUMENTOS A FAVOR DE PERMITIRLE AL JUEZ RECALIFICAR JURÍDICAMENTE LOS HECHOS PLANTEADOS POR EL EJECUTADO EN SU DEFENSA

#### 1. *Primer argumento: las excepciones a la ejecución como normas constitutivas*

El tema central de este trabajo se relaciona estrechamente con la fisonomía que adopta el derecho a la defensa en una sede particular (la ejecución), de modo que este argumento se construye desde la mirada del ejecutado. En ese sentido, Hunter acierta cuando afirma que: “los ciudadanos en su ejercicio de calificación buscan más los efectos

<sup>28</sup> Corte Suprema, rol 92.609-2021, 03/08/2022.

<sup>29</sup> Corte Suprema, rol 5134-2016, 26/10/2016.

jurídicos que las normas aplicables propiamente tales”<sup>30</sup>. Por su parte, Taruffo plantea que: “Las respectivas alegaciones pueden estar configuradas de distintas formas por las normas que regulan la demanda y la contestación, de modo que pueden estar previstos grados distintos de precisión y de completud en la indicación de los hechos”<sup>31</sup>.

En consecuencia, la óptica previamente señalada permite no solo entender, sino justificar la decisión de poner atención, en primer término, en la exposición y prueba de los hechos, más que en la argumentación jurídica que los rodea. Este punto resulta de gran importancia, sobre todo si consideramos que, en la práctica, la estructura típica de los escritos de excepciones a la ejecución tiende a desviarse del enfoque antes indicado. En efecto, en la mayoría de los casos, esta presentación se inicia con la invocación de una excepción específica (por ejemplo, la de falsedad del título, del art. 464 N° 6 del CPC), seguida por la exposición de su contenido fáctico.

El esquema antes descrito aparenta ser un ejercicio inverso al que suelen llevar a cabo las partes en sus escritos fundamentales en la etapa declarativa, pues, comúnmente, se comienza con la exposición de los hechos y, posteriormente, se abordan las cuestiones de derecho. No obstante, esta aparente discrepancia se explica más bien por razones de carácter forense, ya que se suele seguir literalmente la nomenclatura y numeración de las excepciones del artículo 464 del CPC, así como el orden de exposición que emana de la primera parte del art. 465 del mismo código, según este: “Todas las excepciones deberán oponerse en un mismo escrito, expresándose con claridad y precisión los hechos y los medios de prueba de que el deudor intente valerse para acreditarlas”. Por tanto, esta estructura no necesariamente refleja la auténtica metodología de construcción de los argumentos defensivos en los casos de excepciones a la ejecución.

Ahora bien, aún más importante que la anotación precedente es que, en su gran mayoría, las excepciones a la ejecución consignadas en el art. 464 del CPC corresponden a lo que la doctrina denomina normas o reglas constitutivas. Esta categoría, creada por Searle<sup>32</sup>, sirve para describir aquellas disposiciones normativas que crean o definen nuevas formas de conducta<sup>33</sup>, de modo que dicha conducta solo puede recibir especificaciones o descripciones una vez consagrada la regla respectiva<sup>34</sup>. En otras palabras, se trata de una nueva realidad, que no puede subsistir al margen de la norma que la consagra<sup>35</sup>.

Atria explica el alcance de este concepto acertadamente, al señalar que una regla constitutiva: “asigna a un determinado hecho bruto un estatus institucional, uno que

---

<sup>30</sup> HUNTER, 2015, p. 14.

<sup>31</sup> TARUFFO, 2011, p. 121.

<sup>32</sup> “Por otra parte, algunas reglas no se limitan a regular, sino que crean o definen nuevas formas de comportamiento: las reglas del ajedrez, por ejemplo, no se limitan a regular una actividad preexistente llamada jugar al ajedrez, sino que, por así decirlo, crean la posibilidad de esa actividad o la definen. La actividad de jugar al ajedrez está constituida por la acción conforme a estas reglas” (traducción del autor). SEARLE, 1964, p. 55.

<sup>33</sup> ARRIAGADA, 2017, p. 97.

<sup>34</sup> VILLEGAS, 2022, p. 123.

<sup>35</sup> COFRÉ, 2003.



no es reducible a las características fácticas del hecho en cuestión. Que A y B lleguen a un acuerdo acerca de algo es un hecho bruto, cuya existencia no supone la existencia previa de regla alguna. Pero que ese acuerdo tenga la significación de un contrato supone la existencia de una regla constitutiva en el que los acuerdos logrados en tales y cuales condiciones ‘cuentan como contratos’<sup>36</sup>.

Tomando en consideración la categoría precedente, una revisión del listado de excepciones del art. 464 del CPC permite concluir que, en su gran mayoría, se trata de normas constitutivas, con las salvedades (no del todo claras, por lo demás) de aquellas contempladas en los numerales 10° (remisión de la deuda), 11° (concesión de esperas) y, sobre todo, 15° (pérdida de la cosa debida). En estos tres casos, las referencias del legislador apuntan a regular realidades existentes al margen de su consagración normativa.

Así, por ejemplo, tratándose de la excepción de concesión de esperas, el legislador recoge una realidad (esperar a alguien, concederle un plazo mayor del previsto inicialmente) que existe sin necesidad de consagración normativa previa. La diferencia con, por ejemplo, la excepción de falta de requisitos del título para que tenga fuerza ejecutiva (del numeral 7°), la falsedad del título (del numeral 6°) y la nulidad de la obligación (del numeral 14°) es ostensible, ya que, en estos últimos casos, la verificación del hecho depende, precisamente, de la hipótesis normativa, de manera que es imposible referirse a estas realidades sin asilarlas en la norma que las contempla. Se trata de supuestos de hechos institucionales, vale decir, aquellos que cobran significación “dentro del conjunto de reglas constitutivas que llamamos derecho”<sup>37</sup>.

Observar con el debido escrutinio la naturaleza de normas constitutivas que subyace tras la gran mayoría de las excepciones del art. 464 del CPC es pertinente, pues permite justificar que los enunciados que componen dichas excepciones a la ejecución queden íntegramente comprendidos dentro del material normativo (no fáctico) y, por tanto, sean parte de los supuestos que el juez debería poder aplicar con libertad, precisamente en virtud del principio *iura novit curia*. En otras palabras, bajo esta premisa el juez podría, por ejemplo, recalificar jurídicamente la falsedad ideológica, encasillando la ausencia total de consentimiento del ejecutado en una hipótesis de nulidad (absoluta) de la obligación, sin que ello suponga modificar un ápice de la exposición y prueba de los hechos planteados por el ejecutado.

## 2. *Segundo argumento: El catálogo del art. 464 del CPC y la clasificación entre excepciones propias y objeciones*

Es sabido que el art. 464 del CPC no formula distinción alguna entre las diversas excepciones contenidas en él, más allá de que, tradicionalmente, se ha aplicado a su respecto la conocida clasificación surgida en el juicio ordinario, entre excepciones

<sup>36</sup> ATRIA, 2023.

<sup>37</sup> BENFELD, 2021, p. 131.

dilatorias y perentorias<sup>38</sup>, sobre todo de cara al instituto de la renovación de la acción ejecutiva, regulado en el art. 477 del CPC. Sin embargo, no existen mayores esfuerzos de sistematización, entre otras razones porque, fuera de la situación en que se encuentra la incompetencia del tribunal –la que podría ser resuelta, desde luego, según dispone el art. 465 del CPC–, el resto de las excepciones se tramita y se resuelve en un mismo momento, que es la sentencia definitiva.

Dicho lo anterior, parece útil acudir a un criterio adicional de clasificación de las hipótesis señaladas en el art. 464 del CPC, que distingue, dentro de la categoría de las excepciones materiales<sup>39</sup>, las propias e impropias, estas últimas también denominadas “objeciones”.

En doctrina, se afirma que las excepciones impropias suponen alegar hechos que forman parte del supuesto de hecho de una contranorma y que impiden la generación del efecto jurídico previsto por la ley a los hechos alegados por el actor o que destruyen ese efecto una vez producido<sup>40</sup>. Una de las características de este tipo de excepciones es que su apreciación puede verificarse de oficio por el juez, sin necesidad de alegación expresa de la parte interesada<sup>41</sup>. En efecto, las objeciones suponen “un obstáculo *ab initio* para la correcta constitución de la relación jurídico-material (*v.gr.* un vicio que produce nulidad radical)”<sup>42</sup>, de modo que: “Lógica consecuencia de esta construcción dogmática es la de considerar que el juez puede, y debe, apreciar de oficio estas excepciones impropias si se desprenden del material aportado al litigio por cualquiera de las partes, por la simple razón de que el juzgador nunca puede amparar y conceder tutela a peticiones jurídicas de suyo infundadas”<sup>43</sup>.

En palabras de De Miranda:

“Si lo planteamos desde la óptica del demandado, cuando este opone objeciones no hace más que poner en evidencia una realidad sustantiva con plena eficacia. Y si el demandado debe oponerlas es más por razones de eficacia y lógica procesal, que por una razón jurídico-material. Al actor se le libera de probar las razones impeditivas o extintivas porque supondría una carga y una complicación excesivas. Y si al demandado se le exige tal tarea es porque el juez carece, por un lado, de dotes adivinatorias para conocer lo que acontece fuera del proceso y, por otro, porque carece de facultades investigadoras autónomas para ello. Por tanto, la apreciación

---

<sup>38</sup> Por todos, véase: RODRÍGUEZ, 2010, p. 41.

<sup>39</sup> La distinción entre excepciones materiales y procesales se utiliza mayormente en el derecho español. En nuestra doctrina, Romero Seguel recoge este criterio de clasificación, aunque no se pronuncia acerca de la subdistinción entre excepciones materiales propias e impropias. Véase ROMERO, 2017, pp. 155-159.

<sup>40</sup> CORTÉS y MORENO, 2023, p. 178.

<sup>41</sup> NIEVA, 2022, p. 169.

<sup>42</sup> DE MIRANDA, 2016, p. 30. Este autor denomina a las excepciones impropias como objeciones. Por otra parte, es admisible señalar que la expresión “nulidad radical”, que utiliza este autor, podría asimilarse a lo que nuestra doctrina denomina inexistencia. Véase: SAN MARTÍN, 2015, p. 757.

<sup>43</sup> DE MIRANDA, 2016, p. 30.

de oficio por el juzgador de objeciones tiene razón de ser, aunque la Ley no diga nada al respecto”<sup>44</sup>.

Volviendo al caso que se utiliza al inicio de este trabajo, es posible apreciar que, sea que se trate de un supuesto de falsedad ideológica del título, o bien, que se observe el caso como una hipótesis de nulidad de la obligación<sup>45</sup>, en ambos eventos estaríamos frente a excepciones materiales impropias. De lo anterior se sigue que, emanando ellas del material litigioso, el juez podría exorbitar los márgenes de la específica excepción invocada por el ejecutado, con el objeto de negar lugar a una ejecución manifiestamente espuria. Como se puede observar, se trata de un argumento que opera en un carril independiente del desarrollado en el apartado anterior, pero que permite llegar a la misma conclusión, que es el rechazo de la demanda ejecutiva. En efecto, aquí de lo que se trata es de permitirle al juez que, constatando un impedimento jurídico calificable de excepción material impropia, pueda rechazar una tutela injusta; mientras que el planteamiento vinculado con las normas constitutivas apunta más bien a la identificación de una parcela perteneciente al ámbito normativo y, por lo mismo, propicio para que, a su respecto, pueda invocarse el principio *iura novit curia*.

#### IV. LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN LA EJECUCIÓN

Probablemente, a estas alturas habrá aparecido en la mente del lector un dúo de razones para cuestionar la tesis defendida en este trabajo, las que, a su turno, se refieren a los principales límites a la aplicación amplia del principio *iura novit curia*: el debido proceso y la congruencia procesal. En efecto, Aguirrezábal plantea que: “Las únicas limitaciones a la posibilidad de que el juez pueda calificar jurídicamente la situación de hecho planteada por las partes, con independencia de lo que estas hayan afirmado en sus postulaciones, se encuentran en la afectación de la garantía de defensa en juicio y en el principio de la congruencia procesal”<sup>46</sup>. En los dos apartados siguientes se enfrentarán dichas razones, sobre todo matizando su aplicación estricta e irreflexiva.

---

<sup>44</sup> DE MIRANDA, 2016, pp. 164-165.

<sup>45</sup> Por ejemplo, el mismo De Miranda señala que: “...nos preguntamos si no es un gravísimo atentado al orden público que un Juez, aun conociendo que está concediendo una tutela infundada (*v.gr.* porque la deuda exigida por el actor, ya ha sido pagada por el demandado, desprendiéndose tal conocimiento del material aportado al litigio por cualquiera de las partes), se vea impedido para rehusar tal concesión, la cual descansa sobre un apoyo sustantivo extinguido, en su origen o posteriormente, como que se favorezca a un demandante, cuyo derecho material está viciado de nulidad absoluta o la vida del mismo ha caducado”. DE MIRANDA, 2016, p. 27.

<sup>46</sup> AGUIRREZÁBAL, 2017.

### 1. *El derecho de defensa y el concurso de normas*

Es verdad que la aplicación del principio *iura novit curia* podría generar una desigualdad de las partes en el proceso, en el evento de que el juez tome decisiones o formule calificaciones normativas sin darles la oportunidad de expresarse o presentar argumentos acerca del particular. Zufelato expresa esta preocupación en los siguientes términos: “Sin la previa audiencia de las partes, no hay cómo ejercitar el contradictorio, es decir, no hay cómo ofrecer sus razones y oponerse a las razones de la contraparte”<sup>47</sup>. En la misma línea, la jurisprudencia ha sido relativamente consistente en levantar la bilateralidad de la audiencia como un límite a la facultad judicial de aplicar el derecho correcto al caso concreto, entendiendo que, en la medida que se prive a alguna de las partes de la posibilidad de expresar sus argumentos frente a una determinada tesis jurídica<sup>48</sup>. Se trata, como se ve, un límite cuya formulación tiende a ser categórica, sin considerar las peculiaridades del caso concreto.

Ahora bien, es posible preguntarse si, en un caso como el planteado en este trabajo, la circunstancia de que el juez rechace la acción ejecutiva con base en una calificación jurídica de los hechos planteados por el ejecutado —traducida en la invocación de una excepción distinta de la formulada—, efectivamente genera la anunciada vulneración del debido proceso. Desde luego, la respuesta tendrá un componente casuístico innegable, ya que requerirá apreciar la afectación en concreto, según el modo en que la discusión se haya planteado a partir de las excepciones a la ejecución. Sin embargo, *a priori*, es posible sostener que la mentada vulneración difícilmente podría darse —en términos tales que amerite anular la sentencia que haya rechazado la acción ejecutiva—, conclusión que no solo puede extraerse a partir del recurso a cualquiera de las razones analizadas previamente, sino que acudiendo a una figura coadyuvante de ambos argumentos: el concurso o concurrencia de normas.

La concurrencia o concurso de normas es una figura típicamente relacionada con el ámbito de aplicación del principio *iura novit curia*. En palabras de Hunter: “Para que se dé este supuesto de concurrencia no basta que un mismo supuesto de hecho sea reconducible a dos o más normas sino que es necesario que ese supuesto de hecho despliegue las mismas consecuencias jurídicas que puedan ser reconducidos a dos o más normas”<sup>49</sup>. Romero Rodríguez añade que, en el concurso normativo, ambas normas contemplan idénticas consecuencias jurídicas, caso donde el efecto está doblemente fundado en la ley<sup>50</sup>. La misma autora profundiza señalando que: “Es en este concurso en donde el juez tiene potestad para variar la calificación de Derecho que las partes efectúen respecto

<sup>47</sup> ZUFELATO, 2017, p. 24.

<sup>48</sup> Entre otros: Corte Suprema, rol 26.474-2018, 06/04/2020, Corte Suprema, rol 37.250-2017, 28/11/2018, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 590-2020, 25/08/2020.

<sup>49</sup> HUNTER, 2009, p. 140.

<sup>50</sup> ROMERO, 2013, p. 209.

de los hechos alegados, en virtud de la máxima *iura novit curia*, debiendo decidir qué norma sustantiva es aplicable al caso”<sup>51</sup>.

Ahora bien, es cierto que la doctrina, incluso mostrándose proclive a la procedencia del concurso normativo, ha identificado un problema de cara al respeto cabal del debido proceso<sup>52</sup>. Sin embargo, la figura dialoga bastante bien con la estructura de las excepciones a la ejecución, en que la conclusión de lo pedido siempre es la misma: rechazar la demanda ejecutiva; lo que equivale a decir que se trata de la misma consecuencia jurídica. En el ejemplo que sirve de motivación a este artículo, los hechos no requieren variar en lo absoluto, sino solo el vehículo normativo utilizado por el juez para llegar, exactamente, a la misma conclusión: la improcedencia de la acción. En ese orden de ideas, sea que se trate de un supuesto de falsedad ideológica del título, o bien, de una nulidad absoluta de la obligación, la ejecución no podría prosperar.

En estas circunstancias, no es del todo preciso afirmar que, por el solo hecho de no haber existido discusión previa acerca de los argumentos jurídicos pertinentes para resolver un caso, automáticamente se levante un muro que el juez no pueda atravesar para fundar su decisión en dichos argumentos jurídicos. En el caso de estudio, ciertamente, el ejecutante no tendría cómo desvirtuar la improcedencia de una acción ejecutiva basada en un título sin respaldo con relación a derecho material alguna, de modo que su pretensión tendría que haber sido, en todo caso, rechazada.

Ahora bien, ¿significa esto que, en materia de excepciones a la ejecución, el juez se encuentra completamente desvinculado de la específica excepción que invoque el ejecutado? No necesariamente. Al efecto, nos parece útil considerar la posición de Ormazábal, quien, basándose en lo dispuesto en el art. 218 inc. 2° de la Ley de Enjuiciamiento Civil española<sup>53</sup>, propone una distinción fundamental entre norma jurídica aplicable al caso (en cuya determinación el juez podría elegir libremente, por aplicación del principio *iura novit curia*) y el fundamento jurídico aducido por la respectiva parte al introducir su pretensión<sup>54</sup>. En virtud de dicha distinción, anota el autor que: “la autonomía del juzgador para calificar jurídicamente alcanza a corregir la referencia al instrumento de técnica legislativa realizada por el actor, de modo que puede estimar la demanda si juzga que la asociación de hechos-consecuencia jurídica realizada por el autor es concluyente,

---

<sup>51</sup> ROMERO, 2013, p. 229.

<sup>52</sup> Romero Rodríguez reconoce lo señalado cuando afirma, luego de la procedencia teórica del concurso de normas, que ello: “genera un problema en relación con las posibilidades de defensa que tienen las partes dentro del proceso, ya que si el juicio ha discurrido sobre determinado debate fáctico y jurídico, y posteriormente el juez puede fallar en base a argumentación jurídica no discutida, solo queda a las partes deducir recursos en contra de la sentencia dictada, siempre que el ordenamiento los contemple, situación cada vez más compleja a la luz de las nuevas tendencias legislativas a nivel procesal de limitar el doble grado de conocimiento, sin embargo, ya se encuentra agotada la instancia sin que las partes hayan sido oídas respecto de si existen motivos por los cuales estimaron la impertinencia de esas calificaciones omitidas”. ROMERO, 2013, p. 229.

<sup>53</sup> “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

<sup>54</sup> ORMAZÁBAL, 2007, p. 98.

aunque entienda que se contiene en ley, reglamento, artículo, apartado, etc. diferente del que el actor afirmaba”<sup>55</sup>.

En este orden de ideas y entre otros elementos, será relevante considerar la consecuencia jurídica que estima el ejecutado procedente en virtud de la excepción opuesta, con el fin de identificar el punto hasta que el juez pueda calificar los hechos planteados en una excepción no invocada. Y, en relación con este asunto, nuevamente, subrayamos que, en materia de excepciones a la ejecución, dicha consecuencia será, por lo general, la misma: el rechazo de la demanda ejecutiva<sup>56</sup>.

## 2. *La congruencia procesal y, en concreto, la causa de pedir*

Una reciente sentencia de la Corte Suprema, a propósito del vicio de *ultra petita*, resume su posición en torno al principio de congruencia procesal. Señala este fallo que:

“El principio rector del instituto en referencia es el de la congruencia procesal, que dentro del procedimiento encuentra diferentes fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. En virtud de dicha directriz es que se produce la vinculación de las partes y del juez con el debate, guardando el necesario encadenamiento de sus actos, permitiendo que estos alcancen eficacia. Sustancialmente, se refiere a la conformidad que ha de existir entre la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que las partes hayan expuesto oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales agregados al proceso”<sup>57</sup>.

Profundizando en este punto, según Romero:

“...se postula en la doctrina la existencia de una limitación a los poderes del juez en la aplicación del derecho, tratando de conseguir que en la sentencia no se conceda una cosa distinta de la pedida, no tampoco se omita el pronunciamiento de algo que le fue solicitado en la etapa procesal pertinente. Ahora, el mecanismo de control que se reconoce a las partes para obtener que se respeten tales límites está determinado fundamentalmente por la extensión del concepto de *causa petendi*”<sup>58</sup>.

Como se pudo advertir de la lectura de uno de los criterios jurisprudenciales acerca del alcance del principio *iura novit curia*, en él se alude a la causa de pedir como una frontera de la que el juez no puede sustraerse. Ello obliga, desde luego, a hacerse cargo de qué es lo que se entiende por causa de pedir, de modo de apreciar si, en un caso como el que se estudia en este trabajo, ella supone, realmente, un obstáculo a la solución propuesta.

<sup>55</sup> ORMAZÁBAL, 2007, p. 101.

<sup>56</sup> Quizás las únicas excepciones que podrían escapar a este régimen son aquellas que pueden dar pie a la renovación de la acción ejecutiva, establecidas en el art. 477 del CPC.

<sup>57</sup> Corte Suprema, rol 39.691-2020, 09/12/2022.

<sup>58</sup> ROMERO, 1998, p. 448.

La causa de pedir cuenta con una definición normativa, a propósito de la cosa juzgada establecida en el art. 177 del CPC. El legislador la entiende como “el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”. Sin embargo, esta definición está lejos de ser clarificadora en relación con sus elementos constitutivos, por lo que la doctrina ha hecho intentos por colmar esta laguna conceptual. En este contexto, se ha discutido largamente acerca de los componentes de la causa de pedir, principalmente en cuanto a si procede o no considerar a los argumentos de derecho como parte de la misma<sup>59</sup>, definición que, por cierto, es relevante, pensando en el alcance que tenga el principio *iura novit curia*<sup>60</sup>.

Respecto del tema antes anotado, Romero entiende que la causa de pedir es uno de los componentes del derecho de acción y que, en tal calidad, consiste en el título justificador del derecho<sup>61</sup>. El centro de su contenido estaría en los hechos, pero no en “un hecho natural puro y simple, sino [en] un hecho o conjunto de hechos apto para poner en movimiento una norma de ley”<sup>62</sup>. En similar sentido, Aguirrezábal plantea que la causa de pedir está constituida por los hechos que sustentan la petición<sup>63</sup>. A su turno, Hunter distingue entre el fundamento de lo pedido y la fundamentación. Lo primero coincide con la causa de pedir y está conformado por un conjunto de hechos de los que se desprende el beneficio jurídico perseguido<sup>64</sup>; mientras que la fundamentación sería equivalente a un ejercicio racional destinado a suministrar razones para estimar o rechazar la pretensión<sup>65</sup>. Castillejo, a su turno, adopta una posición más bien ecléctica, cuando afirma que, para determinar lo que sea la *causa petendi*, no debe partirse de una separación rígida entre hechos y derecho, en la medida en que la importancia de los hechos reside, fundamentalmente, en la obtención de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte en el proceso<sup>66</sup>.

En la jurisprudencia, por su parte, tradicionalmente se ha sostenido que la causa de pedir “...se caracteriza por los hechos jurídicos en que se apoyan las peticiones que se proponen en el litigio, o bien, dicho en otras palabras, es el fundamento determinante de la acción deducida en el juicio y se constituye por el hecho material o jurídico que crea y hace nacer el derecho deducido”<sup>67</sup>.

---

<sup>59</sup> AGUIRREZÁBAL, 2017.

<sup>60</sup> Bien observa lo anterior un autor, que señala lo siguiente: “La noción de *causa petendi* está en discusión. En una primera aproximación, la podemos identificar con el hecho (o hechos constitutivos) del derecho hecho valer en juicio por el actor, ya que ‘los elementos de derecho’, es decir, las normas sustanciales aplicables, normalmente –teniendo en cuenta el principio *iura novit curia*– no son indispensables y no vinculan al juez”. PROTO, 2018, pp. 52-53.

<sup>61</sup> ROMERO, 2017, p. 24.

<sup>62</sup> ROMERO, 2017, p. 25.

<sup>63</sup> AGUIRREZÁBAL, 2017. Indicar página

<sup>64</sup> HUNTER, 2015, p. 108.

<sup>65</sup> HUNTER, 2015, p. 108.

<sup>66</sup> CASTILLEJO, 2014, p. 23.

<sup>67</sup> Corte Suprema, rol 88.733-2021, 12/01/2023, Corte Suprema, rol 1.663-2005, 30/10/2006, Corte Suprema, rol 17.407-2013, 14/10/2014, entre otros.

Parece relativamente claro que el elemento común en la causa de pedir, tanto en doctrina como en jurisprudencia, está en los hechos, más allá de que discuta acerca de la posibilidad –o no– de aislarlos del derecho aplicable. Entonces, si se es coherente con el acento que se pone respecto del elemento fáctico a la hora de identificar la causa de pedir, la consecuencia natural es la ampliación del ámbito del *iura novit curia*, precisamente, acerca de aquellos aspectos jurídicos que sirven para resolver la controversia. En ese orden de ideas y sin perjuicio de reiterar que se trata de un asunto que debe ser resuelto atendiendo a los aspectos del caso concreto, no se advierte infracción alguna en que el juez, sin modificar los hechos del caso, efectúe una calificación jurídica que no necesariamente coincida con la norma invocada por el ejecutado.

Por lo demás, esta posición se aviene mejor con una perspectiva del *iura novit curia* basada en la eficiencia de las normas procesales como mecanismo para realizar el derecho de fondo, que podemos ilustrar mediante el parecer de Carrasco, quien postula que: “La manera de forzar el máximo acceso al conocimiento del Derecho que posee el juez es consagrar ese principio de la manera más amplia posible. Esa regulación supone asegurar que el juez pueda establecer las consecuencias jurídicas y calificaciones normativas de la manera más libre posible”<sup>68</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. El principio *iura novit curia* otorga al juez la facultad de recalificar jurídicamente los hechos, empleando los elementos del dominio normativo que considere pertinentes para resolver el caso.
2. Aunque la defensa del deudor en la ejecución nacional se debe basar en un catálogo taxativo de excepciones, no se debe perder de vista un aspecto fundamental: el ejecutado, al defenderse, expone o presenta un conjunto de hechos, los que son calificados jurídicamente a la luz de las hipótesis del art. 464 del CPC. No obsta a la conclusión anterior el hecho de que, por una razón de carácter fundamentalmente forense, la estructura de la defensa del deudor esté encabezada por la formulación, por su *nomen iuris*, de una excepción del catálogo del mencionado art. 464, y luego por la exposición de los hechos que le sirven de sustento.
3. Las excepciones del art. 464 del CPC, en su mayoría, corresponden a normas constitutivas, lo que significa que crean conductas identificables solo dentro del marco normativo que las consagra, tal como ocurre en los casos de falsedad del título y nulidad de la obligación. La relevancia de este carácter viene determinada porque el juez puede emplear una norma constitutiva bajo el principio *iura novit curia* sin modificar los hechos del juicio.
4. A su turno, la categoría de excepciones materiales impropias aplicada a las hipótesis del art. 464 del CPC permite al juez declarar la improcedencia de la demanda

---

<sup>68</sup> CARRASCO, 2019, p. 82.



ejecutiva, incluso si el ejecutado no formuló una invocación expresa de la respectiva excepción. De este modo, se impide dar amparo a ejecuciones manifiestamente espurias o ilegítimas.

5. Las posibles lesiones al derecho de defensa o al principio del contradictorio se deben evaluar en consideración a las particularidades de cada caso y no como un límite automático cada vez que el juez invoca normas no consideradas por las partes. De lo contrario, el principio *iura novit curia* corre el riesgo de tornarse ineficaz.
6. La congruencia procesal, como segundo límite al principio *iura novit curia*, impone la necesidad de ser coherente con una premisa: la causa de pedir está esencialmente confinada en los hechos, por lo que la calificación jurídica de dichos hechos debe, en principio, quedar a la decisión judicial. Ello adquiere especial importancia en materia de excepciones a la ejecución, atendida la rigidez de su forma de proposición. Además, esta perspectiva permite modular una aplicación más consistente de este principio, sin reducirlo a una fórmula de alcance meramente superficial.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, 2017: “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado), N° 32. [http://www.scielo.org/co/scielo.php?script=sci\\_serial&pid=0123-4366&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org/co/scielo.php?script=sci_serial&pid=0123-4366&lng=en&nrm=iso)
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, 2022: “Revisión de algunos aspectos procesales en torno a la defensa del ejecutado y la oponibilidad de excepciones”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 39.
- ARRIAGADA CÁCERES, María Beatriz, 2017: “Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 40.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, 2023: “La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen 36, N° 1. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502023000100027](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502023000100027)
- BENFELD ESCOBAR, Johann, 2021: “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 48, N° 2.
- CARRASCO DELGADO, Nicolás, 2019: “Efectividad de las normas procesales civiles”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 52.
- CASTILLEJO, Raquel, 2014: *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, Madrid, La Ley.
- COFRÉ LAGOS, Juan, 2003: “Las reglas óntico-constitutivas, fundamentos de la persona y la dignidad humana”, *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen 15, N° 2. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000200002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200002)
- CORTÉS, Valentín y MORENO, Víctor, 2023: *Derecho Procesal Civil. Parte general* (12ª edición), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- CORTEZ, Gonzalo, 2003: “Consideraciones sobre el mérito ejecutivo de la factura (A propósito de la Ley 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la copia de la factura)”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 214.
- DE LA OLIVA, Andrés, 2012: “Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, N° 18, volumen 2.

- DE MIRANDA, Carlos, 2016: *Las excepciones materiales en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch.
- D'ORS, Álvaro, 2016: *Elementos de derecho privado romano* (6ª edición), Pamplona, Editorial Eunsa.
- DOMINGO, Rafael (coord.), 2006: *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, Pamplona, Editorial Aranzadi.
- EZQUIAGA, Francisco, 2000: *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Valladolid, Editorial Lex Nova.
- GASCÓN, Marina, 2010: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (3ª edición), Buenos Aires, Editorial Marcial Pons.
- GIL GARCÍA, María Olga, 2022: "El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano", *Revista Internacional de Derecho Romano*, N° 28.
- GRUSS, Guillermo, 2011: *Tratado del juicio ejecutivo*, volumen III, Santiago, Editorial El Jurista.
- HIDALGO, Carlos, 2018: *El juicio ejecutivo. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2013: "'*Iura novit curia*' y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?", *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 40.
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2010: "*Iura novit curia* en la jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen 23, N° 2.
- HUNTER, Iván, 2015: *La aplicación judicial del derecho en el proceso civil*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2009: "El poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento", *Revista Ius et Praxis*, N° 15, volumen 2.
- MENDONÇA, Heitor, 2023: *Cognición del juez en la ejecución civil* (trad.), Lima, Editorial Palestra.
- NIEVA, Jordi, 2022: *Derecho Procesal II* (2ª edición), Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- ORELLANA, Fernando, *Manual de Derecho Procesal, tomo III: Proceso de ejecución*, Santiago, Editorial Librotecnia.
- ORMAZÁBAL, Guillermo, 2007: *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Barcelona, Editorial Marcial Pons.
- PÉREZ, Álvaro, 2019: *Ejecución civil. Cómo lograr el cumplimiento del deudor*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, 2020: "La prohibición de decisiones-sorpresas: reinterpretación del *iura novit curia* desde el debido contradictorio", *Revista Ius et Praxis*, volumen 26, N° 2.
- PROTO, Andrea, 2018: *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (trad.), Lima, Editorial Palestra.
- QUEZADA, José, 2009: *Proceso ejecutivo*, Santiago, Editorial Librotecnia.
- RODRÍGUEZ, Ignacio, 2010: *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, Sophía, 2021: *Los Hechos del Proceso Civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophía, 2013: "Concurso de normas y concurso de acciones en el Derecho Procesal Civil chileno", *Revista Ius et Praxis*, N° 15, volumen 2.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, 1998: "La congruencia de la sentencia", *Revista Chilena de Derecho*, N° 25.
- ROMERO, Alejandro, 2017: *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I (3ª edición), Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- SALIDO, María Belén, 2016: *El iura novit curia y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador*, Buenos Aires, Editorial BdeF.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, 2015: "La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 3.

- SATTA, Salvatore, 1963: *L'esecuzione forzata*, Turín, Editorial Utet.
- SEARLE, John, 1964: "How to Derive 'Ought' From 'Is'", *The Philosophical Review*, volumen 73, Nº 1.
- SENTÍS, Santiago, 1957: *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Buenos Aires, Editorial Ejea.
- TARUFFO, Michele, 2011: *La prueba de los hechos* (trad.), Madrid, Editorial Trotta.
- VILLEGAS ALEKSOV, Diego, 2022: "Normas regulativas y normas constitutivas. Una revisión metateórica de la distinción", *Revista Ideas y Valores*, volumen 71, Nº 179.
- VOGT, Thomas, 2022: "La tutela de los intereses del deudor en la ejecución civil. Bases para una comprensión dogmática", en Núñez Ojeda, Raúl (director), *Problemas actuales de la ejecución*, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- ZUFELATO, Camilo, 2017: "La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano", *Revista de Derecho de la PUCP*, Nº 78.

### *Jurisprudencia*

- CORTE Suprema, rol 1663-2005, 30/10/2006.
- CORTE Suprema, rol 17.407-2013, 14/10/2014.
- CORTE Suprema, 31.910-2014, 03/06/2015.
- CORTE Suprema, rol 1268-2015, 21/01/2016.
- CORTE Suprema, rol 5134-2016, 26/10/2016.
- CORTE Suprema, rol 5134-2016, 26/10/2016.
- CORTE Suprema, rol 22.183-2016, 15/11/2016.
- CORTE Suprema, rol 41.029-2016, 22/12/2016.
- CORTE Suprema, rol 7014-2017, 27/07/2017.
- CORTE Suprema, rol 37.250-2017, 28/11/2018.
- CORTE Suprema, rol 28.280-2018, 09/07/2019.
- CORTE Suprema, rol 23.277-2018, 19/03/2020.
- CORTE Suprema, rol 26.474-2018, 06/04/2020.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, rol 590-2020, 25/08/2020.
- CORTE Suprema, rol 22.275-2019, 05/05/2021.
- CORTE Suprema, rol 85.609-2021, 25/05/2022.
- CORTE Suprema, rol 94.969-2020, 12/07/2022.
- CORTE Suprema, rol 92.609-2021, 03/08/2022.
- CORTE Suprema, rol 92.609-2021, 03/08/2022.
- CORTE Suprema, rol 6958-2021, 24/08/2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, rol 14.472-2019, 18/10/2022.
- CORTE Suprema, rol 39.691-2020, 09/12/2022.
- CORTE Suprema, rol 112.444-2020, 09/12/2022.
- CORTE Suprema, rol 17.431-2021, rol 14/12/2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, rol 282-2021, 11/01/2023.
- CORTE Suprema, rol 88.733-2021, 12/01/2023.
- CORTE Suprema, rol 132-2022, 30/01/2023.
- CORTE Suprema, rol 82.477-2021, 04/04/2023.
- CORTE Suprema, rol 170.299-2022, 14/04/2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, rol 1391-2020, 30/05/2023.
- CORTE Suprema, rol 39.710-2021, 04/09/2023.

## El Derecho Ambiental como sistema dual: tensiones no resueltas con el ecocentrismo en Chile

Ezio Costa Cordella\*  
Luciano González Matamala\*\*

### RESUMEN

*El presente trabajo examina la tensión entre antropocentrismo y ecocentrismo dentro del marco jurídico ambiental chileno. A pesar de la predominancia de una interpretación antropocéntrica, se identifican normas con un claro enfoque ecocéntrico, orientadas a proteger la biodiversidad y ecosistemas independientemente de su utilidad directa para el ser humano. El análisis revela que el paradigma antropocéntrico no captura plenamente los objetivos de la legislación ambiental vigente, resultando en una protección deficiente de la naturaleza. Mediante un estudio de caso en la legislación chilena, se evidencia que el ecocentrismo se encuentra normativamente recogido y puede coexistir con un enfoque antropocéntrico, especialmente en decisiones públicas. Este dualismo normativo sugiere una crisis de identidad en el derecho ambiental, donde una interpretación centrada en la protección intrínseca de la naturaleza podría alinear mejor las decisiones ambientales con el espíritu de la legislación y con el valor inherente de los ecosistemas.*

Derecho ambiental; ecocentrismo; antropocentrismo

*Chilean environmental law as a dual system:  
unresolved tensions among anthropocentrism and ecocentrism*

### ABSTRACT

*This paper scrutinizes the tension between anthropocentrism and ecocentrism within the Chilean environmental law. Despite the dominance of an anthropocentric interpretation, norms with a clear ecocentric focus are identified, aimed at protecting biodiversity and ecosystems regardless*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Regulación, London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Derecho Económico y subdirector del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3928-8622>. Correo electrónico: [ecosta@derecho.uchile.cl](mailto:ecosta@derecho.uchile.cl)

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-2664-9870>. Correo electrónico: [luciano.gonzalez@derecho.uchile.cl](mailto:luciano.gonzalez@derecho.uchile.cl)

Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11231233, "Tensiones y desafíos del Derecho y la regulación ambiental en el contexto de la transición ecológica", en el que Ezio Costa Cordella es investigador responsable.

Artículo recibido el 26.2.2024 y aceptado para su publicación el 4.9.2024.

*of their direct utility to humans. The analysis reveals that the anthropocentric paradigm fails to fully capture the objectives of current environmental legislation, resulting in inadequate protection of nature. Through a case study of Chilean legislation, it is shown that ecocentrism is normatively recognized and can coexist with an anthropocentric approach, particularly in public decision-making. This normative dualism suggests an identity crisis in environmental law, where an interpretation focused on the intrinsic protection of nature could better align environmental decisions with the spirit of the legislation and the inherent value of ecosystems.*

Environmental law; ecocentrism; anthropocentrism

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Ambiental, desde su origen, ha sido un campo dinámico y en constante evolución, influenciado por distintas visiones y paradigmas filosóficos. Tradicionalmente, ha prevalecido una perspectiva antropocéntrica, que coloca al ser humano en el centro de la preocupación ambiental, enfocándose en cómo los cambios en el entorno afectan a las personas. Este enfoque se hizo evidente desde los inicios y pareciera ser el que predomina sin contrapesos en el derecho ambiental chileno. Sin embargo, junto con esta visión, ha surgido y coexiste el ecocentrismo, una perspectiva que atribuye un valor inherente a la naturaleza en sí misma, independientemente de su utilidad para la humanidad.

Este artículo explora la evolución de estos dos paradigmas en el contexto del Derecho Ambiental. Se analiza cómo, a pesar de la predominancia del antropocentrismo, el ecocentrismo ha ganado terreno en la normativa internacional y nacional, reconociendo el valor intrínseco de la naturaleza y la necesidad de protegerla no solo por el bien de los seres humanos, sino por su propia integridad y valor. Además, se examina la forma donde estas dos perspectivas se han reflejado en la legislación y jurisprudencia ambiental, así como sus implicaciones para la formulación de políticas y la gestión del medio ambiente.

Por lo mismo, este artículo se pregunta si es correcta la afirmación de que el derecho ambiental chileno es un derecho antropocéntrico y para responder a dicha pregunta, se formula como hipótesis que el derecho ambiental chileno combina la conservación del medio ambiente como hábitat humano y la protección de la naturaleza por su valor intrínseco, constituyendo un sistema dual que, sin embargo, ha sido interpretado desde un enfoque antropocéntrico generando una tensión que suele resolverse en contra de la protección ambiental.

De modo de dilucidar lo anterior, este trabajo contrasta el contenido de normas que podrían ser consideradas no-antropocéntricas o derechamente ecocéntricas, con las decisiones públicas que se toman a base de ellas, de modo de comprender si existe una correlación entre el contenido de la norma y los instrumentos y decisiones en los que se concretiza, o si por el contrario puede existir un problema interpretativo derivado de una incongruencia entre normas que no son antropocéntricas e interpretaciones que pretenden otorgarles ese carácter.

Las primeras secciones del estudio se enfocan en el objeto de protección del derecho ambiental. La sección 2 de este artículo desarrolla los conceptos de antropocentrismo y

ecocentrismo, proponiendo una visión mixta a la que denomina dualidad, para efectos de comprender la función de las normas ambientales en el derecho ambiental chileno. La tradición jurídica en la materia es tratada en la misma sección, dando cuenta de las diversas interpretaciones y escuelas en la formación del derecho ambiental. En la sección 3, se analizan las tendencias actuales en el derecho ambiental, y la sección 4 particularmente en el avance desde el enfoque ecocéntrico, de modo de comprender cómo ellas han ido moldeando a las normas jurídicas respectivas o las entienden y cómo se ha desarrollado en la actualidad una tensión entre ambos enfoques. Finalmente la sección 5 observa cómo la tensión entre enfoques es abordada por la Corte Suprema y cuáles son las consecuencias jurídicas del modo en que se produce este acercamiento por su parte.

## 2. ANTROPOCENTRISMO, ECOCENTRISMO Y DUALIDAD

El Derecho Ambiental fue, en sus orígenes internacionales, marcadamente antropocéntrico. Sin perjuicio de ello, el paradigma ecocéntrico ha sido coetáneo conceptualmente y mientras en Estocolmo en 1972 se declaraba acerca del Medio Humano que “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea”<sup>1</sup>, Christopher Stone se preguntaba si podían los árboles tener derechos<sup>2</sup>.

En el ámbito internacional Mantilla Oliveros ha relevado que la proclama de Estocolmo es poner a la humanidad al centro del mundo, siendo una expresión de antropocentrismo<sup>3</sup>. Esto habría sido morigerado por el principio primero de la Declaración de Río<sup>4</sup>, al seguir poniendo a la humanidad como el centro de la protección jurídica pero disponer de una referencia a la vida en armonía con la naturaleza<sup>5</sup>. Esta visión reconoce que, aunque el derecho ambiental se construye con un enfoque antropocentrista, desde sus inicios incluye una apreciación del valor intrínseco de la naturaleza, que, aunque menos evidente, se integra en las normas correspondientes.

En palabras simples y a efectos de tener un aproximamiento preliminar a los conceptos, ecocentrismo es un enfoque ético que reconoce y promueve el reconocimiento del valor intrínseco de los ecosistemas y las relaciones de vida, o bien de la naturaleza

<sup>1</sup> NACIONES UNIDAS, Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, 1972.

<sup>2</sup> STONE, Christopher. “Should Trees Have Standing?—Towards Legal Rights for Natural Objects”. *Southern California Law Review*, 1972, N° 45, pp. 450-501.

<sup>3</sup> MANTILLA, Nelson. “Reformulación del principio de antropocentrismo ambiental”. *Revista Iustitia*, 2015, N° 13, pp. 421-439.

<sup>4</sup> NACIONES UNIDAS, Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, 1992.

<sup>5</sup> MANTILLA, Nelson. “Reformulación del principio de antropocentrismo ambiental”. *Revista Iustitia*, 2015, N° 13, p.438.

misma<sup>6</sup>. Diferente es el biocentrismo, que le atribuye el valor inherente a la vida en sus diversas formas, poniendo a todos los seres vivos en un plano de igualdad valorativa<sup>7</sup>.

Este texto se enfoca en el ecocentrismo, que valora el funcionamiento sistémico y la interacción entre diversas formas de vida en los ecosistemas, sin enfocarse en la valoración individual de cada especie. A diferencia del biocentrismo, que sí realiza esta valoración individual, el ecocentrismo ha sido más ampliamente adoptado en la normativa. El análisis no incluirá el biocentrismo, aunque este tiene representación en el “derecho animal”.

Como teoría valorativa, el ecocentrismo se manifiesta de diversas formas en el derecho vigente, más allá del mero reconocimiento de derechos de la naturaleza. Se incluye dándole un valor inherente en decisiones públicas y aplicando principios como el *in dubio pro natura*. El análisis se centra en el valor jurídico de la naturaleza en la relación ambiental.

### 2.1. ¿Derecho del entorno o derecho ecológico?

El estudio del Derecho Ambiental en Chile, que data de antes de la consagración constitucional y de leyes específicas, siempre ha mostrado una tendencia hacia la protección objetiva de la naturaleza. Destacados académicos como Trucco y Valenzuela ya abordaban el concepto de “Derecho del Entorno” en la década de 1970, anticipando lo que sería un esbozo del ecocentrismo, que más tarde se reflejaría en la carta de Costa Brava.

Para un temprano Valenzuela la comprensión de que la dependencia humana respecto de los ecosistemas es evidente

“no se trata ahora de los perjuicios que el hombre pueda causar en determinados lugares del planeta, por graves e irreversibles que ellos sean. Se trata de que el planeta, considerado como un todo, amenaza con llegar gradualmente a convertirse en un lugar inhabitable por la humanidad, o, cuando menos, en un lugar donde los hombres no encuentren condiciones que les permitan desarrollar una vida auténticamente humana”<sup>8</sup>.

Inaugurando el tema acerca de los límites planetarios en nuestra doctrina<sup>9</sup> y en definitiva, la preocupación del jurista estaba precisamente en lograr una regulación y una

---

<sup>6</sup> ACEVEDO, Juan Francisco. *Buen vivir y derechos de la naturaleza en tiempos de crisis ambiental ¿es el ecocentrismo una opción viable en los derechos humanos? El caso de la “revolución ciudadana” de Ecuador (2007-2017)*, Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, p. 10

<sup>7</sup> GIRÓN-PÉREZ, Manuel. “Bioética y biocentrismo: dilemas en las condiciones actuales”. *Revista Bio Ciencias*, 2013, Nº 2, vol.3, p. 216

<sup>8</sup> VALENZUELA, Rafael. “El derecho del entorno y su enseñanza”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, Nº 1, 216.

<sup>9</sup> VALENZUELA, Rafael. “El derecho del entorno y su enseñanza”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, Nº 1, p. 218.

valoración del “entorno” como algo digno de protección por sus características ecológicas, siendo necesaria la superación del paradigma que lo miraba solo como recursos naturales

“Mientras los hombres no reordenen esta escala de valores y lleguen a atribuir a la preservación del entorno terrestre la jerarquía de un imperativo superior; en tanto no visualicen al planeta como su morada terrenal, más que como un botón en el que es preciso hacer las mayores utilidades en el menor tiempo posible; en fin, mientras no se sobrepongan la búsqueda de la calidad de la vida al logro de un bienestar material forjado precisamente a costa de la vitalidad del sistema ecológico que condiciona sus expectativas de sobrevivencia, el Derecho poco o nada podrá hacer para salvar el entorno humano<sup>10</sup>”.

En el caso de Trucco, podemos observar cómo su obra esquematiza el gran paradigma desde el que se ha construido el derecho ambiental hasta ahora

“Para ordenar nuestra exposición, trataremos de sugerir –en primer lugar– un concepto de ‘Entorno’. Diremos así, y a modo de primera aproximación, que es ‘todo lo externo al hombre, pero interdependiente de él y que contribuye a configurar su sistema o condición de vida’<sup>11</sup>”.

El autor también plantea una versión de un antropocentrismo de la responsabilidad, la que construye desde el reconocimiento de la afectación negativa acerca del entorno y la consecuente “autodestrucción” de los sistemas de vida humanos que puede significar la afectación de los ecosistemas<sup>12</sup>.

En paralelo a dicha doctrina, también se desarrollaban idearios esencialmente ecocéntricos. Un gran expositor de ello fue Godofredo Stutzin quien ya en 1984 llamaba a reconocer Derechos a la Naturaleza en función que esta tendría intereses propios (relativos a existir) que serían distintos e igualmente dignos que los derechos de la humanidad, proponiendo superar el Derecho Ambiental para arribar a un Derecho Ecológico<sup>13</sup>.

Tres años más tarde, en 1987, la Asociación Chilena de Derecho Ambiental, que agrupaba a algunos de los más destacados juristas de la época firman la carta de Costa Brava en la que abogan tanto por una “Política Nacional Ambiental” como por la adopción de un carácter ecocéntrico

<sup>10</sup> VALENZUELA, Rafael. “El derecho del entorno y su enseñanza”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, N° 1 pp. 220-221.

<sup>11</sup> TRUCCO, Eduardo. “Consideraciones generales sobre derecho del entorno”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1976, N° 164, p.81

<sup>12</sup> TRUCCO, Eduardo. “Consideraciones generales sobre derecho del entorno”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1976, N° 164, pp. 81-83.

<sup>13</sup> STUTZIN, Godofredo. “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”. *Ambiente y Desarrollo*, 1984 N° 1 vol 1, 97-114.



“carácter ‘ecocéntrico’ de la política nacional ambiental ello fue entendido en el sentido que debe expresar su rechazo a toda cosmovisión que postule la primacía absoluta del hombre sobre la naturaleza y le atribuya el sitial de ‘rey de la creación’; ... [p]uesto en términos positivos, ello significa que la política nacional ambiental debe partir del supuesto y enfatizar el hecho de que el hombre pertenece y es tributario, radical e insoslayablemente, del ecosistema, y que no puede, por lo mismo, existir verdadero provecho temporal para el hombre –considerado no como individuo sino como especie viviente– sino a condición que este provecho se inscriba en el beneficio del ecosistema [...]”<sup>14</sup>.

Así, en 1987 la doctrina mayoritaria en derecho ambiental a la época adscribe al ecocentrismo al menos como elemento valorativo. Al momento de pensar en y de tomar decisiones sobre “lo ambiental” debe situarse el pensamiento no solo en la humanidad, sino que también deben ponderarse los efectos ecosistémicos que tenga la acción en cuestión.

En definitiva, el ecocentrismo como paradigma dista de ser algo ajeno a nuestra tradición jurídica nacional, estando presente desde casi el inicio de la disciplina del estudio del Derecho Ambiental.

## 2.2. *El antropocentrismo y la Constitución de 1980*

El paradigma antropocéntrico surge al margen de los juristas que venían pensando el Derecho Ambiental, en el seno de la Comisión Ortúzar, que consagró la actual garantía Constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República<sup>15</sup>. Esta garantía demarcará el ámbito y el carácter de dicho derecho ambiental chileno en adelante.

De esta forma, tanto la consagración constitucional de la garantía como la ulterior regulación por la Ley N° 19.300<sup>16</sup> ampliaron el estudio del Derecho Ambiental hacia el Derecho Constitucional y Administrativo, por lo que en las siguientes décadas el estudio del Derecho Ambiental va a ser el estudio de estas otras ramas del Derecho.

Así, con la dictación de la Constitución del 1980 se vuelve hegemónica la interpretación de autores como Evans y Bertelsen. Para Evans, el alcance de la garantía constitucional se identifica con un derecho predicado de las personas humanas (refiere a Derecho Humano, pero en el sentido de extrapatrimonial) y no busca restringir las actividades económicas por sobre lo que dispongan las leyes respectivas<sup>17</sup>. Así, la garantía se limitaría solo al derecho (de las personas) a vivir en un medio ambiente libre

---

<sup>14</sup> ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO AMBIENTAL (ACHIDAM). Principios para la formulación de una Política Nacional Ambiental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1987 N° 11, p. 168.

<sup>15</sup> Decreto 100 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (2005)

<sup>16</sup> Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994

<sup>17</sup> EVANS, Enrique. “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación: Su real alcance”. *Repositorio Académico de la Universidad Gabriela Mistral*, 1993 N° 1, p. 87.

de contaminación, no siendo extensivo sobre la preservación del patrimonio ambiental y la protección de la Naturaleza, lo anterior sin perjuicio de su regulación legal<sup>18</sup>.

Luego, el autor devela de forma prístina la valoración que el constituyente tuvo respecto del Medio Ambiente, al interpretar el inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la Constitución. En definitiva, para Evans la protección del medio ambiente solo aparece como “restricciones específicas” de ámbitos de libertad<sup>19</sup>.

En esta visión, la protección ambiental acerca de elementos “no humanos” queda relegada solo a la ley, y debiendo esta siempre procurar “limitar” ámbitos de libertad, de modo tal que la protección ambiental aparece como algo necesariamente accesorio a la libertad económica a encauzar y especialmente como un límite a dicha libertad.

Por su parte, para Bertelsen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación tiene dos caras. La primera de ellas es negativa (como obligación de no-hacer) frente a la que se erige un derecho público subjetivo y es aquella que mira a la efectiva “no contaminación” de un medio ambiente predicado de determinadas personas. La otra cara sería una norma programática y no exigible consistente en los deberes de prestación o garantías positivas tendientes al resguardo ambiental<sup>20</sup>. Así, en lo que nos importa, para el autor solo se protege constitucionalmente el ambiente en su relación con la humanidad, mientras que todos los “deberes positivos” de protección no constituyen más que “programas” a ser desarrollados eventualmente de forma infraconstitucional.

Esta interpretación tuvo mucha cabida hasta que fue parcialmente superada por la lectura de Bermúdez acerca de la garantía que, extendiendo su protección por razones que escapan al objeto de este trabajo<sup>21</sup>, pero reconociendo expresamente el carácter antropocéntrico de la disposición. Esto redonda en que (i) la protección solo se extiende a la afectación de derechos de personas humanas; (ii) no habría cobertura desde la garantía para la protección ambiental objetiva<sup>22</sup>.

Resulta claro que la arquitectura constitucional situó a la humanidad al centro de la protección ambiental a pesar de que se refiere a una protección objetiva y general de la naturaleza en el inciso segundo del artículo 19 número 8 de la Constitución. A nivel Constitucional no se dotó de obligatoriedad a dicho precepto, relegando a nivel legal y exigiendo que la regulación ambiental se justifique como “restricciones específicas” de esferas de libertad preexistentes. Concordamos con Guiloff, en que la regulación ambiental quiso ser, por diseño normativo del Constituyente, subordinada al orden público

<sup>18</sup> EVANS, Enrique. “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación: Su real alcance”. *Repositorio Académico de la Universidad Gabriela Mistral*, 1993 N° 1, p. 84.

<sup>19</sup> EVANS, Enrique. “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación: Su real alcance”. *Repositorio Académico de la Universidad Gabriela Mistral*, 1993 N° 1, p.87.

<sup>20</sup> BERTELSEN, Raúl. “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, 1998 N° 25, Vol 1, p. 141

<sup>21</sup> Amplía el ámbito de la relación entre el ser humano y la naturaleza (o el medio ambiente) que es tutelada por la garantía.

<sup>22</sup> BERMÚDEZ, Jorge. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2000 N° 21, pp. 9-25.

económico<sup>23</sup>, y con Millaleo y Galdamez quienes sostienen que el modelo constitucional de protección del medio ambiente importa una verdadera “fragmentación del tratamiento de la naturaleza [que] da lugar a un régimen separado de los elementos que conforman el entorno”<sup>24</sup> (2020, p. 53).

### 3. EL DERECHO AMBIENTAL CONTEMPORÁNEO

#### 3.1. *La soterrada vigencia del ecocentrismo en el estudio del Derecho Ambiental*

Si revisamos los principales estudios que abordan el objeto de la disciplina, en especial los de Fernández, Guzmán Rosen, Astorga, Bermúdez y Carrasco<sup>25</sup>, podemos notar que el tema acerca del valor inherente de la naturaleza no desaparece, sino que solo es desplazada por el estudio fragmentado de las instituciones del Derecho Ambiental chileno.

Así, Fernández caracterizaba el problema de la valoración jurídica de la naturaleza discutiendo con la tesis de Godofredo Stutzin llegando a premisas de enorme vigencia y claramente ecocéntricas:

“El planteamiento reseñado precedentemente tiene fundamentos jurídicos que son inobjetables; sin embargo, hay que reconocer que materializarlo en textos jurídicos concretos tendría una gran dificultad. Mi inclinación, más bien, por lograr una mejor defensa de los intereses del ecosistema, que es la tesis de Godofredo Stutzin, es mejorar los instrumentos jurídicos del derecho en la forma que se cita más adelante, es decir, dotar al derecho ambiental de elementos como la imprescriptibilidad de la acción por daño, hacer descansar el peso de la prueba en manos de quien causa el daño, la responsabilidad objetiva, la acción popular y el defensor público del Medio Ambiente”<sup>26</sup>.

Entonces para Fernández, los intereses del ecosistema –como valor en sí mismo– tienen un espacio en la relación jurídico-administrativa ambiental que se deben expresar en instituciones más comprensivas.

Por su parte Astorga adopta un enfoque más cercano al antropocentrismo, pero plantea con claridad que en su opinión el objeto de regulación de la disciplina es la protección de determinados servicios ecosistémicos, siendo objeto del derecho –como

---

<sup>23</sup> GUILLOFF, Matías. “El dilema del artículo 19 N° 8 inciso 2°”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2011, N° 1, pp. 147-169.

<sup>24</sup> GALDÁMEZ, Liliana; MILLALEO, Salvador. “La naturaleza en la Constitución: visiones indígenas y propuestas ante la crisis”. *Acta Bioethica*, 2020 vol 26, N° 1, p. 53.

<sup>25</sup> Los trabajos de Iván Hunter son descartados para este apartado por no referirse al objeto de la disciplina sino a cuestiones más asociadas a la regulación de procedimientos administrativos y procesos judiciales.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ, Pedro. *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 2001 pp, 36.

cristalizador de acuerdos sociales— el fijar los niveles de protección o alteración de dichos objetos<sup>27</sup>. Así, el autor reconoce a bienes que vienen y nos son entregados desde la naturaleza como objeto, pese a depender su calificación de la deliberación humana.

En lo que refiere a Guzmán, el lugar del medio ambiente en la relación jurídico-administrativo dice relación con ser una especie de “derecho” predicado de personas humanas o jurídica que no puede ser perturbado injustificadamente por otras personas<sup>28</sup>, adoptando por ello un enfoque más propiamente antropocéntrico. Asimismo, Bermúdez plantea su célebre tesis —hasta ahora mayoritaria— de que la protección constitucional del medio ambiente mira la relación entre las personas y su entorno habitado como entorno adyacente<sup>29</sup>; mientras que a nivel legal se construye como instrumentos de gestión ambiental como se verá a continuación.

Finalmente Carrasco, se enfrenta al ecocentrismo desde una marcada posición, considerando que —pese a las valoraciones existentes— el derecho objetivo sería de carácter antropocéntrico<sup>30</sup>.

### 3.2. *Los instrumentos de gestión ambiental, como el centro de tensión del carácter dual del derecho ambiental*

La forma en que la protección ambiental se configura en nuestro derecho es principalmente mediante “instrumentos de gestión ambiental” entendidos estos como “el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental”<sup>31</sup>, cuestión que es complementada por Hunter, que caracteriza esta finalidad pública como “la protección y reparación o mejoramiento del medio ambiente”<sup>32</sup>.

Con el mecanismo de los instrumentos de gestión ambiental, lo que finalmente ha hecho la ley es generar ámbitos de autorización relativamente generales, para que sea la Administración quien en realidad defina los parámetros de protección ambiental, en un ejercicio casuístico de acuerdo con las particularidades del procedimiento administrativo en cuestión y del instrumento de gestión ambiental al que refiere.

Existen dos elementos configuradores de los instrumentos de gestión ambiental que van a marcar la crisis de identidad del derecho ambiental en los últimos años a saber: (1) atienden a una finalidad (o forma de protección específica), pero (2) buscan ser

<sup>27</sup> ASTORGA, Eduardo. *Derecho Ambiental Chileno, parte general*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006. pp. 7-18.

<sup>28</sup> GUZMÁN, Rodrigo. *Derecho Ambiental Chileno, principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Editorial Planeta Sostenible, Santiago 2012 pp. 36-37.

<sup>29</sup> BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª ed)*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, pp. 125-137

<sup>30</sup> CARRASCO, Edesio. *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales*, Der Ediciones, Santiago, 2020, pp. 10-23.

<sup>31</sup> BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª ed)*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso (2018) p. 192.

<sup>32</sup> HUNTER, Iván. *Derecho Ambiental Chileno Tomo I*, Der Ediciones, Santiago, 2024, p. 86.

extensivos a la totalidad del medio ambiente bajo su tutela<sup>33</sup>. El gran problema es que la finalidad del instrumento de gestión ambiental es siempre dual y entonces, pese a la sectorialización y la dispersión en función de diversos instrumentos de gestión ambiental, existen normas jurídicas positivas que parecen proteger directamente a ecosistemas sin necesidad de acreditar para su protección un agravio humano.

Aunque las instituciones reflejen una valoración social del valor intrínseco de elementos o especies en la naturaleza, contextos específicos disminuyen su eficacia protectora. Así, la finalidad pública y la valoración soberana de la naturaleza quedan subordinadas a interpretaciones que niegan la tensión en la protección ambiental, favoreciendo una visión técnica de los instrumentos de gestión.

### 3.3. *El contencioso administrativo ambiental, pilar antropocéntrico del control de los instrumentos de gestión ambiental*

La forma en que se configura en nuestro derecho el control de los actos administrativos en materia ambiental es una de las muestras de cómo la visión sobre los instrumentos de gestión marca un límite a los fines ecocéntricos de las normas ambientales. En este sentido, si bien la revisión de un acto administrativo de carácter ambiental mira –en teoría– directamente al acto administrativo, la existencia de acciones administrativas que exigen un interés –relación con el medio ambiente– y un agotamiento de la vía administrativa, respecto del que se exige congruencia obstaculiza una protección o aproximación ecocéntrica de la naturaleza, al centrar la discusión en la relación entre una persona o grupo con un acto administrativo ambiental<sup>34</sup>.

Nuestra doctrina ha problematizado la forma en que ordena el control contencioso administrativo ambiental tiende a segmentar la aproximación a enfoques más integrales del Medio Ambiente. En primer lugar, el tipo de control realizado por los Tribunales Ambientales mira la suficiencia o insuficiencia de un determinado procedimiento administrativo para llegar a un determinado acto terminal, por lo que su objeto es –*a priori*– la mera determinación de la legalidad administrativa del acto<sup>35</sup> por sobre cuestiones más relacionadas con los objetos de protección deseados por el derecho objetivo.

---

<sup>33</sup> BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2º ed), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, p. 192.

<sup>34</sup> En este sentido es oportuno analizar los artículos 17 y 18 de la Ley Nº 20.600, dispone de un catálogo de acciones de carácter contencioso administrativo (junto con la acción por daño y competencias revisoras respecto de la potestad sancionadora del Estado) que exigen –algún tipo de afectación a un interés (personal o colectivo)– respecto del actor, este interés a su vez puede exigir requisitos habilitantes para dar derecho a la acción como haber participado de un proceso PAC (limitando la revisión a lo observado) o el haber agotado una vía administrativa de impugnación por un lado, y por otro, limitan el conflicto a la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo determinado (la RCA, el PPDA), sin considerar necesariamente la adecuación material de la decisión con el bien jurídico protegido, a saber, el medio ambiente

<sup>35</sup> MÉNDEZ, Pablo. “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis*, 2018, Nº 24 Vol 3. pp. 541-545.

Adicionalmente el modelo contencioso administrativo tiene tensiones en torno a su diseño, porque si bien los efectos de las sentencias de nulidad producen efectos *erga omnes* y miran vicios en el acto y el procedimiento, lo que podrá dar luces de un modelo objetivo<sup>36</sup> la exigencia de una forma de vinculación con el acto administrativo de carácter subjetivo para efectos de incoar la acción le da un carácter más subjetivo<sup>37</sup>.

En resumen, el proceso contencioso administrativo revisa la legalidad de actos administrativos ambientales, enfocándose en pretensiones anulatorias tras agotar la vía administrativa. Este enfoque limita la revisión a aspectos específicos y aleja el control de un examen general del acto, complicando el acceso a debates puramente ambientales en lugar de procedimentales.

Ahora bien, este tipo de control ha generado adicionalmente otro tipo de conflictos. Entre ellos, la posibilidad de que debido a los efectos *erga omnes* de la sentencia ambiental, sumada a la concreta identidad de una determinada pretensión anulatoria, pueda darse el caso que se presenten (en momentos diversos) dos o más acciones contencioso administrativas contra un mismo acto administrativo y una se resuelva primero –solo por el contenido de la pretensión como por ejemplo la no consideración de un impacto ambiental– haciendo que el resto de las acciones pierdan objeto<sup>38</sup>.

En definitiva, el modelo contencioso administrativo ambiental limita la revisión de lo ambiental dos veces, primero a un determinado acto administrativo de carácter ambiental y segundo a una determinada forma de argumentar la ilegalidad de ese acto de autoridad. Lo anterior, al alejar el ámbito de revisión del objeto protegido medio ambiente, en función de una relación de carácter subjetivo entre el reclamante y el acto, es claramente una expresión de un cierto antropocentrismo en la estructura del proceso.

En resumidas cuentas, la centralidad del proceso –por influjo de la teoría alemana– sigue estando en la persona del reclamante, luego en un segundo orden (tras asegurar la legitimación y congruencia) entre el acto y el derecho, y con ello, de forma residual en lo puramente ambiental solo en la medida que se encuentre ligado con el instrumento de gestión ambiental en discusión.

#### 3.4. *La acción por daño, el pilar ecocéntrico*

El contencioso por daño ambiental aborda pérdidas significativas en el medio ambiente. Aunque limitado en legitimación activa, protege directamente la integridad

<sup>36</sup> HUNTER, Iván. *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente, Tomo I*, Der Ediciones Santiago, 2023, p. 149.

<sup>37</sup> HUNTER, Iván. *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente, Tomo I*, Der Ediciones Santiago, 2023, pp. 149-150.

<sup>38</sup> Vease MÉNDEZ, Pablo. “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis*, 2018, Vol 24 N° 3, pp. 539-540; GONZALEZ, Luciano, y Fuentes, Agustín. “Notas sobre la pérdida del objeto en el Tercer Tribunal Ambiental. La relación entre el 17 N° 6 y el 17 N° 8 de la ley N° 20.600 desde una perspectiva crítica”. *Revista de derecho (Concepción)*, 2022. vol 90 N° 252, pp. 229-243.

ambiental, designando al Estado y las Municipalidades como custodios del medio ambiente, ofreciendo protección incluso si el área dañada no está cerca de personas.

A nivel teórico, Femenías precisamente ha identificado que el objeto del daño ambiental o “ecológico” no es una cosa distinta al medio ambiente<sup>39</sup>, expresando que el objeto de la reparación es *in natura* y tendría como característica el no referir a la esfera patrimonial o extrapatrimonial de persona determinada alguna, al no poder ser considerado el medio ambiente como víctima<sup>40</sup>.

Agrega que el deber de resguardo de la naturaleza en referencia al principio preventivo generaría un deber estatal orientado hacia la prevención de daños ambientales<sup>41</sup>. Así, en la institución de la responsabilidad por daño ambiental aparece de manifiesto que la naturaleza tiene un valor en sí mismo. Valor en sí mismo que –si existe un deber de evitar daños ambiental– irradia al derecho ambiental objetivo.

#### 4. EL NUEVO ECOCENTRISMO EN LA RELACIÓN JURÍDICA AMBIENTAL

La dualidad del derecho ambiental revela una crisis de identidad; su faceta dual interna contrasta con la insuficiencia de los instrumentos de gestión ambiental para proteger el derecho a un ambiente sano y la naturaleza misma.

Ante esta encrucijada, existen al menos tres posturas a considerar. La primera consiste en mantener el *statu quo* antropocéntrico actual, que no se abordará en detalle por no constituir novedad y ser regresiva en términos de protección ambiental. Las otras dos se abordan a continuación.

##### 4.1. *El derecho ambiental de la luz verde y el enfoque de las potestades*

Para la teoría del derecho administrativo de la luz verde, es necesario un cambio de paradigma de control público desde el “garantismo” como protección de derechos e intereses de personas particulares contra el interés público, hacia un modelo donde el control está orientado hacia la concreción del interés público subyacente<sup>42</sup>.

Rojas aparece como un buen exponente de este enfoque. En primer lugar, descarta tanto al ecocentrismo como al biocentrismo desde lo que podemos denominar un “antropocentrismo epistemológico”; a saber, el derecho es un conjunto de valoraciones humanas que se construye desde el lenguaje y el intercambio de significados, luego, no

<sup>39</sup> FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*, Ediciones UC, Santiago, 2017, p. 79.

<sup>40</sup> FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*, Ediciones UC, Santiago, 2017, pp. 79-80.

<sup>41</sup> FEMENÍAS, Jorge. *La responsabilidad por daño ambiental*, Ediciones UC, Santiago, 2017, p. 124.

<sup>42</sup> MONTT, Santiago. “Autonomía y responsabilidad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, pp. 3-4.

es posible la comunicación con la naturaleza o los animales, por lo que no resulta posible su subjetividad jurídica (como agencia en el Derecho)<sup>43</sup>.

Luego fija una línea entre los derechos subjetivos y las potestades públicas, los primeros son relativos a la esfera de libertad individual de las personas mientras que las segundas son un ejercicio de poder público (adscrito a un fin público), de forma tal que ante la afectación de un derecho subjetivo (o interés legítimo) se habilitan acciones contra el Estado por el ejercicio de sus potestades<sup>44</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la acción que pueda tener el particular contra el Estado, las potestades públicas buscan justamente estructurar la protección animal (y de los “bienes” no humanos en general) mediante la configuración de potestades públicas que se dediquen a limitar la actividad humana para generar la protección ambiental<sup>45</sup>. Así, para el autor tanto la Naturaleza como la protección animal pertenecen a la esfera de lo público al no poder predicarse intereses particulares o privados sobre ellos y carecer de subjetividad.

Ante la pregunta de ¿cómo deben pensarse las potestades públicas ambientales? El jurista nos ofrece un enfoque de la luz verde, en definitiva, la función pública debe estar orientada a la materialización del fin público que resguarda, debiendo justificar que esta es la “mejor alternativa posible” en el marco de un procedimiento administrativo<sup>46</sup>, que en el derecho ambiental se traduce en la evitación de los riesgos no permitidos por el ordenamiento jurídico<sup>47</sup>.

La alternativa de Rojas nos permite objetivar la protección ambiental en la medida que modifica el centro de gravedad de la norma ambiental, que en lugar de ser la tensión con la libertad y otros intereses particulares, pasa a ser el interés público existente en la protección ambiental. De esta forma el “fin público” de “evitación de riesgos” puede denotar que la potestad tenga una finalidad principalmente protectora de la naturaleza y que el control público se deba realizar con el fin de evitar riesgos respecto de la misma. Así, el enfoque de Rojas, pese a ser contradictorio con la subjetividad jurídica de la naturaleza, es plenamente compatible con principios ecocéntricos como el *in dubio pro natura*.

<sup>43</sup> ROJAS, Christian. “Fundamentos Jurídico-Dogmático para el Derecho Animal”. En R. Marino (Coord.), *Aproximaciones filosóficas al Derecho Animal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, p. 87.

<sup>44</sup> ROJAS, Christian. “Fundamentos Jurídico-Dogmático para el Derecho Animal”. En R. Marino (Coord.), *Aproximaciones filosóficas al Derecho Animal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 88-91.

<sup>45</sup> ROJAS, Christian. “Fundamentos Jurídico-Dogmático para el Derecho Animal”. En R. Marino (Coord.), *Aproximaciones filosóficas al Derecho Animal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, pp. 93-96.

<sup>46</sup> ROJAS, Christian. “Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional” *Revista Derecho del Estado*, 2020, N° 45, p. 294.

<sup>47</sup> ROJAS, Christian. “Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional” *Revista Derecho del Estado*, 2020, N° 45, pp. 292-298.



#### 4.2. *El principio in dubio pro natura*

Para Olivares y Lucero este principio existe en el plano de las valoraciones sociales que se encarnan positivamente como principios para orientar la aplicación normativa<sup>48</sup>. Así lo que busca el principio sería,

como una primera aproximación, puede indicarse que el principio *in dubio pro natura* es un estándar de comportamiento para todas las personas –en general–, y los órganos del Estado –en particular–, que ante la posibilidad de elegir entre varias medidas, acciones o soluciones posibles, en un caso concreto, deben optar por aquella que tenga un menor impacto en el medio ambiente. No opera solo para los casos de grave impacto en la naturaleza de una actividad pública o privada, sino como criterio de actuación general en un contexto de nueva visión para las relaciones sociedad-medio ambiente<sup>49</sup>.

Los autores reconocen que el principio acepta tanto un contenido ecocéntrico como un contenido (o aplicación) antropocéntrica<sup>50</sup>. Ahora bien, esta distinción entre ecocentrismo-subjetividad jurídica y antropocentrismo-mero valor no es absoluta.

En esta línea y reflexionando con Cornejo, el principio mandata un tipo de interpretación protectora de la Naturaleza y con ello le asigna un valor intrínseco (aun sea ponderable con los derechos de las personas humanas)<sup>51</sup>, por lo que soporta un enfoque valorativamente ecocéntrico aun sin que exista declaratoria de subjetividad jurídica respecto de la naturaleza. Es importante notar sin embargo que Cornejo reconoce la existencia de antecedentes respecto de la consagración del principio (como *in dubio pro ambiente* o una valoración implícita conforme al principio) en varias sentencias, que sin embargo no lo desarrollan<sup>52</sup>.

De esta forma el principio *in dubio pro natura* se sitúa en la frontera entre el antropocentrismo (como mera valoración indicativa) y dos formas de ecocentrismo. Un ecocentrismo que reconoce un valor intrínseco a la naturaleza sin reconocerle subjetividad y uno que hace de la naturaleza una persona jurídica.

---

<sup>48</sup> OLIVARES, Alberto & Lucero, Jairo. “Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente”. *Revista Ius et Praxis*, 2018, Nº 3, pp. 623-624

<sup>49</sup> OLIVARES, Alberto & Lucero, Jairo. “Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente”. *Revista Ius et Praxis*, 2018, Nº 3, p. 627.

<sup>50</sup> OLIVARES, Alberto & Lucero, Jairo. “Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente”. *Revista Ius et Praxis*, 2018, Nº 3, p. 627.

<sup>51</sup> CORNEJO, Camilo. “*In dubio pro natura*. Una muestra jurídica de un nuevo entendimiento con la naturaleza”. En P. Moraga (Coord.), *Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch. 2021 pp. 272-273.

<sup>52</sup> CORNEJO, Camilo. “*In dubio pro natura*. Una muestra jurídica de un nuevo entendimiento con la naturaleza”. En P. Moraga (Coord.), *Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch. 2021 pp. 279-284.

## 5. ALGUNAS VÁLVULAS DE ESCAPE

Hasta ahora, hemos revisado *grosso modo* el estado de la discusión general en torno al objeto de la disciplina y su expresión institucional. Se ha adelantado que la aproximación a la protección ambiental mediante el uso de instrumentos de gestión ambiental genera eventuales contradicciones entre el medio –adjetivo– y el fin –sustantivo– del mismo. Así, se identifican tipos de casos en los que al enfrentarse el medio con el fin prima la visión finalista, en atención principalmente al compromiso estatal de evitar daños ambientales<sup>53</sup>.

Observaremos que en su totalidad esta tensión es abordada por la Corte Suprema y en su mayoría en sentencias de causas de recursos de protección. Lo anterior no es baladí porque aún la doctrina más crítica del comportamiento de la Corte reconoce primero, en sede de la tutela del recurso de protección, que dicha judicatura tendría un amplio poder sin limitaciones procedimentales para dar cobertura a los derechos fundamentales<sup>54</sup>, cuestión que parece extenderse en el último de los casos analizados aun al control de una sentencia contencioso-administrativa.

### 5.1. *Acerca de los humedales y su valor*

Una discusión paradigmática respecto del ecocentrismo la encontramos en torno a la naturaleza jurídica de los humedales. Celume constata la tensión interna del derecho ambiental a la que hemos venido haciendo referencia en su lectura del Caso Jardín Oriente<sup>55</sup> y reconoce la existencia de una distinción doctrinal entre la acción de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber de preservación de la Naturaleza, encontrándose en este deber un germen de ecocentrismo, de forma tal que existirían “derechos ecológicos, que no son de titularidad de la persona humana, pero que sí pueden ser reclamados o exigidos por ella en representación de la naturaleza de la que forma parte.(...) La razón, puede ser que el deber estatal de tutelar la preservación de la naturaleza emana directamente del texto constitucional (*sic*)”<sup>56</sup>.

Para la autora, normas como las de protección de los animales, las normas del denominado “derecho penal ambiental” y aquellas que le dan una protección especial a las

<sup>53</sup> Que tiene como antecedente directo el desarrollo que el profesor Femenías hace del principio preventivo.

<sup>54</sup> HUNTER, Iván. *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente, Tomo I*, Der Ediciones Santiago, 2023, p. 55

<sup>55</sup> Corte Suprema, 27 de agosto de 2018, rol N° 118-2019.

<sup>56</sup> CELUME, Tatiana. “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”, en M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá, 2020, pp. 387-388.

aguas de los pueblos atacameños y diaguitas<sup>57</sup> tendrían un marcado germen ecocéntrico junto con las normas del Código de Aguas que regulan la protección de humedales<sup>58</sup>.

Respecto del caso analizado, concluye que si bien es cierto que las normas del Código de Aguas no dan una protección ecocéntrica respecto del drenaje de predios, y que la restricción de otros derechos para dar cobertura a la protección de la naturaleza es posible –pero de fuente legal– la Corte Suprema al momento de fallar aplicó directamente el deber estatal de protección de la naturaleza como garantía<sup>59</sup>, de forma tal que “se encaminó a ‘dar protección’ a la naturaleza y a crear, *ergo*, un derecho ecológico o de la naturaleza, sin perjuicio del derecho humano a vivir en un medio ambiente incontaminado”<sup>60</sup>.

La autora releva adecuadamente un momento crítico en esta crisis de identidad del Derecho Ambiental, donde la Corte Suprema, en atención a deberes estatales y objetos de protección existentes –pero no debidamente protegidos por los instrumentos de gestión ambiental como medios–, elige la protección ambiental de todos modos.

Recién entrada en vigencia la Ley, Linazasoro ha sostenido tras analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre humedales, que todos los humedales sin importar su clasificación han sido considerados objeto de protección<sup>61</sup>. Esta tendencia también ha sido constatada por Delgado, siendo en definitiva que los Tribunales Superiores de Justicia han tendido a extender el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a proyectos que afecten humedales ubicados dentro del radio urbano sin importar el estado formal de avance de la declaratoria de humedales que dispone la ley<sup>62</sup>.

Lo anterior ha llevado a afirmar que la declaratoria de humedal urbano como acto administrativo solo constata un valor inherente de estos ecosistemas, que preexiste a la declaratoria y se identifica con la existencia empírica del humedal. Así la autoridad en el procedimiento de declaratoria de humedal urbano no hace nada más que cristalizar

---

<sup>57</sup> CELUME, Tatiana. “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”, en M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá 2020, pp. 389-390.

<sup>58</sup> CELUME, Tatiana. “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”, en M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá 2020, pp. 390-395.

<sup>59</sup> CELUME, Tatiana. “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”, en M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá 2020, p. 398.

<sup>60</sup> Celume, Tatiana. “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”, en M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá 2020, pp. 388-389.

<sup>61</sup> LINAZASORO, Izaksun. “El tratamiento de los humedales en Chile: Limitación al dominio de los propietarios colindantes. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en V. Belemmi (Coord.), *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas*, 2019, pp. 483-506.

<sup>62</sup> DELGADO, Verónica. “Tendencias jurisprudenciales para una mayor protección de los humedales, sean o no urbanos”, *Litigación Ambiental y Climática*, 2022, Vol. II, N° 5,

una realidad jurídica preexistente, a saber: la existencia del humedal y su necesidad de protección<sup>63</sup>.

Lo anterior genera complejidades teóricas asociadas a la protección de los humedales no urbanos y la obligatoriedad de la declaratoria, pero deja en claro que al menos en el caso de los humedales urbanos es el fin protector el que ha irradiado y extendido los medios.

## 5.2. *Las causales de ingreso al SEIA*

En diversos casos, la Corte Suprema ha ordenado el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a proyectos que —a primera vista— no se encuentran listados en el artículo 10 de la Ley N° 19.300, dando pie a una visión acerca de los objetivos de la normativa ambiental que refleja la dualidad del derecho ambiental, como veremos.

Al respecto, identificamos dos familias de casos, a saber, casos en los que la Corte extiende hermenéuticamente las causales del artículo 10 y los casos en los que simplemente mira al artículo 11 de la Ley N° 19.300, referido a los impactos ambientales como determinantes de los requisitos de un proyecto para ser evaluado y eventualmente aprobado.

Tomaremos cuatro casos como referencia de esta tendencia: (i) Club de Deportes Newén Leufú con Hidroenergía Chile SpA; Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 28.842-2021 de 23 de agosto de 2021<sup>64</sup>, (ii) Cortese/Compañía Nacional de Teléfonos Telefónica del Sur S.A.; Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 119.087 de 1 de octubre de 2021<sup>65</sup>, (iii) Meneses/Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental sentencia de la Corte Suprema Rol N° 75.736-2021 de 31 de enero de 2022<sup>66</sup>, y (iv) Servicio de Evaluación Ambiental con Agrícola y Frutícola Veneto Limitada; Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 97.383-2020 de 24 de enero de 2021<sup>67</sup>.

### 5.2.1. Análisis de las sentencias

En la primera, dos agrupaciones indígenas y un club de deporte accionan de protección contra una Municipalidad y el titular de un proyecto hidroeléctrico, alegando la vulneración de las garantías constitucionales del artículo 19 en sus N° 1, 2, 3, 8 y 21 de la Constitución por el no ingreso del proyecto al SEIA ni realizar Consulta Indígena.

---

<sup>63</sup> Véase GONZÁLEZ, Luciano. “El contencioso administrativo sobre la declaratoria de humedales urbanos: la tensión entre la conservación y la motivación del acto administrativo”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, 2023, vol 91, N° 253, pp. 235 - 247; COLLANTES Bonilla, Pablo. “Estándar de motivación en la declaración de humedal urbano a partir de la sentencia Rol 25-2021 del Tercer Tribunal Ambiental”. En *Tercer Tribunal Ambiental* (ed). Quinto Concurso Nacional de Comentarios de Sentencias. Tercer Tribunal Ambiental:Valdivia pp. 109-110.

<sup>64</sup> Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021

<sup>65</sup> Corte Suprema, 1 de octubre 2021, rol 119087-2020

<sup>66</sup> Corte Suprema, 1 de octubre de 2021, Rol N° 75.736-2021

<sup>67</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020

El no ingreso al SEIA se habría justificado en el artículo 10 porque el proyecto no se encontraría en la de su literal p), al requerirse que el proyecto se encuentre “en” y no “próximo” a un área bajo protección oficial, al encontrarse el Parque Nacional a 580 metros de las obras<sup>68</sup>.

La Corte hace referencia al artículo 10, literal p), en concordancia con el artículo 11, literal d) de la Ley N° 19.300 –que refiere que deben someterse a Estudio de Impacto Ambiental los proyectos próximos a áreas protegidas– y al artículo 8, inciso final, del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>69</sup>. Constatándose a ojos del sentenciador que, si bien el artículo 10 refiere a la presencia “en” áreas protegidas por disposición del artículo 11 viene a demostrar que la norma en realidad sería más amplia en función del objeto tutelado<sup>70</sup>.

Justifica esta interpretación en el principio preventivo –del que el SEIA es expresión–, de forma tal que debe preferirse la interpretación que sea susceptible de evitar problemas ambientales de forma tal que

“de acuerdo con lo citado, resulta de vital importancia actuar antes que los daños se produzcan. En la presente causa, se pretenden cautelar posibles daños a la fauna, recursos hídricos, comunidades y asentamientos humanos, existiendo ya antecedentes evacuados por la autoridad competente sobre destrucción de flora protegida”<sup>71</sup>.

La segunda sentencia corresponde a un caso de acción de protección en contra de proyecto de cableado de fibra óptica por afectar el paisaje vulnerando la garantía fundamental del artículo 19 N° 8 de la Constitución (Constitución Política de la República, 2005) al autorizar la afectación de la faja de tierra fiscal a ser afectada sin considerar si este puede “producir contaminación o una alteración significativa”. En lo que nos importa, la Administración habría descartado la afectación por no contar con una declaratoria de Zona de Interés Turístico, es decir, al no requerirse su ingreso al SEIA.

Para resolver la Corte, en primer lugar señala el estatuto aplicable a las autorizaciones de los caminos fiscales (artículo 41 del DFL 850 del MOP) (DFL N° 850 MOP, 1997), siendo uno de los presupuestos de su otorgamiento el no producir contaminación o una alteración significativa respecto del valor paisajístico y turístico de la zona, en caso de producir estas afectaciones (impactos ambientales) el proyecto debe ingresar al SEIA, en función del artículo 11, letra e), de la Ley N° 19.300 (Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 1994)<sup>72</sup>. Luego la sentencia señala que Puerto Octay tiene un gran valor turístico, de forma tal que la presencia de cables importaría una contaminación visual, razón por la que el proyecto debía ingresar al SEIA<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021 C.6.

<sup>69</sup> Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021 C.8.

<sup>70</sup> Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021 C.9.

<sup>71</sup> Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021 C.10.

<sup>72</sup> Corte Suprema, 1 de octubre 2021, rol 119087-2020 CC. 8-10.

<sup>73</sup> Corte Suprema, 1 de octubre 2021, rol 119087-2020 CC. 11-12.

Un tercer caso corresponde a la presentación de una acción de protección en contra de resolución que rechaza la apertura de un proceso de participación ciudadana en el SEIA en el marco de un proyecto inmobiliario, lo anterior afectaría la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Constitución. La sentencia discurre acerca de si el proyecto genera “cargas ambientales”, pero también hace una delimitación de la garantía del artículo 19 N° 8 de la Constitución.

La sentencia comienza haciendo una lectura del marco normativo aplicable y refiere al 19 N° 8 (Constitución Política de la República, 2005) en concordancia con los artículos 1° y 2° (letras e, p), y q)) de la Ley N° 19.300 para fijar en el marco de la garantía tanto el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente como la preservación de la naturaleza<sup>74</sup>. Así para la Corte Suprema,

“Que, como puede advertirse, la autoridad ambiental tiene una obligación general de preservar la naturaleza y proteger el medio ambiente, para evitar el daño ambiental. Con este fin, se hace necesario que cuando existe riesgo de producir los daños a que se refiere el artículo 2° letra e), se evalúe el impacto ambiental que puede producir un determinado proyecto, impacto que debe ser entendido en los términos descritos por la letra k) del mismo artículo, esto es, como la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”<sup>75</sup>.

El último caso se refiere a una casación del Servicio de Evaluación Ambiental, en la forma y en el fondo, contra la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental que acogió la acción del titular de un proyecto por cuanto la categoría de “dimensiones industriales” debía interpretarse conforme con el concepto de “edificio industrial” de la OGUC, y no conforme con la intensidad de la actividad, de forma tal que, sin perjuicio de la magnitud de la intervención, un proyecto ganadero al no “transformar” la materia prima va a ser siempre un proyecto agrícola, por lo que no sería exigible el PAS 160 (para urbanizar suelo rural). Contra este criterio el SEA casó en la forma y en el fondo y en lo que nos resulta relevante, la sentencia rechaza la casación en la forma pero acoge la casación en el fondo, para ello discurre en el carácter “agrícola” o “industrial” de la actividad ganadera en el caso en comento.

Tras analizar el marco jurídico aplicable, es decir el artículo 160 del Reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental y artículo 55 de la LGUC (Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1975)<sup>76</sup>, la sentencia concluye que nos encontramos frente a un Permiso Ambiental Sectorial (PAS) mixto con dos objetos de protección (i)

<sup>74</sup> Corte Suprema, 1 de octubre de 2021, Rol N° 75.736-2021 CC.4-5.

<sup>75</sup> Corte Suprema, 1 de octubre de 2021, Rol N° 75.736-2021 C.6.

<sup>76</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 CC.8-9

la evitación de la proliferación de núcleos urbanos al margen de la planificación, y (ii) la protección del componente suelo<sup>77</sup>.

Al ser el PAS de carácter mixto, la interpretación no puede quedar entregada exclusivamente a las normas de carácter urbanístico, sino que se vuelve necesaria una interpretación ambiental, dentro de los que la Corte destaca el principio preventivo y el *in dubio pro natura*<sup>78</sup>.

Respecto del principio preventivo se dice que

“de lo expuesto se desprende que el principio en examen corresponde a un criterio de tutela anticipada, que se aplica ante riesgos conocidos y que requiere únicamente de un peligro racional y evidente previamente demostrado, cuya ocurrencia sea verosímil a partir de los estudios existentes y de la experiencia acumulada”<sup>79</sup>.

Del principio *in dubio pro natura* la Corte refiere a la conceptualización de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de Olivares y Lucero sin entregar un concepto propio. Señala que en caso de existir duda o más de una opción disponible, el Estado deberá adoptar la medida que mejor proteja a la naturaleza<sup>80</sup>.

Luego, la Corte releva el fin protector del PAS respecto del elemento suelo, de forma que el permiso debe interpretarse de la forma que mejor proteja al elemento<sup>81</sup>, luego se constata que el plantel de cerdos importa un elevado riesgo para el elemento, de forma tal que la caracterización como “industrial” tiene por objeto permitir la protección ambiental<sup>82</sup>. Seguidamente, ofrece una fundamentación desde el tenor literal de lo ganadero como “no agrícola”<sup>83</sup>.

### 5.2.2. La dualidad y el ecocentrismo en las sentencias seleccionadas

A nivel conceptual, Larenz refiere como criterios “teleológico-objetivos”, a los que tienen en su centro la conformidad del supuesto de hecho con la cosa (objeto de protección)<sup>84</sup>. Para el autor, la “objetividad” del criterio interpretativo difiere de elementos “subjetivos” como la historia legislativa, en definitiva, se busca analizar a la cosa protegida conforme, o bien a su sector normativo (ambiental en este caso), o bien en base a la “naturaleza de la cosa”<sup>85</sup> (Larenz, 2001, p. 332).

<sup>77</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.10.

<sup>78</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.12.

<sup>79</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.11.

<sup>80</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.12.

<sup>81</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.15.

<sup>82</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 CC.15-16.

<sup>83</sup> Corte Suprema, 24 de enero de 2021, Rol N° 97.383-2020 C.17.

<sup>84</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 2001 p. 331.

<sup>85</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 2001 p. 332.

La “naturaleza de la cosa” se equipara con valoraciones sociales y el marco axiológico del derecho ambiental, enfocándose en proteger el medio ambiente y la naturaleza. Así, la interpretación teleológico-objetiva se basa en proteger eficazmente el medio ambiente y prevenir pasivos ambientales. Luego, para el autor, en casos difíciles podemos encontrarnos frente a casos en los que mediante el ejercicio interpretativo (y no integrador) es posible extender el contenido de la norma sea restrictivo respecto de la finalidad de la misma<sup>86</sup>. Así, para Larenz, este tipo de interpretación viene a entregar una solución a casos donde el legislador no examinó a profundidad el posible ámbito de aplicación de la norma<sup>87</sup>.

En el caso de las sentencias Rol N° 28.842-2021 y N° 84.513-2021 tenemos que el objeto protegido por la norma no se identifica con su restringida literalidad, de forma tal que la aplicación literal de la ley configuraría una infracción a la finalidad de la misma, por lo que la interpretación jurídica correcta es aquella en la que se extiende el ámbito de la misma para dar cobertura a su sentido material. Así, se extiende el supuesto de hecho de ambos literales del artículo 10 de la Ley N° 19.300 en función del fin protector (de evitación de determinados pasivos ambientales) en cada una de las disposiciones.

Respecto de la sentencia Rol N° 119.087-2020 el ejercicio hermenéutico es distinto, en la medida que se extienden los efectos de la norma (la evaluación ambiental) a supuestos no regulados por el artículo 10. Esto en función no de la misma disposición como en los casos anteriores, sino que de la Ley N° 19.300 como conjunto.

En definitiva, la Corte ha identificado en estos casos que ante conflictos producidos por la estructura de “medio-fin” de los instrumentos de gestión ambiental, debe tenderse a poner en tutela el “fin-objetivo” de la norma, esto es, el objeto tutelado.

El resto de las sentencias nos entregan elementos para analizar los posibles “objetos” de la interpretación teleológico-objetiva. El caso más claro es la causa rol N° 75.736-2021 donde queda de manifiesto una aplicación ecocéntrica del bloque de juridicidad. Se invoca el artículo 19 N° 8 de la Constitución en concordancia con los artículos 1° y 2° (letras e), p), y q)) de la Ley N° 20.600.

Ahora bien, este deber se cumple mediante la construcción de una especie de “principio de evitación de daños ambientales” construido sobre la base de la consagración legal del artículo 19 N° 8 de la Constitución contenido en el artículo 1 de la Ley N° 19.300 el artículo 2° en sus literales e) (definición de daño ambiental), p) (preservación de la naturaleza) y q) (protección del medio ambiente). De forma tal que existiría un principio trascendente a toda la regulación ambiental (controlable como ilegalidad) consistente en actuar preventivamente para evitar daños ambientales o sobre la naturaleza.

Este “deber de evitar daños ambientales” se encuentra como criterio en la Sentencia rol N° 28.842-2021 y es identificable con lo que Cornejo identifica como “principio *in dubio pro ambiente*”, es decir, un antecedente del principio *in dubio pro natura*<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel S.A, Barcelona 2001, p. 391.

<sup>87</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel S.A, Barcelona 2001, pp. 394-395.

<sup>88</sup> CORNEJO, Camilo. “*In dubio pro natura*. Una muestra jurídica de un nuevo entendimiento con la naturaleza”. En P. Moraga (Coord.), Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución, Valencia: Tirant lo Blanch. 2021.



La sentencia Rol N° 97.383-2020 amerita una mención especial por ser la primera que aplica el principio *In dubio pro natura* en Chile, en concordancia con la doctrina ya citada, para la Corte, tanto el Estado y los particulares en aquellos casos en que se encuentren frente a una decisión donde exista más de una opción, deberá preferirse aquella que otorgue mayor protección a la naturaleza.

El enfoque adoptado por la Corte Suprema reconoce un valor autónomo e inherente a la protección de la naturaleza como “fin” del Derecho Ambiental.

## 6. REFLEXIONES FINALES

Este trabajo se propuso responder a la pregunta de si el derecho ambiental chileno se puede considerar exclusivamente antropocéntrico o si, por el contrario, incorpora elementos ecocéntricos. La hipótesis planteada, que sugiere una dualidad entre la conservación del medio ambiente como hábitat humano y la protección de la naturaleza por su valor intrínseco, ha encontrado respaldo en la revisión de las normas y la jurisprudencia. Esta dualidad, aunque no siempre evidente en la implementación de políticas y decisiones administrativas, se encuentra presente en los textos normativos y en ciertas interpretaciones judiciales que reconocen el valor intrínseco de los ecosistemas.

El análisis del Derecho Ambiental chileno que hemos realizado revela que, aunque ha predominado un enfoque antropocéntrico, también se ha ido desarrollando un componente ecocéntrico significativo. Este enfoque dualista refleja una tensión constante entre proteger el medio ambiente para el beneficio humano y reconocer el valor de la naturaleza como un fin en sí mismo. Si bien el marco normativo y la interpretación judicial han favorecido históricamente una perspectiva antropocéntrica, existen claras señales de un contenido más antropocéntrico que impulsa y permite un cambio de enfoque. Esto se evidencia en la adopción de principios como el *in dubio pro natura*, que prioriza la protección de la naturaleza cuando hay incertidumbre de los impactos ambientales de una acción.

La hipótesis inicial de que el Derecho Ambiental chileno combina elementos antropocéntricos y ecocéntricos ha sido corroborada, especialmente en la medida en que se observa un reconocimiento creciente del valor intrínseco de la naturaleza. Sin embargo, esta coexistencia no ha sido del todo armoniosa. La implementación práctica de las normas ambientales sigue estando marcada por una preferencia hacia la protección de intereses humanos, lo que a menudo limita la efectividad de las medidas ecocéntricas. Este fenómeno subraya la necesidad de una mayor coherencia entre el contenido normativo y su aplicación.

Además, la revisión de las decisiones judiciales muestra que, aunque hay un reconocimiento formal de los principios ecocéntricos, la interpretación de las leyes ambientales en Chile todavía se enfrenta a desafíos importantes. La jurisprudencia ha comenzado a reflejar una mayor sensibilidad hacia la protección de los ecosistemas, pero esta tendencia aún no se ha consolidado plenamente. Esto se debe en parte a la estructura legal existente, que aún privilegia la regulación de las actividades humanas más que la preservación de la naturaleza en su conjunto.

Finalmente, mientras que la pregunta pertinente al carácter antropocéntrico del Derecho Ambiental chileno encuentra una respuesta afirmativa en muchos aspectos, también es claro que existe una evolución hacia una visión más equilibrada. El reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza y la implementación de principios que favorecen su protección, independiente de los intereses humanos, son pasos positivos hacia un marco legal más inclusivo y equilibrado. Nos parece que es fundamental continuar avanzando en esta dirección para asegurar una protección ambiental que respete tanto a la humanidad como al entorno natural del que dependemos.

El derecho ambiental, en su fase de consolidación y expansión, debe proteger tanto a las personas actuales y futuras como a la naturaleza. La división de objetivos no es viable, ya que las acciones en un área afectan a las demás. La interpretación radicalmente antropocéntrica desequilibra los derechos, siendo poco realista y no contribuyendo al bien común. Por lo mismo, proponemos reconocer la dualidad del derecho ambiental chileno, protegiendo tanto a las personas como a la naturaleza. Esta perspectiva, alineada con la legislación y jurisprudencia existentes, mejora la interpretación de las normas y la certeza jurídica, y merece ser explorada con mayor atención.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. *Doctrina*

- ACEVEDO, Juan Francisco, 2017: *Buen vivir y derechos de la naturaleza en tiempos de crisis ambiental ¿es el ecocentrismo una opción viable en los derechos humanos? El caso de la “revolución ciudadana” de Ecuador (2007-2017)*, Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO AMBIENTAL (ACHIDAM), 1987: Principios para la formulación de una Política Nacional Ambiental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11.
- ASTORGA, Eduardo, 2006: *Derecho Ambiental Chileno, parte general*, Editorial LexisNexis, Santiago.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2000: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 21.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2018: *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2° ed), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.
- BERTELSEN, Raúl, 1998: “El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, N° 25, Vol. 1.
- CARRASCO, Edesio, 2020: *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, perspectivas, evolución y estándares jurisprudenciales*, Der Ediciones, Santiago.
- CELUME, Tatiana, 2020: “Origen y fuente constitucional de los derechos de la naturaleza en Chile. Una perspectiva desde la lógica ambiental del agua”. En M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Universidad del Externado, Bogotá.
- COLLANTES, Pablo, “Estándar de motivación en la declaración de humedal urbano a partir de la sentencia Rol 25-2021 del Tercer Tribunal Ambiental”. En Tercer Tribunal Ambiental (ed) Quinto Concurso Nacional de Comentarios de Sentencias. Tercer Tribunal Ambiental: Valdivia.

- CORNEJO, Camilo, 2021: “*In dubio pro natura*. Una muestra jurídica de un nuevo entendimiento con la naturaleza”. En P. Moraga (Coord.), *Protección constitucional del medio ambiente: Desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO, Verónica, 2022: “Tendencias jurisprudenciales para una mayor protección de los humedales, sean o no urbanos”, *Litigación Ambiental y Climática*, Vol. II, Nº 5.
- EVANS, Enrique, 1993: “El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación: Su real alcance”. *Repositorio Académico de la Universidad Gabriela Mistral*, Nº 1.
- FEMENÍAS, Jorge, 2017: *La responsabilidad por daño ambiental*, Ediciones UC, Santiago.
- FERNÁNDEZ, Pedro, 2001: *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- GALDÁMEZ, Liliana; MILLALEO, Salvador, 2020: “La naturaleza en la Constitución: visiones indígenas y propuestas ante la crisis”. *Acta Bioethica*, vol. 26, Nº 1.
- GONZÁLEZ, Luciano, y Fuentes, Agustín, 2022: “Notas sobre la pérdida del objeto en el Tercer Tribunal Ambiental. La relación entre el 17 Nº 6 y el 17 Nº 8 de la ley Nº 20.600 desde una perspectiva crítica”. *Revista de Derecho (Concepción)*, vol 90, Nº 252.
- GONZÁLEZ, Luciano, 2023: “El contencioso administrativo sobre la declaratoria de humedales urbanos: la tensión entre la conservación y la motivación del acto administrativo”, *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 91, Nº 253.
- GUILOFF, Matías, 2011: “El dilema del artículo 19 Nº 8 inciso 2º”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Nº 1.
- GUZMÁN, Rodrigo, 2012: *Derecho Ambiental Chileno, principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Editorial Planeta Sostenible, Santiago.
- HUNTER, Iván, 2023: *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente, Tomo I*, Der Ediciones Santiago.
- HUNTER, Iván, 2024: *Derecho Ambiental Chileno Tomo I*, Der Ediciones, Santiago.
- ILLANES, José, 2023: “Revisión y crítica a la judicialización del ingreso de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. *Revista De Derecho Aplicado LLM UC*, Nº 11.
- LARENZ, Karl, 2001: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel S.A, Barcelona, p. 331.
- LINAZASORO, Izaksun, 2019: “El tratamiento de los humedales en Chile: Limitación al dominio de los propietarios colindantes. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema”. En V. Belemmi (Coord.), *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas*.
- MANTILLA, Nelson, 2015: “Reformulación del principio de antropocentrismo ambiental”. *Revista Iustitia*, Nº 13.
- MÉNDEZ, Pablo, 2018: “La precariedad del contencioso ambiental”. *Ius et Praxis*, Nº 24 Vol. 3.
- MONTT, Santiago, 2010: “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”. 2010, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- OLIVARES, Alberto y LUCERO, Jairo, 2018: “Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente”. *Revista Ius et Praxis*, Nº 3.
- ROJAS, Chirstian, 2016: “Fundamentos Jurídico-Dogmático para el Derecho Animal”. En R. Marino (Coord.), *Aproximaciones filosóficas al Derecho Animal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.
- ROJAS, Christian, 2020: “Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional”. *Revista Derecho del Estado*, Nº 45.
- STONE, Cristopher, 1972: “Should Trees Have Standing?-Towards Legal Rights for Natural Objects”. *Southern California Law Review*, Nº 45.
- STUTZIN, Godofredo, 1984: “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”. *Ambiente y Desarrollo*, Nº 1, vol. 1.

TRUCCO, Eduardo, 1976: “Consideraciones generales sobre derecho del entorno”. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 164.

VALENZUELA, Rafael, 1977: “El derecho del entorno y su enseñanza”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1.

## II. *Jurisprudencia*

CORTE Suprema, 23 de agosto de 2021, Rol N° 28.842-2021.

CORTE Suprema, 1 de octubre 2021, rol 119087-2020.

CORTE Suprema, 1 de octubre de 2021, Rol N° 75.736-2021.

## III. *Declaraciones internacionales*

NACIONES Unidas, Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, 1972.

## IV. *Cuerpos normativos*

DECRETO 100 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (2005).

LEY N° 19.300 (1994).

LEY N° 20.600 (2012).

LEY N° 21.202 (2020).



# **JURISPRUDENCIA COMENTADA**



## Víctimas de afectaciones al medio ambiente. El concepto de daño ambiental en el Derecho chileno (Corte Suprema)

### *Victims of Environmental Disturbances: The Concept of Environmental Damage in Chilean Law (Supreme Court)*

*Comentario de Javier Salgado Alonso\**

“Santiago, siete de septiembre de 2022.

(...)

SÉPTIMO: Que, en la especie, la demandante dedujo acción indemnizatoria bajo el estatuto de responsabilidad extracontractual, aduciendo que el hecho u omisión ilícita y negligente en que incurrió su contraparte consiste en la fuga de salmones verificada el 5 de julio de 2018, circunstancia que genera a los actores un perjuicio extrapatrimonial vinculado con las molestias y sufrimientos que han debido soportar, pues su fuente de trabajo y subsistencia fue dañada por los efectos nocivos que se producen en el medio marino por los salmones fugados, además del temor de ver expuesta su salud física a la contaminación generada por el demandado.

Asimismo, del tenor de la demanda se advierte que esa circunstancia constituiría un daño ambiental, el que incluso debe presumirse.

En este contexto, cierto es que la determinación del hecho generador del daño no puede ser dilucidado por el Segundo Juzgado Civil de Puerto Montt sino por el Tribunal Ambiental competente, en la medida que el daño moral que la recurrente invoca se ha hecho consistir en los efectos nocivos que se producen en el medio marino pues la fuga de salmones, en su opinión, produce un daño ambiental irreparable.

OCTAVO: Que, en efecto, el artículo 17 de la Ley Nº 20.600 establece que los Tribunales Ambientales serán competentes para “...2) Conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la ley Nº 19.300. Será competente para conocer de estos asuntos el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el hecho que causa el daño, o el de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado”.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: 0009-0000-1271-3073. Correo electrónico: javier.salgado@derecho.uchile.cl



A su turno, el Título III de la Ley Nº 19.300 que regula la responsabilidad por daño ambiental, define en su artículo 51 la especialidad de ese estatuto sobre la materia, lo que no puede perderse de vista al interpretar lo dispuesto en su inciso tercero, en orden a que “en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

Ciertamente, esa referencia debe entenderse hecha a las materias reguladas en el mencionado cuerpo legal, siendo aplicable lo previsto en el artículo 53, que estatuye que “Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”.

Luego, una vez producido éste, atento a la dicción literal del encabezado del artículo 53 de dicho cuerpo legal, debe concluirse, para ser coherente, que el ejercicio de la indemnizatoria por el directamente afectado –caso en el cual resultan aplicables “las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”– necesariamente requiere la declaración y confirmación de la existencia de daño ambiental, materia reservada por el legislador a los Tribunales Ambientales.

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley Nº 20.600, sobre indemnización de perjuicios, otorga competencia al juzgado de letras que indica, para conocer “de la acción de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental establecida en la sentencia del Tribunal Ambiental”, determinando un procedimiento especial para la tramitación de esa pretensión y estatuyendo, en lo que interesa, que “El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios se basará en el daño ambiental y la relación causal entre éste y la acción del ofensor establecidas por el Tribunal Ambiental”.

A la luz de la antedicha normativa y considerando el origen del daño que en la especie la recurrente persigue le sea compensado, no se equivocan los juzgadores al colegir que “...la consecuente indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual perseguida debe necesariamente incoarse ante el juzgado de letras en lo civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño, una vez que la producción del daño ambiental haya sido previamente establecido en una sentencia del Tribunal Ambiental competente, careciendo, por tanto, el Segundo Juzgado de Letras en lo civil de esta ciudad, en este estado procesal, de la competencia legal para avocarse al conocimiento de la referida acción indemnizatoria”, resultando irrelevante, para efectos de acoger la excepción en referencia, que los jueces hayan declarado que existía un procedimiento de esas características en curso, pues es un hecho indubitado que a la época de interposición de la demanda, el tribunal competente no había dictaminado el daño ambiental provocado por la fuga de salmones a que se refiere la actora en su demanda.

NOVENO: Que, como se dijo, la competencia del juzgador para conocer de un asunto de relevancia jurídica puede ser observada como el ámbito dentro del cual éste ejerce la jurisdicción que le es connatural. Por lo tanto, es por esencia divisible y se define en cada caso con la aplicación de diferentes reglas, generales y especiales.

Las primeras constituyen directrices básicas que sirven al sistema judicial para la organización de su quehacer. En esta categoría se encuentran las reglas de jerarquía o grado, prevención, extensión y ejecución y radicación. Las reglas especiales, por su parte, permiten definir la competencia absoluta y relativa. La primera emerge de la materia, cuantía y fuero y, la segunda, del factor territorio. Y además se reconoce la competencia específica, que se vincula al conflicto que subyace a la litis cuyo alcance se mide directamente dentro del proceso.

Entonces, en lo que atañe al recurso que se viene analizando, la regla de competencia absoluta prevista en el artículo 17 de la Ley N° 20.600 impide que el tribunal de primer grado se pronuncie sobre el hecho ilícito en que la actora ha hecho consistir la atribución de responsabilidad de la demandada, pues el daño moral que aduce haber sufrido encuentra su origen en los efectos derivados de la fuga de salmones, evento que, bajo su propia interpretación, es constitutivo de un daño ambiental.

DÉCIMO: Que, las precedentes precisiones evidencian que la sentencia no pudo conculcar los enunciados en el recurso del modo que asegura la impugnante, pues el conflicto de autos y la decisión que lo dilucida dice relación con una regla de competencia absoluta que ha sido correctamente aplicada. En consecuencia, sin que se advierta error en los razonamientos que conducen a los jueces a concluir que el tribunal de primer grado carece de competencia para conocer de la demanda, el arbitrio necesariamente debe ser desestimado.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y lo preceptuado, además, en los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Harry Andrés Jerez Díaz, en representación de la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt el veintiséis de mayo de dos mil veinte.

Rol 76.471-2020

## COMENTARIO

### 1. *Desentrañando el razonamiento de la Corte Suprema*

La sentencia de la Corte Suprema que se comenta aborda cuál es el tribunal competente y el procedimiento para perseguir la indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual derivada de un daño ambiental.

De esta manera, el razonamiento de nuestro máximo tribunal viene a zanjar una interrogante que curiosamente no ha suscitado el revuelo que uno esperaría: ¿es o no posible demandar directamente responsabilidad extracontractual derivada de un daño ambiental en sede civil cuando este daño aún no ha sido declarado por un Tribunal Ambiental?

En opinión de la Corte, la respuesta a dicha interrogante es que no. Lo anterior, debido a que los únicos tribunales competentes en nuestro ordenamiento jurídico para

calificar jurídicamente un supuesto de hecho como “daño ambiental” son los Tribunales Ambientales.

En efecto, de acuerdo con el razonamiento proporcionado por la Corte, nuestra legislación establecería un procedimiento escalonado para hacer valer la indemnización civil a propósito de la ocurrencia de un daño ambiental.

Así las cosas, según el artículo 53 de la Ley Nº 19.300, en primer lugar, correspondería al demandante iniciar un procedimiento ante el Tribunal Ambiental competente o valerse de uno ya iniciado, y, solo una vez declarada la existencia de dicho daño ambiental, podrá el afectado comparecer ante el Juez Civil para que las consecuencias patrimoniales derivadas de dicho daño ambiental le sean indemnizadas, siguiendo el artículo 46 de la Ley Nº 20.600.

En ese sentido, los Tribunales Ambientales serían competentes para declarar la concurrencia de un daño ambiental, así como ordenar la reparación del mismo medioambiente afectado por parte del agente. No obstante, los Tribunales Ambientales no tendrán la competencia para establecer indemnizaciones monetarias en contra de las víctimas afectadas por el daño ambiental declarado, quedando dicha decisión relegada a otra instancia ante el Tribunal Civil.

## 2. *Eventuales motivos que subyacen al razonamiento propuesto por la Corte Suprema*

Es importante señalar que lo resuelto por la Corte Suprema guarda armonía con la lógica del sistema ambiental chileno, pues se reconoce que las contiendas ambientales se configuran por ciertos aspectos técnicos que requieren de un conocimiento especializado que difícilmente podría darse en un tribunal ordinario.

En efecto, la historia fidedigna de la Ley Nº 20.600 da cuenta de que el propósito con el que el legislador justificó la existencia de los Tribunales Ambientales consistió en:

“(…) que las cuestiones ambientales se mueven en un espacio de conocimiento altamente especializado, pero también incierto, por lo cual no solo es razonable que puedan resolver las discrepancias los jueces letrados, sino que también quienes no invisten tal calidad, pero que disponen de otra especialización que contribuye a una razonable y acabada decisión de los asuntos ambientales”<sup>1</sup>.

Luego, en el mismo mensaje se indicó que “(…) le corresponderá conocer de las demandas por daño ambiental que se interpongan, de conformidad a la acción regulada en la Ley Nº 19.300”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Mensaje de la Ley Nº 20.600 disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/4429/HLD\\_4429\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4429/HLD_4429_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>2</sup> Ibid.

Por su parte, CORDERO VEGA señaló en la discusión legislativa que: “El caso del daño ambiental, precisó, es el único en que hay competencia directa, porque regularmente corresponde a una ejecución de actividad material que produjo un daño (...)”<sup>3</sup>.

Como se puede constatar de las normas enunciadas y de su historia, para demandar los perjuicios que sean consecuencia de un daño ambiental, en atención a la complejidad técnica que requiere su calificación jurídica, la existencia de dicho daño ambiental debe ser previamente declarada por el Tribunal Ambiental que corresponda, quienes son los únicos con competencia para determinar la existencia de un eventual daño ambiental. Al respecto, BERMÚDEZ explica que “Dicha indemnización [de perjuicios] solo procede con posterioridad a la condena de responsabilidad por el daño ambiental, mediante el procedimiento establecido en la misma disposición”<sup>4</sup>.

A mayor abundamiento, el criterio jurisprudencial comentado ha sido replicado recientemente por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas el año 2023 al confirmar una sentencia interlocutoria de primera instancia en la que el 3° Juzgado de Letras de Punta Arenas se declaró incompetente absolutamente para conocer de la controversia en atención a que:

“A pesar de lo señalado por el actor en su libelo, no se ha acompañado por los demandantes sentencia alguna que declare la existencia del daño ambiental provocado por la demandada, siendo el propio actor quien señala que aquellos hechos de constatación de daño al hábitat están siendo vistos por el Tribunal Ambiental de Valdivia, por lo que en base a sus propias declaraciones, se puede presumir que no existe una sentencia de un Tribunal Ambiental que efectivamente declare la existencia de un daño de tal índole. Cabe recordar que el organismo competente para declarar la existencia de un eventual daño ambiental, así como el responsable del mismo, es el Tribunal Ambiental”<sup>5</sup>.

Ahora bien, del precedente jurisprudencial que se ha ido desarrollando, hay algo que no queda del todo resuelto y que plantea legítimas dudas acerca de cómo comprender adecuadamente la protección de los civiles que se han visto menoscabados por afectaciones al medioambiente en términos generales. En lo sucesivo se pretende trazar algunas líneas de cuál sería una interpretación armónica de nuestro sistema jurídico para aquellos casos en que un particular desea que le sean indemnizadas las disminuciones patrimoniales a las que se ha visto confrontado debido a un daño que proviene de afectaciones al medioambiente, sean estas afectaciones calificadas como daño ambiental o no.

---

<sup>3</sup> Proyecto de Ley que crea los Tribunales Ambientales, Boletín N° 6747-12.

<sup>4</sup> BERMÚDEZ, Jorge, 2016: *Fundamentos de Derecho Ambiental* (2° edición), Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 433.

<sup>5</sup> 3° Juzgado Civil de Punta Arenas, Sentencia de 2 de febrero de 2023, Rol C-688-2022. Confirmada Corte de Apelaciones de Punta Arenas Punta Arenas, Sentencia de 14 de marzo de 2023, Rol Civil-50-2022.

### 3. *¿Una peor posición para la víctima?*

De lo expuesto resultaría legítimo preguntarse si acaso, debido a esta normativa especial y sectorial, las víctimas de afectaciones al medioambiente se verían en una posición más desventajosa de aquella en la que se encontrarían si se tratara de un daño motivado por cualquier otra circunstancia que se someta a las normas generales de nuestro Código Civil. No obstante, dicha supuesta desventaja es más bien aparente que real.

En primer lugar, para una acabada comprensión del problema debemos dilucidar qué se entiende jurídicamente por daño ambiental y según el literal e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300 es toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo *significativo* inferido al medioambiente o a uno o más de sus componentes. Es decir, el artículo deja en evidencia que el foco no está puesto en el detrimento patrimonial que pudo haber sufrido un individuo, sino que más bien pareciera que la víctima de dicho daño es el medioambiente en sí, ya sea como interés público subjetivo o bien jurídico protegido. Todo ello, sin descartar la posibilidad de los múltiples daños civiles que un particular puede sufrir como consecuencia de un daño ambiental o de los supuestos de hecho que lo conforman.

Es decir, en términos estrictamente civiles, el daño ambiental, al menos en nuestro ordenamiento y en atención a lo resuelto por nuestra jurisprudencia, no es una tipología de daño diferente a la ya conocida por nuestro Código Civil como daño emergente, lucro cesante y daño moral. En ese sentido, la calificación de daño ambiental no dice relación con el derecho civil propiamente tal, sin perjuicio de que su declaración pueda tener efectos en el plano del derecho privado.

Ahora bien, la forma en que se regula la indemnización a propósito de un daño ambiental declarado pareciera sugerir que este, en términos de los elementos de la responsabilidad extracontractual, es más bien la conducta culposa propiamente tal. Por lo mismo, los particulares deberán acreditar por qué dicho daño ambiental les generó daños civiles y demostrar la relación de causalidad entre los daños civiles y las circunstancias calificadas previamente como daño ambiental por el Tribunal Ambiental.

El problema, sin embargo, es que las veces que nuestros tribunales ordinarios se han declarado incompetentes absolutamente para conocer de estas controversias han sido principalmente porque los demandantes han fundamentado su acción civil calificando ellos jurídicamente la afectación al medioambiente que subyace como un daño ambiental, sin que dicha calificación hubiera emanado previamente de un Tribunal Ambiental.

No obstante, pareciera no existir inconveniente en demandar ante un Juez Civil la indemnización de perjuicios derivada de los daños provenientes del mismo supuesto de hecho o afectación al medioambiente, pero sin calificarlo como daño ambiental.

Lo anterior, no se trata únicamente de una precisión lingüística o estratégica que no tenga implicancias sustantivas. Al contrario, al parecer, nuestro legislador más que poner en una posición desventajosa a los particulares que son víctimas de una afectación al medioambiente, le habría otorgado dos vías diferentes circunscritas a la relevancia de la afectación.

Una primera vía consistiría en seguir las reglas generales del Derecho Civil y deducir una demanda en razón de los hechos que, a criterio del actor, configuran una afectación

al medioambiente, pero sin calificarlos como daño ambiental. Es decir, tratar los supuestos fácticos como meros ilícitos civiles que dan lugar a responsabilidad, debiendo el demandante acreditar todos los elementos que componen la responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de que dichos hechos eventualmente podrían ser incluso calificados como daño ambiental por un Tribunal Ambiental.

Existe una segunda alternativa que consistiría en solicitar ante el Tribunal Ambiental competente la calificación jurídica de los hechos que configuran la afectación al medioambiente independientemente de si estas afectaciones puedan o no ser calificadas como daño ambiental, para luego utilizar dicha sentencia en un procedimiento especial en donde el Juez Civil únicamente deba analizar la relación de causalidad entre el daño ambiental previamente declarado y las afectaciones alegadas por la actora.

Es decir, nuestra normativa reconoce que la víctima del daño ambiental es únicamente el medioambiente, mientras que los particulares son acreedores de los daños civiles que se originan como consecuencia tanto del daño ambiental como de una afectación al medioambiente que no alcance a ser calificada como tal, debiendo acreditarse siempre la disminución patrimonial y su causa.

Lo anterior, precisamente porque el estándar para determinar la concurrencia de un daño civil por una conducta culposa general es más bajo que aquel para determinar que ha existido un daño ambiental, por las consecuencias con efecto *erga omnes* y regulatorias que implica la naturaleza del daño ambiental. De hecho, la definición de daño ambiental mencionada establece expresamente como requisito que la afectación sea significativa.

En ese sentido, sostener que toda afectación al medioambiente deba calificarse como daño ambiental para efectos de que proceda la indemnización de perjuicios, implicaría posicionar a las víctimas en un peor lugar, debido a que de ser así deberían superar dicho exigente estándar para ser recién acreedores de una reparación, cuando es perfectamente posible que el daño civil se genere en un individuo determinado sin que revista de la significancia que requiere el daño ambiental. Es decir, puede ocurrir que una afectación al medioambiente sea significativa para un individuo de manera que se configure plenamente un daño civil, pero no sea lo suficientemente significativo en términos del medioambiente que justifique calificarlo como daño ambiental.

El sujeto u objeto afectado determina dónde se posiciona el foco y estándar para arribar a una solución, por lo que no sería concordante con el principio de reparación integral del daño que el resarcimiento de perjuicios civiles derivados de afectaciones al medioambiente requiera ser calificado como daño ambiental para su procedencia.

En un sentido similar se ha pronunciado la doctrina especializada, al señalar que "(...) se debe hacer notar que el objeto de la pretensión que se ejerce en las acciones donde se persigue la responsabilidad civil de un individuo es diametralmente opuesto a aquel que se ejerce en la acción de reparación o acción ambiental"<sup>6</sup>. En ese sentido, los particulares tendrán derecho a indemnización en la medida que la agresión ambiental

---

<sup>6</sup> FEMENÍAS, Jorge, 2017: *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Santiago: Ediciones UC, p. 89.

afecte un interés privado perfectamente individualizado, lo que no siempre ocurre, como en el caso de afectación a bienes ambientales públicos<sup>7</sup>.

Ahora bien, la decisión entre elegir uno u otro camino tendrá sin dudas implicancias prácticas y sustantivas que deben ser consideradas.

La primera de ellas es que la demanda de daño ambiental ante los Tribunales Ambientales podrá basarse en ciertas presunciones relacionadas con la regulación administrativa, tal como se consagra en el artículo 52 de la Ley Nº 19.300. Sin perjuicio de que solo habrá lugar a la indemnización en este evento si se acreditare relación de causa-efecto entre la infracción y el daño producido. Lo relevante es que los Tribunales Ambientales serán el órgano competente para determinar si ha existido una infracción o no a la regulación administrativa pertinente, quedando vedados los Tribunales Civiles de la posibilidad de emitir dicha declaración. Por lo anterior, si el fundamento de la acción se basa en este tipo de infracciones, pareciera ser esta la mejor alternativa.

Las opciones que tienen los individuos para demandar daños provenientes de una afectación al medioambiente, más que ser antagónicas o incompatibles, pueden ser complementarias, subsumibles o derechamente diferentes.

Pueden existir casos en donde la naturaleza de la afectación no revista el carácter de daño ambiental y por lo mismo baste con la declaración de daño civil para lograr una reparación integral del afectado, o afectaciones que sean constitutivas de daño ambiental y que generen (o no) daños civiles.

Este fallo de la Corte Suprema, más que transmitir una reflexión de derecho procesal, apunta a entender que un hecho puede generar un daño civil o ambiental, sin perjuicio de que el daño ambiental pueda también ser causa de otros daños civiles. La forma de actuar de quien pretende que se le repare un daño en estas condiciones requerirá de un ejercicio analítico respecto de la significancia de los menoscabos alegados, metodología que sin duda también plantea un desafío para los sentenciadores al momento de analizar la extensión y cuantía de las partidas que componen la indemnización.

Desde ahí aparecerán diversas preguntas tanto en quienes demandan como en quienes resuelven. Así, por ejemplo, las siguientes: ¿La disminución patrimonial alegada se fundamenta en el derecho a un medioambiente libre de contaminación o proviene directamente de otro derecho o interés jurídicamente protegido? ¿Existe concurrencia entre la indemnización civil derivada de un daño ambiental ya declarado con aquella que provenga de la consideración del hecho como ilícito civil? ¿Cómo opera la cosa juzgada para evitar casos de doble indemnización y enriquecimiento sin causa?

Finalmente, una afectación al medioambiente, dependiendo de su entidad y respecto de quién se analice, podrá ser considerada un daño ambiental que pueda o no producir asimismo daños civiles consecuenciales o, por otro lado, derechamente podrá tratarse de una conducta culposa que, si bien no puede calificarse como daño ambiental, sí corresponde a una hipótesis de responsabilidad civil. Ambas situaciones implicarán procesos distintos e indemnizaciones con alcance, naturaleza y contenido diferentes. Asimismo, también puede que no alcance a ser ninguna de las dos.

---

<sup>7</sup> Ibid.

## “La exposición imprudente al daño. Conducta culpable y contribución causal” (Corte Suprema)

*“Reckless exposure to harm. Guilty conduct  
and causal contribution (Supreme Court)”*

*Comentario de Cristóbal Bardales Rioseco\**

Santiago, diecinueve de julio de dos mil veintidós.

### VISTO:

En este procedimiento ordinario sobre indemnización de perjuicios tramitado bajo el Rol C-5.707-2017 del Segundo Juzgado Civil de Temuco, caratulado “Torres con Pohl”, mediante sentencia de quince diciembre de dos mil dieciocho fue acogida parcialmente la demanda, condenando a la demandada a pagar a la actora la suma de \$4.000.000 por concepto de daño moral, con los incrementos que indica, con costas. Ambas partes impugnaron el fallo mediante recursos de apelación y por sentencia de veintisiete de mayo de dos mil veinte la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó lo decidido en primer grado. En contra de ese pronunciamiento, la actora interpone recursos de casación en la forma y en el fondo. Se trajeron los autos en relación.

### CONSIDERANDO:

En cuanto al recurso de casación en el fondo:

DÉCIMO: “...La exposición de la víctima supone una acción y efecto de exponer o exponerse, arriesgar, aventurar, poner una cosa o una persona en contingencia de perderse, dañarse o lesionarse. En tanto, en relación con la culpa, se ha dicho que puede consistir en un actuar imprudente, negligente, con falta de pericia, inobservancia de reglamentos, deberes o procedimientos. Así lo ha asentado esta Corte Suprema, entre otros fallos, en los recaídos en las causas rol 26.534-2014 y 22.835-2014, expresando

---

\* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad civil, Universidad de los Andes, Chile. <https://orcid.org/0009-0005-7288-3118>. Correo electrónico: [cbardalesrioseco@gmail.com](mailto:cbardalesrioseco@gmail.com)



que la imprudencia consiste en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos. Se trata de un comportamiento defectuoso resultante de una respuesta al estímulo que la provoca, sin que el sujeto haya efectuado la suficiente valoración sobre la oportunidad o inoportunidad, conveniencia o inconveniencia de la reacción y, desde luego, sin la suficiente graduación de la intensidad de su efecto. Consiste, en otros términos, en una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto. Imprudencia, por tanto, es la falta de previsión de las consecuencias de una acción, o el hecho de no pensar evitarla a pesar de haberla previsto; una forma de conducta ligera o descuidada, de la cual habría que abstenerse. (C.S., rol 2.197-2010)".

**DUODÉCIMO:** Que es un hecho asentado que la demandada incurrió en una conducta negligente, lo que genera la responsabilidad indemnizatoria que viene declarada por los juzgadores. Esta negligencia consistió en admitir que sus trabajadores procedieran a asear la escalera de acceso al segundo piso del local sin tomar los resguardos pertinentes, pues no instalaron la señalética adecuada que advirtiera el peligro de transitar por ese sector en donde el piso estaba mojado y resbaloso. A la vez y sobre la base de los dichos formulados por la actora en su demanda, la sentencia manifiesta que esa parte anticipadamente advirtió, aunque sea por unos segundos, que el piso estaba mojado, y luego cayó. Entonces, corresponde determinar si el resultado nocivo se ha debido únicamente a la negligencia de la demandada o también al actuar descuidado de la demandante y para sortear el problema que surge frente a la multiplicidad o pluralidad de causas, discriminando de entre todas las concurrentes aquella que tiene la eficacia de generar el perjuicio, la doctrina recuerda que el factor a considerar es que esa causa debe constituir un elemento necesario y directo del daño. Para dilucidar este asunto bien puede acudirse a lo que esta Corte ya ha tenido la ocasión de asentar al adentrarse en el examen de la causalidad en materia de responsabilidad extracontractual y, en particular, en lo relativo a la circunstancia de ser el hecho del agente una condición necesaria para generar el daño. Tal discusión se ha sustentado tradicionalmente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que entiende todas las causas como equivalentes, en la medida que cada una sea condición necesaria de la producción del daño. Sin embargo, ante la frecuente coexistencia de causas y sucesión o secuencia de acontecimientos que pueden contribuir a la producción de un resultado dañoso, han acudido los autores a criterios tales como la causalidad adecuada o eficiente, para justificar la imputabilidad que puede atribuirse al autor de un hecho por las consecuencias que de este hayan derivado. Este criterio permite definir, entre los múltiples factores potencialmente dañosos, cuál es el preciso hecho que produjo el perjuicio, para así determinar la imputabilidad de la conducta, cuestión que resulta particularmente relevante si con posterioridad al hecho culpable surgen factores extraños que interfieren la relación causal, tales como la intervención de terceros o de la propia víctima, o la conducta omisiva de esta última, como se discute en la especie

DÉCIMO TERCERO: Que, sin duda, la creación del riesgo de la especie obedece a la negligencia de la demandante (debe decir demandada), pues toleró que una dependiente suya procediera a asear el piso de la escalera sin señalarlo al público, ni anunciar el peligro que suponía transitar en esos momentos por el sector. Entonces, aun cuando la demandante anticipadamente advirtiera aunque “sea (por) unos segundos” que el piso estaba mojado, ese accionar no autoriza a colegir que al decidir continuar su marcha se expusiera imprudentemente al riesgo, pues también ha sido establecido que no existía señalética que advirtiera el peligro de transitar por el sector. En efecto, no existe prueba que autorice a colegir que la actora estuvo en condiciones de conocer que el piso estaba a tal punto resbaloso que provocaría su caída, sino sólo que el piso estaba mojado. Y de hecho, ante la inexistencia de información que indicara el peligro de transitar por el sector, es razonable que en el brevísimo lapso que destaca la sentencia, la demandante pudiera representarse que su transitar no involucraba un riesgo, pues quien creó ese riesgo tampoco se lo había hecho presente. Por consiguiente, la decisión voluntaria de la demandante de seguir subiendo por la escalera no resulta suficiente para colegir que esa acción importe una exposición imprudente al daño por su parte y no puede desprenderse de ese sólo hecho que el resultado nocivo producido haya sido consecuencia del actuar tanto de los autores del ilícito como de la víctima y que se configure un fenómeno de concausas, o que el daño de que se trata sea el resultado simultáneo del obrar del agente y la víctima.

DÉCIMO CUARTO: Que, en consecuencia, al declarar los jueces que la actora se expuso imprudentemente al riesgo han quebrantado el artículo 2330 del Código Civil, error de derecho que debe ser enmendado privando de valor a la sentencia que lo contiene, la que tampoco puede ser mantenida si se tiene en cuenta que de tal infracción ha seguido una decisión necesariamente diversa a la que se habría debido arribar en caso contrario, con lo que se satisface el requisito de que el yerro tenga influencia decisiva en lo resuelto.

Por ello, corresponde acceder al arbitrio de nulidad sustantiva que ha sido planteado por la parte demandante.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 785 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en la forma deducido por el abogado Mauricio Colil Olivares, en representación de la demandante y se acoge el recurso de casación en el fondo impetrado por esa misma parte en contra del fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Temuco de veintisiete de mayo de dos mil veinte, el que se invalida y se lo reemplaza por la sentencia que se dicta separadamente y a continuación.

Regístrese. Redacción a cargo del ministro señor Silva C. N 76.197-2020. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sra. Rosa Maggi D., Sr. Arturo Prado P., Sr. Mauricio Silva C., Sr. Juan Manuel Muñoz P. y Sr. Raúl Mera M.

## COMENTARIO

En esta sentencia se concretan dos de los principales problemas existentes en la aplicación del artículo 2330 del Código Civil chileno. La primera de ellas consiste en los elementos para catalogar a la conducta de la víctima como imprudente; y en segundo lugar, existiendo esta pluralidad de causas, se deberá determinar en qué grado y proporción será responsable del daño la víctima, para efectos de rebajar adecuadamente la indemnización debida.

En la sentencia que se comenta logramos apreciar con claridad cómo los dos problemas enunciados se manifiestan, junto con las correspondientes consecuencias y de allí la utilidad de efectuar este comentario.

### I. *Respecto del primer problema*

En el fallo se distingue a la conducta de la culpa, correcta distinción que se lleva a cabo en el considerando décimo, párrafo tercero, donde el sentenciador establece la necesidad de precisar en forma separada qué significa la **exposición de la víctima** y qué es la **imprudencia de la víctima**, debido a que en todo evento dañoso existe un hecho de la víctima, más la aplicación del artículo 2330 está supeditada a que dicha conducta sea objeto de un juicio de reproche a la luz de un modelo o estándar de conducta.

La sentencia se centra, principalmente, en los elementos que permiten calificar de imprudente al hecho de la víctima y es en ellos que nos detendremos. Primeramente la sentencia nos recuerda que la culpa implica necesariamente el contraste de la conducta desplegada con la conducta esperada (modelo de conducta<sup>1</sup>) en el hecho concreto, pues en palabras de la Corte “la imprudencia consiste en un obrar sin aquel cuidado que según la experiencia corriente debe tenerse en la realización de ciertos actos”, más adelante reitera que “consiste, en otros términos, en una falla de la esfera intelectual del sujeto, que lo lleva a desplegar una conducta sin las precauciones debidas en el caso concreto”. Podría en este punto pensarse que lo citado no es relevante, pues sería una suerte de reiteración de la visión normativa de la culpa. Sin embargo ello no es efectivo, pues en lo transcrito se evidencia que el tribunal no parte de la base de un infracción a un deber de conducta normativamente establecido, al contrario, indica explícitamente que el

---

<sup>1</sup> Acerca de este modelo y el contenido del deber de cuidado, interesante es lo dicho por el profesor Aedo Barrena, quien indica que: “La reglamentación o la *lex artis* permitirá construir, en su caso, el deber al que se ha faltado, pero en caso alguno permitirá formular el reproche que supone la culpa”. AEDO, Cristián, 2018: *Culpa Aquiliana, una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*. Santiago: Legal Publishing Chile, p. 339. Consideramos que la cita es pertinente, por cuanto en la sentencia que se comenta, lo resuelto en sede de casación fue la eliminación del juicio de reproche a la conducta desplegada por la víctima, por cuanto se determinó que el deber de cuidado construido *ex post* por el sentenciador no fue infligido por la acción de aquella.

juicio de contraste a la conducta de la víctima se hará respecto de aquella esperada en el caso concreto, siendo esta última diseñada<sup>2</sup> por el juez.

En segundo lugar, el fallo para efectuar el mencionado diseño toma en consideración a los elementos extrínsecos<sup>3</sup> de la conducta, tales como: el lugar; riesgos; naturaleza de la actividad emprendida, lo que evidencia lo abstracto y lo concreto de la culpa. Consideramos que precisamente por el análisis de dichas circunstancias, habiendo situado el estándar de conducta de la víctima en un tiempo y lugar, la Corte arribó a la conclusión de que su conducta no era imprudente, lo que pasamos a justificar a continuación.

Con los dos puntos mencionados, podemos indicar que consideramos correcto el razonamiento de la Corte en orden a acoger el recurso de casación en el fondo y no aplicar el artículo 2330 del Código Civil en la sentencia de reemplazo, pues en el análisis de la prueba rendida no hay antecedentes que permitan catalogar de imprudente a la exposición de la víctima, sobre todo teniendo presente que el dependiente del demandado no tomó las medidas necesarias para poner en conocimiento del público el hecho de haber creado un riesgo, omisión que tiene como lógica consecuencia el privar a la demandante y recurrente de los elementos externos que social y objetivamente permiten entender por incorporado en la esfera intelectual del tercero la existencia de un riesgo o, en otras palabras, dicha omisión privó a la víctima de tener conciencia del riesgo al que se expuso.

Así las cosas, no es reprochable su conducta, pues no es posible desprender de esta una asunción del riesgo, debido a que la existencia de él no puede entenderse incorporada en el juicio de previsibilidad que realizó la víctima al tomar la decisión de subir la escalera.

Como se puede colegir de lo dicho acerca de este primer problema, la complejidad se encuentra en la construcción jurídica del concepto “culpa” y en analizar cómo deben interactuar en dicho proceso los elementos externos existentes al momento de verificarse la conducta etiquetada como “imprudente”. En la historia de esta causa, esta complejidad se muestra en plenitud, pues los jueces de instancia catalogaron como imprudente a la conducta de la víctima y aplicaron el artículo 2330, y luego, a base de los mismos antecedentes fácticos, la Corte Suprema entendió que la aplicación de esa norma no correspondía, pues no se cumplía el principal requisito para su aplicación, esto es, la negligencia de la víctima.

---

<sup>2</sup> En doctrina, esta visión estructural de la culpa ha sido desarrollada por Aedo, quien ha precisado que: “Aun cuando la culpa no constituya siempre infracción de un deber, mantiene en su esencia, en términos que la culpa es el reproche que se formula a la conducta de un sujeto, cuando este estaba en posición de prever y/o evitar el daño, de acuerdo a un estándar social de comportamiento, determinado normativa o judicialmente”, AEDO (2018), p. 383.

<sup>3</sup> En lo relativo a las circunstancias extrínsecas o lo concreto de la culpa, se ha dicho “La apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de una persona en particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias”. BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad Extracontractual* (2da. edición), T.1.Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 90-91.

## II. *El segundo problema*

Enmarcado en el fenómeno de las concausas y la contribución del hecho de la víctima al daño causado, la segunda dificultad consiste en la determinación de aquella participación en el perjuicio íntegro, para efectos de arribar correctamente a la indemnización debida.

En doctrina se indica que para una correcta determinación de la indemnización a pagar en el evento de la culpa de la víctima, el tribunal debería precisar primeramente el valor del daño total o íntegro, es decir, cuantificar el daño sufrido por la víctima con independencia de la contribución causal que pudiere tener y, una vez así determinada la indemnización, correspondería abordar el grado de participación en la realización de su daño, para la justa reducción del mismo, cuestión denominada como “cuotas causales”<sup>4</sup>. En nuestra realidad jurisprudencial ello no ocurre, la máxima consiste en que la reducción del daño y la consecuente determinación de la indemnización son cuestiones de hecho<sup>5</sup> (dejando solo la aplicación del artículo 2330 como cuestión de Derecho) que deben quedar entregadas a la discreción del juez, y por ello es tan habitual encontrar en las sentencias la sola referencia a la aplicación de la norma en comento y luego la determinación de la indemnización resultante, sin precisar cuál era la avaluación del daño total ni menos la contribución causal de la víctima. Lo dicho ocurre en los fallos de instancia señalados. En efecto, en la sentencia de primera instancia, confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Temuco, se resolvió:

“Que esta sentenciadora determinará prudencialmente el monto del daño moral, por cuanto la apreciación pecuniaria, está entregada a la discrecionalidad del Tribunal, por ser esencialmente subjetiva, tomando en consideración lo antes razonado, el tipo de lesión y sus secuelas, el tiempo y la extensión del dolor, se fijará en una suma que deberá ser reducida por estimar que la víctima se expuso además al daño, determinándose en definitiva en el monto de cuatro millones de pesos que deberán ser pagados por la demandada”.

Lo expuesto ocurre cotidianamente en nuestra jurisprudencia, de tal forma que en las sentencias que aplican el artículo 2330 **se desconoce la valoración del daño sufrido por la víctima**, solo se conoce la indemnización a que es condenado el agente, y acá es donde cristaliza la problemática abordada, pues los tribunales de instancia pese a tener la competencia privativa de los hechos y de su prueba, no indican la avaluación del daño sufrido, como si la aplicación del artículo 2330 fuese algo indiscutible durante el proceso, lo que deja en una complicación técnica al recurso de casación en el fondo que busca invalidar la sentencia que aplicó dicha norma, y la complicación consiste en que

<sup>4</sup> SAN MARTÍN, Lilian, 2019: *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil*. Santiago: DER ediciones, p. 233.

<sup>5</sup> BARROS (2020), p. 462.

será la Excelentísima Corte Suprema quien determinará **por primera y única vez**, el monto que indemniza el daño total sufrido por la víctima, y para ello ¿tendrá que valorar la prueba rendida pese a no existir denuncia de infracción a las normas reguladoras de la misma? Y específicamente, en este caso, ¿cómo logró la Excelentísima Corte Suprema determinar que la indemnización ascendía a la suma de \$10.000.000?

Hay otra consecuencia que se desprende de la problemática que desarrollamos, y creemos que será más manifiesta en la medida que la noción de causalidad sea entendida como una cuestión de Derecho, *ergo*, susceptible del recurso de casación en el fondo. Esta consiste en determinar, con precisión, la contribución causal de la víctima en su daño, pues, si demandante o demandado consideran que existe infracción a la noción de causalidad en la aplicación de la norma comentada, por ejemplo, mediante una errada aplicación de las reglas/principios de imputación objetiva por los tribunales de instancia, se podría intentar un recurso de casación en el fondo para reducir o aumentar el porcentaje de contribución causal de la víctima en su daño, para así obtener una reducción o incremento de la indemnización, pero claro, como hemos dicho anteriormente, esto requiere que los tribunales señalen en términos explícitos la contribución causal de la víctima, cuestión que no ocurre frecuentemente en nuestros tribunales.

Lo expuesto en el párrafo anterior podemos reducirlo a la siguiente interrogante, si en el caso en comento, la víctima asumiera que efectivamente su hecho es causa del daño, pero discrepa acerca del monto recibido como consecuencia de la reducción de la indemnización, por cuanto considera que su culpa no fue la más grave<sup>6</sup> o no fue la causa eficaz<sup>7</sup> del daño, ¿cómo podría hacerlo si el tribunal de instancia no indicó en qué porcentaje la víctima es responsable de su daño?

Además del problema expuesto, consideramos que esta determinación (del daño íntegro y la participación de la víctima en él) igualmente debe ser exigida por una cuestión de seguridad jurídica, ya que sin ella perfectamente el tribunal de instancia puede señalar que en el caso concreto se ha resuelto aplicar el artículo 2330 del código civil, mas dicha aplicación es solo en lo formal de la misma sentencia y no en la determinación de la indemnización, en otras palabras, la sentencia señala que para la valoración del monto indemnizatorio ha empleado dicho artículo, pero la cifra a que se condena al demandado se condice con lo que el mismo tribunal ha resuelto en casos donde no ha aplicado la norma señalada (cuestión que hoy podemos cotejar aún con mayor precisión gracias al baremo jurisprudencial). Como ejemplo de lo concreto que es esta incertidumbre, señalamos lo resuelto por el 2º juzgado civil de Concepción<sup>8</sup>, que acogió una demanda en que por ocasión de una falta de servicio, falleció el hijo, hermano, pareja y padre de los demandantes y, en esta sentencia, el juez señala que aplicó el artículo 2330, pero la indemnización que determinó da pocas luces de una aplicación concreta, ello por cuanto condenó al pago de \$ 40.000.000 para los padres, pareja y hermano del occiso

<sup>6</sup> SAN MARTÍN (2019), p. 231.

<sup>7</sup> SAN MARTÍN (2019), p. 232.

<sup>8</sup> Segundo Juzgado Civil de Concepción, 23.09.2022, rol C-4286-2020.

y \$ 60.000.000 para la hija, valores que se condicen con una indemnización íntegra en eventos de culpa exclusiva del demandado.

La incertidumbre planteada y evidenciada con el fallo previamente citado, y las problemáticas expuestas en la aplicación del artículo 2330 del Código Civil son reales, y se eliminarían si los jueces lo emplearan precisando el monto íntegro del daño y el grado o porcentaje de participación de la víctima en su causación.

## Derechos del contribuyente en juicio tributario sobre prescripción de la acción sancionatoria (Corte de Apelaciones de Valparaíso)

### *Taxpayer rights in tax procedure on prescription of the sanctioning action (Court of Appeal Valparaíso)*

*Comentario de Valentina Encalada Romo\**

1. El Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso rechaza el reclamo. Sentencia definitiva en causa RUC 20-9-0000646-3

“Valparaíso, quince de noviembre de dos mil veintidós.

VISTO:

30. Que, si bien el contribuyente no presentó en tiempo y forma las declaraciones en cuestión, sí lo hizo de forma extemporánea o con retardo, entendiéndose dichas declaraciones de acuerdo al artículo 69 de la Ley de la Renta debieron efectuarse el último día del mes de abril de cada año, configurando en definitiva, la hipótesis de “retardo”, por lo que este tribunal entiende que las infracciones se cometieron cuando el contribuyente efectivamente presentó las declaraciones al ente fiscal y estas fueron procesadas por este último, esto es, el día 08.09.22 por lo que la acción sancionatoria expirará indefectiblemente el 08.09.2025, cuestión que implica que los giros reclamados fueron emitidos dentro del plazo legal y que la alegación relativa a la prescripción de la acción sancionatoria, debe ser desechada.

Caso distinto sería si el ente fiscal en el ejercicio de sus facultades de fiscalización determinara la “omisión” de parte del contribuyente y emitiera los giros asociados a la infracción. Sin que el contribuyente haya presentado las declaraciones anuales de impuestos, obligación que como ya se ha indicado, se engarza dentro del sistema de autodeclaración de la obligación tributaria que sigue nuestro ordenamiento jurídico tributario.

31. Que, de esta forma, si bien el contribuyente no presentó las declaraciones dentro del plazo legal, sí lo hizo con posterioridad, configurando con toda claridad la hipótesis

---

\* Universidad Adolfo Ibáñez Viña del Mar. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile. Máster en Asesoría Fiscal, Universidad Pompeu Fabra, España. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1183-884X>. Correo electrónico: [vencalada@magasichycia.cl](mailto:vencalada@magasichycia.cl)



del retardo, por lo que dicho hito implica la configuración de la infracción respectiva y ciertamente el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción sancionatoria.”

2. La Corte de Apelaciones de Valparaíso determina la prescripción de las multas y adscribe a la tesis del contribuyente. Sentencia revocatoria Rol N° 48-2022

“Valparaíso, veintiocho de agosto de dos mil veintitrés.

#### VISTOS:

Séptimo: Que, de lo dicho precedentemente, no existe duda alguna que la infracción en que incurrió el reclamante es la descrita en el inciso final del numeral 2 del artículo 97 del Código Tributario, en la modalidad de retardo en la declaración. De esta forma, para configurar la infracción y ciertamente para iniciar el cómputo del plazo de prescripción de la acción sancionatoria, la ley dispone que las declaraciones respectivas o bien, deben ser omitidas, esto es, debe existir una abstención de parte del contribuyente en cuanto a sujeto pasivo de la obligación tributaria, o derechamente ser presentadas con retardo, esto es, con demora o tardanza en relación con la época fijada por el artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la renta.

Por su parte, en el Impuesto a la renta, el inciso 1° del artículo 69 de la ley antes señalada dispone “las declaraciones anuales exigidas por esta ley serán en el mes de abril de cada año, en relación con las rentas obtenidas en el año calendario comercial anterior, según proceda, salvo las siguientes excepciones [...]”.

En el caso que nos ocupa, los movimientos, del año tributario 2013, se deben declarar el 30 de abril de 2014, a más tardar, y por ende podrán ser liquidadas y cobradas hasta el 30 de abril de 2017. Concretamente el plazo vence a medianoche del 30 de abril al 1° de mayo de 2017. Lo mismo ocurre con la de los años 2015, 2016 y 2017, en consecuencia, las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario pudieron ser liquidadas a la medianoche del 30 de abril al 1° de mayo de 2018, 2019 y 2020 respectivamente, constituyéndose estas en las fechas en que se cometieron las infracciones y por ende el comienzo del plazo de prescripción.”

#### COMENTARIO

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que aquí se comenta, del 28 de agosto de 2023, aborda un relevante tema en materia de prescripción tributaria respecto de cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción para perseguir sanciones de carácter pecuniario en el caso que un contribuyente presenta con retardo su declaración de impuestos.

Se plantean dos posturas respecto de cuándo se entiende cometida la infracción mencionada. La primera, sostiene que es el día en que venció el plazo para presentar la declaración, sin haberlo efectuado; esta tesis es defendida por el contribuyente y recogida

por el tribunal de alzada. La segunda, sostiene que es el día en que se presentó la declaración extemporánea, postura sostenida por el Fisco y el tribunal de primera instancia.

La importancia de la sentencia de la Corte de Apelaciones radica en el hecho de que al rechazar esta última posibilidad y ordenar dejar sin efecto los giros emitidos por el Servicio, ya que las infracciones que le dieron origen se encuentran prescritas, corrige una situación que representaba una evidente vulneración a los derechos del contribuyente consignados en los artículo 8 bis números 13 y 18 del Código Tributario, por tratarse de una extensión indebida del tiempo que posee el Fisco para perseguir el cobro de multas.

En efecto, la institución de la prescripción constituye un modo de extinguir las acciones previstas para exigir el cumplimiento de las obligaciones, cuyo interés social radica en que las relaciones jurídicas no se mantengan inciertas durante un largo tiempo y exista sanción para quien no ejerce sus derechos. De esta manera, el requisito más importante es el transcurso del tiempo establecido en la ley, que para el caso de cobro de multas se consigna en el inciso final del artículo 200 del Código Tributario que dispone “las acciones para perseguir las sanciones de carácter pecuniario y otras que no accedan al pago de un impuesto prescribirán en tres años contados desde la fecha en que se cometió la infracción”.

La infracción que nos ocupa es aquella regulada en el artículo 97 número 2° del Código Tributario, en la modalidad de retardo en la presentación de la declaración de renta que debe ser presentada a más tardar el día 30 de abril de cada año, según lo establecido en el artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Concretamente, se trató de un pequeño contribuyente que no presentó oportunamente sus declaraciones por los ingresos percibidos en los años comerciales 2013, 2014, 2015 y 2016, pero que posteriormente, en un esfuerzo por corregir su situación tributaria de esos años, remite al Servicio de Impuestos Internos los formularios 22 correspondientes a los años tributarios en que debió declarar esos ingresos. Esto último acontece en agosto del 2020, y al mes siguiente, el Fisco aplica las multas causadas por esas declaraciones extemporáneas, emitiendo los giros impugnados mediante reclamación tributaria de acuerdo con el procedimiento especial para la aplicación de multas previsto en el artículo 165 del Código Tributario, sosteniendo su prescripción.

En primera instancia, el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso interpreta que el día que presentó tardíamente la declaración en el 2020, se configuró la hipótesis infraccional de “retardo” establecida en el artículo 97 y, por esta razón, comenzó a correr el plazo de 3 años de prescripción. En consecuencia, rechaza el reclamo, sosteniendo que los giros fueron emitidos dentro de plazo, ya que la presente acción sancionatoria expira el año 2025.

Sin embargo, en segunda instancia la Corte de Apelaciones revoca la sentencia, afirmando que las fechas en que el reclamante cometió las infracciones cuyo cobro persiguió el Servicio de Impuestos Internos, acontecieron al vencimiento de plazo en que debía presentarlas de acuerdo con el artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, esto es, entre la medianoche del 30 de abril al 1 de mayo de los años 2014, 2015, 2016 y 2017. Desde ese momento el Fisco pudo haber liquidado las respectivas sanciones y

por tanto comenzó a correr el plazo de prescripción de 3 años; en consecuencia, los giros emitidos en septiembre 2020 se encuentran prescritos.

El fallo del tribunal de alzada se destaca en materia de justicia tributaria por resguardar los derechos del contribuyente consignados en los números 13 y 18 del artículo 8 bis del Código Tributario, que disponen: “13° Tener certeza de que los efectos tributarios de sus actos o contratos son aquellos previstos por la ley [...]. “18° Que, para todos los efectos legales y cualquiera sea el caso, se respeten los plazos de prescripción o caducidad establecidos en la ley”.

La prescripción es una institución de orden público que jamás puede quedar entregada a la voluntad de las partes. Consecuentemente, la fijación de límites temporales claros y predecibles para el ejercicio de los derechos es fundamental para entregar certeza jurídica, evitando que las acciones se extiendan en forma arbitraria o indefinida en el tiempo, garantizando la seguridad y estabilidad en la aplicación e interpretación de las leyes y fomentando un entorno donde los derechos y obligaciones son comprensibles y respetados.

La interpretación de la Corte de Apelaciones que establece la fecha que debió cumplirse la obligación de presentar la declaración –30 de abril– como el inicio del cómputo del plazo de prescripción para perseguir el cobro de las multas causadas por declaraciones extemporáneas, es la única posible en la medida que respeta el principio certeza jurídica que rige la institución de la prescripción y expresamente se resguarda por el legislador como derecho del contribuyente. La fijación de una fecha determinada que marca el inicio del plazo de tres años, del artículo 200 del Código Tributario, es un elemento esencial de la prescripción extintiva que nunca puede quedar entregado a la discreción de las partes, como se habría derivado de la postura del juez de primera instancia que interpretó que el plazo comenzaba a correr cuando el contribuyente presentase la declaración extemporánea. En consecuencia, la tesis que recoge el fallo de la Corte de Apelaciones debe preferirse indiscutiblemente por resguardar la certeza jurídica que garantiza el legislador al contribuyente respecto del tiempo que posee el Servicio para imponerle multas, sancionando la inactividad de este último con la extinción de ese derecho transcurrido el plazo. Lo anterior configura el necesario equilibrio que debe existir entre los derechos y obligaciones del Servicio de Impuestos Internos y el contribuyente, fundamental en materia de justicia tributaria.

De seguir la tesis contraria, sostenida por el juez de primera instancia, se generaría una grave incertidumbre jurídica, ya que podrían transcurrir extensos períodos sin que el contribuyente regularice su situación tributaria y solo desde ese momento –un día hipotético, eventual, que incluso podría nunca acontecer– comenzaría el cómputo del plazo de prescripción para imponer multas. Incluso si el contribuyente no presenta la declaración de impuestos durante veinte años, por ejemplo, según la interpretación del sentenciador, la prescripción de la sanción que afecta a esta infracción no habría empezado a transcurrir sino hasta que se concretara esta actuación, sin mencionar los desmedidos perjuicios económicos que en teoría se generarían en materia de intereses penales ya que, de acuerdo con el artículo 53 del Código Tributario, se devengan *por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adendare de cualquier clase*

*de impuestos y contribuciones. {...}, al margen de una eventual condonación del artículo 56 del Código Tributario.*

Finalmente, destacamos el asertivo criterio jurídico que recoge el tribunal de segunda instancia en cuanto a evidenciar la inminente desigualdad que se generaría entre dos contribuyentes que omiten presentar su declaración de renta. En efecto, en el considerando 8° expresa: *Además, la interpretación contraria, implicaría que, respecto del contribuyente que no presenta su declaración y no tiene ninguna intención de hacerlo, se le cuenta el plazo de prescripción desde la fecha en que comete la infracción, que es por omisión, en cambio a aquel que demuestra voluntad de cumplir con sus obligaciones fiscales y regularizar su situación y realiza una acción concreta para ello, aunque con retardo, se le cuenta el plazo desde este momento. En otras palabras, se trata en forma más severa al contribuyente, que, aunque moroso, se esfuerza por ponerse al día, que a aquel que no lo hace, lo que claramente lesiona el principio de buena fe tributaria e incluso, la igualdad ante la ley.*

## CONCLUSIÓN

El contraste de estas dos sentencias demuestra la utilidad y necesidad de integrar los derechos del contribuyente a la interpretación judicial por las siguientes razones:

En primer lugar, para que las resoluciones preserven la integridad del sistema tributario. En este sentido, la sentencia de primera instancia limita su razonamiento a la obligación que infringió el contribuyente, al derecho del Servicio de Impuestos Internos a fiscalizar e imponer multa al presentar la declaración extemporánea y al aspecto semántico de la norma para interpretar cuándo comenzó a correr el plazo de prescripción. Sin embargo, la sentencia de la Corte de Apelaciones incorpora la mención al principio de seguridad jurídica para el contribuyente y la obligación del Fisco de ejercer sus facultades dentro del plazo de prescripción, destacando que desde la medianoche de los días 30 de abril de los años respectivos en que debió presentar la declaración, el Servicio de Impuestos Internos estaba facultado para liquidar las multas, además de profundizar en eventuales desigualdades que podrían afectar a los contribuyentes.

En nuestro ordenamiento jurídico, la prescripción es una institución de orden público que jamás puede quedar entregada a la voluntad de las partes. La intención de la legislación al establecer el artículo en cuestión es clara: fijar un límite temporal objetivo, conforme con los principios de certeza jurídica y respeto de los plazos de prescripción, los que protegen los derechos del contribuyente. Sin embargo, el juez de primera instancia no consideró adecuadamente estos principios. En consecuencia, incorporar los derechos del contribuyente en el razonamiento jurídico que realizan los jueces en justicia tributaria, es aplicar y recordar caso a caso los principios que rigen nuestro ordenamiento para guiar y lograr interpretaciones que preserven la integridad de nuestro sistema jurídico.

En segundo lugar, la incorporación de los derechos del contribuyente en la interpretación judicial es relevante para evidenciar defectos en el sistema tributario, mejorar el cumplimiento de los contribuyentes y corregir conductas arbitrarias del Servicio de Impuestos Internos.

Este caso deja en evidencia la necesidad de continuar reforzando la divulgación de los derechos y las obligaciones tributarias en los pequeños contribuyentes, tanto para promover un entorno en que puedan cumplir con sus obligaciones tributarias de manera informada como para prevenir infracciones y, en último término, conozcan las protecciones legales que poseen frente a prácticas incorrectas del Servicio de Impuestos Internos. En general, es necesario incorporar una visión más humana en el análisis de nuestro sistema tributario y políticas públicas, tanto para observar las dificultades que enfrentan los pequeños contribuyentes para cumplir con sus obligaciones como para defenderse ante la autoridad tributaria sin los medios económicos necesarios para recibir asesoría especializada. En definitiva, una correcta justicia tributaria es un pilar fundamental para el crecimiento económico, fomentando la confianza de los contribuyentes en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y en la gestión de los recursos públicos.

# **RECENSIONES**



## Recensiones

FACH GÓMEZ, KATIA, *The technological competence of arbitrators*. European Yearbook of International Economic Law, Cham, Springer, 2023, 172 pp.

El libro objeto de esta recensión trata acerca de un tema de resulta de gran interés en el contexto en el que nos encontramos actualmente. Efectivamente, en la era de la ofimática, los sistemas computarizados y, finalmente, de la inteligencia artificial parece que es conveniente que todos los operadores jurídicos estemos especialmente capacitados. Es importante, tal y como hace ver la autora, que todo profesional legal tenga cierto grado de alfabetización digital. Especialmente importante resulta para aquellos instrumentos que nuestros ordenamientos jurídicos diseñaron con la misión de otorgar una tutela judicial, no solamente justa, sino que rápida y moderna. Por estos motivos, la autora se concentra en mostrarnos diferentes escenarios normativos y éticos existentes y, a mayor abundamiento, se propone analizar críticamente qué niveles de responsabilidad son exigibles de los operadores jurídicos, en general, y de los árbitros, en particular.

El libro se estructura en forma monográfica y culmina entregando un capítulo de conclusiones. Esto resulta de mucha utilidad, porque no solo se trata de un estado del arte crítico, sino que existe un auténtico aporte al observar conclusiones propias que sintetizan, en forma coherente, los contenidos vertidos en los seis capítulos desarrollados. Los principales temas en los que gira la obra son: la competencia tecnológica de los árbitros y la evolución en un mundo gobernado por la tecnología; la falta de competencia tecnológica y los problemas que aquello genera en el acceso y resolución de conflictos; las herramientas tecnológicas existentes y disponibles para la ejecución de la labor del árbitro; el rol de los operadores jurídicos y no jurídicos y sus capacidades tecnológicas en el arbitraje; las buenas prácticas en el arbitraje legal, en relación con las competencias tecnológicas y; finalmente, se abordan algunos desafíos como la ciberseguridad o la protección de datos en el contexto de audiencias remotas.

El primer capítulo es generalmente descriptivo acerca de algunos conceptos importantes en el orden de las competencias tecnológicas, y narra cuáles son los objetivos del estudio y cómo se van a abordar. Pero destaca porque, tempranamente, introduce la idea del deber de competencia tecnológica del árbitro como una nueva característica fundamental en la labor adjudicatoria, del mismo modo que lo son otras tan inherentes a la función jurisdiccional como la imparcialidad o la independencia. Adicionalmente, esta sería una de las directrices reconocidas por UNCITRAL en la promoción de estándares que aseguren una adecuada preparación de los árbitros.

El segundo capítulo define qué debemos entender por competencia tecnológica en la labor arbitral. Para lograr este objetivo se sustenta en el marco legal general (USAID, Comisión Europea, ITU), y lo complementa con el significado del concepto en la sociedad actual. Se aborda esta temática presentando estadísticas que demuestran una moderada existencia de estas capacidades en la sociedad europea y cómo existen políticas públicas



tendientes a mejorar este tipo de indicadores. Posteriormente, se trata la creciente importancia de la competencia tecnológica en el marco de la profesión jurídica y cómo se ha ido transformando la misma, requiriendo que abogados y árbitros hagan uso de capacidades profesionales en un entorno cada vez más digitalizado. También se esbozan algunos temas como la distinción entre la competencia tecnológica “básica” y la “premium”. Para lograr establecer que en el arbitraje se requiere de un marco básico, aunque reconociendo que tener una competencia de nivel “premium” puede proporcionar una ventaja competitiva en el proceso de selección de árbitros.

El tercer capítulo aborda la competencia tecnológica del arbitraje desde el punto de vista legal y financiero. En este acápite observaremos conceptos referentes a la administración de justicia que dicen relación con celeridad y eficiencia económica y cómo la tecnología impacta en el diario quehacer del abogado. Adicionalmente, veremos cómo la evolución tecnológica, con ritmos diferentes, ha ido integrándose en los sistemas judiciales.

El uso de tecnología permite optimizar los tiempos. Especialmente, se pueden automatizar tareas de corte administrativo para dedicar mayores esfuerzos a las labores más importantes. También, la implementación de herramientas tecnológicas permite aumentar la eficiencia, mediante la reducción de errores beneficiando a todo usuario de un sistema de arbitraje.

Es importante, no obstante, no perder de vista la labor humana. Los algoritmos presentan sesgos y cometen errores, de modo que no podemos apostar por la sustitución de la labor del ser humano, al menos por el momento. Se debe establecer un uso con un enfoque híbrido en que los árbitros supervisen a la IA. La evaluación, hoy, debe ser realizada por seres humanos, y probablemente de aquellos que tienen un nivel *premium* de competencias.

El capítulo 4 desarrolla las relaciones que existen entre el árbitro comercial y de inversión con dos profesionales: los asistentes legales y los expertos en tecnología. En este apartado se analiza cómo la intervención de estos sujetos puede influir en la competencia tecnológica que requieren los árbitros. También resulta interesante, cómo se aborda la distribución y delegación de funciones y las implicancias éticas que estas responsabilidades y su organización pueden generar.

En la era de las nuevas tecnologías, ciertamente, el rol que juegan los asistentes jurídicos, además de ser más profesional, resulta mucho más difícil de controlar en su expresión externa. Se pueden detectar nudos críticos a propósito de la delegación de funciones y, por otra parte, no terminan de estar claros los contornos por los que los diferentes actores deben responder por sus responsabilidades.

De extremo interés, también, es la relación que se produce entre los desarrolladores de los *softwares* y los árbitros de justicia. Debe existir un diálogo permanente que no solo pueda garantizar que los procedimientos se siguen por los hitos procesales correctos, sino que además las herramientas existen para prestar auxilio y mejorar la calidad de la justicia. En este punto, es importante destacar, como lo hace la autora, que se abre una necesaria vía de responsabilidad de quien diseña el programa computacional. Su influencia, la impronta de la tecnología, puede ser tan determinante que ha de existir una necesaria conexión de responsabilidad. Pero no solo existe esta arista, también es importante reflexionar acerca de la carga que recae en el abogado que contrata a un externo para asesorarse respecto de

*software y hardware* y su nivel de compromiso frente al cliente. Siendo un tema incipiente y que no tiene un acuerdo unánime en la regulación estadounidense existen buenos argumentos, tanto para eximir de responsabilidad al abogado como para hacerlo responsable.

En el quinto capítulo de la obra, la autora nos sumerge en un análisis crucial acerca de la regulación de la competencia tecnológica de los árbitros. En un mundo atravesado por la pandemia y la acelerada adopción tecnológica, surge una imperante necesidad: la capacitación de los operadores jurídicos. ¿Existe, en el contexto del arbitraje, una obligación de cumplir con un estándar de competencia tecnológica? ¿O, más bien, estamos ante cuestiones de *soft law*? La autora, mediante un análisis comparativo, busca arrojar luz sobre estas interrogantes.

Para llevar a cabo esta reflexión, la autora examina diversas normas, principalmente en el ámbito estadounidense, por ser el único país que ha incorporado, con cierto nivel de profundidad, disposiciones de *hard law* en esta esfera. Se enfoca en la competencia tecnológica, relacionándola con normas que establecen que los abogados deben prestar servicios con un estándar competente. Además, se adentra en las sutilezas del modelo canadiense, que establece distintos niveles de competencia según áreas prácticas y la naturaleza de los asuntos.

La interesante conclusión en esta materia es que no existe un deber expreso generalizado. En algunos modelos, como el sudafricano o el australiano, la doctrina ha encontrado fórmulas para integrar estos deberes, vinculándolos al “mejor actuar en interés del cliente a quien se representa” u otras fórmulas similares.

En este contexto, los instrumentos de *soft law*, como códigos de conducta (*i.e.* el Código Modelo de Conducta Europeo), imponen la obligación de mantenerse actualizado en competencia tecnológica. Además, la autora analiza la legislación en relación con los jueces, destacando la necesidad de formación continua para cumplir con responsabilidad efectiva.

El sexto capítulo profundiza en los momentos en que los árbitros requieren el uso de herramientas tecnológicas. Desde la fase inicial del proceso, donde se discute el empleo de plataformas específicas, hasta la organización de archivos electrónicos y la comparecencia por videollamada o teléfono. También se abordan los momentos clave de las audiencias y el papel directivo del árbitro, incluso cuando las partes prefieren no someterse a declaraciones remotas. Sin embargo, inevitablemente, este capítulo también aborda los desafíos de la ciberseguridad. La privacidad, característica esencial del arbitraje, se protege mediante protocolos que resguardan contra accesos no autorizados.

Las conclusiones, desde la perspectiva directa de la autora, sintetizan los temas fundamentales. Este trabajo, además, se sustenta en doctrina, legislación y jurisprudencia actualizada y pertinente. En un ámbito donde pocos se aventuran a consideraciones específicas o prácticas acerca del uso de tecnologías en el mundo jurídico, esta obra colma un espacio que hasta ahora permanecía huérfano.

*Jordi Delgado Castro\**

---

\* Licenciado y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2251-0557>. Correo electrónico: [jordi.delgado@uach.cl](mailto:jordi.delgado@uach.cl)



## Instrucciones para autores/as

### 1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: Investigaciones, Jurisprudencia comentada y Reseñas.

En el desarrollo de su labor está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”. Además, recibe comentarios de jurisprudencia de interés y reseñas de libros recientemente publicados, trabajos que serán revisados por el Consejo Editorial.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico, de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y, por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores/as no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

### 2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página web [www.revista-derechovaldivia.cl](http://www.revista-derechovaldivia.cl). Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su

publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página web de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

### 3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores/as.
- b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor/a o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor/a en una nota a pie de página inicial.

### 4. *Presentación*

#### *Sección Investigaciones:*

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave.* El artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

#### *Sección Jurisprudencia comentada:*

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

#### *Sección Recensiones:*

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

### 5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis.* Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El

uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.

- b. *Subtítulos.* El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
  - c. *Citas textuales.* Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
  - d. *Notas a pie de página.* Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:  
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.  
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.  
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.  
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.  
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMÁN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
  - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:  
Ley 20.422, 2010.  
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
  - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:  
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.  
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.  
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:  
*Libro:*  
WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.  
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.  
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.  
LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.  
INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

*Libro traducido:*

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2º edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

*Capítulo de libro:*

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

*Artículo de revista:*

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

*Documento en formato electrónico:*

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2, pp. 91-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200006>

*Tesis:*

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

*Informe en derecho:*

AYLWIN OYARZÚN, José y YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, 2015: "Propiedad ancestral indígena sobre las aguas". Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo "Normas jurídicas" y a continuación de la "Bibliografía".

*Ejemplos:*

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada el 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile el 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo "Jurisprudencia" y a continuación de "Normas jurídicas".

*Ejemplos:*

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación**Sección Investigaciones*

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Re-

vista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.

- b. *Pauta de arbitraje.* La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico.

Los árbitros deberán indicar si recomiendan al Consejo Editorial la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.

- c. *Criterios de exclusión.* En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de dos años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor/a (como autor/a único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

#### *Sección Jurisprudencia comentada y Recensiones*

- a. *Procedimiento de revisión y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, pasará a la revisión por parte del Consejo Editorial quien decidirá acerca de su publicación según criterios de interés del tema abordado por el fallo o libro, fecha de su publicación, calidad de la redacción y uso idiomático.

- b. *Criterios de exclusión.* i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) haber transcurrido más de dos años desde la dictación del fallo o desde la publicación del libro (contados desde el envío del trabajo) y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

#### 9. *Aceptación o rechazo*

Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor/a respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella.

La *Revista de Derecho (Valdivia)* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicarán.

#### 10. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores/as se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

#### 11. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

Las directrices éticas, declaración de malas prácticas, deberes, procedimientos y sanciones acogidas por la Revista y declaradas en “Ética de la publicación” (disponible en [www.revistaderechovaldivia.cl](http://www.revistaderechovaldivia.cl)) deben ser respetadas por todos los intervinientes en el proceso editorial y, para todos los efectos prácticos, se entienden formar parte de las presentes Instrucciones.



## 12. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor/a cede a la Revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor/a tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor/a en su calidad de dueño de la obra.

---

## INVESTIGACIONES

---

### DERECHO CIVIL

La acción de enriquecimiento injustificado como mecanismo de restitución de bienes. Juan Rodrigo Barría Díaz

La distinción entre relaciones de servicio y de cuidado en la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. Lilian San Martín Neira

Algunos aspectos acerca del contenido de las obligaciones de conservación y restitución de la cosa arrendada. Sus perfiles históricos y dogmáticos. Álvaro Vidal Olivares, Cristián Aedo Barrena

Contratos conexos y fraude a la ley en el Derecho Privado chileno. Análisis a la luz del Derecho italiano. Diego Ojeda Soto

### DERECHO CONSTITUCIONAL

La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno. Bárbara Sepúlveda Hales, Lieta Vivaldi Macho

La rigidez del derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Matías Guiloff Titium, Viviana Ponce de León Solís

El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género. Verónica Undurraga Valdés, Yanira Zúñiga Añazco

Tácticas de libertad: a propósito de la privación de libertad por arreglos de asistencia social. Lucy Series (traducción de Pablo Marshall Barberán)

### DERECHO PROCESAL

*Iura novit curia* y defensa del deudor: ¿Puede el juez negar una ejecución injusta, basándose en una excepción no invocada? Oscar Silva Álvarez

### DERECHO AMBIENTAL

El Derecho Ambiental como sistema dual: tensiones no resueltas con el ecocentrismo en Chile. Ezio Costa Cordella, Luciano González Altamirano

---

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

---

Víctimas de afectaciones al medio ambiente. El concepto de daño ambiental en el Derecho chileno (Corte Suprema). Javier Salgado Alonso

La exposición imprudente al daño. Conducta culpable y contribución causal (Corte Suprema). Cristóbal Bardales Rioseco

Derechos del contribuyente en juicio tributario sobre prescripción de la acción sancionatoria (Corte de Apelaciones de Valparaíso). Valentina Encalada Romo

---

## RECENSIONES

---

Katia Fach Gómez, *The technological competence of arbitrators*. Recensión de Jordi Delgado Castro