

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de  
**Derecho**  
(Valdivia)

Volumen XXXVI - N° 2 • Diciembre 2023

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

HANS RICHTER BECERRA

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 XXXVI - N° 2 (Diciembre 2023)

## INVESTIGACIONES

<i>Huelga y reemplazo: un estudio jurisprudencial en materia de reemplazo de trabajadores en huelga.</i> Karla Varas Marchant	9
<i>Aspectos generales de las acciones colectivas de la Ley N° 19.496: desde la compensación a la regulación.</i> Matías Ponce Márquez, Bernardo Aylwin Correa	29
<i>Distanciamiento contractual y el valor intrínseco del contrato.</i> Esteban Pereira Fredes	51
<i>Más allá de los límites de la reparación integral del daño: legitimación activa y daño moral por rebote.</i> Yerko Sagredo Srdanovic	73
<i>La vulneración de la dignidad humana como causal agravante de la responsabilidad civil extracontractual.</i> Alberto Pino-Emhart, Sergio Gamonal Contreras	95
<i>Los ajustes razonables para personas con discapacidad en el derecho chileno: una caracterización y evaluación inicial de la situación actual.</i> Eduardo Marchant Vivanco	117
<i>Transparencia en perspectiva del gobierno abierto: aproximaciones y mapa conceptual.</i> Lorayne Finol Romero	141
<i>La tutela de derechos fundamentales: estudio de demandas por acoso moral de mujeres en cuatro tribunales del Trabajo de Chile.</i> Lidia Casas Becerra	163
<i>Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios.</i> María de los Ángeles González Coulon	187
<i>Delitos odiosos y el valor normativo de la repugnancia.</i> María Laura Manrique	205
<i>La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica.</i> Alejandra Castillo Ara	225
<i>Desnudamiento forzado como vejación injusta.</i> Héctor Hernández Basualto	249

## JURISPRUDENCIA

*¿Herencia yacente o vacante? (Corte Suprema)*. Comentario de Jaime Ramírez Cifuentes 271

*Comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios (Corte Suprema)*. Comentario de Javier Escobar Veas 281

## RECENSIONES

*Daniel Mendonca, El lenguaje del derecho*. Recensión de Francisco Pérez Vargas 291

# **INVESTIGACIONES**



## Huelga y reemplazo: un estudio jurisprudencial en materia de reemplazo de trabajadores en huelga

*Karla Varas Marchant\**

### RESUMEN

*El objetivo del presente trabajo es dilucidar los alcances de la prohibición de reemplazo contenida en el inciso 2° del artículo 345 del Código del Trabajo. El análisis se centrará en determinar si la prohibición se refiere únicamente al reemplazo externo o, además, abarca el reemplazo interno y el denominado reemplazo tecnológico.*

*El estudio empleará una metodología dogmática, utilizando las sentencias que resolvieron disputas respecto de prácticas antisindicales por reemplazo de trabajadores en huelga entre los años 2017 a 2022. Asimismo, se analizarán los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo en el mismo rango de fechas.*

*Entre sus resultados destaca la interpretación amplia de la jurisprudencia administrativa, omnicomprendiva de toda conducta empresarial que conlleve una sustitución de la función de los trabajadores en huelga, cualquiera sea el medio utilizado para ello. Desde la jurisprudencia judicial, en cambio, se aprecian diversos criterios, siendo predominante aquel que entiende que la conducta prohibida dice relación con el reemplazo de la función, cuestión que se puede verificar mediante diversos mecanismos, no solo el recurso a personal externo. El artículo concluye que la prohibición de reemplazo contenida en el Código del Trabajo comprende no solo el reemplazo externo, sino que también el interno y tecnológico.*

Reemplazo en huelga; reemplazo interno; reemplazo tecnológico; práctica desleal

### *Strike and replacement: A jurisprudential study on the replacement of striking workers*

### SUMMARY

*The objective of this work is to elucidate the scope of the replacement ban included in article #345, paragraph #2, of the Labor Code.*

*The analysis will focus on determining whether the prohibition refers only to external replacement or, in addition, covers internal replacement and so-called technological replacement.*

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca, Chile. Doctora en Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, y Salamanca, España. Profesora Asociada, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9943-4153>. Correo electrónico: [karla.varas@pucv.cl](mailto:karla.varas@pucv.cl).

El trabajo fue desarrollado en el marco del proyecto interno DI Emergente 37.0/2022 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

Artículo recibido el 30.10.2022 y aceptado para su publicación el 7.7.2023.

*The study will use a dogmatic methodology, using the sentences that resolved disputes about anti-union practices for replacement of striking workers between the 2017 and 2022 years. Likewise, the pronouncements of the Directorate of Labor will be analyzed in the same range of dates.*

*Among its results, the broad interpretation of administrative jurisprudence stands out, all-encompassive of any business conduct that entails a replacement of the role of striking workers, whatever the means used for this.*

*On the other hand, from judicial jurisprudence, various criteria are appreciated, being predominant one who understands that prohibited conduct is related to the replacement of the function, an issue that can be verified through different mechanisms, not only the use of external personnel. The article concludes that the prohibition of replacement inside in the Labor Code includes not only external replacement, but also internal and technological replacement.*

Striking replacement; internal replacement; technological replacement; unfair practice.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Ley N° 20.940 de 2016, que moderniza el sistema de relaciones laborales, parte la regulación de la huelga declarando que es un derecho<sup>1</sup> de los trabajadores que debe ser ejercido colectivamente. En el mensaje presidencial se explicitaban elocuentes declaraciones en torno a la huelga y su carácter de derecho fundamental, reconociendo que a esa fecha la legislación contemplaba una figura que la hacía ineficaz: la facultad del empleador de reemplazar a los trabajadores en huelga<sup>2</sup>. De ahí que una de las principales modificaciones propuestas por la reforma haya sido la eliminación de la facultad empresarial de reemplazar los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga, sea con trabajadores propios o externos<sup>3</sup>.

Lo anterior se vio plasmado en los incisos 2° y 4° del artículo 345 del Código del Trabajo (en adelante CT), donde se prohíbe expresamente el reemplazo de los trabajadores en huelga, constituyendo la infracción de esta prohibición una práctica desleal grave.

Junto con ello, se incorporó una regla que considera que no se incurre en una infracción a la prohibición de reemplazo cuando el empleador, en el ejercicio de sus facultades, modifica turnos u horarios de trabajo y efectúa adecuaciones necesarias, con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo<sup>4</sup>.

A partir de lo anterior, surge la necesidad de esclarecer los alcances de la prohibición de reemplazo, en específico, si se refiere tanto al reemplazo externo como interno, así como al denominado reemplazo tecnológico. Para ello se realizará un análisis dogmático

<sup>1</sup> WALKER, 2017, pp. 269-270.

<sup>2</sup> En aquella época la doctrina laboral chilena criticó esta potestad de reemplazo, especialmente porque relegaba un derecho fundamental a la total intrascendencia. Véase, CAAMAÑO y UGARTE 2008, p. 94; GAMONAL, 2011, pp. 396-397.

<sup>3</sup> Mensaje con el que se inicia el proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al CT, Boletín N° 9835-13.

<sup>4</sup> Artículo 403 letra d) del CT.

de este instituto, tanto en la regulación previa a la última reforma laboral como en la actualidad. Luego, sobre la base del análisis doctrinario y de los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo (en adelante DT), iremos determinando los alcances de dicha prohibición, para, finalmente, identificar las líneas jurisprudenciales acerca de la materia, a partir del análisis de las sentencias en prácticas antisindicales por reemplazo en huelga, falladas desde el inicio de la reforma laboral hasta mediados del 2022.

## II. DERECHO DE HUELGA Y REEMPLAZO ANTES DE LA LEY N° 20.940

El modelo normativo del CT de 1931<sup>5</sup> no contenía una norma que prohibiese de manera expresa el reemplazo de trabajadores en huelga, así como tampoco una que lo autorizara. Autores de la época sostuvieron que si bien el CT de 1931 reconocía de forma amplia el derecho de huelga, había otros cuerpos legales que consagraban restricciones<sup>6</sup>, entre ellos, la ley de Defensa Permanente de la Democracia y el Reglamento de Conflictos Colectivos N° 839. Camú, por ejemplo, explicaba que, en relación con los aspectos previos de la huelga, el legislador fue extremadamente riguroso y detallista, en cambio, en lo que dice relación con el desarrollo de la huelga, tuvo una escasa consideración (ausencia de normas), lo que generó numerosos problemas prácticos que no siempre fueron abordados de forma adecuada por la jurisprudencia.

Uno de esos vacíos fue la falta de una prohibición expresa a la parte patronal de emplear o contratar a nuevos trabajadores durante la huelga. Solo en 1947, tras un dictamen del Consejo de Defensa Fiscal, se estableció que en una industria en que se ha declarado la huelga, no se puede continuar trabajando con parte de su personal que no está involucrado en la huelga, o con obreros especialmente contratados, ya que, de lo contrario, se aboliría de hecho este derecho. Luego del dictamen, la Dirección General del Trabajo hizo suyo tal razonamiento, afirmando en diversos pronunciamientos que: “La huelga es un derecho reconocido por la legislación social, por lo cual no es lícito a la empresa en que aquella se declara, realizar actividades o maniobra alguna”, salvo las que están destinadas a la conservación y reparación impostergable del local, instalaciones, maquinarias, herramientas, *stocks* de materias primas y elaboradas, etc. (Dictámenes N° 439 de 17 de enero de 1958 y 3.864 de 24 de agosto de 1960)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Previo al CT de 1931, los conflictos laborales fueron reglamentados por el Decreto Supremo N° 4.353 sobre solución de huelgas. Posteriormente se dictó la primera ley que reguló el derecho de huelga en Chile, Ley N° 4.056 de 1924, la que configuró un modelo de corte intervencionista y restrictivo. Véase TOLEDO, 2013, pp. 16-17.

<sup>6</sup> HUMERES, 1957, p. 136; CAMÚ, 2019, p. 16.

<sup>7</sup> CAMÚ, 2019, pp. 36 y 155-156.

El origen de esta potestad empresarial está en el D.L. 2.758 de 1979 sobre negociación colectiva, el que junto con el D.L. 2.756 sobre organizaciones sindicales, conformaron el denominado Plan Laboral de la dictadura militar<sup>8</sup>.

En efecto, el artículo 58 inciso 2° del D.L. 2.758, disponía que durante la huelga el empleador podía seguir administrando la empresa y realizando cualquier función o actividad propia de ella, pudiendo contratar a los trabajadores que fueren necesarios. En otros términos, el ejercicio del derecho de huelga no impedía al empleador seguir operando y dirigiendo su negocio, ya que la huelga no constituía un recurso expropiatorio. El objetivo era que la huelga no comprometiera el derecho de propiedad, y que la empresa pudiera seguir funcionando, aunque “con personal de reemplazo no entrenado”<sup>9</sup>.

La regla en referencia desnaturalizó por completo el derecho de huelga, ya que al permitir al empleador mantener la normalidad productiva de la empresa, se anulaba por completo su capacidad de presión. Con ello, se marca un punto de quiebre con el modelo del CT de 1931, ya que si bien no había norma expresa que prohibiere el reemplazo, la jurisprudencia administrativa terminó entendiendo que la huelga legalmente declarada conllevaba una prohibición para la empresa de seguir desarrollando su actividad<sup>10</sup>.

Del Acta n° 372 sobre Plan Laboral, se deduce que el establecimiento de la potestad empresarial de contratación de trabajadores durante la huelga, fue una respuesta ideológica. En efecto, ante la inquietud del general Mendoza en torno a que un grupo de sindicatos en una empresa declarare la huelga y fuesen comunistas, el ministro del trabajo de la época, don José Piñera, le responde explicando que en el esquema de huelga propuesto que contemplaba la potestad de reemplazo, los sindicatos comunistas se irían prontamente<sup>11</sup>.

Además, el reemplazo de trabajadores en huelga fue considerado como una válvula de escape ante las presiones antagónicas de la negociación colectiva. El ministro de hacienda de la época, don Sergio de Castro, explica que el reemplazo será una herramienta clave para destrabar el conflicto, ya que a su juicio, cuando el empleador vaya a contratar a los reemplazantes y estos no acepten lo ofrecido, la huelga llegará a su fin, ya que el mercado le ha entregado al empresario una información objetiva y relevante en torno a que no hay disposición para trabajar a base del monto que él ofrece. A la inversa, si el empleador logra contratar reemplazantes, es una señal hacia el sindicato, en el sentido de que la propuesta del empleador es razonable<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Diversos autores coinciden en que las características de este nuevo modelo normativo son el establecimiento de una regulación rígida y minuciosa, con ciertas limitaciones y prohibiciones a la acción sindical. Así, CAAMAÑO, 2016, pp. 240-241; GAMONAL, 2010, p. 178; NARBONA, 2015, pp. 16-18 y ROJAS, 2007, p. 201.

<sup>9</sup> PIÑERA, 1990, pp. 51 y 52.

<sup>10</sup> CAMÚ, 2019, p. 156.

<sup>11</sup> Acta n° 372 sobre plan laboral, p. 102. Disponible en [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/34761/1/acta372\\_1979\\_A.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/34761/1/acta372_1979_A.pdf)

<sup>12</sup> Acta n° 372 sobre plan laboral, pp. 102 y 103.

En el mismo sentido, el creador de este Plan, José Piñera, explicaba que cuando al empleador le resulte difícil conseguir personal de reemplazo, “tendrá una señal inequívoca de que ha estado ofreciendo poco a sus

Con el retorno a la democracia se mantuvieron las bases esenciales del plan laboral<sup>13</sup>, entre ellas, la idea de que la huelga no es un recurso expropiatorio. Ello, pese a que el programa del primer gobierno democrático proponía, en materia laboral, consagrar la prohibición de contratación de reemplazantes cuando en una empresa se haya declarado una huelga, entre otras medidas<sup>14</sup>.

En el Mensaje del proyecto de ley que establece nuevas normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, se señalaba que, con el objetivo de reequilibrar los actuales mecanismos de negociación, “el proyecto elimina la posibilidad de que el empleador reemplace a los trabajadores en huelga” (artículo 158 del proyecto original)<sup>15</sup>.

Sin embargo, en el primer informe de comisiones unidas, se acuerda suprimir la referida disposición en forma unánime<sup>16</sup>, incorporándose, a propuesta del ministro del Trabajo de la época, don René Cortázar<sup>17</sup>, una regla que permitía el reemplazo de trabajadores en huelga a partir del primer día de haberse hecho efectiva, en la medida que el empleador cumpliera determinados requisitos. Si tales requisitos no eran cumplidos, de todos modos podía reemplazar, pero a partir del decimoquinto día de hecha efectiva la huelga.

El cambio sustancial que tuvo la norma fue objeto de variadas críticas dentro del debate legislativo. Desde los sectores de la Derecha se señaló que era una regla peligrosa, que podía complicar el funcionamiento de las empresas. Se consideró, además, una norma expropiatoria, ya que impide a una persona desarrollar libremente su negocio<sup>18</sup>. Desde ciertos sectores de la Izquierda, en cambio, se acusó una profunda decepción, porque se seguía validando la institución de los “rompohuelgas”<sup>19</sup>.

Finalmente se publicó la Ley N° 19.069 de 1991, que modificó la institución del reemplazo, exigiendo ciertos requisitos para que pueda operar desde el primer día de haberse hecho efectiva. Parte importante de la doctrina laboral estimó que la reforma

---

trabajadores (...). En cambio, si ha podido fácilmente reclutar personal de calidad, “los trabajadores deberían comenzar a preocuparse porque podría significar que están desubicados”. PIÑERA, 1990, pp. 51 y 52.

<sup>13</sup> En ese sentido, ROJAS, 2020, pp. 393 y 395 y FERES, 2008, pp. 5 y 32.

<sup>14</sup> Concertación de Partidos por la Democracia, 1989, pp. 35-37.

<sup>15</sup> Mensaje con el que se inicia un proyecto de ley que establece nuevas normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, 1990, pp. 6 y 37. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7397/>

<sup>16</sup> Primer Informe de Comisiones Unidas, p. 57. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7397/HLD\\_7397\\_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7397/HLD_7397_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf)

<sup>17</sup> Durante la discusión en sala, se advierte que tal disposición nace de un acuerdo entre los parlamentarios de la Concertación y los de Derecha, en razón del control que estos ejercían de la mayoría del Senado. Discusión general en Sala, Historia de la Ley N° 19.069, pp. 167-169. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7397/HLD\\_7397\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7397/HLD_7397_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>18</sup> En ese sentido, se manifestaron los senadores Guzmán y Alessandri y el diputado Pérez. Historia de la Ley N° 19.069, pp. 184, 190, 191 y 352. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7397/HLD\\_7397\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7397/HLD_7397_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>19</sup> En ese sentido, se pronunciaron el senador González y el diputado Martínez. Historia de la Ley N° 19.069, pp. 191 y 346. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7397/HLD\\_7397\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7397/HLD_7397_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

no significó un avance importante, ya que finalmente, cumpliendo los requisitos, el empleador podía reemplazar desde el primer día y, en caso contrario, desde el día 15 de la huelga. Con ello, el legislador mantenía viva una institución destinada a mermar la capacidad de presión de la huelga<sup>20</sup>. Otros autores, en cambio, vieron en esta reforma una severa limitación para la contratación de reemplazantes, ya que para ello debía cumplir todos los requisitos señalados en la norma<sup>21</sup>.

Posteriormente, en el año 2000 se inicia un nuevo proceso de reforma al CT, y entre las diversas materias que abarcó el proyecto originario, hay una referencia al reemplazo de trabajadores en huelga. En efecto, a propósito de las nuevas modalidades de contratación que proponía el proyecto, se declara que ninguna de ellas puede ser utilizada para reemplazar a trabajadores que se encuentran ejerciendo su derecho de huelga<sup>22</sup>.

En las indicaciones sustitutivas presentadas por el Ejecutivo en marzo de 2001, se incorporan nuevas materias al proyecto, entre ellas, un requisito pecuniario para contratar reemplazantes desde el primer día de haberse hecho efectiva.

En septiembre del 2001 se publica la Ley Nº 19.759, la que, entre otras materias, modifica el artículo 381 del CT en dos aspectos. Primero, se sustituye el encabezado del artículo, desde una óptica permisiva a una prohibitiva. En vez de iniciar con la fórmula “El empleador podrá contratar (...)”, se parte con, “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que (...)”. Segundo, se añade un nuevo requisito para que opere el reemplazo, consistente en el pago de un bono de 4 UF por cada trabajador reemplazado<sup>23</sup>.

Más allá de los juegos terminológicos<sup>24</sup>, se mantuvo viva una institución que atenta contra un derecho fundamental, al punto de vaciarlo de contenido<sup>25</sup>, ya que solo se añadió un requisito pecuniario<sup>26</sup>, que muchas empresas estarían dispuestas a pagar. Se trataba de un derecho nominal, ya que, ejercida por el empleador la facultad

<sup>20</sup> Entre otros, CAAMAÑO y UGARTE, 2008, p. 94.

<sup>21</sup> En ese sentido, BUENDÍA, 2017, p. 63.

<sup>22</sup> Historia de la Ley Nº 19.759, p. 10. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6023/HLD\\_6023\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6023/HLD_6023_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>23</sup> Así lo expresó el ministro del Trabajo de la época, señalando que “el gobierno quiere que el derecho de huelga exista, pero que, bajo determinadas condiciones, se permita el reemplazo, ya que si se establecen dichas condiciones se le da a la negociación colectiva un determinado piso”. Historia de la Ley Nº 19.759, p. 80. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/6023/HLD\\_6023\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6023/HLD_6023_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>24</sup> Como indicaban CAAMAÑO y UGARTE, se trató de una curiosa técnica de prohibición, ya que, en realidad, “era una permisiva genérica del reemplazo”. CAAMAÑO y UGARTE, 2008, p. 93.

<sup>25</sup> Con ello, el derecho de huelga era afectado en su esencia, ya que tal como ha indicado el Tribunal Constitucional, un derecho es afectado en su esencia, “cuando se le prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible (...)”. STC Rol Nº 43, de 24.02.1987.

<sup>26</sup> Para VILLAVICENCIO, el reemplazo quedó supeditado a la sola capacidad económica del empleador. VILLAVICENCIO, 2017, p. 280.

de reemplazo<sup>27</sup>, el derecho de huelga se hacía irreconocible, manteniendo la empresa la total normalidad productiva<sup>28</sup>.

### III. LA LEY N° 20.940 Y LA PROHIBICIÓN DE REEMPLAZO EN LA HUELGA

La finalidad del derecho de huelga es generar presión en la contraparte empresarial por medio de la amenaza de daño, con el objetivo de que este acepte las reivindicaciones planteadas por los trabajadores<sup>29</sup>. De ahí que diversos ordenamientos jurídicos consagren prohibiciones al empresario de ejecutar medidas que priven de eficacia a este derecho fundamental. Una de ellas es la prohibición de reemplazo de los trabajadores en huelga<sup>30</sup>, consagrada en nuestra legislación a partir de la última reforma laboral de la Ley N° 20.940.

Esta prohibición quedó plasmada en el artículo 345 inciso 2° del CT, configurando su infracción una práctica desleal grave, que habilita a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. Añade la norma que si el empleador se niega a retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador ante los Tribunales Laborales.

El fundamento de esta prohibición está en estrecha conexión con el carácter de derecho fundamental de la huelga<sup>31</sup>, ya que la institución del reemplazo anula su capacidad de presión al contrarrestar el daño derivado de la paralización o alteración de la prestación de servicios que supone la huelga<sup>32</sup>.

La jurisprudencia anterior a la reforma de la Ley N° 20.940, ya venía reconociendo este efecto pernicioso del reemplazo. En efecto, la Corte Suprema, a finales del año 2014, dio paso a un nuevo entendimiento acerca de los alcances de este derecho fundamental: no solo se trata de un derecho constitucional implícito, sino además de “un recurso ineludible para obtener lo que el segmento laboral percibe necesario”, esto es, “lograr

---

<sup>27</sup> Para ello debía cumplir condiciones que, a juicio de UGARTE, eran básicas, “ridículamente mínimas”. UGARTE, 2016, p. 185. BUENDÍA, por el contrario, considera que se trataban de requisitos estrictos, ya que antes el reemplazo era mucho más discrecional en favor del empleador. BUENDÍA, 2017, pp. 153-154.

<sup>28</sup> CAAMAÑO y UGARTE, 2008, p. 94. En el mismo sentido, VILLAVICENCIO, 2017, p. 278.

<sup>29</sup> En ese sentido, SALA y LÓPEZ, 2013, p. 13; UGARTE, 2016, p. 3.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo, en España, el artículo 6.5 del RDLRT, establece que, durante la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma. En Columbia Británica (Canadá), en la sección 68 de la *Labour Relations Code* de 1996, se prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga, tanto externo como interno.

<sup>31</sup> Durante el siglo XX, la huelga dejó de ser un derecho meramente legal, adquiriendo el estatus de derecho fundamental (de rango constitucional). UGARTE, 2016, p. 45. Para DE LA VILLA, “el derecho de huelga no es un derecho más, sino que un derecho fundamental con la función típica de dignificar la condición de los trabajadores y posibilitar su promoción efectiva, objetivos éstos que a la fecha no se consiguen por ninguna otra vía”. DE LA VILLA, 2003, p. 273.

El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la huelga es un derecho fundamental o constitucional, *v.gr.*, en STC Rol 7654-2019.

<sup>32</sup> En ese sentido, CAAMAÑO y UGARTE, 2008, p. 93. GAMONAL añade que el reemplazo desarticula a la huelga como medio de presión. GAMONAL, 2011, p. 397.

mejoras en sus condiciones y situación social”. En relación con el sentido y alcance de la prohibición de reemplazo, la Corte Suprema señaló que dentro del contenido esencial del derecho de huelga se encuentra el riesgo para el propietario de que su actividad productiva se paralice, por lo que dicho contenido choca con toda clase de “subterfugio potenciador de la reactivación”. Por esta razón, estima que la correcta interpretación de la norma en conflicto es aquella que “cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo (...), aun, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados”<sup>33</sup>.

En este sentido, la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga viene a reposicionar a este derecho en la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico<sup>34</sup>, imponiendo al empleador el deber de no neutralizar la presión de la huelga<sup>35</sup>, ya que, como indicaba la Corte Suprema, si la huelga constituye un derecho fundamental y la pieza clave para contrarrestar el poder que detenta la parte empleadora, no puede entenderse que sea inoperante en la práctica.

Podemos sostener, que a partir de la reforma de la Ley N° 20.940, se robustece el contenido protegido del derecho de huelga, toda vez que se elimina una herramienta legal destinada a anular la presión que está llamado a ejercer. En otros términos, mediante la eliminación de la figura del reemplazo, la huelga puede cumplir su razón de ser, que no es otra que “alterar o paralizar la producción como forma de reivindicar un proyecto concreto de regulación del trabajo o impedir la efectividad de una propuesta empresarial restrictiva o contraria a los intereses de los trabajadores”<sup>36</sup>.

Para que esta garantía sea efectiva, la prohibición de reemplazo se debe entender como omnicomprensiva de diversas conductas empresariales que persiguen, por distintos medios, dar continuidad al proceso productivo durante la huelga<sup>37</sup>. De ahí que sea necesario delimitar los alcances de la prohibición de reemplazo, para así determinar si efectivamente el derecho de huelga ha sido reposicionado tras la reforma de la Ley N° 20.940.

### 1. *Los alcances de la prohibición de reemplazo*

La huelga, en tanto derecho fundamental, tiene un contenido esencial que no puede ser lesionado o vulnerado. Ese contenido esencial está determinado por la funcionalidad del derecho de huelga, esto es, el hecho de ser un medio de presión –el único del lado

---

<sup>33</sup> Corte Suprema, 4.12.2014, Rol 3514-2014. Posteriormente, tal criterio fue ratificado en los siguientes fallos de unificación pronunciados por la Corte Suprema: 29.01.2015, Rol 10.444-2014; 12.05.2015, Rol 15.293-2014.

<sup>34</sup> Así como lo afirma la sentencia del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT S-71-2018, cuando expresa: “Es importante destacar que declarar la huelga como derecho y prohibir el reemplazo –antes aceptado–, es elevarla a la categoría de derecho fundamental, como parte integrante y necesaria de la libertad sindical (...)”.

<sup>35</sup> UGARTE, 2016, p. 184.

<sup>36</sup> BAYLOS, 2014, p. 22.

<sup>37</sup> Para UGARTE, la prohibición del reemplazo conlleva “la interdicción de cualquier forma de reemplazo que neutralice la presión de la huelga”. UGARTE, 2016, p. 187.

de los trabajadores—, para alcanzar sus legítimas reivindicaciones<sup>38</sup>. Como consecuencia de su reconocimiento como derecho fundamental, actualmente la legislación prohíbe el reemplazo en huelga, ya que de lo contrario se desvanecería su capacidad de presión<sup>39</sup>.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría con la disfrazada prohibición del *ex* artículo 381 del CT<sup>40</sup>, el inciso 2º del artículo 345 prohíbe de manera expresa el reemplazo en huelga, en los términos siguientes:

*La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores. Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga (...).*

Como se puede apreciar, la norma no se circunscribe a uno de los supuestos específicos de reemplazo, como pudiera ser el externo, por ejemplo<sup>41</sup>. De ahí que debamos entender que la prohibición engloba tanto la figura de reemplazo externo como interno<sup>42</sup>. Es decir, la prohibición de reemplazo conlleva la imposibilidad de sustituir a los huelguistas, tanto por trabajadores no vinculados a la empresa como por trabajadores de la misma que no han secundado la huelga<sup>43</sup>. Una lectura respetuosa del derecho fundamental de huelga, nos debe llevar a concluir que la prohibición engloba cualquier clase de reemplazo, independientemente del medio utilizado para ello.

La claridad de la norma no deja lugar a dudas<sup>44</sup>, a lo que se debe añadir también que el artículo 403 letras d) y e) del CT<sup>45</sup>, considera prácticas desleales del empleador, respectivamente:

<sup>38</sup> BAYLOS, 2005, p. 90.

<sup>39</sup> En ese sentido, ÁNGEL, 2021, p. 333; UGARTE, 2016, pp. 52-53 y 55-57; MARZI, 2015, pp. 81-82; MONEREO, 2002, p. 356.

<sup>40</sup> Recordemos que el antiguo artículo 381 del Trabajo iniciaba con el siguiente encabezado, “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que (...)”.

<sup>41</sup> España, por ejemplo, circunscribe la prohibición de reemplazo a la contratación de trabajadores externos, por lo que la determinación de la licitud o ilicitud del reemplazo interno ha quedado entregado a la interpretación judicial. En ese sentido, SALA y LÓPEZ, 2013, pp. 61 a 67.

La sentencia emblemática en la materia es la STC 123/1992, la que concluye que en una situación de conflicto como la huelga, los poderes de dirección y administración de la empresa se encuentran anestesiados, “puesto que se trata de una situación de excepcionalidad en la normalidad productiva, (...) que (...) produce (...) el efecto de reducir los derechos del empresario, como su potestad directiva (...)”.

<sup>42</sup> En ese sentido, UGARTE, 2016, p. 187; GAMONAL, 2020, p. 429; BUENDÍA, 2017, p. 157.

<sup>43</sup> Del debate legislativo quedó claro que la intención fue prohibir tanto el reemplazo externo como interno. Véase Historia de la Ley N° 20.940, pp. 315, 1346, 1356 y 1800. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/5389/HLD\\_5389\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5389/HLD_5389_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>44</sup> Así lo afirma la sentencia del Juzgado del Trabajo de Arica, de 25.11.2019, RIT S-1-2019, cuando expresa que el inciso 2º del art. 345, “es una norma clara y precisa, que no merece interpretaciones”.

<sup>45</sup> De acuerdo con la DT, las prácticas antisindicales de las letras d) y e) del artículo 403 del CT, vienen a reforzar la garantía de prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga. Véase Ordinario 0999/0027 de 02/03/2017.

- d) *El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este libro;*
- e) *El cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella.*

Como se puede notar, nuevamente se alude genéricamente al reemplazo, y no a una de sus hipótesis específicas, como pudiera ser el reemplazo externo. Además, la letra e), se refiere a un caso concreto de reemplazo interno de trabajadores, prohibiendo al empleador que por medio de la movilidad funcional de trabajadores que no hayan secundado la huelga, sustituya o reemplace a los trabajadores que participan en ella. En consecuencia, si se prohíbe la movilidad funcional de trabajadores para reemplazar a los huelguistas, con mayor razón debemos entender que dicha prohibición alcanza a los trabajadores que no han secundado la huelga y que se encuentran en el mismo centro de trabajo, conforme se desprende de la letra d) del artículo 403, que se refiere genéricamente a una prohibición de reemplazo.

Bajo esta línea interpretativa, la DT ha señalado que la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga se refiere tanto al reemplazo externo como interno, constituyendo la transgresión de tal prohibición una práctica desleal grave, que habilita a la administración y a la autoridad judicial a reprimir la infracción conforme a la ley<sup>46</sup>.

Y es que la tutela que brinda el ordenamiento jurídico al derecho de huelga conlleva para el empleador un deber de respetar la movilización de sus trabajadores, de no obstaculizarla, neutralizarla o minimizar sus efectos<sup>47</sup>. En otras palabras, el ejercicio del derecho de huelga supone un despojamiento temporal del poder de organización y dirección del empresario, impidiendo a dicha parte ejecutar actuaciones que privan a la huelga de sus efectos prácticos, como sería, *la contratación de nuevos trabajadores para sustituir a los huelguistas –que constituye la limitación empresarial básica y de universal reconocimiento–, el ejercicio de determinadas facultades empresariales derivadas del general poder de dirección que el contrato le ha atribuido, o incluso, en diversos ordenamientos, el recurso al cierre patronal que anularía la huelga mediante la alteración de la respectiva posición de las partes en conflicto. La consideración de la huelga como derecho no supone, pues, otra cosa que la imposición al empresario de la obligación jurídica de aceptar la huelga y la prohibición jurídica de reaccionar frente a ella con los normales poderes derivados del derecho contractual*<sup>48</sup>.

Como explica Ugarte, la prohibición de reemplazo debe ser leída desde una perspectiva extensiva, mirando el interés que el legislador ha querido proteger. De este modo, la norma que prohíbe el reemplazo es omnicompreensiva de “cualquier conducta

<sup>46</sup> Ordinario N° 0441/0007 de la DT de 25/01/2017.

<sup>47</sup> GAMONAL, 2011, p. 400; UGARTE, 2016, p. 184.

Como expresa BAYLOS, sobre el empleador pesa un deber de respeto a la eficacia de la huelga, limitándose durante su ejercicio sus facultades y poderes. BAYLOS, 2006, p. 69.

<sup>48</sup> BAYLOS, 2005, pp. 173 y 174.

del empleador que signifique la sustitución de la función que, en razón de la huelga, se encuentra suspendida o alterada”<sup>49</sup>.

En definitiva, el reemplazo prohibido por el inciso 2° del artículo 345, no solo se extiende a la contratación de nuevos trabajadores<sup>50</sup>, sino que también abarca la modificación de las condiciones de lugar, tiempo, funciones o modo de trabajo, de los trabajadores no huelguistas<sup>51</sup>. Si bien esta es la postura mayoritaria de la doctrina laboral chilena<sup>52</sup>, hay autores que estiman que extender la prohibición al reemplazo interno, “implica amparar la huelga *in extremis*”, lo que llevaría a una suerte de “monopolio sindical durante la huelga por la vía legal”<sup>53</sup>.

En ese sentido, Sierra, sobre la base de la distinción realizada por la jurisprudencia norteamericana entre la intención con la que se lleva a cabo una medida y sus efectos colaterales, considera que el reemplazo interno no es un mecanismo que busque directamente la desactivación de la huelga, sino que una medida tendiente a garantizar el mantenimiento de la actividad de la empresa, razón por la que no se debe considerar como un reemplazo prohibido<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> UGARTE, 2016, pp. 186-187.

<sup>50</sup> Y esta prohibición existe tanto si la empresa procede a contratar directamente nuevos trabajadores, como si recurre a una empresa externa o contratista. En ese sentido, Dictamen N° 5934 de la DT, de 07/12/2017. Además, la DT, en diversos pronunciamientos ha reiterado que cuando el legislador prohíbe el reemplazo, se está refiriendo a la función del trabajador que está en huelga, siendo indiferente el debate en torno a la naturaleza jurídica del vínculo de quien efectúa el reemplazo, esto es, si es contrato de trabajo o a honorarios. Ordinario N° 1411 de 08/04/2020.

<sup>51</sup> Si bien esta afirmación se puede relativizar con la declaración expresa que formula el legislador en torno a que la huelga no afectará la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como con la regla de que no serían constitutivas de prácticas desleales las modificaciones de turnos u horarios de trabajo y las adecuaciones necesarias realizadas por el empleador con el fin de garantizar que los trabajadores no huelguistas puedan desarrollar las funciones convenidas en sus contratos, estimamos que dicha potestad no se superpone al derecho de huelga, y por esta razón, tales adecuaciones o ajustes no pueden implicar un reemplazo externo o interno de trabajadores. En ese sentido, UGARTE, 2016, pp. 189 a 194.

A partir del debate parlamentario, también queda claro que estas adecuaciones necesarias solo fueron pensadas para que el trabajador que no está en huelga pueda cumplir su labor, y “no para que el empresario pueda seguir funcionando normalmente cuando se encuentra en un proceso de huelga”. Historia de la Ley N° 20.940, pp. 1356, 1654 y 1800. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file\\_ley/5389/HLD\\_5389\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5389/HLD_5389_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>52</sup> Para MARZI, por ejemplo, la premisa de que la huelga es un derecho fundamental, obliga al intérprete a dar la mayor extensión posible al ejercicio del derecho. En ese sentido, y a propósito de la redacción original del proyecto de ley de la última reforma al derecho colectivo del trabajo, se debe entender que la prohibición también alcanza al reemplazo interno. MARZI, 2015, pp. 81-82. Igualmente, UGARTE, 2016, pp. 56-57; CASTRO, 2022, p. 282.

<sup>53</sup> HUMERES, 2016, p. 64.

<sup>54</sup> SIERRA, 2010, pp. 105-106.

## 2. *La prohibición de reemplazo y la facultad del empleador de administrar sus bienes*

A la luz de lo señalado, es oportuno preguntarse si la prohibición de reemplazo se extiende a la facultad de disponer y gestionar las máquinas o equipos que son utilizados por los trabajadores huelguistas.

Para determinar si esta prohibición alcanza la facultad del empleador de administrar sus bienes, analizaremos un dictamen de la DT, que resuelve una consulta acerca del alcance del artículo 345 inciso 2° del CT, en relación con dicha facultad.

La consulta se plantea ante una huelga de choferes que, al dejar de prestar sus servicios, estacionan los camiones al interior de la empresa. Ante ello, la empresa pregunta si puede utilizar esos vehículos en virtud de su facultad de administrar sus bienes.

La DT precisó que la prohibición de reemplazo se refiere a la función que realiza el trabajador involucrado en la huelga, señalando que, en este caso concreto, es la operación de ese bien singularizado (los camiones), lo que forma parte de la función que no procede reemplazar. A raíz de lo anterior, concluye que no es lícito para el empleador disponer de una determinada y específica máquina de la empresa, cuya operación ha sido interrumpida con motivo del ejercicio del derecho de huelga, toda vez que “la manipulación de dicho bien, nos es más ni menos que la función de aquel trabajador en huelga”. Añade el ente fiscalizador que si bien la empresa tiene los recursos materiales disponibles en sus dependencias y el dominio de los mismos, no puede sobrepasar el límite de las facultades de administración, destinando bienes y personal no huelguista, para la realización de todo o parte de las tareas propias de los trabajadores en huelga<sup>55</sup>.

Tal como indica Gamonal, el derecho de propiedad del empleador y la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa, se debe armonizar con otros derechos fundamentales, como es el derecho de huelga, considerando que este es el único medio de poder reconocido a los trabajadores por la legislación<sup>56</sup>. De ahí que, durante la huelga, el empleador vea reducida la facultad de administración de sus bienes<sup>57</sup>, al menos de aquellos que eran manejados o manipulados por los trabajadores en huelga.

## 3. *Los alcances de la prohibición en relación con el reemplazo tecnológico*

Superada la idea de que el supuesto prohibido es el reemplazo de trabajador por trabajador (externo o interno), analizaremos el impacto que ha tenido el desarrollo acelerado de las tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga, que abre un sinfín de posibilidades de sustitución o reemplazo.

La problemática radica en determinar si es lícito para el empleador utilizar herramientas tecnológicas o de automatización, para la ejecución de las funciones propias de

<sup>55</sup> Dictamen N° 0440/005 de la DT, de 23/01/2018.

<sup>56</sup> GAMONAL, 2011, pp. 397 y 398.

<sup>57</sup> Y es que, durante el ejercicio del derecho de huelga, el empleador está impedido de vulnerarla y de adoptar medida alguna que implique desvirtuar o disminuir su eficacia. Juzgado del Trabajo de Arica, de 25.11.2019, RIT S-1-2019.

los trabajadores en huelga. Nuevamente se ponen en tensión las potestades de dirección y administración del empleador, que emanan de los derechos de libertad de empresa y propiedad, con el derecho de huelga.

Ahora bien, si se encuentra involucrado el ejercicio del derecho de huelga, dichas facultades se ven limitadas, ya que cuando se está ante una situación de conflicto, el empleador no puede utilizar su poder de dirección y administración con el objetivo de debilitar o anular la capacidad de presión de la huelga.

En estos casos, la tutela del derecho de huelga se extiende a la actuación del empresario, quien verá reducidas sus facultades regulares de dirección y administración. El único margen que tiene, dice relación con la gestión de los servicios mínimos, así como respecto de los recursos materiales y personales no involucrados en la huelga. Ahí conservará sus facultades, siempre que por medio de ellas no se pretenda mitigar la capacidad de presión de la huelga<sup>58</sup>.

Ahora bien, en cuanto al reemplazo de la función de los trabajadores en huelga por medios tecnológicos, la DT ha realizado una importante delimitación, con el fin de determinar en qué casos estaríamos ante un abuso o extralimitación de dichas facultades<sup>59</sup>.

En primer lugar, se pone en el supuesto que el empleador utilice tecnologías durante la huelga, respecto de las labores desarrolladas por trabajadores que no son parte del proceso de negociación colectiva. Señala que, si el uso de esas tecnologías supone una mayor intensidad del trabajo de los no huelguistas, habrá una vulneración del derecho de huelga.

El razonamiento que está detrás de este criterio, es que el empleador recurre a estas tecnologías que intensifican el trabajo de los no huelguistas, a propósito de la huelga, con el fin de neutralizar sus efectos. Lógicamente, si se tratase de tecnología que es utilizada de forma habitual, no estaría en debate su licitud.

En segundo lugar, la DT señala que está vedado el uso inusual o no habitual de tecnología informática y mecanismos automatizados en el proceso productivo—sea propio o externalizado—, para cubrir todo o parte de las tareas que corresponden a los trabajadores en huelga. En este caso, el uso de esa tecnología está precisamente destinado a reemplazar la función de los trabajadores en huelga, y dar plena continuidad al proceso productivo, anulando por completo aquel derecho fundamental.

Esta conducta lesiva se configuraría, incluso, si la nueva tecnología automatizada, se incorpora durante la inminencia de una huelga (previo a ella) o, existiendo ya un sistema automatizado, se redobla el rendimiento o se extiende a operaciones no habituales, a

---

<sup>58</sup> Así lo ha sostenido la DT en el Dictamen N° 4605 de 31/08/2018, donde se concluye que las modificaciones de las condiciones de la prestación de servicios de los trabajadores no huelguistas, solo es admitida restringidamente, sea que se trate de modificaciones de mutuo acuerdo o en virtud del *ius variandi*, toda vez que está involucrado el ejercicio del derecho de huelga. De esta manera, modificaciones vinculadas con las funciones de los trabajadores no huelguistas, que conlleven la ejecución de las labores de los huelguistas, estarían prohibidas.

<sup>59</sup> Ordinario N° 0448/006 de la DT, de 24/01/2018.

efectos de cubrir todo o parte de las funciones que se verán cesadas o disminuidas con el ejercicio de la huelga.

En definitiva, cuando se introduce nueva tecnología; o se emplea de forma inusual tecnología ya instalada en la empresa; o se aumenta y mejora su rendimiento, o se extiende a operaciones no habituales, el empleador está dando continuidad a la producción, mermando la capacidad de presión del derecho de huelga, y, por esta razón, incurriendo en una práctica desleal al ejercer una acción que entorpece la negociación colectiva, que transgrede el principio de buena fe y que infringe la prohibición de reemplazo<sup>60</sup>.

#### IV. LOS ALCANCES DE LA VOZ REEMPLAZO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Con el fin de analizar las líneas jurisprudenciales en torno al alcance de la prohibición de reemplazo, se solicitó al Poder Judicial vía transparencia, el detalle de denuncias ingresadas por prácticas antisindicales desde el 2017 a junio de 2022. Del total de causas se filtraron aquellas que habían terminado por sentencia definitiva, y de estas, se seleccionaron las denuncias relacionadas con la infracción de la prohibición de reemplazo (artículo 403 letra d) del CT)<sup>61</sup>.

Parte importante de las denuncias ingresadas versan acerca del reemplazo interno, asumiéndose que la prohibición contenida en el inciso 2° del artículo 345, incorpora no solo el reemplazo externo, sino que también el interno. A partir de lo anterior, la jurisprudencia entiende que la figura proscrita es el reemplazo, tanto externo como interno, ya que el vocablo “reemplazo”, de acuerdo con la RAE, significa “sustitución de una persona o cosa por otra”. En ese sentido, si la prohibición de reemplazo se refiriese solo a la prohibición de contratación, se privaría a la huelga de su fuerza y eficacia. En otros términos, si el empleador estuviese facultado a asignar a los trabajadores que no están en huelga las funciones de los huelguistas, este derecho quedaría vacío de contenido, debilitándolo y tornándolo inofensivo<sup>62</sup>.

En cuanto a la extensión del reemplazo, resulta ilustrativa la sentencia del Juzgado del Trabajo de Arica, que señala que la conducta prohibida “implica que el empleador ha utilizado diversos mecanismos destinados a substituir el trabajo del o los trabajadores que han ejercido tal derecho, por otros medios o recursos, ya sea a través de otras personas, contratando nuevos trabajadores, destinando a otros, o asignando una mayor

---

<sup>60</sup> Respecto de esta última infracción, la DT estima que la utilización de medios tecnológicos para mermar la capacidad de presión de la huelga puede operar como una modalidad de reemplazo interno o externo e, incluso, como una forma autónoma y específica de sustitución de trabajadores en huelga, en caso que sea el propio empleador el que utilice dichos medios tecnológicos.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 403 letra d), la figura prohibida se delimita en función de la acción de sustituir, siendo irrelevante al medio empleado para ello (personas o medios tecnológicos).

<sup>61</sup> En total se analizaron 37 sentencias de tribunales del trabajo y 6 sentencias de Cortes de Apelaciones.

<sup>62</sup> Así se expresa, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal del Trabajo de San Miguel, de 30.11.2018, RIT S-3-2018, donde se señala que el reemplazo de trabajadores en huelga con trabajadores de la misma

carga de trabajo, o empleando cualquier otro mecanismo, para suplir los servicios que se dejan de desarrollar por aquellos que han adherido a la huelga”<sup>63</sup>.

Asimismo, del análisis efectuado, se advierte que hay consenso en torno a que lo prohibido es el reemplazo de la función<sup>64</sup>, existiendo en algunos casos criterios bien estrictos, en el sentido de que para configurar el ilícito se debe acreditar el reemplazo de la función concreta y específica que desarrollan los huelguistas<sup>65</sup>.

En otros casos, para efectos de determinar si hay o no reemplazo interno, se analiza un cuestionable criterio numérico, comparando el total de los trabajadores en huelga con el número de no huelguistas que habrían realizado labores de los primeros durante la huelga. Así, por ejemplo, el 2º Juzgado del Trabajo de Santiago estimó que no concurría reemplazo, entre otras consideraciones, porque en la especie, cuatro personas no pueden cumplir las labores de todos los trabajadores en huelga a la vez (los que alcanzaban doscientas personas)<sup>66</sup>. Se trata de un criterio criticable, porque el reemplazo prohibido no exige que abarque a todos los trabajadores involucrados en la huelga<sup>67</sup> y, además, porque el análisis más que cuantitativo es cualitativo, esto es, en relación con las funciones desempeñadas por los huelguistas.

Uno de los debates centrales que se suscita a propósito del reemplazo interno, dice relación con la polifuncionalidad<sup>68</sup>, en el sentido de determinar si por esta vía se abre o no la puerta a que los no huelguistas puedan legítimamente ejecutar las labores de los huelguistas. Esto se verifica cuando el empleador sostiene en su defensa, que las funciones que han sido asignadas a los trabajadores que no secundan la huelga, están incorporadas a sus respectivos contratos de trabajo, a raíz de ello no se configuraría el reemplazo prohibido. Para resolver esta cuestión, el criterio determinante construido

---

empresa, también infringe la norma prohibitiva del artículo 345. Pronunciamiento confirmado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 655-2018.

En la misma línea, sentencia del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 7.09.2019, RIT S-113-2018, según la cual el inciso 2º del art. 345, “impide al empleador disponer que otro trabajador o dependiente desarrolle la labor que ejecutaba el trabajador que ha paralizado sus labores con ocasión de una huelga”.

Reafirman tal criterio las sentencias siguientes: Juzgado del Trabajo de Valparaíso, RIT S-25-2018; Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT S-4-2019; Juzgado del Trabajo de Arica, RIT S-1-2020; Juzgado de Letras de Colina, RIT S-16-2019; Juzgado de Letras de Lautaro, RIT S-5-2021; 1º Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT S-11-2021.

<sup>63</sup> Juzgado del Trabajo de Arica, de 31.12.2019, RIT S-3-2019.

<sup>64</sup> Como lo expresa la sentencia del 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 6.04.2020, RIT S-119-2018.

<sup>65</sup> Al no haberse acreditado el reemplazo de la función específica de los huelguistas involucrados –guardia de seguridad y docente de matemáticas–, el Tribunal del Trabajo de Concepción rechaza la denuncia por prácticas antisindicales. RIT S-30-2017, de 14.05.2018.

<sup>66</sup> 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, de 10.12.2019, RIT S-118-2018.

<sup>67</sup> En la sentencia citada del Juzgado del Trabajo de Arica, RIT S-3-2018, se aplica correctamente el criterio, señalando que en el caso en estudio se produce la sustitución total del servicio de seguridad o aseo, previamente desarrollado por cuadrillas de trabajadores, por la labor de una o dos personas, respectivamente.

<sup>68</sup> Recordemos que en nuestro modelo normativo se admite la polifuncionalidad, esto es, que en el contrato de trabajo se señalen dos o más funciones específicas, las que pueden ser alternativas o complementarias (artículo 10 n° 3 del CT).

por la jurisprudencia es el de la habitualidad de las funciones, el que está íntimamente vinculado con el principio de primacía de la realidad.

Entonces, si las funciones asignadas a los no huelguistas las desarrollaban de forma habitual antes de la huelga, la reorganización funcional realizada por el empleador no será calificada como práctica desleal. Por el contrario, si las funciones asignadas no son habituales, habrá reemplazo interno y, por esta razón, una práctica desleal grave<sup>69</sup>.

En ese sentido, es ilustrativa la sentencia del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago, ya que el debate se relaciona precisamente con las diversas funciones consignadas en los anexos de contratos de trabajo de los jefes de venta y gerentes de la empresa. Dentro de esas funciones están las de ingreso a caja, en caso de atochamiento y falta de personal, siempre que sea necesario.

A partir de los anexos y declaraciones de testigos, se concluye que estas funciones anexas de cajeros, no son desarrolladas habitualmente por los jefes de venta y gerentes, sino que son circunstanciales a las necesidades de la tienda, razón por la que se entiende que la empresa ha incurrido en reemplazo interno de trabajadores en huelga, conducta proscrita por nuestra legislación<sup>70</sup>.

En otros casos, al no aportarse prueba del carácter habitual o no habitual de las funciones desarrolladas por el personal no involucrado en la huelga, para calificar si estamos ante un reemplazo interno, ha sido determinante verificar si en la especie hay cláusulas de polifuncionalidad<sup>71</sup> e, incluso, genéricas<sup>72</sup>. De ser así, se concluye que no concurre la figura prohibida de reemplazo, sino que la realización de adecuaciones necesarias en el marco de las diversas funciones o funciones genéricas que se asignan en el contrato de trabajo de los no huelguistas.

El criterio de la habitualidad ha sido aceptado por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago,

---

<sup>69</sup> En ese sentido, sentencia del Juzgado del Trabajo de Temuco, de 22.04.2019, RIT S-16-2018. En este caso el reemplazo interno se verificó con cambios de jornada –aumento de jornada a personal part-time–, y cambio de funciones de trabajadores no involucrados en la huelga.

Asimismo, respecto de trabajadores que fueron contratados durante el proceso de negociación colectiva y, acreditándose que las labores que desarrollaron a partir de la huelga no eran las que hasta ese momento ejecutaban en la empresa, el Tribunal concluyó que estamos ante la figura de reemplazo, ya que a partir de la huelga desempeñaron las funciones de trabajadores huelguistas. Juzgado de Letras de San Carlos, de 20.05.2019, RIT T-24-2018. En el mismo sentido, sentencia del 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, de 20.06.2020, RIT S-103-2018, al verificarse que las labores desarrolladas por trabajadores no involucrados en la huelga, no eran las que natural y habitualmente desarrollaban.

Igualmente, sentencia del 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, de 14.07.2021, RIT S-92-2019; sentencia del 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, de 27.12.2021, RIT S-68-2020.

<sup>70</sup> 1° Juzgado del Trabajo de Santiago, de 4.03.2020, RIT S-48-2018.

<sup>71</sup> En ese sentido, sentencia del Juzgado del Trabajo de Valparaíso, de 16.09.2019, RIT S-25-2018, donde se concluye que la realización de tareas de conserjería por parte de la trabajadora no involucrada en la huelga, constituye una adecuación necesaria, teniendo en consideración que dicha labor estaba consignada dentro de sus funciones contractuales.

<sup>72</sup> Juzgado del Trabajo de Los Andes, de 15.04.2019, RIT T-11-2018, donde se concluyó que no hay reemplazo interno en la medida que los supuestos reemplazantes eran multioperadores.

conociendo un recurso de nulidad que objeta el criterio de la habitualidad, ya que la ley no establecería dicho requisito, resuelve rechazar la nulidad. Considerando que el empleador tiene el deber de no neutralizar la eficacia de la huelga, estima que para los efectos de determinar si hay o no reemplazo interno, se debe verificar si las funciones asignadas a los no huelguistas, más allá que estén en sus respectivos contratos de trabajo, eran habituales o no<sup>73</sup>.

Otra vía de reemplazo interno detectada es por medio del incumplimiento de los servicios mínimos autorizador por la DT por parte del empleador. Esto se verifica cuando se asigna a los trabajadores que conforman el equipo de emergencia, la realización de funciones que están fuera de esos servicios mínimos. En ese caso, se da la interesante figura de reemplazo interno, pero con los propios trabajadores huelguistas que han debido conformar el respectivo equipo de emergencia<sup>74</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El objetivo planteado en la presente investigación fue determinar los alcances de la prohibición de reemplazo, en el sentido si se refiere tanto al reemplazo externo como al interno y tecnológico. Nos planteamos este objetivo para dilucidar si tras la reforma de la Ley N° 20.940, el derecho a la huelga ha sido reposicionado en la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico.

Del análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial, se concluye que la prohibición de reemplazo es amplia, y que la finalidad que está detrás es dotar a la huelga de efectividad. En ese contexto, la DT ha resuelto que lo prohibido es el reemplazo de la función que realiza el trabajador en huelga, por lo que no resultaría lícito al empleador: (1) disponer de una determinada y específica máquina de la empresa que era manipulada por un trabajador en huelga; (2) modificar las funciones de los trabajadores no huelguistas para que ejecuten labores de los huelguistas; (3) intensificar el trabajo de los no huelguistas con el uso de tecnologías; (4) el uso inusual o no habitual de tecnologías informáticas y mecanismos automatizados en el proceso productivo para cubrir todo o parte de las tareas de los huelguistas y, (5) aumentar o mejorar el rendimiento de tecnología automatizada ya existente en la empresa.

La jurisprudencia judicial, en tanto, también ha entendido que la figura prohibida es el reemplazo externo e interno, ya que si se limitara únicamente a la contratación de nuevos trabajadores, se privaría a la huelga de su fuerza y eficacia. En términos generales, la jurisprudencia entiende que el reemplazo de los trabajadores en huelga puede verificarse por diversos medios, entre los que destaca: la contratación de nuevos trabajadores, la destinación de trabajadores no huelguistas, la asignación de mayor carga de trabajo, etc.

---

<sup>73</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 179-2022. En el mismo sentido, causa Rol 2519-2021 de 27.04.2022.

<sup>74</sup> Esta situación se advierte en la causa seguida ante el 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT S-119-2018.

En relación con las cláusulas de polifuncionalidad y la posibilidad de que el empleador las use para justificar la asignación de distintas funciones a los trabajadores no huelguistas, la jurisprudencia, para determinar si se está ante un reemplazo prohibido o no, ha construido el criterio de la habitualidad del desempeño de tales funciones. Si eran funciones habituales, la reasignación de funciones no será calificada como práctica desleal. En cambio, si las funciones asignadas no eran habituales, habrá reemplazo interno y, por tanto, una práctica desleal.

Finalmente, la jurisprudencia ha resuelto que hay reemplazo interno cuando se asigna a los trabajadores que integran el equipo de emergencia funciones que están fuera de los servicios mínimos. Se trata de un caso interesante, ya que el reemplazo se materializa con los propios trabajadores huelguistas.

### BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, Macarena, 2021: “Posibilidades de reacción empresarial frente a la huelga”, en GARCÍA y ESCRIBANO (directores), *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Oviedo, KRK Ediciones.
- BAYLOS, Antonio, 2014: “Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto”, en *Revista de Derecho Social* 66.
- BAYLOS, Antonio, 2005: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en Baylos (coordinador), *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Editorial Bomarzo.
- BUENDÍA, Ricardo, 2017: *Reemplazo de trabajadores en huelga*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- BUENDÍA, Ricardo, 2017: “Las adecuaciones necesarias por parte del empleador en la huelga”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 8, N° 15.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2016: “La reforma laboral y el fortalecimiento del derecho de huelga: un puente demasiado lejos”, en Arellano, Pablo; Severín, Juan Pablo y Feres, María Ester (editores), *Reforma al derecho colectivo del trabajo. Examen crítico de la ley N° 20.940*, Santiago, Thomson Reuters.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2015: “Una relectura a la prohibición de reemplazo durante la huelga: una buena noticia para la libertad sindical”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters, volumen III, n° 4.
- CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis, 2008: *Negociación colectiva y libertad sindical. Un enfoque crítico*, Santiago, Legal Publishing.
- CASTRO, José, 2022: *La libertad sindical en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo*, Santiago, DER Ediciones.
- GAMONAL, Sergio, 2020: *Derecho colectivo del trabajo*, 3° edición, Santiago, DER Ediciones.
- GAMONAL, Sergio, 2011: *Derecho colectivo del trabajo*, 2° edición, Santiago, Thomson Reuters.
- GAMONAL, Sergio, 2010: *Trabajo y Derecho*, Santiago, Legal Publishing.
- CAMÚ, Arnoldo, 2019: *Estudio crítico de la huelga en Chile*, (2ª edición), Valparaíso: Editorial EDEVAL.
- DE LA VILLA, Luis Enrique, 2003: “Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos”, en Albiol, Ignacio (coord.), *Derecho vivo del trabajo y Constitución*, Estudios en homenaje al profesor Fernando Suárez González, La Ley, Madrid, 2003, p. 273.

- FERES, María Ester, 2008: *Gobiernos progresistas y movimiento sindical. La experiencia chilena*, Santiago, Friedrich Ebert Stiftung.
- HUMERES, Magnan, 1957: *La huelga*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES, Héctor, 2016: “Análisis de la huelga en Chile”, *Revista Laboral Chilena*, N° 247.
- MARZI, Daniela, 2015: “Prohibición del reemplazo en la huelga: un legislador que actúa en contra de su palabra”, *Revista Laboral Chilena*, N° 241.
- MONEREO, José Luis, 2002: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Editorial Comares.
- NARBONA, Karina, 2015: *Antecedentes del modelo de relaciones laborales chileno*, 2° edición, Fundación Sol, Chile.
- PIÑERA, José, 1990: *La revolución laboral en Chile*, Santiago, Editorial Zig-Zag.
- ROJAS, Irene, 2020: “La legislación laboral en Chile en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo: control de la autonomía colectiva”, *Revista Ius et Praxis*, N° 2.
- ROJAS, Irene, 2007: “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva en el Plan Laboral”, *Revista Ius et Praxis*, semestre II.
- SALA, Tomás y LÓPEZ, Iván, 2013: *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SIERRA, Alfredo, 2010: “Nueva justicia laboral y reemplazo en la huelga”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 1.
- TOLEDO, César, 2013: *Tutela de la libertad sindical*, Santiago, Legal Publishing.
- UGARTE, José Luis, 2016: *Huelga y Derecho*, Santiago, Thomson Reuters.
- VILLAVICENCIO, Diego, 2017: “El reemplazo de trabajadores en huelga: análisis del cambio normativo de la ley 20.940”, en Rojas, Irene (coord.), *Los derechos del trabajo en la Constitución, en especial el de huelga*, Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- WALKER, Francisco y ARELLANO, Pablo, 2017: *Derecho de las relaciones laborales. Derecho colectivo del trabajo*, 2° edición, Santiago, Librotecnia.

### *Normas Jurídicas citadas*

- LEY N° 20.940, moderniza el sistema de relaciones laborales, publicada el 8 de septiembre de 2016.
- LEY N° 19.759, modifica el CT en relación con nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales y a otras materias que indica, publicada el 5 de octubre de 2001.
- LEY N° 19.069, establece normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, publicada el 30 de julio de 1991.
- D.L 2.758 de 1979, establece normas sobre negociación colectiva, publicado el 6 de julio de 1979.

### *Jurisprudencia judicial citada*

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43.
- CORTE Suprema, sentencia de 4 de diciembre de 2014, Rol 3514-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 12 de mayo de 2015, Rol 15.293-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 29 de enero de 2015, Rol 10.444-2014.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 13 de febrero de 2018, Rol 655-2018.
- JUZGADO de Letras de Lautaro, sentencia de 19 de marzo de 2018, RIT S-5-2021
- JUZGADO del Trabajo de Concepción, sentencia de 14 de mayo de 2018, RIT S-30-2017.

TRIBUNAL del Trabajo de San Miguel, sentencia de 30 de noviembre de 2018, RIT S-3-2018.  
JUZGADO del Trabajo de Los Andes, sentencia de 15 de abril de 2019, RIT T-11-2018.  
JUZGADO del Trabajo de Temuco, sentencia de 22 de abril de 2019, RIT S-16-2018.  
JUZGADO de Letras de San Carlos, sentencia de 20 de mayo de 2019, RIT T-24-2018.  
JUZGADO del Trabajo de Valparaíso, de 16 de septiembre de 2019, RIT S-25-2018.  
JUZGADO del Trabajo de Arica, de 25 de noviembre 2019, RIT S-1-2020.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 7 de septiembre de 2019, RIT S-113-2018.  
1° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 7 de noviembre de 2019, RIT S-71-2018.  
JUZGADO del Trabajo de Arica, sentencia de 25 de noviembre de 2019, RIT S-1-2019.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 10 de diciembre de 2019, RIT S-118-2018.  
JUZGADO de Letras de Colina, sentencia de 11 de diciembre de 2019, RIT S-16-2019.  
JUZGADO del Trabajo de Copiapó, sentencia de 11 de diciembre de 2019, RIT S-4-2019.  
JUZGADO del Trabajo de Arica, sentencia de 31 de diciembre de 2019, RIT S-3-2019.  
1° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 4 de marzo de 2020, RIT S-48-2018.  
1° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 6 de abril de 2020, RIT S-11-2021.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 6 de abril de 2020, RIT S-119-2018.  
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 11 de junio de 2020, Rol 7654-2019.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 20 de junio de 2020, RIT S-103-2018.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 14 de julio 2021, RIT S-92-2019.  
2° Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 27 de diciembre 2021, RIT S-68-2020.  
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27 de abril de 2022, Rol 2519-2021.  
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7 de julio de 2022, Rol 179-2022.

*Jurisprudencia administrativa citada:*

DIRECCIÓN del Trabajo, Ordinario 0441/0007 de 25 de enero de 2017.  
DIRECCIÓN del Trabajo, Ordinario 0999/0027 de 2 de marzo de 2017.  
DIRECCIÓN del Trabajo, Ordinario 0448/006 de 24 de enero de 2018.  
DIRECCIÓN del Trabajo, Dictamen 0440/005 de 23 de enero de 2018.  
DIRECCIÓN del Trabajo, Dictamen 4605 de 31 de agosto de 2018.

## Aspectos generales de las acciones colectivas de la Ley Nº 19.496: desde la compensación a la regulación

*Matías Ponce Márquez\*\**

*Bernardo Aylwin Correa\**

### RESUMEN

*El trabajo analiza el sistema de acciones colectivas chileno a la luz del contexto comparado. Desarrollamos la tesis de que aquel transitó desde un énfasis compensatorio hacia uno predominantemente regulatorio, pero sin los mecanismos de control propios de este último. Para ello, primero realizamos una aproximación general al concepto e historia de las acciones colectivas y luego describimos los distintos fundamentos que le subyacen por medio de una revisión comparada. Identificados los fundamentos compensatorio y regulatorio, en la segunda parte abordamos la tesis indicada. Esto, analizando el sistema original contemplado en la Ley Nº 19.496 y luego examinando los cambios legales posteriores, lo que involucra profundizar en las modificaciones en materia de remedios disponibles y participación de los privados en el sistema. Finalmente presentamos los riesgos derivados de un cambio de énfasis a uno regulatorio sin contar con los debidos mecanismos de control.*

Acciones colectivas; compensación; regulación

### *General aspects of class actions under Law N.19.496: from compensation to regulation*

### ABSTRACT

*This paper analyses the Chilean class action system considering the comparative context. Our thesis is that our system transitioned from a compensatory emphasis to a predominantly regulatory one but without the inherent proper controls of a regulatory system. With that target, a general approach to the class action concept and history is first undertaken, followed by a description of the underlying principles through a comparative review. Having identified the*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM en Private Law and Litigation, University California Los Angeles (UCLA), Estados Unidos, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1127-7885>. Correo electrónico: [bernardoaylwin@gmail.com](mailto:bernardoaylwin@gmail.com).

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile. LLM en Competition Law, University College London (UCL), Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2720-8007>. Correo electrónico: [matias.ponce@ug.uchile.cl](mailto:matias.ponce@ug.uchile.cl).

Artículo recibido el 4.11.2022 y aceptado para su publicación el 23.8.2023.

*compensatory and regulatory justifications, the second part addresses the above-mentioned thesis. This, by analyzing the collective procedure of Law No. 19.496 and examining its subsequent legal reforms, which entails delving into modifications concerning available remedies and the involvement of private parties in the system. Finally, the paper presents the risks derived from a shift in emphasis towards a regulatory approach without the necessary control mechanisms.*

Class action; compensation; regulation

## I. INTRODUCCIÓN

En Chile, las acciones colectivas fueron incorporadas en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC) el año 2004, mediante la reforma introducida por la Ley N° 19.955. Por tanto, tienen todavía una corta historia, lo que explica que se trate de un tema aún poco explorado. Ello contrasta con la experiencia comparada, donde existe una importante historia y desarrollo, sobre todo en países de la tradición del *common law*.

Respecto de su finalidad, las acciones colectivas o *class action*<sup>1</sup> hacen posible casos que de otra manera no serían llevados ante tribunales, sobre todo, cuando los daños demandados son menores que los costos que involucra el proceso (reclamos de valor negativo)<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, atendido los montos reclamados que suelen involucrar, constituyen mecanismos de regulación y disuasión<sup>3</sup>. Lo indicado describe los dos fundamentos que con frecuencia se utilizan para explicar las acciones colectivas: el compensatorio y el regulatorio o disuasivo. Sin perjuicio de que estos no son excluyentes, la priorización de uno sobre otro tiene importantes consecuencias en el diseño de un sistema de acciones colectivas<sup>4</sup>.

Siguiendo tales fundamentos, nos enfocaremos en definir y describir las características generales de los sistemas de acciones colectivas, para luego analizar el chileno. Nuestra tesis es que el sistema de la LPDC fue concebido con un énfasis compensatorio pero que, a partir de sus reformas, transitó hacia uno que prioriza la regulación, pero que no contempla los mecanismos de control propios de este tipo de modelos. Como resultado, el sistema presenta importantes riesgos que pueden afectar su utilidad como mecanismo de protección de los consumidores.

Para abordar dicha tesis, dividimos este trabajo en dos secciones. En la primera, establecemos el marco teórico, lo que comprende tres apartados: la explicación del concepto e historia de las acciones colectivas (II.1); el análisis de sus funciones (II.2);

---

<sup>1</sup> La traducción de *class action* usada en español es acciones colectivas, no acciones de clase. GIDI, 2004, pp. 17 ss. En este trabajo utilizaremos los conceptos en español. Cuando determinado término no tenga una traducción directa al español usaremos el inglés.

<sup>2</sup> HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 58-59.

<sup>3</sup> SHERMAN, 2004, p. 233.

<sup>4</sup> WALLER y POPAL, 2016, p. 37. En este trabajo haremos referencia a sistemas de acciones colectivas para referirnos a aquellas jurisdicciones en que las acciones colectivas han sido reconocidas y reguladas de manera expresa y sistemática. HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 11-15.

y la revisión de los diseños adoptados en el derecho comparado mediante el examen de los aspectos más relevantes de un sistema de acciones colectivas (II.3). En la segunda desarrollamos la tesis, también en tres apartados que incluyen: la revisión general del sistema de acciones colectivas de la LPDC y su énfasis inicialmente compensatorio (III.1); el análisis del tránsito hacia un sistema que prioriza la regulación, esencialmente por los cambios en los remedios disponibles y sus efectos en la litigación privada (III.2); y la explicación de la falta de los mecanismos de control propios de un sistema con énfasis regulatorio, en particular, la existencia de una etapa de admisibilidad robusta y un adecuado control judicial de los acuerdos, y los riesgos que esto involucra. Terminamos el trabajo con las respectivas conclusiones.

## II. ACCIONES COLECTIVAS: ASPECTOS GENERALES Y DISEÑOS

### 1. *Concepto e historia*

Numerosas jurisdicciones contemplan acciones colectivas en sus ordenamientos<sup>5</sup>. Si bien estas se sujetan a distintas regulaciones a lo largo del mundo, tienen en común un rasgo distintivo: se trata de acciones en las que una parte (el representante) se encuentra facultada para ejercer la pretensión en representación de todo individuo similarmente situado (los miembros ausentes) y cuyo resultado es, al menos potencialmente, vinculante para todos ellos (el colectivo)<sup>6</sup>.

El desarrollo y evolución de las acciones colectivas en el derecho comparado no es uniforme. Por un lado, en jurisdicciones del *common law* tienen una larga historia –fundamentalmente en Inglaterra, donde se remontan al medievo y en Estados Unidos, lugar en el que existen desde sus inicios–; y, por el otro, se trata de una institución relativamente reciente en aquellas jurisdicciones de derecho continental que la han adoptado<sup>7</sup>. Más aún, las jurisdicciones del *common law* tienden a presentar sistemas notoriamente más robustos que las pertenecientes a la segunda, contraste que se explica en razones históricas e institucionales.

Históricamente, las acciones colectivas se desarrollaron exclusivamente en jurisdicciones del *common law* porque su origen está ligado a las *Cortes de Equidad* del medievo inglés, buscando hacer frente a aquellos casos en los que el número de demandantes o demandados hacía impracticable su comparecencia individual en el proceso<sup>8</sup>. El concepto fue pronto adoptado por las *Cortes de Equidad* de la colonia inglesa en Norteamérica,

---

<sup>5</sup> Al año 2017 al menos 38 jurisdicciones contaban con sistemas de acciones colectivas. HENSLER, 2017, p. 966.

<sup>6</sup> HENSLER, 2009 p. 8.

<sup>7</sup> HENSLER, 2017, p. 965.

<sup>8</sup> YEAZELL, 1987, pp. 866 ss. Tradicionalmente, Inglaterra contemplaba *Cortes de Derecho* (*Courts of Law*) y *Cortes de Equidad* (*Equity Courts*), centrándose estas últimas en casos en los que el demandante solicitaba remedios distintos a la indemnización de perjuicios, que era el propio de las *Cortes de Derecho*.

continuando su desarrollo luego de la independencia de ese país<sup>9</sup>. Fue precisamente en Estados Unidos donde en el siglo XX se desarrolló un verdadero *sistema de acciones colectivas*. Este ha sido extraordinariamente influyente, en tanto las distintas jurisdicciones que han adoptado acciones colectivas se han basado en aquel, ya sea para imitarlo o matizarlo<sup>10</sup>.

Institucionalmente, las acciones colectivas se acoplan con mayor naturalidad a jurisdicciones pertenecientes al *common law*, que tienden a conceptualizar a los jueces como entes creadores de derecho<sup>11</sup>. En estas jurisdicciones la litigación no solo cumple la función de resolver disputas entre dos partes, sino que también persigue objetivos de política pública o regulatorios<sup>12</sup>. En contraste, en el derecho continental se tiene una visión más estricta de la separación de poderes<sup>13</sup>, en la que las cortes son conceptualizadas más propiamente como adjudicadores del derecho previamente definido por el legislador<sup>14</sup>. Del mismo modo, estas jurisdicciones tienden a abordar problemas regulatorios por medio de la ley y agencias estatales, y miran con cierta sospecha la implementación de políticas públicas mediante tribunales<sup>15</sup>.

## 2. *Fundamentos de las acciones colectivas*

Sea cual sea la tradición jurídica desde la que se analicen las acciones colectivas, existe consenso en que ellas son una excepción que contraviene uno de los más elementales principios procesales: para que una decisión judicial sea vinculante, el individuo afectado debe haber participado del proceso que concluyó con esa decisión<sup>16</sup>.

Por eso, la existencia de acciones colectivas se justifica en su capacidad de lograr dos objetivos: maximizar la compensación de víctimas y optimizar el cumplimiento de la regulación<sup>17</sup>. Estos dos fundamentos se entrecruzan en todo sistema de acciones colectivas, y la preponderancia de uno sobre otro permite explicar en gran medida las diferencias entre los distintos sistemas.

En el fundamento compensatorio las acciones colectivas son comprendidas como un mecanismo procesal que permite agregar múltiples pretensiones individuales; si diversas personas tienen una pretensión con los mismos o similares problemas de hecho o de derecho en contra del mismo demandado, aquel instrumento les permitirá litigar

---

Tanto Inglaterra como Estados Unidos unificaron sus cortes, pero los diferentes principios subyacentes a ambas siguen jugando un rol en el derecho sustantivo.

<sup>9</sup> HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 10 ss.

<sup>10</sup> LUTHER, 2012, pp. 309 ss.

<sup>11</sup> CHASE, *et al.*, 2007, p. 4.

<sup>12</sup> GIDI, 2003, pp. 316-317.

<sup>13</sup> CHASE, *et al.*, 2007, p. 4.

<sup>14</sup> EWALD, 1995, p. 1973.

<sup>15</sup> ISSACHAROFF y MILLER, 2012, p. 669.

<sup>16</sup> REDISH y BERLOW, 2007, p. 754.

<sup>17</sup> MARCUS, 2013, p. 595.

conjuntamente, reduciendo sus costos, mejorando su capacidad negociadora y, en definitiva, aumentando sus oportunidades de obtener compensación<sup>18</sup>. Tal objetivo es especialmente relevante en el contexto de los reclamos de valor negativo: disputas en que cada pretensión individualmente considerada es inferior al costo de su persecución judicial (típicamente, infracciones en el ámbito del consumo)<sup>19</sup>. En estos casos, las acciones colectivas constituyen el único medio por el que esas pretensiones pueden ser litigadas<sup>20</sup>.

Asimismo, de acuerdo con la función regulatoria las acciones colectivas son una herramienta de política pública cuyo objetivo es disuadir el incumplimiento de normas legales. Conforme con esta visión, la fiscalización estatal y litigación individual no son suficientes para garantizar el cumplimiento de la regulación. Bajo dicha lógica, la fiscalización del cumplimiento de las normas se democratiza, recayendo ya no solo en agencias públicas, sino que también en múltiples individuos dispuestos a ejercer ese control<sup>21</sup>.

Al igual que la justificación compensatoria, el objetivo regulatorio ofrece una explicación clara a los casos de reclamos de valor negativo, pues en ellos la evidencia empírica mostraría que las víctimas no están interesadas en ser compensadas<sup>22</sup>. Así, las acciones colectivas cumplirían en esencia un fin utilitario consistente en forzar a los agentes a internalizar el costo social de su conducta<sup>23</sup>. Por eso, bajo este fundamento las acciones de clase no son conceptualizadas como un instrumento para remediar derechos subjetivos afectados, sino como uno que permite el aumento del bienestar general<sup>24</sup>.

### 3. Diseños de sistemas de acciones colectivas

Los sistemas de acciones colectivas presentan distintos diseños, cuyos matices dependen generalmente de su alcance, la titularidad de la legitimidad activa, la existencia de un modelo *opt-in* u *opt-out* y los remedios disponibles<sup>25</sup>. Cada una de estas definiciones está fuertemente influenciada por el fundamento predominante, lo que a su vez suele estar marcado por la tradición a la que pertenece cada sistema.

---

<sup>18</sup> GILLES y FRIEDMAN, 2006, pp. 108 ss.

<sup>19</sup> RUBENSTEIN, 2006, p. 709.

<sup>20</sup> HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 58-59. La visión compensatoria es criticada en los reclamos de valor positivo: pretensiones que individualmente son suficientes para litigarse separadamente. Como sea, en este supuesto se sostiene que igualmente aumentan las posibilidades de éxito de las víctimas y, por sobre todo, que generan eficiencias judiciales. REDISH y BERLOW, 2007, p. 762.

<sup>21</sup> En rol de los abogados como ejecutores de fines regulatorios dio lugar a las nociones de *private enforcement* y *private attorney general*. Un análisis crítico, en RUBENSTEIN, 2004.

<sup>22</sup> GILLES y FRIEDMAN, 2006, pp. 132 ss. La justificación regulatoria es también menos persuasiva para los reclamos de valor positivo, cuyo efecto disuasivo no depende de la acumulación de pretensiones.

<sup>23</sup> MARCUS, 2013, p. 594.

<sup>24</sup> REDISH y BERLOW, 2007, pp. 779-780.

<sup>25</sup> HENSLER, 2017, pp. 971-972.

### a) Alcance del sistema

Las acciones colectivas pueden tener un alcance general, para todo tipo de materias, o un alcance restringido, estableciéndose solo respecto de áreas específicas. Típicamente, jurisdicciones del *common law* contemplan sistemas de alcance general. En contraste, países del derecho continental tienden a contemplar esta herramienta solo en relación con determinados temas, siendo el ejemplo más frecuente el de las relaciones de consumo<sup>26</sup> (otras áreas en las que también se presentan es en libre competencia y mercado de valores<sup>27</sup>). No obstante, un caso de un país perteneciente a esta última tradición con un sistema amplio de acciones colectivas es Brasil, en el que, sin perjuicio de que las acciones colectivas se regulan en el cuerpo normativo de protección de los consumidores –el *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*–, pueden ser utilizadas en casos de daños masivos sin importar el ámbito en que se produzcan<sup>28</sup>.

Por cierto, un diseño de alcance general es a su vez uno más robusto y tiende a favorecer fines regulatorios en cuestiones de interés público<sup>29</sup>. En contraste, uno restringido generalmente se enfoca en materias en los que la ausencia de acciones colectivas haría inviable la litigación, favoreciendo una función compensatoria.

### b) Legitimidad activa

La pregunta acerca de quién puede iniciar una acción colectiva tiene distintas respuestas. Normalmente, las jurisdicciones del *common law* disponen de reglas flexibles, permitiendo que cualquier individuo represente al colectivo afectado. En todo caso, la legitimación activa amplia suele ir acompañada de un análisis estricto respecto de la conveniencia de esa representación<sup>30</sup>. En Estados Unidos –y en la mayoría de las legislaciones que siguen tal modelo de legitimación– dicho análisis tiene lugar en la etapa de certificación<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> HENSLER, 2017, p. 971.

<sup>27</sup> HENSLER, 2009, p. 14.

<sup>28</sup> El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor contempla procedimientos para la protección de los intereses difusos, colectivos u homogéneos. Por su parte, la Ley 7.347/1985 contempla una acción civil pública para diversas materias, como daños ambientales, de consumo y cualquier otro daño que afecte un interés difuso o colectivo. Según el artículo 21 de esta ley, las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor son aplicables a las acciones civiles públicas por daños a intereses difusos o colectivos.

<sup>29</sup> Ejemplo de ello son los casos contra la segregación en Estados Unidos, materia en que las acciones colectivas han ocupado un rol crítico. BELL, 1976.

<sup>30</sup> HENSLER, 2017, p. 972.

<sup>31</sup> De acuerdo con la regla 23(a) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, la corte aprobará la certificación solo si luego de un análisis riguroso determina que (i) la clase es tan numerosa que unir a todos los miembros sea impracticable, (ii) hay preguntas de derecho o hecho comunes a todo el colectivo, (iii) la acción del demandante es típica respecto de la del colectivo, y (iv) el demandante protegerá justa y adecuadamente los intereses del colectivo.

Desde una concepción regulatoria, un sistema que cuenta con legitimidad activa amplia –acompañada de adecuados incentivos– aumenta la fiscalización del derecho sustantivo, permitiendo que individuos privados participen del sistema<sup>32</sup>. A su vez, desde una visión compensatoria, las víctimas pueden buscar ser resarcidas sin depender de la decisión de una agencia pública.

Sin embargo, este tipo de sistemas tienden a ser evitados en jurisdicciones de derecho continental, bajo el pretexto de que las acciones colectivas lideradas por abogados privados son susceptibles de presentar conflictos de interés entre el representante y los miembros ausentes<sup>33</sup>. Por ello, estas jurisdicciones tienden a reservar la legitimidad activa al gobierno, agencias o instituciones no gubernamentales específicas<sup>34</sup>. De tal forma –se sostiene– se asegura una mejor representación de las víctimas, permitiendo que los fines regulatorios se persigan por quienes tienen un real interés en asegurarlos, evitando una excesiva judicialización y abuso del sistema por parte de abogados privados. Consecuentemente, estas jurisdicciones omiten o reducen notoriamente los controles destinados a combatir los conflictos de interés.

Una materia relacionada con lo anterior son los requisitos que cada sistema contempla para la aprobación de acuerdos judiciales que concluyan la acción colectiva. Los sistemas de legitimación activa amplia generalmente contemplan requisitos más exigentes para la aprobación de acuerdos, en cuanto existe una mayor preocupación por resguardar a los miembros ausentes de los conflictos de interés que pueden afectar al representante<sup>35</sup>. El caso paradigmático es el de Estados Unidos, que contempla una audiencia especial en la que el tribunal aprobará el acuerdo solo si es justo, razonable y adecuado, tomando en consideración diversos elementos, que incluyen la efectividad del método propuesto para indemnizar a los miembros ausentes, y los honorarios pactados para el abogado representante del colectivo<sup>36</sup>.

Asimismo, sistemas que centran la legitimidad activa en agencias gubernamentales o no gubernamentales contemplan menos requisitos, teóricamente porque estas carecerían de incentivos para cerrar acuerdos desventajosos para el colectivo. Ahora bien, también se ha sostenido que las agencias, tanto públicas como privadas, no están exentas de presentar problemas de representación, como presiones políticas en las primeras y conflictos de intereses en las segundas<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> COFFEE, 1986.

<sup>33</sup> Un análisis de estos problemas en Estados Unidos en, COFFEE, 1987.

<sup>34</sup> HENSLER, 2017, pp. 973-974. Por ejemplo, Brasil reconoce legitimidad activa al gobierno (federal, estatal y municipal), agencias administrativas y asociaciones privadas. GIDI, 2003, pp. 366 ss.

<sup>35</sup> HENSLER, 2009, p. 20.

<sup>36</sup> La regla 23(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil establece que el tribunal debe considerar que (i) el demandante y su abogado han representado adecuadamente al colectivo, (ii) el acuerdo fue negociado en condiciones libres e independientes, (iii) el remedio propuesto es adecuado considerando, entre otros, la efectividad del método propuesto para la distribución de las indemnizaciones y los honorarios acordados para el abogado, y (iv) que el acuerdo trate a los miembros del colectivo de manera equitativa.

<sup>37</sup> HENSLER, 2017, pp. 973-974.

c) *Opt-in* u *opt-out*

Las acciones colectivas se ejercen en representación de un grupo de individuos que no participa formalmente del proceso, pero cuyo resultado les es potencialmente vinculante. Por lo anterior, todo sistema requiere que los representados manifiestan –al menos de manera ficta– su voluntad de ser vinculados.

Para estos efectos existen dos mecanismos. En un sistema *opt-in*, las personas cuyas pretensiones están formalmente incluidas dentro de la acción colectiva deben en algún momento declarar expresamente su intención de adherirse. Por el contrario, en un sistema *opt-out* aquellos individuos se entenderán automáticamente parte del colectivo, salvo que declaren expresamente su intención de ser excluidos<sup>38</sup>.

La elección de uno u otro modelo repercute fuertemente en la caracterización del sistema. Un mecanismo *opt-out* implica colectivos más extensos, mejorando la capacidad negociadora del representante. Por su parte, el demandado también tendrá incentivos para cerrar el caso si es que tiene la certeza de que el acuerdo incluirá a todo individuo similarmente situado, pues el eventual acuerdo pondrá fin total a la contingencia. Por el contrario, un régimen *opt-in* incorpora menos individuos al colectivo, salvaguardando la autonomía individual y previniendo abusos de abogados que buscan honorarios por medio de un acuerdo prematuro.

Ambos mecanismos se identifican mayormente con uno u otro fin asociado a las acciones colectivas. En principio, la visión compensatoria se ajusta mejor a sistemas *opt-in*, pues en ellos se materializa la idea de que las acciones colectivas corresponden a una agregación de pretensiones que efectivamente buscan ser resguardadas<sup>39</sup>. A su turno, sistemas *opt-out* favorecen una concepción regulatoria, que mediante colectivos extensos tendrá más herramientas para maximizar el cumplimiento del derecho sustantivo<sup>40</sup>. La adopción de un modelo *opt-in* u *opt-out* también revela los matices entre jurisdicciones del *common law* y del derecho continental. Las primeras típicamente adoptan el mecanismo *opt-out*, mientras que las segundas favorecen el régimen *opt-in*<sup>41</sup>.

Por último, lo normal es que una acción colectiva resulte en indemnizaciones o beneficios que deben adjudicarse<sup>42</sup>. Cuando las víctimas tienen que concurrir al proceso a acreditar su calidad y reclamar la indemnización respectiva, un sistema *opt-out* en la etapa declarativa puede pasar a ser *opt-in* en la de adjudicación. Esto agrega complejidades al proceso, en tanto acreditar la calidad de miembro del colectivo puede ser costoso, porque

<sup>38</sup> DODSON, 2016.

<sup>39</sup> MULLENIX, 2014, p. 441.

<sup>40</sup> GILLE y FRIEDMAN, 2006, pp. 132 ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, Estados Unidos, Australia y Canadá contemplan modelos *opt-out*, mientras la mayoría de los países de Europa occidental se inclinan por un *opt-in*. HENSLER, 2017, p. 973. No obstante, en Latinoamérica se observan jurisdicciones con sistemas *opt-out*. GÓMEZ, 2012.

<sup>42</sup> COOTER y ULEN, 2016, p. 236; VERBIC, 2012, pp. 3797-3798. Ambos artículos defienden la utilización de la doctrina *cy-près* cuando los montos resultantes de la acción no pueden ser asignados directamente a los afectados.

es muy difícil o excesivamente caro ubicar a los afectados, o sencillamente porque el monto indemnizatorio es demasiado bajo para incentivar su reclamo<sup>43</sup>. Como resultado, el grupo que inicialmente incluye a todos los afectados se ve disminuido en su número al final del proceso.

#### d) Remedios disponibles

Todas las jurisdicciones que han adoptado acciones colectivas permiten sentencias declarativas o que mandaten al demandado a hacer o abstenerse de hacer algo<sup>44</sup>, y prácticamente todas permiten remedios indemnizatorios<sup>45</sup>.

Mayor atención merece la pregunta acerca de los daños punitivos. Por cierto, la procedencia de dicha figura sirve a un propósito regulatorio; el sistema incentiva la interposición de acciones colectivas aceptando la sobrecompensación de las víctimas, todo con el objetivo de aumentar los efectos disuasivos<sup>46</sup>. Por eso, no es de extrañar que Estados Unidos reconozca la posibilidad de otorgar daños punitivos<sup>47</sup>. Lo opuesto sucede en Europa continental, cuyas jurisdicciones tienden a no reconocer este tipo de daños<sup>48</sup>, e incluso son expresamente evitados en materia de acciones colectivas<sup>49</sup>. Con todo, ciertas jurisdicciones de derecho continental sí autorizan daños punitivos en acciones de clase, siendo nuestro ordenamiento un ejemplo palpable de aquello.

Otro elemento relevante en materia de remedios se presenta respecto de la procedencia de la doctrina *cy-près*. Cuando el demandado de una acción colectiva debe resarcir a los afectados —ya sea por orden judicial o acuerdo—, distribuir los montos entre las víctimas puede resultar en extremo complejo<sup>50</sup>. En caso de que no todas las indemnizaciones sean asignadas directamente a los afectados, el sistema debe determinar quién obtendrá los montos restantes.

Tradicionalmente, existían tres alternativas. Primero, reembolsar dicho monto al demandado; segundo, redistribuirlo entre los miembros del colectivo que sí recibieron su compensación; y tercero, entregarlo al Estado<sup>51</sup>. En cambio, estas opciones presentan problemas. La primera afecta los fines regulatorios de las acciones colectivas; la segunda,

<sup>43</sup> VERBIC, 2012, pp. 3799-3800; BARNETT, 1987, p. 1594.

<sup>44</sup> HENSLER, 2017, p. 975

<sup>45</sup> HENSLER, 2009, p. 14.

<sup>46</sup> MARKEL, 2009, pp. 1388 ss.

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 67-69.

<sup>48</sup> HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 73-74.

<sup>49</sup> Directiva Unión Europea 2020/1828 de 25 de noviembre de 2020, considerandos 10 y 42.

<sup>50</sup> El demandante puede encontrar problemas prácticos (muertes o dificultad para encontrar a los miembros), administrativos (costo de distribuir la indemnización a las víctimas es superior al monto total) y defectos estructurales (sobrestimó la cantidad de miembros que componen el colectivo). BARNETT, 1987, p. 1594.

<sup>51</sup> SHEPHERD, 1972. Algunos autores entienden que la segunda y tercera alternativa también pertenece a la doctrina *cy-près*. MULHERON, 2006, pp. 216-217.

sobrecompensa a ciertas víctimas; y la tercera, no resuelve la falta de compensación a parte del colectivo<sup>52</sup>.

De esta manera, la doctrina *cy-près* asoma como alternativa que permite —a la corte o a las partes, según corresponda— entregar los montos no distribuidos a terceras partes (típicamente, organizaciones de caridad relacionadas con el interés subyacente a la acción colectiva)<sup>53</sup>. Así, la doctrina permite un equilibrio entre los fines compensatorios y regulatorios, aunque priorizando los últimos, a la vez que favorece acuerdos. Estados Unidos y otras legislaciones del *common law* han dado aplicación a esta doctrina<sup>54</sup>, mientras que algunos países de tradición continental han ido paulatinamente reconociéndola<sup>55</sup>.

### III. ACCIONES COLECTIVAS EN CHILE. DESDE LA COMPENSACIÓN HACIA LA REGULACIÓN

#### 1. *Establecimiento de las acciones colectivas en Chile: énfasis compensatorio*

La incorporación de las acciones colectivas en Chile se justificó principalmente con base en la función compensatoria. Esto, atendido que se enfatizó la necesidad de establecer un mecanismo que permitiera la reparación de reclamos de valor negativo. El fundamento regulatorio también se consideró, aunque solo a continuación del compensatorio<sup>56</sup>. Lo indicado se desprende del mensaje de la Ley N° 19.955, donde se explicitó que un sistema de acciones colectivas:

“[...] permitirá dar solución a problemas de consumo masivos en los que, por distintas razones, actualmente no se otorga la debida protección (costo de reclamar mayor al beneficio del reclamo, dificultades en dicho proceso, dificultad para tomar conocimiento de la ocurrencia de una infracción, entre otras). Por el lado de la oferta, un mecanismo como el que se propone, en que las soluciones son colectivas, desincentiva posibles prácticas de infracción masiva [...]”<sup>57</sup>.

La opción por un sistema con énfasis compensatorio se sustentó en la intención de evitar los efectos negativos que, a juicio del legislador de la época, tenía un sistema

<sup>52</sup> REDISH *et al.*, 2010, p. 617.

<sup>53</sup> SHEPHERD, 1972, p. 452. La doctrina *cy-près* tiene su origen en derecho sucesorio, en aquellos casos en que la voluntad del causante devenía imposible, permitiendo a la corte adoptar las medidas para cumplir de la manera más cercana posible su intención. REDISH, *et al.*, 2010, p. 631. Como indicamos en la nota anterior, algunos autores abordan la doctrina *cy-près* en términos amplios. En lo sucesivo seguiremos esta corriente, usando el concepto en forma amplia para referir distintos métodos alternativos de distribución.

<sup>54</sup> MULHERON, 2006, pp. 229-236

<sup>55</sup> VERBIC, 2012, pp. 3805 ss.

<sup>56</sup> BARROILHET, 2012, pp. 280-281.

<sup>57</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, p. 5.

regulatorio al estilo estadounidense. Al inicio de la tramitación del proyecto, en el primer trámite constitucional, el Informe de la Comisión de Economía daba cuenta de que las aprehensiones para la incorporación en la LPDC de un sistema de acciones colectivas eran: “[el] Aumento excesivo de litigios. [la] Posibilidad de vincular al proceso a personas que no son parte de la clase. [la creación de un] Mecanismo de chantaje a las empresas por la publicidad y número eventual de involucrados”<sup>58</sup>. Esta prevención se reiteró a lo largo de la tramitación legislativa<sup>59</sup>. Como resultado, el diseño de las acciones colectivas en la LPDC, aun contemplando algunos elementos regulatorios, tuvo un claro énfasis compensatorio.

Un análisis de las características del sistema original chileno muestra su centralidad compensatoria. Se trataba de un sistema de aplicación restringida<sup>60</sup>, en el que las acciones colectivas se limitaron al derecho de protección de los consumidores (no obstante la posterior aplicación del procedimiento a algunas materias reguladas en leyes especiales, en aplicación del artículo 2 bis letra b) de la LPDC o las remisiones expresas que ciertas leyes realizan al procedimiento establecido en la LPDC, *vgr.*, artículo 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcción)<sup>61</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, si bien los titulares de la acción han sido siempre el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), las asociaciones de consumidores o un grupo no inferior a 50 consumidores afectados, era la agencia pública la que se pretendía tuviera el rol preponderante, y no los litigantes privados<sup>62</sup>. El principal mecanismo que limitó la participación de privados fue la consagración de una etapa de admisibilidad muy exigente —que de todos modos no correspondía a la utilizada típicamente en sistemas regulatorios, porque no controlaba conflictos de interés o una adecuada representación, sino que se explicitaban la existencia de hechos que pudieran vulnerar los intereses colectivos o difusos y los derechos afectados—. En su configuración inicial, la etapa de admisibilidad representaba un obstáculo técnicamente complejo y, en los hechos, se extendía por un largo periodo, lo que desincentivaba la participación de los privados, para quienes la negociación se abría solo una vez superada aquella, con la consiguiente carga de mantener un litigio durante una fase inicial muy larga. Ahora bien, no obstante que la presencia de la agencia pública podría suponer un componente regulatorio<sup>63</sup>, la configuración del procedimiento orientaba fuertemente su labor hacia la compensación de los consumidores antes que al cambio en las prácticas de los proveedores (un ejemplo es la facilitación de la demanda de perjuicios del artículo 51 n° 2 de la LPDC).

Por último, el rasgo principal del sistema que demostraba la priorización del fundamento compensatorio eran los remedios disponibles. Por un lado, las sanciones

<sup>58</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, p. 28.

<sup>59</sup> Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, pp. 90, 111, 114, 159; 269.

<sup>60</sup> BARROILHET, 2012, p. 280.

<sup>61</sup> MOMBERG, 2021, pp. 8 ss.

<sup>62</sup> BARROILHET, 2012, pp. 277, 289-290.

<sup>63</sup> TARUFFO, 2001, pp. 409-410.

administrativas aplicables en el marco de las acciones colectivas tenían escasa o nula aptitud disuasoria, ya que se aplicaban como si se tratara de una acción individual; se imponía una sola multa y con los mismos montos máximos. Por el otro, y de capital relevancia, el remedio indemnizatorio estaba limitado al daño patrimonial. No se contemplaban daños punitivos y la reparación del daño moral —una partida usualmente reconocida en Chile— era prohibida, lo que revela una preocupación porque la indemnización no fuera usada con fines disuasivos y porque generara bajos incentivos para la litigación privada<sup>64</sup>. De esta manera, la acción colectiva de la LPDC tenía una naturaleza eminentemente reparatoria<sup>65</sup>, siendo su principal objetivo la indemnización de los perjuicios patrimoniales de los consumidores afectados<sup>66</sup>. De hecho, incluso en aquellas acciones que podían tener mayor repercusión regulatoria, estas quedaban subordinados a los efectos compensatorios de la acción. Por ejemplo, todas las demandas relevantes por cláusulas abusivas, relacionadas con el consumo financiero, tenían como elemento central la restitución de ganancias o compensación del daño provocado a los consumidores<sup>67</sup>.

El principal rasgo regulatorio del sistema inicial de acciones colectivas de la LPDC era la elección de un modelo *opt-out*. A pesar de todo, esta característica era fuertemente matizada por el establecimiento de un mecanismo *opt-in* en la etapa ejecutoria<sup>68</sup>, que opera salvo en aquellos casos en que el proveedor cuenta con la información suficiente para individualizar y reparar a cada consumidor directamente. En concreto, en el artículo 54 de la LPDC se estableció que al momento de la ejecución de la sentencia los consumidores se deben presentar en el juicio a ejercer sus derechos. Por tanto, la existencia de un modelo *opt-out* era ambigua en la configuración inicial del sistema, ya que el monto que el proveedor debía pagar en indemnizaciones dependía finalmente del número de consumidores que concurrían a la causa, otorgando un fuerte componente *opt-in* al proceso.

En definitiva, en todo lo relevante, el legislador optó por las alternativas propias de un sistema compensatorio. Incluso aquellos elementos que podrían vincularse con uno regulatorio fueron matizados, siguiendo una justificación compensatoria.

## 2. Reformas a las acciones colectivas en Chile: hacia un sistema con énfasis regulatorio

El sistema original de acciones colectivas de la LPDC fue objeto de varias reformas, las que marcaron un cambio de énfasis, desde el compensatorio al regulatorio. Sostenemos que la Ley N° 21.081 representa el antecedente determinante de tal transformación.

<sup>64</sup> BARROILHET, 2012, pp. 294-295.

<sup>65</sup> AGUIRREZABAL, 2019, p. 77.

<sup>66</sup> MOMBERG, 2011, p. 244.

<sup>67</sup> Aunque la declaración de cláusulas abusivas desempeña un rol regulatorio, disciplinando dicho mercado en cuanto al contenido que debía excluirse de los contratos, este no se ha materializado del todo. PONCE, 2021, p. 266 ss.

<sup>68</sup> BARROILHET, 2012, p. 283.

La vocación regulatoria estuvo en la génesis de la Ley N° 21.081, en el sentido de que por medio de ella se pretendía corregir la falta de herramientas disuasivas apropiadas para conducir adecuadamente el comportamiento de los proveedores. Tal intención figura con preeminencia en el mensaje del proyecto de ley, donde luego de darse cuenta de una positiva evolución en materia de protección de los consumidores, se indicó que: “[N]o obstante los avances, se puede constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos (...)”<sup>69</sup>. La relevancia de reforzar la aptitud disuasoria del sistema fue reiterada a lo largo de toda la tramitación del proyecto<sup>70</sup>.

Por lo que respecta a las acciones colectivas, el resultado fue la introducción de componentes que convirtieron el sistema en uno de énfasis regulatorio, en particular, por los cambios en las eventuales consecuencias administrativas de la acción colectiva y en materia de remedios, y los efectos que ello tiene en la litigación privada.

En relación con lo primero, como explicamos, en el sistema inicial de la LPDC las sanciones administrativas aplicadas en un procedimiento colectivo no tenían un efecto disuasivo, porque se imponían como si se tratara de un procedimiento individual. El caso Sernac con Cencosud<sup>71</sup> es un buen ejemplo para graficar lo indicado: este abarcó a más de 600.000 consumidores, con montos en reparación que alcanzaron aproximadamente US\$ 70 millones; en contraste, se impuso una multa de solo 50 UTM al proveedor. La Ley N° 21.081 alteró lo indicado, estableciéndose en el artículo 24 A inciso segundo de la LPDC la posibilidad de aplicar en las acciones colectivas una multa por cada consumidor afectado, lo que cambia significativamente el potencial disuasorio de las multas en el contexto de las acciones colectivas.

En relación con lo segundo, la modificación en materia de remedios disponibles llevada a cabo mediante la Ley N° 21.081 es la más clara materialización del tránsito hacia un sistema con énfasis regulatorio. En particular, atendida la incorporación de los daños punitivos, que representan una característica central de dicho tipo de sistemas<sup>72</sup>. Con la ley indicada se incorporó aquella figura en el artículo 53 C letra c) de la LPDC, que faculta al juez para aumentar en 25% la indemnización otorgada en una acción colectiva, cuando se verifique alguna de las circunstancias agravantes del artículo 24 de la misma ley. A pesar de que el porcentaje que se estableció en la ley es bajo si se lo compara con la experiencia comparada<sup>73</sup>, el efecto que la inclusión de este remedio tiene en el cambio hacia un modelo regulatorio es significativo. Para ejemplificar esto conviene tener nuevamente presente el caso Sernac con Cencosud. Atendida la entidad de los montos que el proveedor tuvo que pagar, se sostuvo que a partir de aquel se produciría un cambio en el comportamiento de los proveedores en el ámbito del mercado financiero; sin embargo, aquello no fue efectivo y el Sernac enfrentó a continuación casos

<sup>69</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 3.

<sup>70</sup> Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, pp. 48, 59, 329, 335, 399, 583.

<sup>71</sup> Corte Suprema, 24.04.2013, rol 12.355-2011.

<sup>72</sup> KIRST, 2021, p. 247.

<sup>73</sup> HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 94.

por la misma o similares conductas<sup>74</sup>. Ello obedece a que en casos como el indicado, el proveedor en último término debe restituir lo obtenido de manera ilícita, con lo que no existen verdaderos incentivos para un cambio de comportamiento<sup>75</sup>. Por ello, la aplicación del pago de un porcentaje de la indemnización, a título punitivo, es un mecanismo que persigue corregir aquello y disuadir al proveedor de perseverar en la conducta.

A su turno, tanto producto de una reforma legal como de la práctica impulsada por la autoridad y respaldada por los tribunales, la expansión del uso de la doctrina *cy-près* refuerza el tránsito hacia un sistema regulatorio. En este aspecto, originalmente el legislador chileno priorizó la perspectiva compensatoria, consagrando como principal mecanismo la entrega directa de las indemnizaciones a los consumidores sin necesidad de su concurrencia al juicio, siempre que el proveedor contara con la información necesaria para individualizarlos y proceder a su pago (artículo 53 C inciso 2° de la LPDC)<sup>76</sup>. Luego, mediante la Ley N° 21.081, se incorporó la perspectiva regulatoria al establecerse en la norma indicada que luego de dos años de transcurrido el plazo para que el proveedor entregara los montos directamente a los consumidores, los remanentes debían ser destinados al fondo concursable del artículo 11 bis de la misma ley. Este método coincide con la solución que se utiliza en el derecho comparado, consistente en la entrega del monto compensatorio al Estado con un propósito específico<sup>77</sup>. Dicha forma de proceder opera también para el caso de los acuerdos conciliatorios (artículo 53 B de la LPDC)<sup>78</sup>.

El punto de inflexión fue la dictación de la circular interpretativa del Sernac del año 2020<sup>79</sup>, en la que se concluyó que la doctrina *cy-près* tenía cabida amplia en el ordenamiento nacional de protección a los consumidores, no solo en las dos hipótesis expuestas relacionadas con los remanentes. Desde ese momento se comenzó a utilizar en el contexto de acuerdos judiciales bajo distintas modalidades. Por nombrar ejemplos: la colusión de las farmacias<sup>80</sup> y por la suspensión de eventos deportivos<sup>81</sup>. La ampliación del uso de la doctrina *cy-près* consolida el cambio de énfasis hacia uno regulatorio por dos motivos. Primero, porque refuerza el carácter *opt-out* del sistema, en tanto se amplían las circunstancias en que las indemnizaciones y reparaciones operan sin necesidad de concurrencia de los consumidores. Segundo, porque por su intermedio no se persigue la compensación individual de los consumidores, sino que lograr el pago efectivo de los montos de dinero comprendidos en la acción por parte del proveedor, y con ello asegurar

<sup>74</sup> PONCE, 2021, p. 266

<sup>75</sup> LEVMORE, 1990, 711.

<sup>76</sup> AGUIRREZABAL y PÉREZ, 2021, p. 28.

<sup>77</sup> DEJARLAIS, 1987, p. 751.

<sup>78</sup> Se ha planteado que esta regla debiera tener aplicación general, para evitar que los montos sean devueltos al infractor. HERNÁNDEZ y TAPIA, 2019, p. 79.

<sup>79</sup> Sernac, 2020. Más allá de la conclusión, la circular es criticable porque, en rigor, no desarrolla ninguna interpretación normativa de la cual concluir la aplicación de la doctrina, sino que descansa en una exposición de doctrina extranjera.

<sup>80</sup> 10° Juzgado Civil de Santiago, 13.11.2020, rol C-1.940-2013.

<sup>81</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03.04.2020, rol 436-2021.

el efecto que esto tiene en la orientación de su comportamiento. En relación con este remedio, corresponde también resaltar que representa la única vía para materializar la reparación del daño causado al interés difuso de los consumidores, supuesto caracterizado por un elevado nivel de dispersión de las víctimas y la consiguiente imposibilidad de su identificación individual. De esta manera se expanden las hipótesis que pueden derivar en el pago de reparaciones por parte del proveedor y, con ello, la aptitud disuasiva de la ley.

Finalmente, producto de las modificaciones legales en materia de remedios –y de simplificación respecto de la etapa de admisibilidad, a las que nos referimos en lo sucesivo–, luego de las reformas de la Ley N° 21.081 los incentivos para la litigación privada se intensificaron. Aun cuando las reglas de legitimidad activa no fueron modificadas, la disponibilidad de una acción colectiva con remedios reforzados eleva su rentabilidad. Teniendo la alternativa de ejercer acciones colectivas con fuertes impactos económicos para los proveedores, los litigantes privados quedan en mejor posición negociadora para cerrar acuerdos de los que pueden obtener el pago de costas. El fortalecimiento del *private enforcement* es un rasgo característico de los sistemas con fundamento regulatorio, debido a que con ello se expande y democratiza el control normativo<sup>82</sup>.

### 3. *Actual sistema de acciones colectivas en Chile: énfasis regulatorio sin los debidos resguardos*

Un sistema de acciones colectivas con énfasis regulatorio, que incorpora a litigantes privados en el ejercicio de acciones robustas, requiere de mecanismos de control que atenúen los riesgos de uso extorsivo de la acción y de conflictos de interés. Para ello se suelen utilizar formas estrictas de certificación y de validación de acuerdos. Sin embargo, la LPDC no contempla esos mecanismos, lo que amenaza con generar problemas respecto de la utilidad del sistema de acciones colectivas para proteger los intereses de los consumidores.

En primer lugar, modificaciones legales simplificaron radicalmente la etapa de admisibilidad de las acciones colectivas de la LPDC. En su origen, dicha ley contempló un control de admisibilidad estricto. Según se lee de los literales b), c) y d) del antiguo artículo 52 de la LPDC, en la etapa de admisibilidad se controlaba que la conducta impugnada tuviera la aptitud para afectar el interés colectivo o difuso, que se hubieran expresado los hechos que justificaban tal afectación y los derechos afectados, y que la cantidad de consumidores involucrados justificara económica y procesalmente someter el asunto al procedimiento colectivo. Especialmente con la Ley N° 20.543, el control de admisibilidad fue sustancialmente alterado, requiriendo actualmente solo la verificación del ejercicio de la acción por parte de un legitimado activo y el cumplimiento de los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, la etapa de admisibilidad transitó hacia un control de carácter estrictamente formal<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> RUBENSTEIN, 2004, p. 2131.

<sup>83</sup> AGUIRREZABAL, 2019, p. 98.

Aquello contrasta con lo que normalmente se observa en un sistema de énfasis regulatorio, donde al tiempo que se robustecen las acciones y se amplía la participación de privados, se refuerzan los controles para evaluar si el ejercicio de la acción es apropiado y para prevenir conflictos de interés, revisándose la existencia de una adecuada representación del colectivo<sup>84</sup>.

En segundo lugar, en la LPDC se contempla una regla general para la aprobación de acuerdos, limitada a la verificación de su conformidad con las normas de protección de los consumidores (artículo 53 B inciso cuarto). En cambio, en las jurisdicciones con énfasis regulatorio los jueces controlan activamente los acuerdos con el objetivo de prevenir que por su intermedio se beneficien el representante y el demandado, en perjuicio de los miembros ausentes<sup>85</sup>.

En consecuencia, sin los adecuados controles, el sistema chileno queda expuesto a la proliferación de acciones de chantaje o que terminen en acuerdos de mínimo beneficio para el consumidor. Este es un riesgo presente en el sistema de la LPDC si se tiene en cuenta que el único contrapeso para prevenir lo anterior es la sanción por la interposición de demandas temerarias (artículo 52 inciso final en relación con el artículo 50 E) que, sin embargo, exige un estándar alto para su aplicación<sup>86</sup>.

Para el ejercicio de una acción estrictamente privada, la LPDC exige a los abogados representar un número elevado de consumidores (50 o más consumidores), lo que plantea problemas de coordinación que desalientan su interposición<sup>87</sup>. Es por esto que los problemas descritos se presentan con mayor probabilidad respecto de las asociaciones de consumidores, que para ejercer la acción no necesitan representar directamente a ningún consumidor y, por tanto, no enfrentan problemas de coordinación.

Luego del cambio de énfasis sin la consecuente introducción de controles se han verificado tensiones entre las asociaciones de consumidores, por un lado, y los consumidores y la autoridad, por el otro, los que dejan ver la existencia de los riesgos comentados en el sistema de acciones colectivos chileno. Para ilustrar esto conviene analizar dos episodios recientes.

El primero es la causa iniciada por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS) en el caso de anticonceptivos defectuosos. En este juicio, 207 consumidoras hicieron reserva de sus derechos (ejercieron el derecho a *opt-out*), lo que fue aprobado por el tribunal. Sin embargo, CONADECUS interpuso un recurso de reposición, circunstancia que revela su preocupación por no perder a las integrantes del grupo que, ya que estuvieron dispuestas a buscar representación, probablemente eran las que tenían casos más sólidos, de manera que su exclusión de la acción debilitaba la posición negociadora de la asociación. La reposición fue rechazada. El juicio se cerró luego por acuerdo, sin que exista información acerca de las costas percibidas por CONADECUS

<sup>84</sup> HENSLER, 2017 p. 972.

<sup>85</sup> HENSLER, 2009 p. 20.

<sup>86</sup> Solo se ha aplicado en una oportunidad, a una asociación de consumidores. Corte Suprema, 19.03.2021, rol 22.097-2019.

<sup>87</sup> BARROILHET, 2012, pp. 287-291.

ni respecto del número de consumidoras que resultaron beneficiadas por el mismo<sup>88</sup>. El acuerdo además exigió importantes requisitos que las consumidoras debían satisfacer para recibir una indemnización (como fotografías del blíster perteneciente al lote defectuoso y certificado de nacimiento en determinados lapsos de tiempo) y se estableció que los montos no cobrados no serían sujetos a las reglas de remanentes establecidas en la ley y que, por esta razón, serían restituidos a los demandados<sup>89</sup>. Lo anotado muestra la tensión entre las consumidoras, que no tenían control alguno de la forma en que la asociación llevó la acción y negoció el acuerdo que determinaría finalmente su posibilidad de obtener una reparación, y la asociación de consumidores, que deseaba mantener una posición negociadora sólida para obtener un buen acuerdo.

El segundo caso es el de la demanda por los daños derivados de la colusión de los productores de carne de pollo. CONADECUS y Formadores de Organizaciones Juveniles de Consumidores y Consumidoras presentaron una demanda indemnizatoria ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la que estimaron preliminarmente el daño provocado a los consumidores en casi USD\$ 800 millones. Luego incluso exhibieron un documento en que el daño se cuantificaba en un monto notablemente superior, cercano a los USD\$ 1.221 millones, agregando además el 20% de dicho monto a título de lucro cesante y otro 20% a título de daño moral. Las asociaciones alcanzaron primero un acuerdo con dos de los demandados<sup>90</sup> y luego con el restante<sup>91</sup>, en ambos casos por menos del 4% de lo estimado en la demanda y un porcentaje significativamente más bajo si se considera lo expuesto en el informe económico de las asociaciones. A su vez, se acordó que los montos se repartirían usando el mecanismo *cy-près*, sin que existiera transparencia acerca de la forma en que se seleccionaron las instituciones destinatarias. Tampoco hay información de los montos en costas recibidos por las asociaciones.

Al respecto, el Sernac presentó un escrito solicitando la modificación del primer acuerdo y un recurso de reclamación en subsidio, en el que alegaba ciertas irregularidades que a su juicio tenía el acuerdo, en esencia por la falta de justificación para acordar por montos tan lejanos a los inicialmente reclamados. Sin explicación, la autoridad luego retiró dicho escrito. Se aprecia así que la autoridad observó e incluso actuó respecto de un acuerdo que estimaba que no beneficiaba a los consumidores. Este riesgo ya había sido identificado previamente por la autoridad que, de hecho, dictó una circular interpretativa en la que abordaba la posibilidad de una “estafa procesal” en los procedimientos colectivos<sup>92</sup>. A ello corresponde agregar los problemas de falta de transparencia en las instituciones destinatarias de los montos reparatorios, cuestión que en el derecho comparado ha sido criticada porque potencialmente deriva en el desarrollo de una industria

<sup>88</sup> Solicitamos información a CONADECUS al respecto, pero no recibimos respuesta.

<sup>89</sup> 5° Juzgado Civil de Santiago, 17.01.2022, rol C-3.029-2021. CONADECUS presentó luego otra demanda por anticonceptivos defectuosos, el año 2022, en la que con fecha 19 de julio de 2022 se aprobó un acuerdo idéntico en requisitos y costas. 5° Juzgado Civil de Santiago, 19.07.2022, rol C-2.195-2022.

<sup>90</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 05.12.2022, rol CIP-2-2019.

<sup>91</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 18.01.2023, rol CIP-2-2019.

<sup>92</sup> Servicio Nacional del Consumidor, 2021.

del *lobby* alrededor de los montos correspondientes a los miembros ausentes de la acción y por los conflictos de interés que pueden enfrentar las partes del proceso y los jueces<sup>93</sup>.

Es probable que la tensión y los riesgos derivados de un sistema que genera incentivos para la litigación privada pero que no contempla los mecanismos de control necesarios, sigan presentándose. Por ello es necesario que las reformas sucesivas tengan una aproximación más razonada al sistema de acciones colectivas, de manera de prevenir y corregir situaciones como las comentadas. Por último, adicionalmente, una buena medida para prevenir los riesgos expuestos es vincular los honorarios que reciben los abogados con los montos efectivamente recuperados por las víctimas como resultado de la acción, cuestión que evita que los abogados se beneficien de la reducción de la suma pagada a los afectados o de la complicación de los requisitos para ser beneficiario<sup>94</sup>. A su vez, hacer transparente el monto que reciben los abogados también contribuye a evitar conflictos de interés<sup>95</sup>. Esto supone simplemente establecer en el artículo 53 B de la LPDC que las ofertas que propongan los proveedores deben especificar si se pagarán o no costas y, en este último caso, su monto, y que ello sea a su vez incluido en los avisos establecidos en el artículo 54 A de la misma ley. En el mismo sentido, se requiere mayor regulación legal del mecanismo *cy-près*, para hacer transparente la forma de elección de instituciones destinatarias y establecer criterios respecto de en qué circunstancias se puede utilizar tal doctrina, a efectos de evitar los riesgos expuestos.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Las acciones colectivas en Chile tienen una historia breve. En el derecho comparado, sobre todo en el *common law*, existe una importante tradición y desarrollo, que proporcionan antecedentes útiles para entender el sistema nacional.
2. En cuanto a la justificación del sistema de acciones colectivas, dos son las respuestas más extendidas. La primera es el fundamento compensatorio, según este, el objetivo es favorecer la compensación de la mayor cantidad de afectados posible, sobre todo en casos de reclamos de valor negativo. La segunda es el fundamento regulatorio, conforme con el cual las acciones colectivas contribuyen a optimizar el cumplimiento de las normas legales, orientando el comportamiento de los regulados.
3. La priorización de uno u otro fundamento impacta en el diseño del sistema de acciones colectivas. Los matices se materializan en cuatro ámbitos definitorios; estos son, el alcance del sistema, la legitimidad activa para el ejercicio de la acción, la opción por un modelo *opt-in* u *opt-out* y los remedios que se pueden ejercer por su intermedio.

<sup>93</sup> JOHNSTON, 2013, 277-304.

<sup>94</sup> BONE, 2020, p. 579.

<sup>95</sup> DEL VILLAR, 2023, p. 53.

4. Por lo que respecta al sistema chileno, su diseño original priorizó la perspectiva compensatoria. Lo indicado se concretizó en un sistema de alcance limitado, con una legitimidad activa restringida por sus bajos incentivos para la participación de privados, un modelo *opt-out* atenuado y remedios limitados para el colectivo. Respecto de esto último, la existencia de sanciones administrativas bajas, la prohibición de la indemnización del daño moral y la no incorporación de daños punitivos configuraban un sistema de escasa amenaza para los proveedores y poco atractiva para los litigantes privados.
5. Producto de las sucesivas reformas legales, nuestro ordenamiento transitó hacia un sistema con énfasis regulatorio. Esto, por medio de las modificaciones en materia de remedios disponibles y el impacto que ello tiene en la litigación privada. En particular, con la Ley N° 21.081 se alteró radicalmente las eventuales consecuencias administrativas de las acciones colectivas –permitiendo la aplicación de una multa por cada consumidor–, se removió la prohibición para la reparación del daño moral y se introdujeron daños punitivos. Asimismo, la expansión del uso de la doctrina *cy-près* también revela el cambio de énfasis expuesto. El resultado es un sistema de acciones colectivas robustas que constituye una amenaza real para los proveedores y que eleva los incentivos para que los litigantes privados participen del mismo.
6. El cambio de énfasis no fue acompañado de la incorporación en la LPDC de los respectivos mecanismos de control. En primer lugar, la etapa de admisibilidad fue sustancialmente simplificada, sin integrar herramientas para prevenir el uso extorsivo de las acciones colectivas o los conflictos de interés que pueden presentar privados. En segundo lugar, las reglas de aprobación de acuerdos de la LPDC no contemplan mayor control para evitar la celebración de acuerdos que benefician al agente que interpone la acción en desmedro de los consumidores. Esto, sumado a las tensiones que el sistema ha empezado a mostrar, demuestran que es necesario que las sucesivas reformas corrijan la situación expuesta por medio de una aproximación más razonada a la materia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL, Maite y PÉREZ, Álvaro, 2021: “Liquidación y ejecución de sentencias condenatorias en el proceso colectivo chileno de consumidores y usuarios”, *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1.
- AGUIRREZABAL, Maite, 2019: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARNETT, Kerry, 1987: “Equitable trust: An effective remedy in consumer class action”, *The Yale Law Journal*, vol. 7, N° 7.
- BARROILHET, Agustin, 2012: “Class Actions in Chile”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 18, N° 3.
- BELL, Derrick, 1976: “Serving two masters: Integration ideals and client interests in school desegregation litigation”, *Yale Law Journal*, Vol. 85, Issue 4.

- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, 2004: "Historia de la Ley N° 19.955, modifica la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores". Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5671/>
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, 2018: "Historia de la Ley N° 21.081, modifica Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores". Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/7577/>
- BONE, Robert, 2020: "In defense of the Cy-Pres-Only class action", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 24, N° 2.
- CHASE, Oscar, *et al.*, 2007: *Civil Litigation in a Comparative Context*, Minnesota, West Academic.
- COFFEE, John, 1987, "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54.
- COFFEE, John, 1986: "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", *Columbia Law Review*, Vol. 86.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, 2016: *Law and Economics*, 6ª edición, Boston, Addison Wesley.
- DEJARLAIS, Natalie, 1987: "The consumer trust fund: A Cy Pres solution to undistributed funds in consumer class action", *Hastings Law Journal*, vol. N° 38, Issue 4.
- DEL Villar, Lucas, 2023: "Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes", *Diálogos CeCo*, marzo 2023.
- DODSON, Scott, 2016: "An Opt-In Option for Class Actions", *Michigan Law Review*, Vol. 115.
- EWALD, William, 1995: "Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?" *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, No. 6.
- GIDI, Antonio, 2004: "El concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio y Ferrer, Eduardo (Coords). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa.
- GIDI, Antonio, 2003: "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N° 2.
- GILLES, Myriam y FRIEDMAN, Gary, 2006: "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, No. 1.
- GÓMEZ, Manuel, 2012: "Will the Birds Stay South? The Rise of Class Actions and Other Forms of Group Litigation Across Latin America", *U. Miami Inter-Am. Law Review*, Vol. 43.
- HENSLER, Deborah, 2017: "From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally". *Kansas Law Review*, Vol. 65.
- HENSLER, Deborah, 2009: "The Globalization of Class Actions: An Overview". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 622.
- HENSLER, Deborah, *et al.*, 2000: *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Mónica, RAND Corporation.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio, 2019: *Colusión y daño a los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y PONCE, Matías, 2022: "Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 38.
- ISSACHAROFF, Samuel y MILLER, Geoffrey, 2012: "Will aggregate litigation come to Europe?", en Backhaus, Jürgen, Cassone, Alberto y Ramello, Giovanni (eds.). *The law and economics of class actions in Europe*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
- JOHNSTON, Jennifer, 2013: "Cy Pres Comme Possible to anything is Possible: How Cy Pres Creates Improper Incentives in Class Action Settlements", *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 9, N° 2.

- KIRST, Philipp, 2021: *The Impact of the Damages Directive on the Enforcement of EU Competition Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing.
- LEVMORE, Saul, 1990: "Probabilistic recoveries, restitution, and recurring wrongs", *Journal of Legal Studies*, vol. XIX.
- LUTHER, Jörg, 2012: "The constitutional impact of class actions in European legal systems", en Backhaus, Jürgen, Cassone, Alberto y Ramello, Giovanni (eds.). *The law and economics of class actions in Europe*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar.
- MARCUS, Richard, 2013: "The History of the Modern Class Action, Part I. Sturm Und Drang, 1953-1980". *Washington University Law Review*, Vol. 90, Issue 3.
- MARKEL, Dan, 2009: "How should punitive damages work", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157.
- MOMBERG, Rodrigo, 2021: "Régimen de multas y ámbito de aplicación de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 28.
- MOMBERG, Rodrigo, 2011: "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xxiv, N° 2.
- MULHERON, Rachel, 2006: *The modern Cy-près doctrine: Applications & implications*, Londres/Nueva York, Routledge.
- MULLENIX, Linda, 2014: "Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action", *Emory Law Journal*, Vol. 64.
- PONCE, Matías, 2021: "Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 1.
- REDISH, Martin, *et al.*, 2010: "Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis", *Florida Law Review*, Vol. 62.
- REDISH, Martin y BERLOW, Clifford, 2007: "The class action as political theory". *Washington University Law Review*, Volume 85, Issue 4.
- RUBENSTEIN, William, 2006: "Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action", *University of Missouri-Kansas Law Review*, Vol. 74.
- RUBENSTEIN, William, 2004: "On What A "Private Attorney General" Is--And Why It Matters", Vol. 57.
- SERVICIO Nacional del Consumidor, 2020: "Resolución Exenta N° 759 que aprueba circular interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos". Disponible en: [https://www.sernac.cl/portal/618/articles-59259\\_archivo\\_01.pdf](https://www.sernac.cl/portal/618/articles-59259_archivo_01.pdf)
- SERVICIO Nacional del Consumidor, 2021: "Resolución Exenta N° 71 que aprueba circular interpretativa sobre deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para la defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores". Disponible en: [https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272\\_archivo\\_01.pdf](https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf)
- SHEPHERD, Stewart, 1972: "Damage distribution in class action: The Cy Pres remedy". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 39, N° 2.
- SHERMAN, Edward, 2004: "Consumer class action: Who are the real winners?", *Main Law Review*, vol. N° 56, N° 2.
- TARUFFO, Michele, 2001: "Some remarks on group litigation in comparative perspective". *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11.
- VERBIC, Francisco, 2012: "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil", *RIDB*, Año 1, N° 6.

WALLER, Spencer y POPAL, Olivia, 2016: "The fall and rise of the antitrust class actions", *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 39, Issue 1.

YEAZELL, Stephen, 1987: "Group litigation and social context: Toward a history of the class action", *Columbia Law Review*, Vol. 77, Nº 6.

### *Normativa citada*

#### Chile

LEY Nº 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, publicada el 7 de marzo de 1997.

LEY Nº 19.955, modifica la Ley Nº 19.496, publicada el 14 de julio de 2004.

LEY Nº 20.543 relativa al procedimiento aplicable para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, publicada el 21 de octubre de 2011.

LEY Nº 21.081, que modifica la Ley Nº 19.496, publicada el 13 de septiembre de 2018.

#### Estados Unidos

*FEDERAL Rules of Civil Procedure*, de 16 de septiembre de 1938.

#### Brasil

LEY Nº 8.078, Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicada el 11 de septiembre de 1999.

LEY Nº 7.347 Acción civil pública de responsabilidad por daño al medio ambiente, consumidor, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, publicada el 24 de julio de 1985.

### *Jurisprudencia citada*

#### Chile

CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013, rol 12.355-2011.

CORTE Suprema, sentencia de 29 de marzo de 2021, rol 22.097-2019.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 3 de abril de 2020, rol 436-2021.

10º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 13 de noviembre de 2020, rol C-1.940-2013.

10º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 5 de octubre de 2021, rol C-25.010-2014.

5º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 17 de enero de 2022, rol C-3.029-2021.

5º Juzgado Civil de Santiago, 19 de julio de 2022, rol C-2.195-2022.

TRIBUNAL de Defensa de la Libre Competencia, 5 de diciembre de 2022, rol CIP-2-2019.

TRIBUNAL de Defensa de la Libre Competencia, 18 de enero de 2023, rol CIP-2-2019.

## Distanciamiento contractual y el valor intrínseco del contrato

*Esteban Pereira Fredes\**

### RESUMEN

*El presente artículo tiene por objetivo formular consideraciones críticas a la tesis del distanciamiento de Dori Kimel. Se esgrimen tres observaciones críticas que ofrecen dificultades para que el distanciamiento personal entre los contratantes constituya el valor intrínseco del contrato. Por último, se evalúa críticamente el compromiso de esta propuesta con la presencia de un fundamento normativo uniforme en el derecho de contratos.*

Tesis del distanciamiento; valor intrínseco del contrato; fundamentos normativos

## *Contractual Detachment and the Intrinsic Value of the Contract*

### ABSTRACT

*This paper aims to formulate critical considerations to Dori Kimel's detachment thesis. Three critical observations are put forward that offer difficulties so that the personal detachment between the contracting parties constitutes the intrinsic value of the contract. Finally, the commitment of this proposal with the presence of a uniform normative foundation in contract law is critically evaluated.*

Detachment thesis; intrinsic value of the contract; normative foundations

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Girona, España. Profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1471-6590>. Correo electrónico: [esteban.pereira@uai.cl](mailto:esteban.pereira@uai.cl).

Este trabajo es fruto del Fondo de Investigación Individual ejecutado en el marco del Programa de Apoyo a la Investigación que ofrece la Dirección de Investigación de la Universidad Adolfo Ibáñez. Es parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11231004: "Más allá del individualismo: Solidaridad y altruismo como fundamentos morales del derecho de contratos". Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias que formularon a un borrador de este trabajo los profesores Carlos Pizarro Wilson y Mauricio Rengifo Gardeazábal. Del mismo modo, agradezco los agudos comentarios que esgrimieron los dos árbitros anónimos que evaluaron este ensayo.

Artículo recibido el 4.11.2022 y aceptado para su publicación el 29.8.2023.

## I. INTRODUCCIÓN

• Qué es lo valioso del contrato y que permite diferenciarlo de otros institutos de interacción social? Este interrogante constituye una cuestión indispensable para la reflexión teórica respecto del contrato y el derecho contractual. En filosofía del derecho de contratos se ha ofrecido una respuesta donde el valor intrínseco del contrato es el distanciamiento personal entre los contratantes. Esta es la célebre tesis que Dori Kimel mostró a la comunidad hace cerca de dos décadas. Tal visión es, como se sabe, influyente en la filosofía del derecho contractual y no ha sido debidamente puesta a prueba según su mérito.

En estas coordenadas, el presente trabajo tiene por objetivo formular algunas consideraciones críticas a la tesis de Kimel que invitan a poner en duda que la función del distanciamiento constituye efectivamente el rasgo distintivo de la relación contractual. El ensayo está estructurado sobre la base de cuatro secciones. En la segunda sección es brevemente presentada la tesis del distanciamiento. En la tercera sección se esgrimen tres posibles vallas que debe enfrentar esta posición para alcanzar el rendimiento explicativo al que aspira. En la cuarta sección, en tanto, se muestra el panorama de los fundamentos normativos del derecho de contratos en la reflexión filosófica acerca de este ámbito. En la quinta sección, por último, se evalúa en forma crítica si acaso el distanciamiento contractual puede constituir el valor intrínseco del contrato, de acuerdo con su compromiso unitario con el fundamento normativo individualista. Se sostendrá que la pertinencia de la tesis de Kimel depende de la vigencia de un fundamento normativo uniforme en el derecho de contratos. Por ello, la participación de una versión del altruismo en esta estructura de fundamentación ofrece dificultades a la corrección de la tesis del distanciamiento.

## II. LA TESIS DEL DISTANCIAMIENTO

Una de las tantas vertientes derivadas de la discusión acerca del vínculo que media entre el contrato y la promesa es la tesis del distanciamiento. Desde que Fried presentó en 1981 la visión que entiende el contrato en términos de una promesa efectuada por los contratantes acerca de su comportamiento futuro, parece constituir un lugar obligado para la reflexión teórica del derecho contractual pronunciarse acerca de la posible identidad entre contrato y promesa. Para Fried hay dos cuestiones que se entrelazan; a saber, una dimensión conceptual y otra normativa. Por una parte, la cuestión conceptual es relativa a la identidad entre ambas instituciones y, por otra, la de índole normativa, donde la fuerza normativa del contrato se extrae del valor de la promesa. De ahí que el contrato *es* una promesa y *obliga* en los términos en que esta última lo hace a quienes prometen. Como indica el autor, “[a]l prometer transformamos una elección moralmente neutra en una moralmente apremiante”<sup>1</sup>. Las aparentes raíces kantianas y sensibles con

<sup>1</sup> FRIED, 2015, p. 8.

el pensamiento liberal contribuyeron a posicionar la propuesta de Fried en los estudios contemporáneos de filosofía del derecho de contratos<sup>2</sup>. Sin embargo, en la literatura han aparecido voces críticas que ponen en entredicho que el contrato admita entenderse *como* una promesa. Una de estas lecturas críticas es la ofrecida por Kimel. Desde su punto de vista, concebir el contrato como una promesa acarrea simplificar la complejidad de este instituto social.

Como es sabido, Kimel se ocupa de la relación entre la promesa y el contrato, procurando disociar ambos términos en la medida que, a pesar de sus puntos de coincidencia y función instrumental común, hay valores opuestos en juego y que precisamente marcan el contraste definitivo. Mientras que solo la promesa contribuye a fortalecer las relaciones personales entre los participantes de las prácticas, el contrato fija su mirada en el sentido contrario. El valor intrínseco del vínculo contractual tiende a *distanciar* entre sí a las partes contratantes. ¿Bajo qué términos explica el autor el distanciamiento?

[C]onsiste en el marco mismo que brindan los contratos para hacer ciertas cosas con otros no solo fuera del contexto de las relaciones preexistentes, sino también sin un compromiso con respecto a las perspectivas futuras de estas relaciones, sin tener que saber mucho o formarse una opinión sobre los atributos personales de otros, y sin tener que permitir que otros sepan mucho y se formen opiniones sobre uno mismo. Es, lo que podríamos llamar, el valor del distanciamiento personal<sup>3</sup>.

Que las promesas ayuden a reforzar las relaciones personales y que, por su parte, los contratos contribuyan a conservar la distancia entre las partes ciertamente sugiere de que se trata de valores opuestos, pero ambos resultan deseables desde prismas distintos. En algunos contextos es valioso estrechar los vínculos personales, mientras que en otros es mejor no confundir los planos y resguardar el trecho que media entre las personas. Se trata de opciones de vida diferentes para que los individuos conduzcan sus proyectos personales de vida según ciertas circunstancias. A medida que aquellos gocen de mayor libertad para elegir con quién entablar y mantener sus relaciones personales, más valiosas estas devienen. De igual modo, el distanciamiento refleja su mayor valor en cuanto es posible establecer relaciones sin necesidad de involucrarse personalmente. De acuerdo con Kimel, el valor del distanciamiento reside en constituir una “opción, no un predicamento, y como tal es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales (preexistentes, futuras)”<sup>4</sup>. Los contratos, por consiguiente, posibilitan que los contratantes no dependan de vínculos personales previos ni posteriores. Las promesas, en

---

<sup>2</sup> Para el posicionamiento y evaluación crítica de la tesis de Fried acerca de la fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato, véase PEREIRA, 2016, pp. 40 y ss.

<sup>3</sup> KIMEL, 2018, p. 152. La expresión original *detachment* será entendida en términos de distanciamiento conservando así la opción de la versión castellana de la obra. No obstante, esta puede concebirse como desapego o separación –personal– entre las partes contratantes.

<sup>4</sup> KIMEL, 2018, p. 153.

cambio, apuntan en la dirección contraria al forjarse a partir de relaciones personales entre las partes y afianzarlas con posterioridad.

Esto permite, entonces, diferenciar el contrato de la promesa. El contrato no surge en términos de una promesa sino como un mecanismo para sustituirla: las personas acuden al contrato como una alternativa a la necesidad de tener relaciones personales. Los contratantes no dependen de que sostengan relaciones personales entre sí, logrando evitar que las cosas entre ellos se confundan. Son partes del contrato y no amigos. Su vínculo está definido por el distanciamiento que asegura la opción contractual. Pues gracias al contrato, “el derecho ofrece una alternativa genuina a la promesa”<sup>5</sup>. Tal opción fomenta la autonomía de los contratantes porque disfrutan de la libertad de no depender de relaciones personales preexistentes o futuras. Este umbral de autonomía se alcanza gracias al distanciamiento y podrá mantenerse por los contratantes, piensa Kimel, *si es que así lo desean*<sup>6</sup>. Si, por el contrario, prefieren mezclar los planos y abandonar el distanciamiento que facilita el vínculo contractual, lo pueden hacer, saliéndose del contrato y valiéndose de las relaciones personales que entre ellos median. El contrato no demanda el desapego entre las partes, sino que concede esta opción, alentando la autonomía de los contratantes gracias a su conservación. Ellas acuden al contrato para ajustarse a la lógica del *just business* frente a cualquier contingencia. Es una relación contractual y no personal.

El valor intrínseco del contrato reside, por tanto, en el distanciamiento personal entre los contratantes. Contra Fried, el contrato no es una promesa, porque el contrato constituye un sustituto a la promesa. De este modo, ver el contrato como una promesa importa simplificar su valor y funcionamiento. El carácter distintivo de la institución contractual radica, entonces, en el desapego que media entre las partes que acuden al contrato para hacer cosas con las demás personas, sin que sea menester la constitución de vínculos personales, ni antes ni después de celebrar el acuerdo. En estos términos, la discusión acerca de la conexión entre contrato y promesa abre el camino a otra relativa a cuál es, en definitiva, el valor intrínseco del primer instituto. Esto permitirá posicionar más adelante el problema de la fundamentación normativa del derecho contractual<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> KIMEL, 2018, p. 153.

<sup>6</sup> KIMEL, 2018, p. 157.

<sup>7</sup> Este constituye un ángulo que no ha sido explorado en la literatura. La reflexión acerca del trabajo de Kimel ha estado concentrada en la evaluación crítica de su apuesta por la diferenciación entre contrato y promesa. Sin embargo, se ha desatendido la cuestión acerca del compromiso que presenta su propuesta con *una* cierta modalidad de fundamentación normativa del derecho de contratos. Sobre la base de esta estrategia, entonces, se procurará esgrimir el modo en que la tesis del distanciamiento *del contrato* conversa con el problema de la fundamentación filosófica *del derecho contractual*. Un análisis crítico del vínculo entre la práctica contractual y la promisoria se encuentra en SHEINMAN, 2004, pp. 517-537. Asimismo, se puede observar un debate adicional asociado a la justificación de la fuerza obligatoria del contrato, el que, no obstante, puede ser abordado con independencia de si el contrato es o no una promesa. Al respecto, véase PEREIRA, 2022b, pp. 291-323.

### III. TRES POSIBLES VALLAS PARA LO VALIOSO DEL CONTRATO

El atractivo de la tesis de Kimel descansa en buena medida en su simpleza y, a su vez, en desafiar una intuición básica que está presente al estudiar las prácticas contractuales, esto es, que los contratos constituyen dispositivos para relacionar a las personas emprendiendo actividades cooperativas en común y, con ello, inevitablemente estrechan el vínculo entre los contratantes. Con cargo al argumento de Kimel, los contratos hacen precisamente lo contrario y resulta valioso preservar esta función distintiva.

En esta sección quisiera traer a colación tres posibles flancos de crítica a la tesis del distanciamiento, desafiando su pertinencia explicativa. Se trata de cuestionamientos no exhaustivos, pero teóricamente sugerentes pues sirven de escollos para que el desapego entre los contratantes constituya aquello que está en juego en la formulación de relaciones contractuales. Para este propósito conviene prestar atención a tres asuntos problemáticos: (i) contratos relacionales y contratos de larga duración; (ii) solidaridad y solidaridad promisoria; y, por último, (iii) el carácter de valor intrínseco del distanciamiento personal entre las partes.

En relación con (i), los contratos relacionales son fruto de la teoría relacional del contrato formulada por Macneil. Para su posicionamiento en el escenario contractual, el autor construye un marco teórico dual en donde hay contratos discretos y contratos relacionales. Los contratos discretos consisten en vínculos de corta duración, con interacciones personales limitadas y versan acerca de objetos bien definidos. Se trata de relaciones transaccionales en que no se presenta ni es menester desplegar un comportamiento cooperativo de las partes. Son vínculos entre extraños quienes transitan por veredas opuestas y de ahí que una vez efectuado el intercambio no persistirá relación alguna entre estas personas. Como advierte Macneil, en los contratos discretos cada contratante “tiene tanto sentimiento por el otro como un vikingo comerciando con un sajón”<sup>8</sup>.

Los contratos relacionales, en cambio, participan de las características opuestas. Según lo indica Eisenberg, el contrato relacional “es un contrato que no supone meramente un intercambio, sino también una relación, entre las partes contratantes”<sup>9</sup>. El contrato discreto refleja un mero intercambio transaccional, mientras que el contrato relacional forja una genuina relación entre los contratantes que se proyecta en el porvenir. La dimensión relacional del contrato se muestra determinante para configurar contratos, toda vez que el contrato “significa relaciones entre personas que han intercambiado, están intercambiando o esperan intercambiar en el futuro, en otras palabras, relaciones de intercambio”<sup>10</sup>. Con base en la relación, se establecen vínculos de confianza, respeto recíproco y mutua lealtad. Esta clase de acuerdos se desarrollan mediante vínculos de larga duración en que resulta indispensable mantener un comportamiento cooperativo, relaciones personales y cercanas, junto con el establecimiento de términos abiertos que

<sup>8</sup> MACNEIL, 1974, p. 594.

<sup>9</sup> EISENBERG, 1995, p. 296.

<sup>10</sup> MACNEIL, 2000, p. 878.

facilitan su concreción *ex post* por las partes. Debido a la relevancia que alcanza la relación entre las partes en muchas ocasiones parece más decisivo el *contexto* que el texto expreso del contrato para determinar sus prestaciones, términos y alcances. El contexto es indispensable para determinar el programa contractual, la manera en que este se lleva a cabo y los deberes colaborativos que recaen en los contratantes.

Si el contrato discreto alude a la situación que ocurre, por ejemplo, cuando se presenta un contrato consensual sobre bien mueble, donde la extinción del vínculo coincide con su nacimiento, el contrato relacional puede rastrearse en contratos de larga duración, en que las partes no son extrañas, sino que esperan una generosa gama de deberes fundados en la relación que el tiempo contribuye a consolidar. Goetz y Scott han observado que esta tipología de contratos “abarca la mayoría de las relaciones genéricas de agencia, incluidas las distribuciones, franquicias, *joint ventures*, y contratos de trabajo”<sup>11</sup>. También podemos pensar en el contrato de suministro y –con ciertas reservas– el de arrendamiento.

La tesis de Macneil puede leerse, al menos, en dos sentidos distintos. De un lado, una versión fuerte en la que *todo* contrato es relacional y, de otro, una lectura débil, de acuerdo con esto, hay *algunos* contratos que participan de los caracteres de los contratos relacionales. Por supuesto, la tesis fuerte puede entenderse como exagerada y exige añadir un cúmulo de consideraciones adicionales para su plausibilidad. Mas la tesis débil es suficiente para poner en aprietos a la tesis del distanciamiento. Si el valor intrínseco *del* contrato es el desapego personal entre las partes contratantes, ¿cómo es posible explicar lo que ocurre con los contratos relacionales? La confianza y los lazos de complicidad y reciprocidad que alberga la *relación* que tiene lugar entre las partes en estos contratos se agudizan a medida que el vínculo perdura y se proyecta en el tiempo. A pesar de que al adoptar la versión débil de la tesis de Macneil se captura *una parte* –menor, si se quiere– del fenómeno contractual, se trata de contratos que efectivamente se ejecutan en la práctica contractual y no responden a *lo* que distinguiría al contrato de otros institutos de cooperación social.

Kimel advierte esta posible objeción y ensaya una réplica. Debido a que el distanciamiento constituye una opción y no un predicamento, las partes pueden renunciar al desapego que les ofrece la relación contractual y optar por mantener relaciones personales, admitiendo que las cosas entre ellas se confundan. El distanciamiento se puede preservar *si es que así lo quieren* los contratantes. Por esta razón, los contratos relacionales evidencian el abandono de la función del distanciamiento y, en verdad, se trata de relaciones que poco tienen de contractuales<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> GOETZ y SCOTT, 1981, p. 1091.

<sup>12</sup> Esta cuestión es abordada con mayor profundidad por Kimel al momento de preguntarse por la necesidad de que la teoría del contrato efectúe un cambio en su paradigma de comprensión a la luz del impacto de los contratos relacionales. Tal adopción es innecesaria, piensa Kimel, porque ello conspiraría con la verdadera naturaleza del contrato y el correcto desempeño de su rol social. A la luz de su carácter distintivo y función intrínseca, ello importaría poner en entredicho *lo* contractual del contrato. Véase, KIMEL, 2007, pp. 233-255.

¿Es esta respuesta satisfactoria? Desde mi modo de ver las cosas, no lo es del todo. El lugar que ocupan los contratos relacionales en el escenario contractual no es insignificante y para constatarlo baste con prestar atención a la nómina que antes fue esgrimida. Además, constituye un yerro entender que la participación de consideraciones acerca de reciprocidad, confianza mutua y lealtad en una relación contractual socava o resiente el carácter precisamente *contractual* de ese vínculo. Esta mirada devela una comprensión simplificada del contrato y que desatiende el punto de vista interno de quienes participan de la práctica contractual. Aun cuando los lazos que existen entre las partes se hayan profundizado con el transcurso del tiempo, no es claro que ellas hayan asentido o convenido *salirse* del contrato y reemplazarlo por una relación estrictamente personal. Después de todo, las partes seguirán vinculadas sobre la base del acuerdo, pero contarán con más herramientas para gestionar sus intereses y afrontar posibles contingencias.

Una consideración adicional que dificulta la pertinencia de la tesis del distanciamiento en esta clase de contratos radica en que estos han contado con reconocimiento en instrumentos de armonización contractual. Así, por ejemplo, los contratos de larga duración están contemplados en los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. La conexión que media entre los contratos relacionales y los de larga duración es ciertamente estrecha. El lugar común es el establecimiento de relaciones complejas entre las partes que se proyectan en el tiempo. El catastro de figuras contractuales que participan de los contratos de larga duración es prácticamente equivalente con los contratos que serían relacionales. Como ha sido mostrado por Momberg y Pino, en el contexto de las relaciones jurídicas complejas y de larga duración “existen valores implícitos que las partes deben respetar, como la solidaridad contractual (entendida como la lealtad y la consideración mutua de sus intereses por los contratantes), la preservación de la relación y la necesidad de armonización de los conflictos”<sup>13</sup>. El íntimo vínculo entre los contratos relacionales y los de larga duración se transparenta gracias a que su inserción en la versión de 2016 de los Principios se encuentra inspirada en el diagnóstico de la teoría relacional del contrato, asumiendo sus presupuestos<sup>14</sup>. Frente a este escenario, el distanciamiento entre las partes no parece constituir el valor de *lo* contractual, así como tampoco que contratos que se apartan del *caso central* de la contratación dejan por ello de ser *contratos*.

Respecto de (ii), la solidaridad ha capturado la atención de la filosofía del derecho contractual. El ideal de la solidaridad puede fundar relaciones contractuales en la medida que se satisfaga el presupuesto sustantivo de toda relación solidaria; a saber, la continuidad entre intereses. A pesar de que el solidarismo contractual ha paradójicamente descuidado

---

<sup>13</sup> MOMBERG y PINO, 2018, p. 174.

<sup>14</sup> Así, en las definiciones previstas por el artículo 1.11 se entiende el contrato de larga duración en términos de “un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”. La asunción de la teoría relacional se expresa por cuanto el transcurso de la relación en el tiempo contribuye a fortalecer el vínculo de confianza y reciprocidad entre los contratantes. En estos contratos hay una *relación* antes que un mero intercambio.

el potencial justificativo de la solidaridad, se encuentra comprometido con la unidad de intereses entre las partes contratantes<sup>15</sup>. Por ello, en contratos en que está presente este rasgo distintivo del vínculo solidario, podrá apuntarse la vigencia de ese sustento normativo para fundamentar dicho acuerdo. Por supuesto, tal situación no responde a la imagen central de la relación contractual caracterizada por la diferencia entre intereses y, en ocasiones, por su rivalidad. Los contratos suelen ser celebrados por personas que promueven intereses disímiles e incluso contrapuestos entre sí. Sin embargo, es efectivo que *hay* contratos en los que la solidaridad puede encajar. Al respecto, se puede pensar precisamente en los contratos relacionales que ya fueron anotados. En vínculos donde el interés de una parte sea también el de la otra, como ocurre en los contratos relacionales, se pueden justificar deberes solidarios entre los contratantes. Allí, consideraciones de colaboración, reciprocidad y mutuo respeto entre las partes estarán bien asentadas<sup>16</sup>. Por ello, cuando los intereses contractuales sean comunes el recurso justificativo a la solidaridad acarreará dificultades a la tesis del distanciamiento.

Si los contratantes están sujetos a demandas de comportamientos solidarios y estos se prolongan en el tiempo, resulta cuestionable que el desapego entre las partes constituya *lo* valioso de *la* relación contractual. Al menos en estos contratos no parece plausible que las partes puedan sencillamente desvincularse entre sí, a pesar de que el interés que las llevó a contratar y les insta a continuar su relación es unitario. Parte de la fuerza apelativa de la solidaridad es que permite reconocer en el otro –sobre la base de las semejanzas– a *uno* como *nosotros*<sup>17</sup>. De ahí que no sea tarea sencilla conciliar la posibilidad de que un contratante solo clarifique que se trata de negocios o de contratos para evitar que los lazos se forjen y las exigencias se vuelvan más estrechas.

Autores como Markovits han mostrado que la solidaridad se puede engarzar en la institución promisoria y, a partir de esta, en el vínculo contractual. Las promesas sirven para establecer relaciones solidarias entre las personas y, en tanto, su incumplimiento desplaza esta solidaridad por el aislamiento. ¿Qué hay de valioso en el cumplimiento de la obligación promisoria? Esta dimensión de solidaridad devela que, gracias a la promesa, las personas tienen la posibilidad de atender, respetar y promover los intereses ajenos. Del modo en que lo indicó Arendt, la dimensión virtuosa de las promesas se expresa en que estas reflejan nuestra voluntad de hacer cosas con las demás personas, con quienes compartimos nuestra manera de actuar y hablar. La solidaridad promisoria encarna este anhelo de una actuación cooperativa, de hacer cosas con los otros mediante el compromiso

---

<sup>15</sup> Este punto está subrayado en BERNAL, 2007 y BENÍTEZ, 2013. Una crítica a este desaprovechamiento teórico del ideal regulativo de la solidaridad por parte del solidarismo contractual se encuentra en PEREIRA, 2022a.

<sup>16</sup> Los deberes de colaboración entre las partes pueden fundarse en la solidaridad como sustento normativo del derecho contractual, si es que tiene lugar la comunión entre los intereses de las partes. Un agudo examen de esta clase de deberes que recaen en la actuación del acreedor se encuentra en PRADO, 2015.

<sup>17</sup> RORTY, 1991, p. 210.

mutuo y la conformación de relaciones solidarias. De este modo, Arendt advertía con razón que la promesa “solo puede realizarse por muchos unidos”<sup>18</sup>.

Tal razonamiento se puede replicar para el caso del contrato. Aquí también se evidencia la perspectiva compartida de desarrollar nuestra vida de manera conjunta. El contrato es, por tanto, una expresión de la promesa. En efecto, la relación contractual constituye el reconocimiento de una modalidad sofisticada de la institución promisorias. Las partes contratantes encarnan la perspectiva compartida acerca de sus obligaciones, debiendo ajustar su comportamiento al valor de la solidaridad como moralidad general y que está ilustrada en la buena fe<sup>19</sup>. De allí palabras como reciprocidad, reconocimiento e instanciación de la razón pública adquieran protagonismo en la solidaridad promisorias. También desde este ángulo se podría desafiar la tesis de Kimel y esto alcanza dos tipos de observaciones. Por una parte, es puesta en duda la demarcación tajante que Kimel efectúa entre ambas figuras con base en la función del distanciamiento personal que distingue al contrato. Por otra, el valor intrínseco del contrato colisiona con la solidaridad promisorias que media entre los contratantes y puede afectar el tipo de reconocimiento que está en juego en la institución contractual. Se trata del reconocimiento de mayor sofisticación disponible en nuestras relaciones sociales y no parece fácil encajarlo con la regla del *just business*.

Respecto de (iii), finalmente, conviene evaluar el carácter de *valor intrínseco* del contrato que cumple el distanciamiento personal entre las partes en la propuesta de Kimel. De manera estipulativa, es posible entender esta noción en términos de una cualidad o propiedad del objeto que es valiosa en sí misma. Por esta razón, el distanciamiento personal entre los contratantes constituye una cualidad o propiedad sustantiva del contrato que se estima valiosa por sí misma, con independencia de otras posibles consideraciones, y que auxilia a diferenciar el contrato respecto de otros institutos sociales de cooperación. La función de distanciamiento es, por tanto, interna al vínculo contractual y constituye su aspecto decisivo, volviéndolo valioso por sí mismo. Un recurso interpretativo adicional en este punto es echar mano a parte de la literatura que se ha ocupado de esta noción de valor intrínseco para efectos de rastrear algunas pistas.

Moore, como es sabido, tematizó la concepción de valor intrínseco en sus investigaciones relativas a filosofía moral. De acuerdo con Moore, decir que un valor es intrínseco “significa simplemente que la cuestión de si una cosa lo posee, y en el grado en que lo posee depende únicamente de la naturaleza intrínseca de la cosa de que se trate”<sup>20</sup>. Se trata, entonces, de un tipo de valor que depende únicamente de la naturaleza intrínseca de quien lo posee. En estas coordenadas, el valor intrínseco del vínculo contractual correspondería al distanciamiento, cuestión que no depende de la relación del contrato con otros objetos. Lo interesante es que el valor intrínseco se contrapone al *valor instrumental*, entendiéndolo como aquella propiedad o cualidad que extrae su valor de su relación con otro objeto, que es en sí misma valiosa. Este valor resulta extrínseco

<sup>18</sup> ARENDT, 2005, p. 264.

<sup>19</sup> MARKOVITS, 2015, pp. 280 y ss.

<sup>20</sup> MOORE, 1993, p. 286.

al objeto, pues depende de su relación con otros objetos. A diferencia del carácter final del valor intrínseco, este valor descansa en su instrumentalidad para la consecución de un fin, que es entendido como intrínsecamente valioso.

De ahí que, si el distanciamiento personal entre las partes constituye una propiedad o cualidad que es valiosa por sí misma, no debiere predicar su valor de la relación con otra cosa que es en sí misma valiosa. El problema radica en que del modo en que es presentada la tesis del distanciamiento por Kimel esto es precisamente lo que tiene lugar. El distanciamiento entre los contratantes constituye, en verdad, un *valor instrumental* y no intrínseco del contrato. La función de desapego personal entre las partes del contrato extrae su valor de su relación con la autonomía personal de los contratantes. En la aproximación de Kimel es la autonomía personal lo que efectivamente tiene el carácter de valor intrínseco del contrato y, por esta razón, es que resulta valiosa la opción que el contrato brinda a las partes de no formular relaciones personales o no depender de estas para relacionarse contractualmente. No olvidemos que el distanciamiento es una alternativa de la que los contratantes pueden valerse *si es que así lo quieren*<sup>21</sup>. Como advierte Kimel, las partes podrían no desearlo y optar, en cambio, por confundir los planos, mas tal decisión impactaría directamente en su umbral de autonomía. Los contratantes estarían renunciando a la autonomía personal que el contrato les permite alcanzar. El valor de la tesis del distanciamiento radica en su carácter instrumental al valor de la autonomía. Si esto es así, el aparente valor intrínseco del contrato es, en realidad, un valor instrumental o extrínseco derivado de la autonomía personal, la que es efectivamente valiosa por sí misma. Después de todo, la *teoría liberal del contrato* tiene un compromiso sustantivo con el respeto y fomento de la autonomía personal de los contratantes y, en este sentido, la tesis del distanciamiento transparenta su genuino valor.

#### IV. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO DE CONTRATOS

Si las consideraciones críticas esgrimidas son acertadas, entonces, la pertinencia de la tesis del distanciamiento sostenida por Kimel queda irremediabilmente debilitada. La incidencia de esas observaciones está estrechamente asociada con el ambicioso rendimiento que el autor le atribuye al desapego personal entre las partes, es decir, operar como *el* valor intrínseco de *la* relación contractual. En esta sección quisiera profundizar en un punto adicional de crítica relativo al compromiso que presenta la lectura de Kimel con la visión tradicional en torno a la fundamentación normativa del derecho de contratos<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Mas esto resiente el carácter de valor intrínseco del distanciamiento en la relación contractual, desatendiendo directamente su naturaleza intrínseca. Al apartarse del valor del desapego personal, ya no habría propiamente un contrato y ello, como fue indicado, supone una visión excesivamente restringida y rígida de la relación contractual. Como observa Moore, “[d]os cosas pueden diferir en valor intrínseco, solo cuando tienen naturalezas intrínsecas diferentes”. MOORE, 1993, p. 288.

<sup>22</sup> Por fundamentación *normativa* del derecho contractual se puede entender la fundamentación *moral* de esta parcela de lo jurídico, aludiendo a los valores o criterios sustantivos que informan y justifican sus reglas, instituciones y prácticas distintivas.

De acuerdo con tal perspectiva, esta parcela del derecho privado se encuentra uniformemente justificada en *un* fundamento normativo común. Así, el derecho contractual está fundado en términos morales con base en un sustento unitario. La perspectiva de Kimel asume esta visión y, por esta razón, la pertinencia explicativa de su propuesta depende de que sea efectiva tal fundamentación *común*.

La cuestión acerca de la fundamentación normativa del derecho contractual constituye una preocupación de primera importancia para la reflexión filosófica en este ámbito<sup>23</sup>. En este lugar, el individualismo ha ocupado una posición hegemónica. De acuerdo con la tesis tradicional, el derecho privado y, en especial, el derecho de contratos es una cuestión de individualismo<sup>24</sup>. La dificultad de esta tesis radica en que en numerosas ocasiones no se distingue acerca del sentido en que se entiende el término individualismo, bastando con sostener que el derecho privado en su conjunto es “individualista”. A su vez, esta visión está basada en un modelo monista de comprensión: el individualismo es *el* fundamento normativo común de las distintas preocupaciones del derecho privado.

Como se mostrará, no hay solo una manera de entender el fundamento individualista ni tampoco es del todo claro que haya un único fundamento normativo en el derecho de contratos. Referente al individualismo, es posible distinguir entre, al menos, dos versiones que he etiquetado como sigue: *individualismo egoísta* e *individualismo desinteresado*<sup>25</sup>. Ambas versiones de la filosofía individualista convergen en admitir la división que media entre el interés propio y el ajeno y, del mismo modo, en afirmar la prevalencia del primero sobre el segundo. Esta visión ofrece un especial rendimiento en el derecho de contratos. Allí, se piensa, el contratante debe únicamente velar por sus intereses y no tiene el deber de materializar los de la otra parte del vínculo. Tal lectura se encuentra afianzada en el principio de autonomía de la voluntad que reafirma el divorcio entre intereses, así como el predominio del interés personal del agente. El contratante se obliga *porque* así lo ha decidido y *solo* a aquello a lo que haya autónomamente accedido a vincularse<sup>26</sup>. De este modo, aquel no tiene el deber de actuar por el otro contratante si ello no está comprometido en el acuerdo.

El punto de divergencia de ambas maneras de ver el pensamiento individualista reside en la forma en que es gestionado el interés ajeno. Mientras que el sentido egoísta del individualismo exacerba el interés propio y descuida el de los demás, la versión desinteresada toma en consideración el interés de los otros y lo concilia con el personal. Según esta última acepción, el agente no se encuentra autorizado para desatender y pasar por alto los intereses de los demás en aras de alcanzar los propios. El interés ajeno

---

<sup>23</sup> Acerca de los desafíos de la teoría del contrato, véase PEREIRA, 2021, pp. 207-237. La filosofía del derecho privado como una empresa destinada a la determinación de la identidad, fundamentos y propósitos de las distintas preocupaciones de esta esfera de lo jurídico está desarrollada en PEREIRA, 2017, pp. 194 y ss.

<sup>24</sup> En este sentido, véase SOLARI, 1946, p. 3-58.

<sup>25</sup> PEREIRA, 2020a, 2022a.

<sup>26</sup> Según Tuhr, la autonomía privada en el derecho de contratos presenta un “carácter marcadamente individualista”. TUHR, 2007, p. 80.

constituye un límite para la actuación personal del agente y es indispensable que este lo resguarde en el despliegue de sus relaciones sociales.

En la literatura es posible rastrear una valiosa aproximación acerca de la filosofía individualista. Kennedy ha esgrimido la siguiente caracterización:

[L]a esencia del individualismo reside en trazar una distinción radical entre los propios intereses y los de los demás, combinada con la creencia de que una preferencia en la conducta ajustada a los propios intereses es legítima, pero que debemos estar dispuestos a respetar las reglas que hacen posible la coexistencia con otras personas igualmente autointeresadas<sup>27</sup>.

De acuerdo con esta lectura, el individualismo posee dos rasgos distintivos. En primer lugar, sostiene una fractura entre intereses propios y ajenos, concibiendo que esta demarcación es trazada de manera radical. Esta separación explica por qué un agente no debe, en principio, efectuar acciones a favor de los demás si no media una obligación de efectuarlas. Esto excedería la esfera de sus intereses. Puede entenderse este ángulo como la dimensión *ontológica* del enfoque individualista. En segundo lugar, aboga por el predominio del interés propio sobre el ajeno, posicionando los intereses personales en un lugar privilegiado en el marco de las consideraciones que debe atender para conducirse. Dicha cuestión constituye la dimensión *normativa* de la tesis individualista.

Si bien ambas expresiones del individualismo comulgan con estas dimensiones, discrepan entre sí en relación con el modo de abordar el interés de las demás personas. Para el sentido desinteresado del individualismo resulta absolutamente compatible admitir la preferencia por el interés personal con el respeto por el ajeno. La búsqueda de sus intereses y expectativas no legitima al agente a transgredir los intereses de los demás. El predominio del propio interés coexiste con la atención por el interés ajeno.

Este punto de diferenciación es advertido por Kennedy. Según este, “el individualismo es radicalmente distinto del puro egoísmo, o de la visión de que es imposible o indeseable poner límites a la búsqueda del propio interés”<sup>28</sup>. Habría, entonces, dos formas de entender el individualismo, pero para su versión desinteresada la preferencia del autointerés está en sintonía con el respeto por las reglas que velan por los intereses de los demás. La razón del porqué de este contraste descansa en la autonomía. El ideal regulativo de la autonomía propicia que el agente configure sus planes personales de vida a la luz de sus elecciones y decisiones, mas, a su vez, le reclama respetar la esfera de autonomía de los demás individuos, evitando dañar sus derechos e intereses. A diferencia de la acepción egoísta, la desinteresada está comprometida con las demandas de la autonomía. Esta última posee “un fuerte contenido moral afirmativo: la exigencia del

<sup>27</sup> KENNEDY, 1976, p. 1713.

<sup>28</sup> KENNEDY, 1976, pp. 1714-1715.

respeto por los derechos de otros”<sup>29</sup>. De este modo, el divorcio entre intereses no valida lesionar el de los demás y el valor de la autonomía captura tal exigencia.

A pesar de la influencia que posee el individualismo en la fundamentación normativa del derecho privado y del derecho contractual, su ubicación como fundamento unitario y común se puede cuestionar a partir del altruismo. Si el altruismo –en algún sentido del término– tiene participación en estos ámbitos de lo jurídico, entonces, una tesis comprometida con la existencia de una estructura normativa uniformemente fundada gracias a los parámetros individualistas verá mermada su pertinencia teórica. Si Kimel suscribe una visión articulada en estos términos, entonces, enfrentará inevitablemente dificultades si ello no fuere el caso.

En relación con el altruismo, ocurre un panorama similar. No hay solo una manera de entenderlo. La versión con que usualmente es conocido este pensamiento filosófico corresponde al *altruismo fuerte* y, en tanto, la lectura que he presentado es el *altruismo moderado*<sup>30</sup>. La acepción fuerte de la filosofía altruista se encuentra asociada al ideal del buen samaritano; según este, el agente debe actuar de manera irrestricta a favor de los demás, sacrificándose sin límites para que los otros individuos cristalicen sus intereses. Este comportamiento abnegado suele identificarse como *el* modo de proceder desde una perspectiva altruista. Sin embargo, no es la única forma de concebir sus demandas. El altruismo moderado, en cambio, morigerla la intensidad de las exigencias del altruismo fuerte, apartándose de su dimensión supererogatoria. Ambas imágenes del altruismo reafirman la separación entre intereses que observa el individualismo, pero a diferencia de esta última línea, rechazan la prevalencia del autointerés en desmedro del interés de los demás.

¿Cómo caracterizar el altruismo moderado? Según lo he apuntado, su contenido proposicional se puede formular en los siguientes postulados: (i) no es necesariamente efectivo que el interés propio predomine sobre el ajeno; (ii) constituye una exigencia permanente atender y preocuparse por los intereses de los demás; y, por último, (iii) resulta necesario que en ciertas ocasiones el agente actúe positivamente a favor del exclusivo interés ajeno<sup>31</sup>. El punto (iii) marca un factor diferenciador entre ambas lecturas del pensamiento altruista, ya que el altruismo moderado demanda un comportamiento menos exigente para el agente, sin que deba actuar derechamente a favor del solo interés de los demás, en forma constante y en todos los supuestos. Esta visión, desde mi punto de vista, puede encajarse con parte de los deberes que están presentes en el derecho de contratos.

La pertinencia del altruismo moderado como modelo de fundamentación alternativo al prisma individualista supone que este –en su versión más vigorosa– no logra cubrir exhaustivamente las demandas que están vigentes en las relaciones contractuales. Si el individualismo desinteresado no es capaz de fundar exigencias y deberes que desafían la preeminencia del autointerés y, por el contrario, instan a actuar a favor del solo interés

<sup>29</sup> KENNEDY, 1976, p. 1715.

<sup>30</sup> Acerca de la gama de expresiones del pensamiento altruista, véase JENCKS, 1990, pp. 53-67.

<sup>31</sup> PEREIRA, 2020a, pp. 228-229; 2022a.

ajeno, corresponde prestar atención al papel del altruismo en la estructura de fundamentación normativa de esta área del derecho. El altruismo moderado permite fundar deberes en que hay *algo más* involucrado que no dañar los intereses del otro contratante, exigiendo conducirse exclusivamente para beneficiarlos. Esta clase de deberes pueden encontrarse en instituciones distintivas del derecho contractual, como, por ejemplo, el deber de renegociación en los supuestos de cambio de circunstancias o excesiva onerosidad sobreviniente, el deber de informar de un contratante cuando gracias a esta información resulte directamente beneficiada la otra parte y, en general, los deberes positivos de actuación derivados de la buena fe que están únicamente dirigidos a favorecer el interés del otro contratante<sup>32</sup>.

El altruismo moderado constituye, entonces, un prometedor candidato para desafiar la tesis de que el derecho de contratos está uniformemente fundado en el individualismo. Quizá puede ser el caso que este ámbito esté caracterizado por su complejidad en lugar de su uniformidad. La complejidad se expresa, entre otros sentidos, en la diversidad de fundamentos normativos que están presentes en este contexto. La participación del altruismo moderado abona tal consideración. En la siguiente sección se posicionará en forma crítica la tesis de Kimel en este posible estado de cosas.

#### V. VALOR INTRÍNSECO DEL CONTRATO, INDIVIDUALISMO DESINTERESADO Y ALTRUISMO MODERADO

Si fuere correcto que el individualismo, ni aun en su versión más robusta, no puede admitirse como el único fundamento normativo del derecho de contratos, ¿hay una tensión con el posicionamiento de la tesis del distanciamiento como *el* valor intrínseco del contrato?

El proyecto de Kimel es esgrimir una teoría liberal del contrato. Su empresa se inserta en el marco del liberalismo político y de allí que –sin obviar los matices– existen compromisos fuertemente enraizados en la tradición liberal. Uno de ellos es el individualismo. En relación con esta conexión, Kimel intenta desligar su lectura del liberalismo con el sustento individualista. Por ello, constituye un yerro “entender que el liberalismo se centra en una moral individualista”<sup>33</sup>. Al desmarcar su posición liberal de bases normativas individualistas, Kimel lo posiciona como una expresión “no-individualista” del liberalismo<sup>34</sup>. Acerca de este talante y su contraste con la alternativa individualista, el autor lo explica en los siguientes términos:

*{[L]a verdadera diferencia entre la moral individualista y no-individualista en este aspecto es simplemente que la no-individualista se basa en una variedad mucho más rica*

<sup>32</sup> Su desarrollo en PEREIRA, 2018. Respecto de la fundamentación normativa de la buena fe consultar en PEREIRA, 2020b.

<sup>33</sup> KIMEL, 2018, p. 199.

<sup>34</sup> KIMEL, 2018, p. 208.

*de fuentes normativas para definir dicho espectro.* Y, en el marco de la teoría liberal no-individualista, resulta particularmente fácil ver que sin importar la adhesión al valor de la autonomía personal, las consecuencias normativas de un intento de asunción voluntaria de una obligación no están totalmente determinadas por la libre voluntad del individuo<sup>35</sup>.

El foco central de su aproximación es la mayor apertura y flexibilidad que presenta la versión no-individualista del liberalismo para aceptar una diversidad de fuentes normativas de la obligatoriedad del vínculo contractual. La autonomía personal es indispensable mas no suficiente para reconocer el efecto vinculante del contrato. No cualquier obligación derivada del acuerdo autónomo se puede considerar sujeta al principio de *pacta sunt servanda*, porque junto con el valor de la autonomía hay también otras consideraciones en juego. Pero esta lectura no-individualista que no reconoce en la autonomía el único elemento relevante en el derecho contractual, no dice mucho acerca de la justificación del distanciamiento entre las partes. Naturalmente, el valor intrínseco del contrato debe tener encaje en algún fundamento normativo disponible. Y ahí perfectamente se pensaría en alguna lectura del individualismo aun cuando su enfoque general sea, según Kimel, no-individualista.

En este sentido, la cuestión es determinar si el individualismo egoísta o el desinteresado sirven de candidatos para fundar la tesis del distanciamiento. Sería precipitado e injusto con el planteamiento de Kimel asociar la distancia entre los contratantes con un individualismo egoísta. Por supuesto, el distanciamiento supone una diferencia entre los intereses de las partes y la prevalencia del interés personal sobre el ajeno. Sin embargo, este valor devela una opción frente a la dependencia de relaciones personales entre los contratantes, y no así una autorización para lesionar los intereses de la otra parte. En lugar de desacoplar la relación contractual de las demandas de la autonomía, la tesis del distanciamiento refuerza su vigencia en la validez y observancia de las obligaciones contractuales. Al aumentar la autonomía de los contratantes se estrecha la conexión de estos con sus exigencias. Como se ha mencionado, una de ellas es no dañar los derechos o intereses del otro contratante en aras de alcanzar la satisfacción del propio. Por esta razón, de la tesis del distanciamiento no es posible extraer la irrelevancia del interés de la otra parte ni tampoco la ausencia de gestión por los intereses de los demás. El compromiso que suscribe la posición general de Kimel con la autonomía, y que es fomentado en particular mediante la tesis del distanciamiento, impide emparentar el valor intrínseco del contrato con el individualismo egoísta.

El individualismo desinteresado se estimaría, en cierto sentido, como no-individualista. Dicha acepción es diferente del entendimiento de Kimel, aunque no incompatible con este. Más allá de que el individualismo desinteresado puede estar comprometido con valores adicionales a la autonomía y con base en esto ser –en el sentido de Kimel– no-individualista, también puede serlo porque se desliga de la versión egoísta y no asume

---

<sup>35</sup> KIMEL, 2003, p. 128. Énfasis añadido.

del mismo modo la relación del contratante con los intereses ajenos. Debido a que el valor normativo de la autonomía también demanda respeto por la autonomía de la otra parte, el contratante no puede lesionar los intereses del otro en la búsqueda y el provecho de los suyos. No puede mostrar una indiferencia total con los intereses ajenos como si solo le correspondiera atender a la satisfacción de los propios, pudiendo barrer con los que albergue la otra parte. Desde este punto de vista, entonces, el individualismo desinteresado podría ser no-individualista.

Lo interesante es que la tesis del distanciamiento calza con el sustento normativo del individualismo en su dimensión desinteresada. El contrato constituye, desde la mirada de Kimel, una alternativa a la promesa y, por tanto, a la dependencia de mantener relaciones personales ya sean previas o posteriores entre los contratantes. Si bien el programa contractual convenido liga a las partes, facilita, a su vez, el distanciamiento entre ellas porque los términos no están entremezclados con vínculos personales. Gracias al valor del distanciamiento, cada parte evitará molestarse si el otro contratante procura maximizar su interés personal, ejerciendo todos los derechos y facultades que el contrato y la legislación le provean. Se trata de contratos y no de relaciones personales como las afectivas o de amistad. Por ello, en el tipo de relaciones que son sometidas al contrato rige la idea de *just business*<sup>36</sup>.

El predominio de los intereses propios no encuentra dificultades para su encaje con el distanciamiento entre los contratantes. Por el contrario, el valor del distanciamiento personal está al servicio de la preeminencia del autointerés respecto de los intereses del otro contratante. Cada parte debe respetar los términos del contrato y puede obtener el mayor provecho posible de las expectativas depositadas en el vínculo. Pero esto no significa que un contratante está facultado para lesionar los derechos o intereses del otro. Un rasgo distintivo del individualismo en sentido desinteresado, por oposición al individualismo egoísta –al parecer asociado al liberalismo más clásico–, es la relación entre la búsqueda del interés personal y el respeto por los intereses de los otros. Esta forma de engarzar el distanciamiento personal con el fundamento individualista de corte desinteresado permite, por tanto, acomodar la fractura entre los intereses de los contratantes, la preferencia que tienen los propios con los del otro contratante y, por último, la proscripción de vulnerar los derechos e intereses de la otra parte en función de satisfacer los personales. De este modo, se verifica tanto la dimensión *ontológica* como la *normativa* del individualismo desinteresado.

Hasta este punto las cosas parecen transitar en la misma dirección y se pueden acomodar sin dificultades. Este diagnóstico varía ostensiblemente en relación con el altruismo moderado. Si efectivamente el distanciamiento personal constituye *el* valor intrínseco del contrato, su impacto debe dar cuenta de la fundamentación normativa del derecho contractual. Por consiguiente, es necesario que el distanciamiento permanezca vigente tanto con el fundamento individualista como con el altruista, según la

---

<sup>36</sup> Para el sentido de esta expresión y el modo en que refleja la manera en que las partes pueden desenvolverse durante la relación contractual, véase PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018, pp. 28, 33, 44.

estructura dual que se ha sostenido existe en el derecho contractual<sup>37</sup>. Desde el punto de vista individualista en su vertiente moderada, cada parte del contrato puede encuadrar su comportamiento en el contrato y limitar sus deberes a los estipulados. No hay nada personal involucrado entre ellas que extienda las demandas más allá de satisfacer sus propios intereses y no dañar los ajenos. Sencillamente, *just business*.

No obstante, el establecimiento de deberes en el exclusivo beneficio del interés del otro contratante no necesariamente conlleva *salirse* del contrato y *adentrarse* en el marco de las relaciones personales. El altruismo moderado no es, en realidad, un fundamento *instaurado* en el derecho de contratos, sino que está presente en su composición normativa, sin necesidad de acudir a criterios apartados del ámbito contractual para hallarlo. La indagación en torno a la participación del altruismo en la estructura de fundamentación normativa de esta área es más bien una cuestión de *develamiento*. Por ello, la estrategia más útil es prestar atención a las consideraciones altruistas que subyacen a ciertas instituciones que efectivamente forman parte del derecho contractual<sup>38</sup>. Para esta clase de exigencias el interés ajeno es decisivo y, en distintas ocasiones, el contratante no solo debe preocuparse de los intereses de la otra parte, sino que también debe actuar directamente para cristalizarlos. De modo que lo desafiado no es la diferencia de intereses entre las partes, sino el predominio de los intereses personales del contratante. El valor que intrínsecamente le corresponde al contrato no puede, por esta razón, dejar al margen estos deberes de corte altruista.

Tales deberes son exigentes porque están encaminados en el exclusivo interés de la otra parte y pueden rastrear en las instituciones contractuales antes mencionadas, así como en deberes sustantivos de las relaciones fiduciarias<sup>39</sup>. Los institutos de los que provienen dichas demandas forman parte importante del derecho de contratos, del modo en que lo conocemos. De ahí que su vigencia tiene incidencia directa en la pertinencia o no de la tesis del distanciamiento. Permítaseme tomar el caso de la buena fe. En el contexto de los deberes secundarios de conducta aparecen distintas expresiones que, a pesar de no estar pactadas ni en ocasiones siquiera previstas por los contratantes, uno de ellos tiene el deber de realizar algo para beneficiar al otro. La tipología de subdeber positivo de comportamiento de buena fe envuelve supuestos de acciones efectuadas por una parte únicamente a favor de la otra. Un contratante de buena fe, por ejemplo, debe informar al otro de los elementos determinantes para el interés de este último, pero además debe observar —si las circunstancias del supuesto así lo exigen— deberes de aclaración con cargo a la buena fe. Ese redoblamiento del deber de informar con el de esgrimir aclaraciones puede estar efectuado en el *solo* beneficio del otro contratante. De no contar con esta información y posterior aclaración, esta última parte no sufriría un daño, sino más bien la privación de un beneficio directo a su favor.

<sup>37</sup> Tal estructura bifronte de fundamentación normativa es indicador de la complejidad del derecho de contratos y que se devela gracias a la falta de uniformidad en su fundamentación. Véase, PEREIRA, 2020b, pp. 124 y ss.

<sup>38</sup> En este sentido, PEREIRA, 2020a, pp. 255 y ss.

<sup>39</sup> En este sentido, BIRKS, 2000, pp. 3-38.

¿Supuestos de este orden afectan la tesis del distanciamiento entre las partes? Esto parece inevitable. La participación de exigencias para cuya justificación es necesario acudir al altruismo moderado pone en jaque la preeminencia del interés propio del contratante sobre el de la otra parte. Asimismo, ofrece un reto a la pertinencia del distanciamiento contractual. De acuerdo con Kimel, *el* contrato es intrínsecamente valioso en términos del distanciamiento que permite entre los contratantes. Sin embargo, en el supuesto anterior, el contratante que posee la información y tiene el deber de buena fe de comunicársela a la otra parte y, a su vez, de realizar aclaraciones posteriores, ¿puede simplemente omitirlas alegando *just business*? Frente a la infracción de este subdeber positivo de buena fe que priva a la otra parte de un beneficio dirigido en su solo interés, la tesis del distanciamiento se muestra insuficiente. No es tarea sencilla su conciliación porque la buena fe no solo importa tener presente los intereses del otro contratante sino también, en determinadas circunstancias, actuar derechamente en su propio bien. El valor del distanciamiento experimenta, entonces, fisuras que quizá Kimel no advirtió.

El problema es que los deberes de este tipo son innominados y, por tanto, no es posible realizar el catastro de ellos en el espectro de la contratación para evaluar su real impacto. Pero la buena fe objetiva constituye un principio fundamental del derecho contractual y, como tal, cuenta con aplicación general. Este amplio alcance está en tensión con la tesis del distanciamiento si es que es correcto afirmar que se trata del valor intrínseco del contrato. Asimismo, deberes de buena fe establecidos a favor del interés de la otra parte ponen en aprietos al distanciamiento entre los contratantes, en el evento en que aquellos aumenten y se instalen progresivamente con el transcurso del tiempo. Si esto tiene lugar, no es descartable que el vínculo entre las partes paradójicamente se estreche *en virtud* del cumplimiento de estos deberes. Sin que hayan dejado de ser partes de un contrato, y manteniéndose sometidos a su pliego de prestaciones, estándares como confianza, lealtad y reciprocidad se comienzan a considerar como parámetros de la relación que los une, afianzándola aún más. Desde luego, la actuación positiva concertada por el interés del otro con cargo a la buena fe, no puede contribuir a fomentar el distanciamiento entre las partes ni precaver que en el porvenir sea considerada estéril la idea de *just business*. El contratante no se puede excusar de cumplir en estos términos porque precisamente tenía el deber de buena fe de hacerlo por el bien del otro. Lejos de dilatar la brecha entre ellos, esta se acorta en forma paulatina y probablemente de modo irreversible.

A nivel de fundamentación también hay algunos inconvenientes. Debido a la escisión que esboza Kimel entre el individualismo del que se distancia y el no-individualismo que acoge, la cuestión es si acaso este último logra dar cuenta o no de los deberes positivos encaminados a cristalizar el interés de la otra parte. Pues si ello no es así, entonces, se devela la conexión entre el no-individualismo de Kimel y el individualismo desinteresado y, a su vez, la insuficiencia tanto de este último modelo normativo como de la tesis del distanciamiento para cumplir con éxito sus respectivas tareas en la filosofía del derecho contractual. Respecto del primer asunto, el sustento no-individualista de Kimel es, en buenas cuentas, una versión del individualismo desinteresado. Su particularidad está en la exacerbación de la relevancia que tiene el respeto y fomento de la autonomía para

los contratantes. Posiblemente, pueda añadirse el énfasis por la diversidad de fuentes normativas que están junto a la autonomía personal. Pero sus compromisos y contornos parecen similares.

A propósito del perímetro compartido está la segunda cuestión. El individualismo desinteresado es incapaz de fundar normativamente estas demandas de índole altruista, porque estas ponen en entredicho la prevalencia normativa del autointerés, instando a actuar derechamente a favor del interés ajeno. Existen demandas contractuales en las que hay *algo más* que no dañar el interés del otro contratante, exigiendo actuar en su beneficio. El no-individualismo de Kimel, por su parte, tampoco logra capturar estos deberes positivos establecidos en favor del otro, que desbordan el distanciamiento entre los contratantes. La presencia de dimensiones altruistas, desde su óptica moderada, en el marco de exigencias que deben observar los contratantes ofrece dificultades insalvables para ambos sustentos morales, porque ninguno de ellos niega la prevalencia del interés personal sobre el ajeno.

Dicha incapacidad común acentúa la conexión entre el individualismo desinteresado y la lectura no-individualista de Kimel. La arista interesante de subrayar es que la participación del altruismo moderado también genera un efecto disruptivo en la tesis del distanciamiento. Reglas, instituciones y prácticas del derecho contractual a partir de las cuales subyacen consideraciones altruistas moderadas no son fáciles de compaginar con el distanciamiento entre las partes. Ello tiene directa relación con la ambición que Kimel manifiesta acerca de este rasgo: se trata del valor intrínseco *del* contrato. No obstante, este valor definitorio de la relación contractual responde con facilidad frente a *un* parámetro normativo, esto es, con el individualismo desinteresado –fundamento no-individualista para el autor–, pero su fortuna es diametralmente distinta con el altruismo incluso en la versión moderada y no fuerte de esta moralidad<sup>40</sup>.

¿Qué devela esta clase de consideraciones? Desde mi modo de ver, el fundamento altruista muestra la insuficiencia del sustento normativo individualista y, del mismo modo, de la tesis del distanciamiento. Mientras que el primero no es apto para capturar ese *algo más* involucrado en los deberes altruistas en favor del interés ajeno, la segunda no logra encajar en la fundamentación proporcionada por el altruismo moderado. Esto atañe a la aspiración de Kimel, pues a pesar de que el distanciamiento entre los contratantes constituye –en su mirada– *el* valor intrínseco *del* contrato, únicamente puede amoldarse con la vigencia de *un* fundamento individualista. Pero ello arroja luz acerca de que el distanciamiento no puede constituir un rasgo distintivo del contrato en general, si enfrenta obstáculos en todos los supuestos en que haya consideraciones altruistas que dirigen el comportamiento de un contratante en favor del otro, excediendo muchas veces los deberes expresamente acordados. No puede ser, por tanto, *el* valor intrínseco de todos los contratos o del derecho contractual en general porque, en verdad, responde solo a *uno* de los fundamentos normativos allí vigentes. La tesis de Kimel, en el ámbito de la fundamentación moral del contrato, está comprometida con la vigencia

---

<sup>40</sup> Sobre esta consideración, véase PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018, pp. 43-46.

de *un único* parámetro. Pues únicamente en este podría ajustarse el distanciamiento. Al parecer, su punto de partida “no-individualista” no fue lo suficientemente osado para iluminar la estructura normativa del derecho contractual de un modo verdaderamente “no-individualista”.

Más allá de las consideraciones críticas argüidas en la segunda sección, en esta me he concentrado en el siguiente cargo contra Kimel. Si la tesis del distanciamiento fuere el rasgo distintivo y central del derecho de contratos, este se sustenta en un fundamento individualista compartido, en el sentido desinteresado del término. Pero si no es efectivo que haya solo *un* fundamento normativo uniforme en el derecho contractual, entonces, la tesis de Kimel no puede ser *el* elemento crucial y distintivo de *lo* contractual.

La presencia del altruismo moderado como fundamento filosófico del derecho de contratos ofrece dificultades a la tesis del distanciamiento, porque los postulados altruistas transitan por la dirección contraria al individualismo y la tesis del distanciamiento. No solo demandan tener en consideración los intereses del otro, sino que también en ocasiones exigen al contratante a actuar positivamente solo a favor de los intereses de la otra parte del contrato.

Si es cierto que el altruismo moderado también tiene un lugar en la estructura de fundamentación del derecho de contratos, el individualismo –parafraseando a Kimel– no puede contar toda la historia del derecho contractual, ni el distanciamiento entre los contratantes constituir *el* aspecto determinante del contrato. Se trata, en realidad, de *solo una parte* de la historia.

## VI. CONCLUSIONES

Pese al influjo de la propuesta de Kimel, donde el distanciamiento personal entre los contratantes constituye el valor intrínseco del contrato, es posible hallar un conjunto de flancos críticos que minan su pertinencia teórica. Estas consideraciones están asociadas a (i) su falta encaje con los contratos relacionales y los de larga duración; (ii) las dificultades que presenta para engarzar la tesis con la solidaridad y la solidaridad promisorias; y, por último, (iii) el cuestionamiento acerca de su efectivo carácter como valor intrínseco del contrato. De manera adicional es posible añadir una observación crítica relativa a la preocupación de la filosofía del derecho de contratos por su fundamentación normativa. ¿Se encuentra la propuesta de Kimel comprometida con la existencia de un único fundamento normativo y es inmune a la presencia de un sustento valorativo alternativo al individualismo tradicional?

Frente a la tesis del distanciamiento de Kimel, el altruismo moderado como posible fundamento normativo del derecho de contratos, se encuentra en controversia con el valor intrínseco de la relación contractual que es el desapego entre los contratantes. Esta tesis no puede engarzarse correctamente con el individualismo egoísta, ya que está asentada sobre la base del respeto y fomento de la autonomía personal y esta última es propia del individualismo desinteresado. En cambio, la tesis de Kimel calza con el sustento normativo individualista en su dimensión desinteresada según el que

el predominio del interés personal del contratante es compatible con el respeto por los intereses de los demás.

Si el distanciamiento es *el* valor distintivo del contrato, este debiere operar tanto con el fundamento individualista como con el altruista. No obstante, los deberes contractuales fundados en el altruismo moderado no importan salirse del escenario contractual y adentrarse en las relaciones personales. En lugar de introducirse en el derecho de contratos, se requiere desentrañar el espacio que este de hecho allí ocupa. Cuando los deberes no solo importan tener en cuenta los intereses del otro contratante, sino que también demandan derechamente beneficiarlos, la tesis del distanciamiento no logra fundar todos los deberes porque la lógica del *just business* se muestra insuficiente para dar cuenta de ellos. El valor intrínseco *del* contrato, en realidad, solo puede amoldarse con la vigencia de un fundamento individualista. De nuevo, Kimel ofrece solo una versión parcial de toda la historia contractual.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARENDRT, Hannah, 2005: *La condición humana* (trad.) R. Gil Novales, Barcelona, Paidós.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana, 2007: “El solidarismo contractual —especial referencia al derecho francés—”, *Vniversitas*, N° 114, pp. 15-30.
- BENÍTEZ CAORSI, Juan J., 2013: *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*, Madrid, Reus.
- BIRKS, Peter, 2000: “Lionel Cohen Lecture: The Content of Fiduciary Obligation”, *Israel Law Journal*, volumen 34, N° 1, pp. 3-38.
- EISENBERG, Melvin A., 1995: “Relational Contracts”, en BEATSON, J. y FRIEDMANN, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 291-304.
- FRIED, Charles, 2015: *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, second edition, Oxford, Oxford University Press.
- GOETZ, C. J. y SCOTT, R. E., 1981: “Principles of Relational Contracts”, *Virginia Law Review*, volumen 67, N° 6, pp. 1089-1150.
- JENCKS, Christopher, 1990: “Varieties of Altruism”, en Jane Mansbridge (ed.), *Beyond Self-Interest*, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 53-67.
- KENNEDY, Duncan, 1976: “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, volumen 89, N° 8, pp. 1685-1778.
- KIMEL, Dori, 2007: “The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 27, N° 2, pp. 233-255.
- KIMEL, Dori, 2018: *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato*. (trad.) M. Parga. Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- MACNEIL, I. R., 1974: “The Many Futures of Contracts”, *Southwestern California Law Review*, volumen 47, pp. 691-816.
- MACNEIL, I. R., 2000: “Relational Contract Theory: Challenges and Queries”, *Northwestern University Law Review*, volumen 94, N° 3, pp. 877-908.
- MARKOVITS, Daniel, 2015: “Good Faith as Contract’s Core Value”, en Gregory Klass, George Letsas y Prince Saprai (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 272-293.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PINO EMHART, Alberto, 2018: “Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los principios ‘Unidroit’ sobre contratos comerciales internacionales”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30, pp. 163-191.

- MOORE, G. E., 1993: *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, Cambridge University Press.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2016: *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*, Santiago, Thomson Reuters.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2017: “¿Filosofía del derecho privado?”, en Juan Carlos Marín y Adrián Schopf (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 193-261.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2018: “Altruismo y derecho contractual”, en Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 139-168.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2020a: “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, en Diego M. Papayannis y Juan Antonio García Amado (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, pp. 217-299.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2020b: “La buena fe y sus fundamentos normativos”, *Latin American Legal Studies*, volumen 7, pp. 111-142.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2021: “La teoría del derecho de contratos como desafío”, *Discusiones*, volumen 27, N° 2, pp. 207-237.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2022a: “Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 49, N° 3, pp. 1-30.
- PEREIRA FREDES, Esteban, 2022b: “Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?”, *Derecho PUCP*, N° 89, pp. 291-323.
- PRADO, Pamela, 2015: *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Santiago, Thomson Reuters.
- RORTY, Richard, 1991: *Contingencia, ironía y solidaridad*. (trad.) A. E. Sinnott, Barcelona, Paidós.
- SHEINMAN, Hanoeh, 2004: “Are Normal Contracts Promises?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 23, N° 3, pp. 517-537.
- SOLARI, Gioele, 1946: *Filosofía del derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, De Palma.
- TUHR, Andreas von, 2007: *Tratado de las obligaciones*. (trad.) W. Roces, Granada, Comares.

## Más allá de los límites de la reparación integral del daño: legitimación activa y daño moral por rebote\*

*Yerko Sagredo Srdanovic\*\**

### RESUMEN

*En este trabajo se revisa críticamente una tendencia a aplicar normas propias del derecho procesal penal y el derecho sucesorio con el fin de limitar la legitimación activa en casos de multiplicidad de víctimas por rebote mediante la imposición de un orden de prelación. El objetivo principal es defender que dicha aplicación en materia de responsabilidad civil constituye una vulneración al principio de reparación integral, y a su vez, proponer que la solución a la tensión entre la reparación integral y la situación patrimonial del condenado se encuentra en la actividad probatoria de las partes.*

Daño moral por rebote; principio de reparación integral; legitimación activa

## *Beyond the limits of the principle of full reparation: Standing to sue and moral damage pure emotional loss, secondary victims*

### ABSTRACT

*This paper critically reviews a tendency to apply rules of criminal procedural law and inheritance law in order to limit the standing to sue in cases of multiple victims by rebound through the imposition of an order of priority. The main objective is to defend that such application constitutes a violation of the principle of full reparation, and at the same time, to propose that the solution to the tension between full reparation and the patrimonial situation of the convicted party is found in the evidentiary activity of the parties.*

Damage pure emotional loss of secondary victims; principle of full reparation;  
standing to sue

---

\* Este trabajo deriva de los resultados obtenidos en la investigación realizada para mi proyecto de tesis de pregrado titulada “Análisis jurisprudencial sobre el rol de la Corte Suprema en los desafíos civiles y procesales que plantea el daño moral en la responsabilidad extracontractual”, en el marco del Proyecto Fondecyt Regular 1200176 que dirige el Dr. Cristián Banfi del Rfo como investigador responsable y cuya Co-Investigadora es la Dra. Flavia Carbonell Bellolio. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185650>

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5143-268X>. Correo electrónico: [sagredosrdanovic@icloud.com](mailto:sagredosrdanovic@icloud.com).

Artículo recibido el 4.11.2022 y aceptado para su publicación el 28.8.2023.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde antes que existiera consenso en su reconocimiento y reparación, el daño moral ha generado ciertas aprensiones relacionadas particularmente con el estado patrimonial en que se encontrará el responsable del ilícito civil posterior a la fijación de un *quantum* indemnizatorio debido a la dificultad de avaluar en términos económicos bienes que en su esencia son inconmensurables<sup>1</sup>.

Tras el análisis de las consideraciones de algunos fallos de la Corte Suprema dictados conociendo de recursos de casación en el fondo en juicios acerca de responsabilidad civil extracontractual, he podido advertir una controversia en la legitimación de la que gozan ciertos actores para demandar el daño moral reflejo por los daños causados a “seres queridos”. Lo anterior ha llevado a ciertos jueces a limitar la misma, a partir de la aplicación por analogía de normas propias del derecho sucesorio.

La investigación realizada comprendió dos etapas: la primera consistió en el estudio de una base de datos de sentencias dictadas entre 1996 y 2020 por la primera y tercera sala de la Corte Suprema<sup>2</sup> conociendo de recursos de casación en el fondo en casos de Responsabilidad Civil Extracontractual. Con la información obtenida en la primera etapa y con el fin de corroborar la existencia de la tensión que se propone, luego se analizaron diversas sentencias de jueces del fondo de primera y segunda instancia.

La idea del presente texto es defender que la limitación a la legitimación activa de víctimas por daño por rebote a partir del uso por analogía de normas distintas a las del derecho civil patrimonial es una vulneración al principio de reparación del daño, por lo que los diversos problemas relacionados con el establecimiento de un *quantum* indemnizatorio escapan del objeto de estudio.

Para concretar mi propósito, el presente trabajo aborda tres grandes temas: En primer lugar, aquel que dice relación con la constatación de la controversia y la tensión que se produce entre la satisfacción del principio de reparación integral y la preocupación por la situación patrimonial en que se encontrará el condenado. En segundo término, se analiza la viabilidad de una reforma legal de cara a solucionar el problema y otras consecuencias derivadas de la imposición de un orden de prelación para la limitación de la legitimación activa. Finalmente se propone una solución centrada en la actividad probatoria de las partes y la consideración de formas de reparación distintas a la indemnización pecuniaria.

---

<sup>1</sup> BARROS, 2020, pp. 300-304.

<sup>2</sup> La base de datos comprende 850 sentencias, de estas, 379 mencionan el daño moral y solo 63 de ellas intentan dotarlo de algún contenido sustantivo o procesal.

## II. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Como se señaló al inicio del presente trabajo, el desarrollo del daño moral ha generado varios problemas derivados de su naturaleza extrapatrimonial y la dificultad de evaluarlo en términos económicos.

Las interrogantes aumentan con el reconocimiento del daño moral por rebote<sup>3</sup>, ya que, si nos tomamos en serio el problema económico de la escasez de recursos, podría ocurrir que, una vez fijado el *quantum* indemnizatorio, la pretensión resarcitoria de las víctimas sea ilusoria por no existir bienes suficientes para dar cabal cumplimiento a la sentencia condenatoria.

Respecto de este punto es interesante tener en consideración lo expuesto por el profesor Domínguez Águila en torno a entender que es posible –aunque no deseable– que el principio de reparación integral del daño se vea limitado por razones económicas. Referente a esto señala:

“[...]aunque la doctrina estima, en general, que la evaluación de la reparación queda limitada solo por la dimensión del daño, consideraciones económicas llevan en la práctica a tener en cuenta la situación de quien debe reparar, para que la indemnización no llegue a significar un peso económico ruinoso o a recargar imprevistamente presupuestos acotados”<sup>4</sup>.

El problema que se plantea ya ha sido advertido por diversos juristas, entre ellos, Adriano De Cupis, quien, analizando sus leyes domésticas se pregunta: ¿Deben todos ellos (víctimas por rebote) ser indemnizados o se impone un criterio de discriminación?

“El artículo 185 del Código Penal, sin embargo, establece que ‘todo delito que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento por parte del culpable, etc.’. Y el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal: ‘la acción civil por restitución para la compensación del daño puede ser ejercida por la persona a la que el delito haya causado daño, etc.’. En virtud de estas normas, el interés privado ya no está protegido por reflejo, tanto que al perjuicio que lo afecta se le une una reacción extrapenal. Sin embargo, y esta es la cuestión a la que debemos prestar atención, ¿a qué daño privado se refirió el legislador con las normas citadas? El delito puede afectar a varios intereses privados, produciendo así varios daños privados: ¿todos estos deben ser compensados, o se requiere un criterio de discriminación? Y en el segundo caso, ¿de dónde se obtiene y cuál será el criterio de discriminación?”<sup>5</sup> (traducción libre del autor).

<sup>3</sup> Para estos efectos se utilizará indistintamente daño por rebote, daño reflejo y daño por repercusión.

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ, 2010, pp. 12-13. La cita se relaciona con la cuestión abordada en este trabajo en cuanto alude a los límites del principio de reparación integral del daño.

<sup>5</sup> DE CUPIS, 1954, p. 294. *L'art. 185 cpv. Cod. pen., però, stabilisce che “Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole ecc.”; e l'art. 22 cod. proc. Pen.: “l'azione*

Hay que destacar que las normas a las que alude el autor son propias del código penal y de procedimiento penal italiano, algo más o menos parecido a lo que ha tendido utilizar la doctrina y jurisprudencia chilena como se expondrá.

En su análisis este autor italiano señala que es necesario recurrir a la intención del legislador para poder determinar quiénes tienen legitimación activa para poder reclamar un daño a partir de la falta de límites por parte de las normas legales ya transcritas. En particular señala:

“Las normas escritas por el legislador, de las cuales se pueda inferir qué sujeto está protegido en su interés con respecto a los bienes de la vida, la integridad física, el honor, etc., no se presentan en la investigación. Por lo tanto, es necesario esforzarse en llegar a tal determinación de otra manera, tratando de intuir el propósito inspirador de la protección legal en este ámbito”<sup>6</sup> (traducción libre del autor).

A pesar de estar de acuerdo en la necesidad de una actividad exegética que permita dotar de contenido la norma jurídica en función a la intención del legislador no comparto la conclusión a la que llega en torno a la necesidad de limitar –y menos por vía interpretativa– la legitimación activa para reclamar un daño. No obstante, me parece relevante señalar brevemente su conclusión.

“Por lo tanto, en presencia de cualquiera de los bienes mencionados, el ‘daño’ al que se refieren el artículo 185 cpv. del Código Penal y el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal debe ser determinado desde la perspectiva del sujeto, de acuerdo con la solución expuesta, sin la cual la compensación adquiriría una extensión excesiva, en fuerte contraste con los criterios ya expuestos en los párrafos anteriores”<sup>7</sup> (traducción libre del autor).

El autor señala que la utilización de la voz “daño” a la que alude tanto el código penal como el de procedimiento penal al tratar el ejercicio de la acción civil en el procedimiento

---

*civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno può essere esercitata dalla persona alla quale il reato ha recato danno ecc.”. In virtù di queste norme l’interesse privato non è più tutelato di riflesso, tanto che al pregiudizio che lo colpisce è ricongiunta una reazione extrapenale. Senonchè –e questa è la questione e cui dobbiamo volgere la nostra attenzione– a quale danno privato ha inteso riferirsi il legislatore colle norme citate? il reato può colpire più interessi privati, producendo quindi, più danni privati: dovranno, questi, esser tutti risarciti, oppure si impone un criterio di discriminazione? e, nella seconda ipotesi, donde si attinge e quale sarà il criterio di discriminazione? (texto original).*

<sup>6</sup> Ibid, p. 295. *Norme scritte dal legislatore, da cui possa desumersi quale soggetto sia tutelato nel proprio interesse relativo ai beni della vita, dell’integrità fisica, dell’onore, ecc., non si presentano all’indagine. Occorre, allora, sforzarsi di pervenire a tale determinazione per altra via, cercando, cioè, di intuire l’intento ispiratore della tutela giuridica in questo campo (texto original)*

<sup>7</sup> Ibid. *Cosicchè, in presenza di alcuno dei beni menzionati, il “danno” cui si riferiscono l’art. 185 cpv. Cod. Pen. e l’art. 22 cod. Proc. Pen. va determinato, dal punto di vista del soggetto, secondo l’esposta soluzione, in assenza della quale il risarcimento assumerebbe una estensione eccessiva, in stridente contrasto coi criteri già esposti nei paragrafi precedenti (texto original).*

penal, no puede sino referirse a la víctima directa, ya que, en caso contrario, podríamos encontrarnos ante una extensión “excesiva”.

Existiendo pluralidad de víctimas de daño moral por rebote<sup>8</sup>, y a falta de norma expresa que establezca un orden de prelación para el ejercicio de la acción civil derivada de la existencia de este tipo de daño, alguna jurisprudencia y doctrina<sup>9</sup> han demostrado recoger normas propias del derecho procesal penal para restringir o ampliar la legitimación activa.

Ante la posibilidad de que la extensión sea “excesiva”, se han buscado respuestas al problema, la principal de ellas ha sido la imposición de un orden de prelación ficto que limite la legitimación activa solo a aquellos parientes que se relacionan con mayor proximidad a la víctima directa.

A continuación, se muestra la utilización de normas propias del derecho sucesorio y el derecho procesal penal para limitar la legitimación activa:

### 1. *Aplicación del artículo 108 del Código Procesal Penal*

Los artículos 108 del Código Procesal Penal (en adelante “CPP”), que establece un orden de prelación para el ejercicio de la acción penal, en relación con el artículo 59 inciso segundo del mismo cuerpo legal relativo a los derechos que tiene la víctima para perseguir la responsabilidad civil derivadas del hecho punible, han sido utilizados como una herramienta para intentar solucionar la tensión expuesta, permitiendo por esta vía que en aquellos casos de pluralidad de víctimas por rebote se restrinja la legitimación activa para el ejercicio de la responsabilidad civil solo a quienes tengan un vínculo de parentesco más cercano a la víctima.

Acerca de esta tensión y el interés por llenar un supuesto vacío normativo relativo a la falta de consagración expresa de un orden de prelación, se ha sostenido:

“En nuestro derecho existe un amplio reconocimiento de la reparabilidad del perjuicio afectivo que se sigue de la muerte de una persona muy cercana, siendo una de las principales manifestaciones del daño moral. No obstante, una de las principales dificultades que presenta, es la extensión de los titulares de la acción de reparación, ya que la muerte de una persona puede provocar un sufrimiento cierto y profundo en un gran espectro de familiares y amigos, tendiendo la jurisprudencia nacional a definir los titulares de la acción de acuerdo a la cercanía que da el parentesco, de modo que los parientes más cercanos excluyen a los más remoto, lo que de alguna forma ha sido reconocido por el Código Procesal Penal, en el artículo 108 en relación al 59 inciso segundo, al regular la titularidad activa de la acción civil de la víctima, como ya fuera analizado en un motivo anterior”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> “El daño reflejo o por repercusión es el sufrido por víctimas mediatas de un hecho que ha causado la muerte o lesiones a otra persona”, BARROS, 2020, pp. 362-363.

<sup>9</sup> BARROS, 2020, pp. 372-374.

<sup>10</sup> 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 28.07.2020, rol C-3907-2019, cons. 25.

Así, se ha afirmado por jueces de primera instancia que, por ejemplo, ante la existencia de daño moral por rebote de la madre y los hermanos de la víctima directa, los hermanos no tendrían legitimación activa para reclamar, ya que, a partir de la aplicación de un orden de prelación (del CPP), la madre los excluiría.

En lo particular, se sostuvo:

“Desde esta perspectiva, la demanda por indemnización de perjuicios extracontractual debe mirarse en forma armoniosa con la legislación vigente, y el argumento normativo dado por la doctrina, esto es, el artículo 59 en relación al artículo 108 del Código Procesal Penal, da luces de cómo resolver este tipo de situaciones. Estas normas jurídicas, efectivamente, establecen un orden de prelación, en las que la madre excluye a los hermanos como titulares de la acción ejercida”<sup>11</sup>.

Así, a causa de que el CPP establece quién es víctima en el caso de que esta fallezca y otorga a esta la posibilidad de ejercer la acción civil en el proceso penal, se podría considerar que, como en el derecho de daños existe la misma razón, se debe aplicar la misma disposición, aun cuando esta se encuentre en un cuerpo legal de naturaleza distinta. Es decir, siempre que falte la víctima de un injusto, sea civil o penal, se deberá estar a un orden de prelación de manera de advertir quién se considerará víctima para efectos de ejercer los derechos que en un proceso judicial correspondan.

El razonamiento expuesto resulta completamente incoherente e improcedente, por los motivos que paso a exponer:

- i. El derecho procesal penal tiene fines distintos a los perseguidos por el derecho civil. Mientras el primero entrega directrices de cómo se debe llevar a cabo la persecución penal para efectos de hacer efectivo el *ius puniendi* estatal, el derecho civil se encarga de regular las relaciones jurídicas entre privados que se entienden –por regla general– en condiciones de igualdad<sup>12</sup>.
- ii. En el contexto del proceso penal solo se considera a la víctima directa, de hecho, en el modelo acusatorio chileno el rol que esta tiene para la substanciación del proceso es insignificante teniendo en cuenta que a quien corresponde preferentemente el ejercicio de la acción penal es al Ministerio Público<sup>13</sup>, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil que se estructura a partir del principio dispositivo y el impulso procesal de las partes<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> 2º Juzgado de Letras de Los Andes, 30.11.2016, rol C-762-2013, cons. 90.

<sup>12</sup> Acerca de los fines del Derecho Privado y el Derecho Procesal Penal, véase respectivamente: PAPANANNIS, 2018 y BINDER, 1999, pp. 53-64.

<sup>13</sup> Es importante mencionar que la figura del querellante en materia penal no es asimilable a alguno de los intervinientes en materia civil, por cuanto el ordenamiento procesal penal admite que personas o instituciones que no son necesariamente la víctima del ilícito, tengan legitimación activa dentro del proceso.

<sup>14</sup> Del principio dispositivo en proyecto de Código Procesal Civil véase: HUNTER, 2010.

- iii. El orden de prelación del artículo 108 CPP solo es aplicable en caso de que la víctima del delito fallezca, lo que no siempre ocurrirá en materia de responsabilidad por daños.
- iv. En relación con el punto anterior, los derechos que se conceden a la víctima a partir del orden de prelación enunciado son derechos que se ejercen en nombre del ofendido directo, lo que en materia civil se conoce como la continuidad del causante.

El inciso segundo del artículo 59 CPP otorga un derecho alternativo a la víctima directa, ya sea personalmente o representada en virtud de las reglas sucesorias del artículo 108 del mismo cuerpo legal, consistente en ejercer la acción civil indemnizatoria en contra del autor del hecho dañoso dentro del proceso penal o de manera independiente, lo que en ningún caso obsta a que víctimas indirectas puedan perseguir responsabilidad civil fuera del proceso penal.

## 2. *Aplicación de las reglas de sucesión del derecho civil*

Las normas del derecho sucesorio también han servido para limitar la legitimación activa entre familiares, así, se ha propuesto que los artículos 989 y 990 del Código Civil (en adelante “CC”) que refieren a reglas propias del derecho sucesorio deben ser interpretados de manera que establezcan un orden de prelación aplicable de igual manera a los daños por repercusión.

La jurisprudencia ha señalado al respecto:

“Que, así las cosas, compartiendo esta sentenciadora el análisis del profesor Enrique Barros, en cuanto a que existe una prelación en cuanto al ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios, en cuya virtud la madre aparece con derecho a demandar que los hermanos[sic], por encontrarse en la hipótesis del artículo 989 del Código Civil, norma que excluye la regla del artículo 990 del mismo cuerpo legal, en la que se encuentran los hermanos, es que será acogida esta excepción, en la forma que se señalará en lo resolutivo del fallo”<sup>15</sup>.

Es posible advertir nuevamente que los jueces hacen un intento por dar a conocer un supuesto vacío normativo por medio de la interpretación sistemática de las normas del CC, por ejemplo, se ha señalado:

“Que de un análisis armónico de las normas precedentemente reseñadas y haciendo aplicable las normas de interpretación de la ley que nuestro Código de Bello señala en los artículos 19 y siguientes, como asimismo el adagio “Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición legal”, es posible concluir que de acuerdo al

---

<sup>15</sup> 2° Juzgado de Letras de los Andes, 30.11.2016, rol C-762-2013, cons. 90.

inciso final del artículo 189, la enunciación allí señalada es excluyente en el orden en que se encuentran, lo que resulta un fundamento más para colegir que la cónyuge y los hijos excluyen a los demás parientes, en relación además a lo dispuesto en el artículo 988 del Código Civil, en cuanto a los órdenes de sucesión intestada”<sup>16</sup>.

Razonamientos similares se repiten en los juzgados de letras, e incluso en las Cortes de Apelaciones<sup>17</sup>.

La interpretación sistemática que se analiza, mediante la utilización del aforismo *Ubi edem ratio ibi ius*<sup>18</sup> me parece completamente errónea, ya que es necesario recordar que cuando una víctima por rebote o repercusión reclama el daño propio, lo hace de manera personal y no por los derechos que le pertenezca por la sucesión de la víctima directa, es decir, se reclama a nombre propio y no “en representación de ...”, motivo por el que se debe considerar que este criterio confunde la noción misma de daño reflejo.

En relación con ambas soluciones planteadas por la jurisprudencia para limitar la legitimación activa en materia de daños por rebote, esto es, el uso de normas del CPP y CC en lo relativo a las reglas sucesorias, es oportuno advertir y destacar la similitud ontológica que representa el artículo 108 del CPP con la legislación en materia de derechos sucesorios, de manera que se podría concluir sin necesidad de realizar un salto argumentativo que la norma que reconoce la calidad de víctima en el contexto de un procedimiento penal es en realidad una norma del derecho sucesorio, en tanto establece quién podrá ejercer los derechos del causante en caso de fallecimiento. Esto último se podría justificar a partir de un cierto grado de deferencia que debería tener el Estado con la víctima del injusto penal en la persecución de hechos constitutivos de delito.

En definitiva, habiendo constatado que ambas soluciones confunden en definitiva el ejercicio de derechos en nombre de la víctima directa con el ejercicio de los derechos propios de las víctimas por rebote, es posible concluir que la aplicación de un orden de prelación existente ajeno al derecho de daños implica necesariamente hacer una interpretación *contra legem* de la institución.

Sin perjuicio de lo señalado, esa postura no es unánime. La Corte Suprema de Justicia ha demostrado en ciertos casos una interpretación distinta de las normas, advirtiendo que no es posible una integración del derecho a partir de la utilización analógica de normas del CPP y del derecho sucesorio en casos de Responsabilidad Civil Extracontractual por daño moral por repercusión.

Así entonces, el máximo tribunal ha sostenido:

<sup>16</sup> 8° Juzgado Civil de Santiago, 05.09.2014, rol C-5040-2011, cons. 10.

<sup>17</sup> Entre otros, véase: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02.01.2000, rol 3617-1999, cons. 4; 14° Juzgado Civil de Santiago, 08.05.2012, rol C-32130-2008, cons. 11; 11° Juzgado Civil de Santiago, 14.12.2012, rol C-5112-2010, cons. 25; 4° Juzgado Civil de Valparaíso, 26.11.2013, rol C-2447-2010, cons. 15; 1° Juzgado Civil de Chillan, 12.08.2014, rol C-3857-2012, cons. 3; 8° Juzgado Civil de Santiago, 05.09.2014, rol C-32130-2008, cons. 11; Corte de Apelaciones de Santiago, 31.03.2015, rol 7317-2014, cons. 1-6 incluido voto de prevención; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27.03.2017, rol 51-2017, cons. 1.

<sup>18</sup> “Donde hay la misma razón, se aplica la misma disposición”.

“No se divisa en la especie infracción a las normas de los artículos 2314 y 2319 del Código Civil, en relación al artículo 988 del mismo Código, toda vez que, a diferencia de otras legislaciones, en nuestro país, no existe una norma civil de aplicación general que consagra la responsabilidad extracontractual para las víctimas por repercusión en el caso de fallecimiento en que se establezca un orden de prelación para reclamar los daños experimentados, sin que resulte, por disposición del artículo 22 inciso 2 del Código Civil, extrapolable las normas establecidas sobre prelación para otras materias como es a propósito del orden de sucesión hereditaria (artículo 988), de la prelación establecida por la Ley 16.744 en materia laboral, en su artículo 43 o de la Ley 16.643, en su artículo 14, con motivo de los titulares de la acción en caso de daños ocasionados por abusos de publicidad, o de la norma consagrada en el artículo 108 del Código Procesal Penal antes reseñada”<sup>19</sup>.

Esta última interpretación del derecho se ha impuesto –acertadamente, como se demostrará– a pesar de que existen varias referencias por parte del máximo tribunal a la existencia o necesidad de limitar el ejercicio de la acción de reparación por daño reflejo a partir de normas procesal penales<sup>20</sup>.

El problema en cuestión no ha sido tratado con la atención requerida y se ha generado incerteza jurídica que se traduce consecuentemente en la carencia de coherencia en el sistema jurídico que imposibilita que las personas tengan expectativas legítimas de que sus derechos serán defendidos. No es posible conformarse con una interpretación más o menos asentada de la Corte Suprema, porque dicha interpretación podría variar con el tiempo considerando el efecto relativo de las sentencias (Artículo 3 del CC) y porque sería un atentado al sistema de justicia pretender que todas las causas lleguen ante el máximo tribunal para resolver conforme a derecho.

A esta altura ya es posible preguntarnos acerca de la viabilidad de una norma general que establezca un orden de prelación en materia de daños por rebote y si una de este tipo podría colisionar o no con un principio rector del derecho de daños como es el de reparación integral. Más adelante me aventuro a entregar lo que –a mi juicio– sería la manera correcta de equilibrar la tensión.

### III. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El principio de reparación integral del daño no ha sido objeto de un estudio pormenorizado, de ahí que las únicas referencias a su existencia hagan alusión a la necesidad de que la medida de la reparación se relacione con la medida del daño causado, como se

<sup>19</sup> Corte Suprema, 01.03.2018, rol 27931-2017, cons. 6.

<sup>20</sup> Corte Suprema, 31.08.2010, rol 4099-2008, cons. 6. 31 de agosto de 2010 y 29.05.2002, rol 4784-2000, cons. 14 y 16.

expondrá. Este principio ha sido utilizado en gran medida para justificar la procedencia de la indemnización de daños extrapatrimoniales en sede contractual.

Nuestro sistema de derecho de responsabilidad civil se ha construido principalmente a partir de una concepción de justicia correctiva<sup>21</sup>, aun cuando se ha postulado que existen ciertos espacios complementarios como la justicia distributiva<sup>22</sup>, la retribución del mal causado por el autor del hecho dañoso, e incluso un fin de prevención general<sup>23</sup>.

Como se mencionó, esta concepción de justicia correctiva implica entonces que la medida de la indemnización debe tener relación directa con la medida del daño, así, se satisface dicho principio si con la indemnización se puede dejar a la víctima en un estado más o menos equivalente al que se encontraba antes de la perpetración del daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. En palabras de Domínguez: “se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio”<sup>24</sup>. Sin embargo, esta regla debe admitir al menos dos consideraciones. En primer lugar, se debe considerar que el perjuicio del que se responde es aquel provocado por el actor, ya que en aquellos casos en que exista una concurrencia de culpas entre el actor del hecho y la víctima, el juez deberá disminuir prudencialmente la indemnización<sup>25</sup>. En segundo lugar, y de manera más controversial, se debería aceptar que la exigencia de la reparación integral viene dada por un *quantum* indemnizatorio justo, de manera de no conculcar los derechos fundamentales de la víctima como se señalará.

Un aspecto que no se ha estudiado en la doctrina tradicional chilena pero sí en la doctrina extranjera<sup>26</sup> es la existencia de un derecho constitucional —al menos implícito— a la reparación integral, que implicaría un mandato a los jueces, para velar porque en el ejercicio de la función jurisdiccional no se vulneren los derechos fundamentales de la víctima relacionados con los daños jurídicos. Esta lectura posibilitaría dejar de circunscribir el principio preferentemente al sistema de responsabilidad civil extracontractual, sino que aplicarlo a todo el derecho de daños, ya que su fundamento dejaría de estar únicamente en lo estatuido por el artículo 2329 del CC, aplicable únicamente a la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>21</sup> BARROS, 2020, pp. 41- 49.

<sup>22</sup> Esta doctrina —a la que personalmente adscribo— considera que es imposible separar el estatuto de responsabilidad extracontractual de los lineamientos de la justicia distributiva, esto se evidencia, por ejemplo, en la decisión política que subyace a la posibilidad de traspasar el daño de quien lo sufre a quien lo ocasiona e incluso en la extensión misma que debería tener ese daño resarcible. Un interesante análisis con diversas manifestaciones de justicia distributiva en la responsabilidad civil en PINO, 2013.

<sup>23</sup> Creo que no es posible advertir un fin retributivo o de prevención general a partir del sistema común de responsabilidad extracontractual chileno, toda vez que ello implica considerar una sanción en contra del autor del hecho dañoso y no simplemente una indemnización, y que para ello deberían existir las garantías procesales propias de un procedimiento penal o administrativo sancionador, de lo contrario se incurriría en graves vulneraciones al debido proceso. Una opinión contraria en BANFI DEL RÍO, 2017.

<sup>24</sup> DOMÍNGUEZ, 2010, p. 10.

<sup>25</sup> Según versa el artículo 2330 CC, la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

<sup>26</sup> Del derecho constitucional a la reparación integral en la República Argentina, véase: JUÁREZ, 2015.

Si se acepta la existencia del aludido derecho constitucional a la reparación integral del daño, podremos establecer que se encuentra consagrado –al menos implícitamente– en gran parte del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19, en particular en sus numerales 1 (derecho a la vida, a la integridad física y psíquica), 2 (igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias), 3 (tutela judicial efectiva y debido proceso), 4 (derecho a la honra y protección a la vida privada), 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica), 23 (libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes), 24 (derecho de propiedad en sus diversas especies), 25 (derechos de propiedad intelectual) y 26 (garantía de no conculcar los derechos fundamentales en su esencia). Lo anterior complementado con el artículo 76 relativo a la función jurisdiccional y el principio de inexcusabilidad.

En la doctrina nacional tradicional, quien ha dedicado mayores esfuerzos al estudio del daño moral y el principio de reparación integral del daño es la profesora Carmen Domínguez Hidalgo, quien ha conceptualizado el principio de reparación del daño en los siguientes términos:

“[...]es el contenido del conocido *alterum non laedere* (deber general de respeto a los demás)<sup>27</sup>, principio general que funda toda la responsabilidad civil desde su primera comprensión por Ulpiano como también desde su regulación codificada, por primera vez en el *Code* y luego en todos los demás códigos decimonónicos que se inspiraron en él, como el nuestro”<sup>28</sup>.

Por su parte, el tratadista Enrique Barros señala que, aun cuando el artículo 2329 CC establece una presunción de responsabilidad por el hecho propio, se ha reconocido de igual manera por la jurisprudencia que de dicha norma se puede desprender el principio de reparación integral, que implica “poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado”<sup>29</sup>.

Respecto de la constatación del profesor Barros, la Corte Suprema ha señalado en lo relativo a la consagración del principio de reparación integral:

“[...]lo dispuesto en el artículo 2329 del Código Civil, precepto a partir del cual se estructura el principio de reparación integral del daño, el cual supone que debe indemnizar todo daño que sea consecuencia directa del hecho ilícito”<sup>30</sup>.

“Conforme lo dispone el artículo 2329 del mismo cuerpo legal, está regida por el denominado principio de reparación integral del daño, que, en su aspecto más amplio, significa que su ámbito se extiende no solo al resarcimiento entero del

---

<sup>27</sup> Contrario a la interpretación de la profesora Domínguez, considero que el *alterum non laedere* debiese limitarse únicamente a un deber de no dañar al otro para efectos de no vaciar su contenido.

<sup>28</sup> DOMÍNGUEZ, 2019, p. 89.

<sup>29</sup> BARROS, 2020, p. 267.

<sup>30</sup> Corte Suprema, 22.05.2018, rol 58983-2016, cons. 7.

perjuicio patrimonial, sino también a la obligación de responder de aquel de naturaleza extrapatrimonial”<sup>31</sup>.

“Que el artículo 2329 del Código Civil dispone en su inciso primero: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”, consagrando de esta forma el principio de la reparación integral del daño, esto es, que todo perjuicio debe ser reparado en toda su extensión, máxima íntimamente relacionada con la finalidad reparatoria de nuestro sistema de responsabilidad civil<sup>32</sup>.

Como se puede apreciar, se ha entendido que el principio de reparación integral se encuentra recogido en el artículo 2329 del CC, en tanto postula: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”, así entonces, se relaciona la utilización de la voz “todo daño” con la exigencia de que la reparación se relacione directamente con la magnitud del perjuicio.

La doctrina mayoritaria postula que el principio de reparación integral requiere que se indemnice todo daño, pero nada más que el daño<sup>33</sup>, ello se ha relacionado con un reconocimiento a la justicia correctiva como único fin del derecho de daños. No obstante, dicha interpretación debiera ser revisada, en particular en una época en que existe una preocupación por la preexistencia de fines complementarios a la justicia correctiva, como una función distributiva, retributiva<sup>34</sup> e incluso de prevención general. Para efectos de constatar la relevancia que tiene dicho cuestionamiento podemos recordar desde ya que las razones que posibilitan traspasar el riesgo del resultado de un hecho dañoso de una persona a otra son cuestiones de política pública y justicia distributiva<sup>35</sup>.

Aunque no es el objeto del presente artículo, se podría sostener que, de existir fines complementarios a la justicia correctiva en el que se cimenta nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, el artículo 2329 del Código de Bello establece solo un mínimo o límite inferior en el *quantum* indemnizatorio compatible con el respeto a los derechos fundamentales de la víctima. Si esto es así, creo que la subsistencia del principio de reparación integral en el derecho de daños moderno puede correr dos caminos:

- (i) Entender que el principio de reparación integral sí responde únicamente a fines de justicia correctiva, pero que opera como una garantía para la víctima en tanto establece un mínimo de reparación, necesario para no conculcar los derechos constitucionales.
- (ii) Entender que el principio de reparación integral va más allá de la concepción de justicia correctiva y que se satisface con justo *quantum* indemnizatorio, siendo

<sup>31</sup> Corte Suprema, 21.02.2018, rol 7.085-2017, cons. 6.

<sup>32</sup> Corte Suprema, 24.10.2017, rol 8364-2017, cons 13.

<sup>33</sup> De justicia correctiva en responsabilidad extracontractual: DOMÍNGUEZ, 2019, pp. 116-118.

<sup>34</sup> Acerca de la dimensión retributiva del derecho de daños: MARTÍNEZ, 2020.

<sup>35</sup> Para la justicia distributiva vale remontarnos a ARISTÓTELES, 1985.

justo en tanto cumpla los fines de la responsabilidad civil (sean estos de justicia correctiva, retributiva, distributiva, etc.).

Aun cuando pueda existir controversia en torno a la extensión del principio y su constitucionalización, hay a lo menos algo claro: serviría para fijar –por medio de un mandato constitucional a la judicatura– el estándar mínimo que debe procurar la reparación a la víctima del injusto de manera de no conculcar sus derechos fundamentales<sup>36</sup>, en particular el derecho fundamental a la igualdad, la tutela judicial efectiva y a la indemnidad.

Siguiendo la propuesta de García y Contreras<sup>37</sup>, el derecho a la tutela judicial efectiva implícitamente constitucionalizado consideraría para estos efectos –al menos– el derecho a la acción, el acceso a la justicia y el derecho a una sentencia judicial motivada. En cuanto a su contenido, estos autores señalan:

“[...]la tutela será plena cuando se pueda accionar ante la jurisdicción, directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento”.

Por su parte, comparto lo expuesto por el profesor Papayannis<sup>38</sup> en torno a considerar la existencia de un deber de no dañar (derecho a la indemnidad) que se encontraría implícito en el ordenamiento jurídico, y que para estos efectos es aplicable al sistema chileno. Este deber de no dañar implicaría la existencia de un derecho a la reparación integral.

### *¿Una dimensión procesal del principio de reparación integral del daño?*

Un tanto más interesante e inédita –al menos en la doctrina nacional– es una interpretación del principio de reparación integral del daño desde una óptica procesal, la que permitirá comprender de mejor manera la vulneración que se produce al limitar la legitimación activa de las víctimas por rebote.

Siguiendo a la profesora Carbonell, no parecieran haber buenos motivos para separar el estudio de un derecho civil “sustantivo” del derecho procesal “adjetivo” en el entendido que los derechos subjetivos reconocidos por el legislador no se entienden sin la posibilidad de activar una protección jurisdiccional<sup>39</sup>, esto tiene particular relevancia de cara a cómo se reconoce y defiende la tutela judicial efectiva y la existencia de un deber de no dañar correlativo a un derecho a la reparación integral.

---

<sup>36</sup> Un interesante análisis de la relación que se presenta entre el principio de reparación integral y el derecho constitucional a la igualdad se puede evidenciar en: PICASSO, 2007.

<sup>37</sup> GARCÍA, 2013, p. 245.

<sup>38</sup> PAPAYANNIS, 2014, pp. 160-173.

<sup>39</sup> CARBONELL, 2019, pp. 588-593.

Así entonces, existen buenas razones para circunscribir el estudio del principio de reparación integral del daño no solo a la reparación de todo daño jurídico, sino que también a todos los dañados por un hecho dañoso. De hecho, necesariamente deberíamos llegar a la conclusión de que la suma de los perjuicios individualmente sufridos forma en definitiva el daño total, no siendo posible –para efectos de la reparación integral– discriminar entre los perjuicios de unos y otros.

A modo de ejemplo, se puede sostener que el daño indemnizable ( $D$ ), será igual a la sumatoria de todos los daños sufridos por las diferentes víctimas( $d$ ), de la siguiente manera:

$$D = \Sigma (d_1 + d_2 + d_3 + d_4 + d_5 + \dots)$$

Comparto en este punto lo señalado por Juárez Ferrer en torno a considerar dos etapas para la protección del derecho a la reparación integral, a saber: una etapa declaratoria y una ejecutoria. En lo particular este autor señala:

“Para hablar de una indemnización integral, hay dos grandes etapas que deben tenerse en cuenta. Una primera, que hace al reconocimiento del derecho a la reparación integral, mientras que una segunda se relaciona con la realización del derecho ya reconocido. Tan importante como tener el derecho es poder ejercerlo, y por ello, la idea de la integralidad debe proyectarse en ambas etapas, reconocimiento del derecho y ejercicio del derecho”<sup>40</sup>.

El *quid* de la situación viene dado entonces por el reconocimiento al derecho a enervar la pretensión indemnizatoria ante los tribunales de justicia como parte integrante de la reparación integral y no solo el derecho a ser indemnizado por toda la extensión del daño, si no existe la posibilidad de acudir a la justicia, los derechos que pudiera tener la víctima se vuelven una ilusión.

Esta modesta conclusión es del todo relevante para efectos de entender la tensión que se ha venido presentando, ya que necesariamente se incurrirá en una vulneración al principio de reparación integral del daño cuando se limite –incluso por la vía de un orden de prelación construido analógicamente– el ejercicio de una acción a quienes tengan pretensiones legítimas.

Además, retomando el objeto principal de este trabajo, es posible concluir que el principio de reparación integral del daño tiene una importancia crucial en el derecho de daños chileno, de hecho, si una sentencia judicial no satisface dicho principio esta podrá ser casable en el fondo ante el máximo tribunal de justicia por infracción de ley que influye en lo dispositivo del fallo<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> JUÁREZ, 2015, p. 73.

<sup>41</sup> Véase: Corte Suprema, 22.05.2018, rol 58983-2016, cons 7 y 8.

#### IV. ACERCA DEL RECONOCIMIENTO Y PREOCUPACIÓN POR LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL CONDENADO

Basta reconocer un problema básico en economía como el de la escasez de recursos para entender la preocupación existente ante la situación en que se encontrará el condenado a la indemnización. Sin embargo, a partir de consideraciones tanto de jueces del fondo como de la Corte Suprema conociendo de demandas de indemnización de perjuicios en casos de múltiples víctimas ha sido posible advertir que esa preocupación puede tener especial relevancia a la hora de resolver un caso en concreto.

Referente a la preocupación por la extensión de la indemnización a multiplicidad de víctimas y cómo esta podría o no afectar los resultados de la pretensión indemnizatoria se ha expresado, por ejemplo:

“En nuestro derecho existe un amplio reconocimiento de la reparabilidad del perjuicio afectivo que se sigue de la muerte de una persona muy cercana, siendo una de las principales manifestaciones del daño moral.

No obstante, una de las principales dificultades que presenta, es la extensión de los titulares de la acción de reparación, ya que la muerte de una persona puede provocar un sufrimiento cierto y profundo en un gran espectro de familiares y amigos[...]”<sup>42</sup>

“Es razonable concluir que la indemnización por daño moral no puede extenderse más allá del límite de la retribución a que es equitativo someter al deudor en razón de su conducta negligente, criterio que sería infringido si se admitiera que la pretensión se multiplicara sin límite controlable, extendiéndose al amplio conjunto de personas que pueden verse afectivamente perjudicadas por la muerte de una persona”<sup>43</sup>.

A mí parecer esta preocupación se puede deber a diversas causas:

Se podría relacionar con una verdadera preocupación por la situación patrimonial del condenado, en particular si el *quantum* indemnizatorio fijado podría devenir en una situación de empobrecimiento que supere los márgenes permisibles, es decir, aquellos mínimos para garantizar la supervivencia de una persona (interés en la dignidad del condenado). Bajo esta mirada se podría considerar, por ejemplo, que el establecimiento de bienes “inembargables” cumplen una función análoga.

En la otra vereda podría ser una preocupación porque tras la fijación del *quantum* indemnizatorio se haga ilusoria la pretensión resarcitoria de los demandantes (interés en quien obtiene una sentencia favorable).

Nada obsta, en todo caso, que existan causas complementarias, sobre todo considerando que, aunque nuestro sistema se construye a partir de una concepción de justicia

<sup>42</sup> 4° Juzgado de Letras Civil de Antofagasta, 28.07.2020, rol C-3907-2019, cons. 25.

<sup>43</sup> Corte Suprema, 29.05.2002, rol 4784-2000, cons. 14.

correctiva, hay expresiones de otros fines complementarios como por ejemplo la justicia distributiva detrás de la consideración de la previsibilidad para efectos de determinar la culpabilidad y la causalidad<sup>44</sup>.

Sin perjuicio de ello, es posible advertir también una tercera causa, que es —a mi modo de ver— inaceptable y constituye una discriminación arbitraria en contra de las víctimas por rebote que son excluidas de la indemnización por no tener un vínculo de parentesco lo suficientemente cercano para ser indemnizados. Esta tercera causa dice relación con que las víctimas por rebote en realidad lo que pretenden es un aprovechamiento de la situación de “desventaja” en la que se encuentra el demandado. Sin embargo, esto no es más que un prejuicio, que aun cuando podría llegar a ser considerado por el juez para efectos de construir inferencias probatorias epistémicas<sup>45</sup>, no procede para limitar injustificadamente el ejercicio de la acción.

A estas alturas es posible establecer una modesta conclusión. Atendido a que los recursos son escasos, los jueces deben otorgar una indemnización suficiente para no conculcar los derechos fundamentales por medio del respeto al principio de reparación integral del daño a todos aquellos quienes tengan una pretensión legítima de reclamarlo, y a su vez, procurar que dicha indemnización no haga ilusoria el cumplimiento de la sentencia en favor de las víctimas por rebote.

Lo anterior implica necesariamente reconocer que mientras más víctimas por rebote o reflejo reclamen su daño moral, mayor probabilidad hay de que el demandado no pueda cargar *a priori* con el *quantum* indemnizatorio total, o *a contrario sensu*, menor probabilidad de que la pretensión indemnizatoria o resarcitoria sea satisfecha.

Lo plantearía de la siguiente forma: mientras más víctimas por daño reflejo existan y ejerzan la acción de reparación, debido a que los recursos son limitados, mayor es el riesgo de que la reparación del daño no sea integral.

Cuestión que es además “paradójica”, pues, lo que fundamenta esta tensión es precisamente la doble dimensión del principio de reparación integral del daño (procesal y civil).

## V. REFORMA LEGAL ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN?

Antes de referirme a la viabilidad de una reforma legal creo que es necesario advertir que el problema puede ser morigerado *a priori* mediante el reconocimiento de formas de compensación del daño moral distintas a la indemnización pecuniaria, como por

---

<sup>44</sup> La decisión filósofo-política de limitar el perjuicio indemnizable solo a daños directos implica distribuir el riesgo de ciertas pérdidas a la víctima del hecho dañoso porque no sería “justo” que los soporte el autor de este.

<sup>45</sup> Siempre que las presunciones sean graves, precisas y concordantes en virtud del artículo 1712 CC. Me parece que si se acepta que el valor probatorio que otorga el Código de Procedimiento Civil a la presunción judicial es una manifestación de la sana crítica dentro del sistema de prueba legal o tasada se debería exigir además que se respeten los límites de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

ejemplo, las disculpas públicas o la publicación de la sentencia en un diario importante con cargo al condenado<sup>46</sup>.

Ahora, habiendo analizado la utilización jurisprudencial de normas propias del derecho procesal penal y del derecho sucesorio, y llegado a la conclusión de que dichas normas no pueden ser aplicables siquiera por medio de una interpretación analógica de las mismas, corresponde referirme a la viabilidad de una reforma legal que permita establecer un orden de prelación para las víctimas de daño por rebote.

Es posible establecer que una reforma de este tipo implicaría modificar el título XXXV del libro IV del CC en torno a incorporar un orden de prelación que otorgue legitimación activa a la o las víctimas por reflejo que se enuncie.

Dicha reforma legislativa podría ser considerada *prima facie* una buena forma de resolver un problema concreto de la manera más sencilla posible, de hecho, se puede considerar que otorgará certeza jurídica en tanto las víctimas de daño reflejo sabrán que tienen o no la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia a solicitar una indemnización correspondiente. Además, podría justificarse por razones de eficiencia del sistema judicial en tanto se podría declarar inadmisibles las pretensiones de quien no tenga legitimación activa a partir de un análisis formal de la demanda<sup>47</sup>.

A pesar de lo anterior creo que una reforma legal de estas características presentaría graves problemas de inconstitucionalidad si se llegara a reconocer un derecho constitucional a la reparación integral y a la indemnidad, e incluso no haciéndolo, a partir del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a presentar peticiones a la autoridad (Artículo 19 N°14 de la CPR). Además, cabría preguntarse por posibles vulneraciones a la igualdad ante la ley por discriminaciones arbitrarias en torno a la determinación de aquellas víctimas por rebote protegidas, ¿Habría que considerar a solo una persona en el orden de prelación? ¿Dependerá de la situación económica del demandado? ¿Habría que distinguir el tipo de daño? ¿Cuál sería el límite? ¿Cuál sería el fundamento de tal límite?

Incluso si pudiese argumentarse que no existe tal inconstitucionalidad, se podrá considerar que dicho orden de prelación atentaría contra el bien jurídico protegido por la responsabilidad civil extracontractual, esto es el derecho a la indemnidad, que aun cuando no se reconozca constitucionalmente sí es posible deducirlo de la práctica misma del derecho de daños chileno.

Si consideramos que la reparación del daño dependerá necesariamente de la comprobación de la existencia de un daño jurídico, no parece entonces haber motivos plausibles para establecer normativa o discrecionalmente quiénes pueden hacer valer su derecho a la reparación integral, y a quiénes les será negado, por tanto, si lo que se pretende es evitar

---

<sup>46</sup> De la publicación de la sentencia como forma específica de reparación del daño no patrimonial: DE CUPIS, 1954, pp. 376 y 367.

<sup>47</sup> A este respecto es importante tener en consideración que la jurisprudencia mayoritaria sostiene que la falta de legitimación activa es una excepción perentoria que por esta razón se analizará en la sentencia definitiva, aun cuando cierta doctrina señale que es posible oponer la falta de legitimación como una excepción dilatoria. De la falta de legitimación como excepción perentoria: Corte Suprema, 29-05-2023, rol 16246-2022, cons. 4.

un *quantum* indemnizatorio que haga ilusoria la pretensión resarcitoria de las víctimas, aun cuando se ha señalado que podrían existir mecanismos de reparación distintos a la indemnización pecuniaria, se tendría que recurrir entonces a mecanismos procesales distintos de la prelación, como por ejemplo, considerar una mayor exigencia para demostrar el daño moral a partir de la construcción de inferencias probatorias epistemológicas.

## VI. OTRAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE ORDEN DE PRELACIÓN

En el presente capítulo me referiré brevemente a otras consecuencias derivadas de la aplicación de un orden de prelación distintas a la vulneración al principio de reparación integral.

### *Seguridad jurídica*

Siguiendo a Pérez Luño<sup>48</sup>, la seguridad jurídica es un valor importantísimo en una sociedad democrática de derecho en tanto permite que el sujeto de derecho pueda saber con claridad y de antemano a lo que se le está mandando, lo que le está permitido o prohibido.

Considero que a partir de la errónea aplicación que han realizado los jueces de instancia de las normas que imponen un orden de prelación, e incluso de las propias referencias de la CS a la necesidad de limitar por alguna vía la reparación en casos de múltiples víctimas por rebote se produce una situación de incerteza jurídica.

Lo anterior se aleja de la laxitud interpretativa que pudieran tener los jueces en el ámbito de la aplicación de la norma general y abstracta a un caso concreto, y amenaza la credibilidad del sistema de justicia.

### *Derecho a la acción*

El derecho a la acción se encuentra recogido implícitamente en la CPR, a partir del artículo 19 números 3 (igualdad en el ejercicio de los derechos) y 14 (derecho a realizar peticiones a la autoridad), por lo que, al aplicar un orden de prelación en el sistema de responsabilidad extracontractual, no solo se atenta contra el bien jurídico protegido por el derecho de daños, sino que también el derecho constitucional a la acción.

En relación con la relevancia de la legitimación activa para efectos de ejercer el derecho a la acción, el profesor Alejandro Romero señala:

“La legitimación es el primer elemento que el juez debe considerar al examinar si concurren las condiciones de la acción. Si falta la legitimación, necesariamente

<sup>48</sup> De la seguridad jurídica como garantía del derecho véase: PÉREZ, 2000.

debe concluir que el demandante carece de acción. En esta materia existe un verdadero principio, que se traduce en el siguiente axioma: “no hay acción si no hay legitimación”<sup>49</sup>

### ¿Vulneración a la separación de poderes?

Finalmente, se podría llegar a considerar —quizás de manera apresurada— que cuando los jueces integran lagunas que son inexistentes en el derecho a partir de utilización de aforismos como el *Ubi edem ratio ibi ius*, lo que se está haciendo es vulnerar la separación de poderes atribuyéndose facultades legislativas que no poseen, sobre todo considerando los postulados del realismo jurídico en donde el derecho vigente será aquel que apliquen los tribunales de justicia.

Sin embargo, creo que habría que ser cuidadosos con esta afirmación toda vez que, aun cuando la limitación a la legitimación activa por la vía de aplicar un orden de prelación se trate de una práctica generalizada, persiste el efecto relativo de las sentencias, y los jueces se mantienen interpretando —aunque sea de manera errónea— el derecho conforme con las facultades que les otorga el artículo 76 de la CPR.

## VII. PROPUESTA

Ante la necesidad de conciliar el principio de reparación integral del daño con una preocupación por el estado patrimonial en que se encontrará el demandado después de resarcir los perjuicios, derivada del principio económico de que los recursos son escasos, se deben sostener dos cuestiones preliminares: (i) no solo la indemnización pecuniaria permite compensar la existencia del daño moral y (ii) existen buenos argumentos para entender que la actividad probatoria de las partes es el filtro más adecuado para discernir quiénes deben ser indemnizados.

Referente a este segundo punto, creo que si entendemos que quien alega la existencia de un derecho debe probarlo (1698 CC), corresponderá a la víctima por rebote acreditar la existencia de dicho derecho, ya sea mediante la prueba directa o llevando al juez, a partir de las inferencias probatorias epistemológicas, a la construcción de máximas de la experiencia acorde con el principio de normalidad.

En cuanto al denominado principio de normalidad, la Corte Suprema lo ha reconocido como:

“[...]Lo expuesto se relaciona con un principio probatorio reconocido por la doctrina civil, como es el criterio de normalidad de las cosas, conforme al cual el peso de la prueba recae en aquella parte que alega una situación contraria al orden normal de las cosas, y no hay duda de que, conforme a la naturaleza del ser humano, la muerte

<sup>49</sup> ROMERO, 2006, p. 94.

de un padre, un marido o un hermano causa el sufrimiento, aflicción o menoscabo psicológico que constituye la base del daño moral invocado”<sup>50</sup>.

La actividad probatoria de las partes entonces tiene méritos suficientes para mantenerse como la principal forma de limitar la indemnización solo a quienes puedan acreditar la existencia de los perjuicios.

### VIII. CONCLUSIONES

1. A partir de la constatación de una tensión entre el principio de reparación integral del daño y la preocupación por la situación patrimonial en que se encontrará el condenado después de la fijación del *quantum* indemnizatorio se ha podido advertir la utilización de normas propias del derecho procesal penal y el derecho sucesorio para limitar por la vía de la aplicación analógica, la legitimación activa que detentarían las víctimas de daño moral por rebote en caso de multiplicidad de las mismas.
2. Es posible construir la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral del daño, y considerar que su estudio no compete únicamente a su etapa declaratoria, sino que se requiere además tener en consideración una etapa ejecutoria del derecho a partir de la cual se otorga la posibilidad de ejercerlo. Estas consideraciones harían concluir que se vulnera el principio de reparación integral al limitar la legitimación activa para reclamar el daño por repercusión.
3. Existe una preocupación por la situación en que se encontrará el condenado al momento de cargar con el *quantum* indemnizatorio. Dicha preocupación puede tener variadas causas, que van desde una real preocupación por la situación patrimonial del condenado y cómo este podría afectar su calidad de vida a la preocupación porque el *quantum* no haga ilusorio el cumplimiento de la sentencia. También se señaló la existencia de una causa radicada en el perjuicio existente al considerar a los demandantes del daño moral por rebote como unos aprovechadores del sistema.
4. Se criticó la utilización de normas propias del CPP y del derecho sucesorio, haciendo hincapié en que ambas pretenden el ejercicio de los derechos en representación de la víctima directa del daño y no del daño reflejo, por lo que su utilización constituye una confusión en torno al fin de la norma.
5. Se analizó la viabilidad de una reforma legal en el sentido de incorporar al libro IV del CC la existencia de un orden de prelación que limite la legitimación activa para reclamar el daño moral por rebote, advirtiendo que dicha legislación podría ser inconstitucional y que, en definitiva, no sería eficiente para efectos de solucionar la tensión que se ha venido exponiendo.

---

<sup>50</sup> Corte Suprema, 01.10.2018, rol 44325-2017, cons. 8.

6. A partir de la integración del derecho o interpretación extensiva denunciada es posible advertir, además de la vulneración al principio de reparación integral del daño, una vulneración al derecho a la acción, a la seguridad jurídica e incluso una vulneración a la separación de poderes del Estado.
7. Finalmente se advierte que la mejor solución para el problema aludido es la consideración de formas de reparación distintas a la indemnización pecuniaria y la misma actividad probatoria de las partes en el contexto del procedimiento, de manera que la aplicación del estándar de suficiencia probatoria servirá de filtro para discernir si está probada o no la existencia del daño sin recurrir a prejuicios relacionados con un grado de parentesco.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1943: *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria.
- ARISTÓTELES, 1985: *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- BANFI DEL RÍO, Cristián, 2012: "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes", *Ius et Praxis*, volumen 18, 03-32. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200002>
- BANFI DEL RÍO, Cristián, 2017: "Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: relectura desde el derecho inglés". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(2), 69-107 <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200069>
- BARRIENTOS, Marcelo, 2008: "Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: La Superación del Petrium Doloris", *Revista chilena de Derecho*, 85-106. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>
- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BINDER, Alberto, 1999: *Introducción al derecho procesal penal*, Segunda edición, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BORDALÍ, Andrés, 2000: "El Derecho Fundamental de Acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno", *RDJ Doctrina*, TOMO XCVII (3).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia, 2019: "La irradiación del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba", (E. Pereira, Ed.). *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil Chileno*, 587-630.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia, 2021a: "El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales" (J. Valenzuela, & F. Carbonell, Edits.). *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*, 293-323.
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia, 2021b: "Presunciones y razonamiento probatorio". *Tirant lo Blanch*.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2010: *Contratos y Daños por Incumplimiento*. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2013: *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Vol. 2da edición). Santiago: Thomson Reuters.
- DE CUPIS, Adriano, 1954: *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2000: *El Daño Moral* (Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2019: *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 2010: "Los Límites al Principio de Reparación Integral". *Revista chilena de Derecho Privado*, N°15, 9-28. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>

- ELORRIAGA, Fabián, 1999: "Del Daño por Repercusión o Rebote", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 26-2.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2013: "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno", *Estudios constitucionales*, 11(2), 229-282, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2010: "El principio dispositivo y los poderes del juez". *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), 149-188. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2013: "De nuevo sobre la prueba del daño moral". *Revista de Derecho (Valdivia)*, 26, 265-269. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502013000200011>
- JUÁREZ FERRER, Martín, 2015: *El derecho constitucional a la reparación integral*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MARTÍNEZ, María Guadalupe, 2020: "La dimensión retributiva del derecho de daños", en Juan Antonio García Amado y Diego Papayannis (editores), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*. Lima, Palestra.
- PAPAYANNIS, Diego, 2014: *Comprensión y justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Madrid: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, Diego, 2018: *Filosofía del derecho privado* (edits. D. Papayannis y E. Pereira Fredes), Madrid: Marcial Pons.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, 2000: "La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia". *Boletín de la facultad de derecho*, 25-38.
- PICASSO, Sebastián, 2007: "Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral". En C. Larroumet, *Constitucionalización del derecho privado* (págs. 517-525). Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- PINO, Alberto, 2013: "Entre reparación y distribución: La Responsabilidad Civil Extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios". *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°21, pp. 89-135.
- RODRÍGUEZ, Pablo, 2010: *Responsabilidad Extracontractual* (Vol. 2da edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, Alejandro, 2006: *Curso de Derecho Procesal Civil: La acción y la protección de los derechos Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

## La vulneración de la dignidad humana como causal agravante de la responsabilidad civil extracontractual

*Alberto Pino-Embart\**  
*Sergio Gamonal Contreras\*\**

### RESUMEN

*El presente trabajo defiende la posibilidad de agravar la responsabilidad civil extracontractual del demandado en aquellos casos en los que se ha vulnerado la dignidad de la víctima, mediante tratos vejatorios, degradantes o humillantes. De un modo análogo al funcionamiento de las indemnizaciones agravadas del derecho inglés, en el sistema chileno se puede incorporar este factor agravante en la determinación de la indemnización del daño moral. De esta manera, se agrava la responsabilidad por la forma en que el demandado trató a la víctima. Ello permite agravar la responsabilidad del demandado sin necesidad de acudir a los controvertidos daños punitivos, y permite establecer una diferencia entre las conductas dolosas de las meramente negligentes en la responsabilidad extracontractual.*

Dignidad humana; responsabilidad extracontractual; indemnizaciones agravadas

### *The Infringement of Human Dignity as an Aggravating Factor in Tort Law*

### ABSTRACT

*The paper argues for the possibility of aggravating the defendant's civil liability in cases in which the victim's human dignity has been infringed, through a disrespectful, degraded or*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Master of Laws, Duke University, Estados Unidos. Doctor en Derecho, University of Oxford, Inglaterra. Profesor Asociado, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2066-6611>. Correo electrónico: [alberto.pino@uai.cl](mailto:alberto.pino@uai.cl).

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor Titular, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5703-1965>. Correo electrónico: [sergio.gamonal@uai.cl](mailto:sergio.gamonal@uai.cl).

El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1200064 "La dignidad en el derecho privado chileno", en el que ambos autores son investigadores.

Agradecemos los comentarios formulados a borradores de este texto por los participantes en el seminario "Problemas recientes de la responsabilidad civil", llevado a cabo el 20 de octubre de 2022 en la Universidad Adolfo Ibáñez, y el seminario del programa de Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, llevado a cabo el 13 de marzo de 2023 en dicha Universidad.

Artículo recibido el 22.3.2023 y aceptado para su publicación el 29.8.2023.

*humiliating conduct towards the victim. The Chilean legal system can incorporate this aggravating factor within the determination of non-pecuniary damages, performing an analogous function to aggravated damages in English law. Hence, the defendant's liability is aggravated because of the way in which he or she treated his or her victim. This allows to aggravate the defendant's liability without need to invoke the contested punitive damages. It also allows to mark a difference between malicious and merely negligent conduct within tort law.*

Human dignity; tort law; aggravated damages

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en demostrar que es posible agravar la responsabilidad civil del agente causante del daño en aquellos casos en los que este ha vulnerado la dignidad de la víctima. Ello se puede materializar en los sistemas de derecho continental mediante un aumento del monto a indemnizar en sede de daño moral, de un modo análogo a la forma en como se realiza en el derecho inglés con las indemnizaciones agravadas [*aggravated damages*]. Se presenta con ello una alternativa distinguible de los siempre controvertidos daños punitivos. Ello permitiría marcar una diferencia importante entre las conductas meramente negligentes y las dolosas en la responsabilidad extracontractual en los casos en que se ha afectado la dignidad humana de la víctima<sup>1</sup>. Para la concreción de este factor agravante a partir de la dignidad humana proponemos el entendimiento de esta noción a partir de la concepción de Jeremy Waldron, según este, la dignidad humana se concibe en términos de un rango o estatus igualitario del que gozan todas las personas humanas. Waldron intenta dar una noción jurídica en vez de filosófica de dignidad, uniendo contraintuitivamente la idea de dignidad y estatus, en el sentido de que todos los seres humanos pertenecemos a un estatus único, de ciudadanos del mundo que deben ser tratados con el mismo respeto. Se trata de una noción mínima, basada en el derecho internacional de los derechos humanos, que permite dejar atrás las discusiones filosóficas acerca de la dignidad. Se trata de una decisión metodológica del presente trabajo, que se justifica sobre la base de los beneficios que nos parece acarrea esta interpretación del concepto.

El trabajo se estructura a partir de cuatro secciones. En la primera sección nos haremos cargo de la tesis tradicional del derecho chileno, donde la conducta especialmente reprochable o dolo del demandado no es un factor relevante en el ámbito de la responsabilidad civil. Se esgrimen las razones por las que esta tesis resulta cuestionable. En la segunda sección se analiza el concepto de dignidad humana y el entendimiento que proponemos para que cumpla un rol en la responsabilidad civil. Como ya se indicó, se acude en este ámbito al concepto de dignidad como rango o estatus propuesto por Waldron. De ello se sigue que la dignidad humana de las víctimas se vería afectada en

<sup>1</sup> Ello sin perjuicio de supuestos en los que pueda considerarse la afectación a la dignidad de la víctima como un ilícito de responsabilidad civil. Sobre esto, véase GAMONAL y PINO, 2022, pp. 56-58.

aquellos casos en los que el demandado ha tratado de forma especialmente vejatoria, humillante o degradante a la víctima.

La tercera sección se enfoca en el análisis de la figura de las indemnizaciones agravadas del derecho inglés, indemnizaciones que, de acuerdo con una parte importante de la doctrina, se plantean sobre la base de la protección de la dignidad de las víctimas. Ello otorga perspectivas interesantes para los sistemas de derecho continental, en los que otros mecanismos jurídicos podrían cumplir funciones análogas. Precisamente, la cuarta sección tiene como objetivo encontrar un acomodo para estos lineamientos en el derecho chileno vigente. Se sugiere que ello es posible mediante la referencia a la “gravedad de la conducta” como criterio para la evaluación del daño moral que se encuentra en parte de la doctrina y normas especiales. El criterio también podría sustentarse a partir del artículo 53 C letra c) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC), que faculta al tribunal para aumentar el monto de las indemnizaciones en los procedimientos de acción colectiva ante la presencia de circunstancias agravantes del demandado. Pero fuera de los casos expresamente regulados, se propone que ello igualmente es posible mediante la indemnización del daño moral y el criterio de la gravedad del daño. Se utiliza para ello el ejemplo, a modo ilustrativo, de los actos de discriminación regulados por la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

#### I. LA (IR)RELEVANCIA DEL DOLO EN LA PRÁCTICA CHILENA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Constituye un punto tradicional de partida en el derecho chileno sostener que el dolo no tiene un rol especialmente relevante en la responsabilidad civil extracontractual<sup>2</sup>. Una y otra vez se enseña en las escuelas de derecho en Chile que es suficiente acreditar culpa para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, no siendo necesario acreditar dolo. En este sentido, la existencia de dolo sería un argumento de “a mayor abundamiento”, deviniendo en irrelevante la distinción conceptual entre el delito y cuasidelito. En palabras de Alessandri, “[l]a distinción entre delito y cuasidelito es, en realidad, inútil. Carece de justificación teórica, porque ambos hechos son ilícitos”<sup>3</sup>. Como explica Corral, esta irrelevancia se justificaría en el hecho de la función esencialmente reparatoria que cumpliría la responsabilidad civil: “Si se hiciera distinción en el monto de los daños y se impusiera un deber de reparar más extenso al que actuó dolosamente, habríamos comenzado a introducirnos en el campo de los llamados ‘daños punitivos’ que no son aceptados en nuestro sistema”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Por todos véase, CORRAL, 2013, pp. 203-204.

<sup>3</sup> ALESSANDRI, 2005, p. 15.

<sup>4</sup> CORRAL, 2013, p. 204.

Esta tesis es cuestionable. Por una parte, el ordenamiento jurídico chileno ha ido paulatinamente incorporando los daños punitivos en diversos ámbitos, o al menos figuras que cumplen funciones análogas<sup>5</sup>. Pero, por otra parte, más allá del extenso debate en torno a los daños punitivos en Chile (del que no podemos hacernos cargo en esta ocasión)<sup>6</sup>, lo cierto es que la responsabilidad civil puede responder de forma diferenciada frente a un evento doloso, sin que ello necesariamente tome la forma de un castigo o una pena privada para el demandado. El punto que pretendemos plantear aquí es que no hay una conexión necesaria entre la tesis y la conducta dolosa del demandado que podría agravar su responsabilidad con un argumento a favor de la imposición de castigos o penas en la responsabilidad civil.

Habría que señalar, en primer lugar, que la distinción entre lo que constituye reparar y sancionar o castigar no es del todo nítida. Siguiendo un reciente trabajo de Barker, es posible identificar la naturaleza punitiva de un mecanismo jurídico en atención al propósito que este persigue, siendo punitivo en el evento que se persiga un objetivo vinculado a la justicia retributiva<sup>7</sup>. Sin embargo, ello no significa que muchos remedios judiciales puedan eventualmente producir efectos retributivos. En este sentido, Birks nos advertía que no se necesita en rigor acudir a los daños punitivos o agravados para poder ejecutar una sanción sobre el demandado: muchas indemnizaciones compensatorias millonarias pueden tener consecuencias económicas igualmente o más desastrosas para el demandado<sup>8</sup>.

Asimismo, como ha indicado acertadamente Martínez, es posible concebir una dimensión en las sanciones al autor del daño que la autora denomina como “retribución relacional”, en virtud de ello se articula una sanción para la víctima de un ilícito no solamente teniendo en cuenta la conducta particularmente reprochable del demandado, sino también los sentimientos de indignación moral que causan en la víctima<sup>9</sup>. Bajo esta premisa, se destraba la supuesta desconexión entre una mayor sanción para el demandado y la situación de la víctima. Las consecuencias jurídicas para el demandado son más severas no (solo) porque su conducta merece un mayor reproche moral, sino por lo que el demandado le ha hecho a la víctima. En este sentido, agravar la responsabilidad del demandado por una conducta dolosa no busca necesariamente castigar al demandado, sino reparar lo que este le hizo a la víctima, manteniendo la estructura relacional entre la víctima y el demandado que es característica del derecho privado<sup>10</sup>. De modo tal que las indemnizaciones que atienden a la conducta del demandado y no al daño efectivamente causado a la víctima no son un premio caído del cielo para las víctimas, sino que surgen a partir de lo que el demandado le hizo a la víctima.

<sup>5</sup> Véase, entre otros, HERNÁNDEZ y PONCE, 2022 y GAMONAL, 2017.

<sup>6</sup> Por todos, véase LARRAÍN, 2009 y SEGURA, 2005.

<sup>7</sup> BARKER, 2021, pp. 41-43.

<sup>8</sup> “Las indemnizaciones compensatorias fácilmente llegan a los cientos de libras incluso sin el añadido de elementos agravados o incluso punitivos”. BIRKS, 1992, p. 80.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ, 2020, p. 123. Véase también en el mismo sentido MARTÍNEZ, 2018.

<sup>10</sup> WEINRIB, 2017, cap. V; COLEMAN, 2010, pp. 317-323.

Desde un punto de vista estrictamente filosófico, ello permite compatibilizar de mejor forma nuestras intuiciones morales básicas con la práctica de la responsabilidad civil: a mayor gravedad de la conducta, mayor debiera ser la sanción<sup>11</sup>. Si bien no es el objetivo primordial de la responsabilidad civil sancionar al demandado, en la práctica una sentencia conllevará un reproche en el demandado<sup>12</sup>. El hecho de enfocarse en la reivindicación de los derechos de las víctimas no obsta a que la forma en la que fue cometido un ilícito sea jurídicamente relevante. Como señalaba el juez Holmes, hasta un perro puede darse cuenta cuando es pateado intencionalmente de cuando es objeto de un tropiezo por mero descuido<sup>13</sup>. Es cierto que el acto intencional es más reprochable que el actuar negligente; pero los actos son también distintos para la víctima, considerando lo que el demandado le hace a la víctima. La pregunta que debemos plantearnos ahora es, ¿cómo podrían estas intuiciones morales articularse dogmáticamente en el derecho chileno?

Podemos identificar dos líneas posibles. Quizás la forma más obvia de incorporar estas intuiciones se traduzca en la incorporación de indemnizaciones punitivas (también llamados “daños punitivos”). Si bien se trata de una figura propia del derecho anglosajón, y desarrollada mayormente en el derecho estadounidense –muy limitada en el derecho inglés tras la sentencia *Rookes v. Bernard* [1964] AC 1129–, algunas jurisdicciones han ido incorporando este tipo de indemnizaciones adicionales al daño efectivamente causado a la víctima. Ello pareciera responder en alguna medida a la necesidad de incorporar esta consideración especial en torno a la gravedad de la culpa. Así, por ejemplo, se estableció en Argentina con la expresa denominación de “daño punitivo” en el ámbito de la protección de los derechos del consumidor, en el artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 de 1993 (modificada en 2008)<sup>14</sup>. Sin embargo, a pesar de haber sido propuesta su incorporación al reciente Código Civil y Comercial de manera general, finalmente su incorporación fue rechazada<sup>15</sup>. Asimismo, en México el caso *Mayan Palace*<sup>16</sup> pareciera haber acogido los daños punitivos en dicha jurisdicción, donde se puede apreciar con claridad el objetivo de sancionar la conducta del demandado<sup>17</sup>. Sin embargo, su distinción con la indemnización del daño moral no resulta del todo nítida en su formulación<sup>18</sup>. Por su parte, como ya se ha advertido, en el derecho chileno se ha discutido el punto, y es posible plantear que en el ámbito del derecho del consumo ya han sido incorporados, aunque

<sup>11</sup> Este punto ha sido puesto de relieve por Goldberg y Zipursky. GOLDBERG y ZIPURSKY, 2014.

<sup>12</sup> Como señala Honoré en comparación con el derecho penal, en la responsabilidad civil también hay un juicio de reproche sobre el demandado; la diferencia es solo una cuestión de grados. HONORÉ, 2009, p. 89.

<sup>13</sup> HOLMES, 2011, p. 7.

<sup>14</sup> “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...”.

<sup>15</sup> GARCÍA-MATAMOROS y ARÉVALO-RAMÍREZ, 2019, p. 199.

<sup>16</sup> Corte Suprema de México, amparo directo 30/2013, 26 de febrero de 2014.

<sup>17</sup> Corte Suprema de México, amparo directo 30/2013, 26 de febrero de 2014, pp. 87-88.

<sup>18</sup> MEDINA, 2021, p. 179; PINO, 2021a, p. 137.

sin una expresa denominación en tal sentido<sup>19</sup>. Sin perjuicio de ello, se trata de una línea que no queremos explorar en esta oportunidad, considerando además la discutible constitucionalidad de estos mecanismos.

Un segundo interesante acercamiento ha sido desarrollado en Chile por los profesores Barros y Banfi. El primero de ellos identifica tres ámbitos en los que podría ser relevante acreditar la existencia de dolo: por la posibilidad de ejercer la acción de provecho por dolo ajeno de los artículos 1458 y 2316 CCCh en contra de algún tercero que pueda haberse beneficiado con el ilícito, por la posibilidad de exigir al demandado la reparación de daños imprevisibles y la extensión de la reparación del daño moral<sup>20</sup>. La segunda y tercera posibilidad son de interés aquí. Respecto de los daños imprevisibles, señala el autor que si bien la doctrina tradicional sostiene correctamente en principio la inaplicabilidad del artículo 1558 CCCh a la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad por culpa supone igualmente una limitación a los daños previsibles<sup>21</sup>. Ello, continúa Barros, constituye una solución coherente con el derecho privado, “porque en un principio general del derecho privado que quien actúa maliciosamente tiende a hacerse responsable de todas las consecuencias de su conducta”<sup>22</sup>. Además, respecto de la valoración del daño moral, Barros señala que es propio de la práctica jurisprudencial considerar la gravedad de la culpa como criterio para la evaluación del daño moral<sup>23</sup>. Esta última propuesta, por cierto, ha sido tradicionalmente rechazada por la mayoría de la doctrina<sup>24</sup>. Volveremos a este punto más adelante.

Por su parte, Banfi ha desarrollado una línea similar en torno a otorgarle relevancia al actuar doloso de los agentes responsables, con aportes del derecho comparado. En un primer trabajo, el autor plantea una relectura de las normas del derecho chileno a partir de la doctrina y jurisprudencia inglesa, según esta, el dolo tendría relevancia en dos ámbitos: como condición para atribuir responsabilidad en algunos tipos de ilícitos, y para determinar la extensión de los daños por los que deberá responder el demandado que actúa con dolo, incluyendo los daños imprevisibles al tiempo de la comisión del acto ilícito<sup>25</sup>. En un segundo trabajo, el autor plantea que se pueden obtener conclusiones similares a partir de la doctrina y jurisprudencia francesas. Allí se señala que “la jurisprudencia francesa instintivamente modula la reparación de los perjuicios conforme con la gravedad de la culpa. Solo que no lo hace de manera explícita, sino que camuflándola en la causalidad...”<sup>26</sup>. De manera importante, Banfi sostiene en este trabajo

<sup>19</sup> MENDOZA, 2019, p. 74; HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 84 y ss.; PONCE, 2022, pp. 327-329; YERICIC, 2022, pp. 350-352. Más detalles acerca de esto en nota 73 y texto que lo acompaña.

<sup>20</sup> BARROS, 2020, pp. 170-173.

<sup>21</sup> BARROS, 2020, p. 172.

<sup>22</sup> BARROS, 2020, p. 173.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, p. 83.

<sup>24</sup> El propio Barros en BARROS, 2020, pp. 333-335, y DOMÍNGUEZ, 2000, p. 701, entre otros.

<sup>25</sup> BANFI, 2017a, pp. 69-107. Véase también el trabajo anterior BANFI, 2012, pp. 3-32, en torno a la extensión del daño reparable.

<sup>26</sup> BANFI, 2017b, p. 108.

que la propuesta no pretende defender la instauración de indemnizaciones punitivas; simplemente se reduce a establecer que en aquellos casos en los que el demandado ha actuado con dolo (o culpa grave), este debe responder por todos los daños sufridos de manera directa<sup>27</sup>. Retomando lo planteado anteriormente, es posible que ello tenga un *efecto* punitivo en los demandados, pero el propósito se mantiene orientado a resarcir los daños que sufre la víctima. Una sentencia reciente de la Corte Suprema de manera novedosa suscribe a esta idea citando el trabajo de Banfi, al señalar que “tal como el deudor debe responder de los daños previsibles a la época de contratar, el autor del cuasidelito debe hacerse cargo exclusivamente de los daños que eran previsibles al tiempo de ejecutar el hecho. En este sentido, el artículo 1558 del Código Civil no resulta ajeno a la responsabilidad extracontractual”<sup>28</sup>.

Esta tendencia se puede ver reflejada en los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil (PETL, por su sigla en inglés). Su artículo 2:102 (5) señala que: “El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos”<sup>29</sup>. La norma es suficientemente angosta como para incluir una amplia gama de situaciones en las que los sistemas jurídicos establecerán una diferencia entre la acción meramente negligente y un actuar doloso. Tratándose de un instrumento de armonización, es natural que ello sea así. Pero ello al menos demuestra que para la mayoría de estos sistemas de responsabilidad civil constituye una preocupación el diferenciar entre ambas conductas en relación con las consecuencias tanto para el demandado como para las víctimas.

La propuesta de este artículo es aportar una contribución en esta misma línea, estableciendo una conexión con la noción de dignidad humana que ha ido incorporándose paulatinamente como un ámbito de protección para el derecho privado.

## II. LA DIGNIDAD HUMANA COMO UN INTERÉS TUTELADO POR LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El concepto de dignidad humana ha cobrado una especial relevancia en el último tiempo, constituyendo una bandera de lucha para la conquista de mayores derechos sociales en Chile, siendo además uno de los principales argumentos para el desarrollo de un proceso constituyente<sup>30</sup>. A partir de ello es que resulta evidente que este concepto trasciende el ámbito de lo jurídico, al tener relevancia en el ámbito filosófico, político, social y hasta religioso, entre otros. Asimismo, en el contexto jurídico la dignidad humana tiene diversas manifestaciones en distintas áreas del derecho. Un lugar especial ocupa en

<sup>27</sup> BANFI, 2017b, p. 118.

<sup>28</sup> Corte Suprema de Chile, *Agrícola Inversiones y Renta Lucía Ltda. con Comercializadora Minorista Ronitex Ltda.*, Rol N° 21250-2020, 07/03/2022, c. 8°.

<sup>29</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, p. 26.

<sup>30</sup> Del proceso constituyente chileno, véase la colección de artículos en ANINAT *et al.*, 2021.

este sentido el derecho constitucional, ámbito donde el concepto ha sido desarrollado ampliamente tanto por la literatura como por la jurisprudencia, a partir de los textos constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de la acogida y referencia en diversos textos normativos, la literatura no siempre ha sido partidaria de su uso en el derecho. El principal obstáculo, se señala, dice relación con la indeterminación o vaguedad respecto del contenido del concepto<sup>32</sup>. Ya Schopenhauer advertía de esta característica indeterminada del concepto:

Solo esta expresión, una vez que fuera acuñada por Kant, se convirtió en el sello distintivo de todos los moralistas perplejos y cascabeleros. Porque detrás de la imposición de esa fórmula escondían su falta de no solo una real base ética, sino de cualquier base que tenga algún significado inteligible, suponiendo de manera suficientemente inteligente que sus lectores se complacerían en verse a sí mismo investidos con tal “dignidad” que estarían bastante satisfechos<sup>33</sup>.

Más adelante ironiza Schopenhauer respecto de la referencia de Kant a la dignidad humana como un concepto “incomparable, incondicional y de valor absoluto”, que corresponderían a conceptos imposibles en la práctica, como “el número más alto” o “el espacio más grande”<sup>34</sup>. Si bien se trata de una exageración, no es menos cierto que el concepto de dignidad humana ha sido suficientemente amplio y vago para poder incidir en los diversos ámbitos del derecho en que se ha desarrollado. Asimismo, y como apunta Barak, otros conceptos jurídicos como el de “proporcionalidad” son también controvertidos y ambiguos en su significado, pero igualmente utilizados en el derecho<sup>35</sup>.

En su reciente libro acerca de la dignidad humana y el derecho, Rupniewski identifica lo que denomina como el “momento dignatario en el derecho”, el que comprende los distintos usos conferidos por el derecho a la noción de dignidad humana<sup>36</sup>. Este autor identifica cuatro usos: la función constitutiva, la función regulativa, la función heurística y la función metajurídica. Si bien no se trata de una clasificación exhaustiva que agote todas las posibilidades de su uso, ello contribuye a estructurar de mejor manera el uso que se le pretende dar al concepto, y de esta forma encausar la discusión en torno a su significado preciso. Como apunta Barak, los juristas y jueces no tienen la misma

---

<sup>31</sup> “Son comunes las referencias a la dignidad humana en debates públicos acerca del aborto, suicidio asistido, experimentación genética, libertad de expresión, derechos de los trabajadores, derechos democráticos, y derechos de homosexuales. La referencia también aflora en debates jurídicos relativos a la tortura, discriminación, privacidad, trabajo forzoso, y libertad religiosa”. GILABERT, 2018, p. 114.

<sup>32</sup> En general, véase RAO, 2008. Entre nosotros, DOMÍNGUEZ, 2020.

<sup>33</sup> SCHOPENHAUER, 1903, p. 101.

<sup>34</sup> SCHOPENHAUER, 1903, p. 102.

<sup>35</sup> BARAK, 2015, p. 10.

<sup>36</sup> RUPNIEWSKI, 2023, pp. 32-52.

libertad que tienen los filósofos para aceptar o rechazar una determinada interpretación del concepto (como la de Kant)<sup>37</sup>.

De especial interés para el presente trabajo es la función regulativa de la dignidad. De acuerdo con Rupniewski, se trata de la presencia de “cláusulas de dignidad” en el derecho, que sirven de base para el reconocimiento de derechos y deberes a partir de una formulación particular de la dignidad<sup>38</sup>. La noción de dignidad humana, en este contexto, ya no solo desempeña el rol fundacional de un conjunto de normas, o como apoyo argumentativo para la justificación de una decisión judicial, sino que dictamina directamente una resolución, prohibiendo o imponiendo conductas específicas.

El derecho privado no está exento de este uso regulativo de la dignidad humana. La doctrina chilena ha identificado referencias al concepto de dignidad humana en el derecho civil<sup>39</sup>, el derecho laboral<sup>40</sup> y el derecho de consumo<sup>41</sup>. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que es el objeto del presente trabajo, también pueden encontrarse algunas manifestaciones de la dignidad humana como ideal regulativo. Una consagración reciente de esta idea podemos encontrarla en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (del año 2014), el que contiene diversas manifestaciones del principio de dignidad humana en su articulado, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. De particular interés a este respecto es el artículo 52 de este Código, el que contempla una referencia explícita a la dignidad humana como un ámbito protegido por la responsabilidad extracontractual:

La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

En la misma línea se encuentran los PETL, los que en su artículo 2:102 (2) incluyen la dignidad humana como uno de los intereses protegidos por la responsabilidad extracontractual: “La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”<sup>42</sup>.

En el derecho chileno, si bien no se cuenta hasta la fecha con una referencia explícita en el CCCh a la dignidad humana, la Ley N° 19.496 de protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC) contempla importantes referencias que han ido incorporándose de manera fragmentaria, como indica Goldenberg<sup>43</sup>. En este sentido y siguiendo a este autor, se puede mencionar el artículo 15 LPDC, en relación con los

<sup>37</sup> BARAK, 2015, pp. 10-11.

<sup>38</sup> RUPNIEWSKI, 2023, p. 35.

<sup>39</sup> TAPIA, 2021; DOMÍNGUEZ, 2020; GAMONAL y PINO, 2022.

<sup>40</sup> GAMONAL y PINO, 2022.

<sup>41</sup> GOLDENBERG, 2022, pp. 112-126.

<sup>42</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, p. 25.

<sup>43</sup> GOLDENBERG, 2022, p. 104.

sistemas de seguridad y vigilancia, el artículo 37 referido a las actuaciones de cobranza extrajudicial y el artículo 51 N° 2 inc. 2°, el que tras la reforma de la Ley N° 21.081 establece la indemnización del daño moral en procedimientos de acción colectiva, del siguiente modo: “las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la *dignidad de los consumidores*” (énfasis añadido).

La doctrina chilena ya ha examinado con detalle esta norma<sup>44</sup>. Si bien existen otras interpretaciones posibles del concepto de dignidad humana<sup>45</sup>, nuestra tesis es que el concepto de dignidad como estatus defendido, entre otros autores, por Waldron, puede otorgarles un significado concreto a estas referencias al concepto de dignidad humana<sup>46</sup>. Esta interpretación de la dignidad se remonta al origen histórico del concepto en Roma y la Antigüedad, con un cambio radical producto de la modernidad y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), a saber, la dignidad humana significa que todas las personas deben gozar igualmente del más alto estatus o rango posible. Así entendida, la dignidad humana implica especialmente que las personas humanas son merecedoras de un trato especial de respeto, excluyendo tratos degradantes, humillantes y vejatorios. Si bien la referencia a la dignidad de normas como la del artículo 51 N° 2 de la LPDC puede ser comprendida de manera más amplia que solo circunscrita al entendimiento de la dignidad como estatus exclusivamente<sup>47</sup>, esta interpretación puede proyectar interesantes implicancias para el ámbito general de la responsabilidad extracontractual, más allá del derecho de consumo. En este sentido, la dignidad humana puede adquirir un significado interno a la práctica del derecho civil, de modo tal de evitar concebir la noción como un concepto foráneo propio de la filosofía o el derecho constitucional<sup>48</sup>. De esta manera puede desarrollarse un concepto de dignidad humana que permita conjugar tanto los elementos filosóficos como jurídicos<sup>49</sup>.

Para cumplir este propósito, acudiremos a la noción proveniente del derecho inglés de las indemnizaciones agravadas [*aggravated damages*], la que permite incorporar adecuadamente este entendimiento de la dignidad humana al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

---

<sup>44</sup> Véase DOMÍNGUEZ, 2020; GONZÁLEZ, 2021; MOMBERG y PINO, 2021; MUNITA, 2019; PINO, 2021b; TAPIA, 2020.

<sup>45</sup> Véase, entre otros, RILEY, 2018 y RUPNIEWSKI, 2023.

<sup>46</sup> Este concepto ha sido desarrollado en diversos textos del autor, pero véase principalmente WALDRON, 2012 y WALDRON, 2013. Respecto de las críticas a Waldron y su defensa, véase GAMONAL, 2022.

<sup>47</sup> Tal como apunta Goldenberg: “Alguna reminiscencia parece haber de la idea de sufrimiento derivada del trato vejatorio o humillante, pero no existen argumentos para razonar que la LPDC circunscribe la tutela indemnizatoria a un rubro tan limitado”. GOLDENBERG, 2022, p. 100.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ, 2010.

<sup>49</sup> RILEY, 2018, p. 14: “Creo que sin embargo podemos demostrar que la dignidad humana y el derecho son ideas mutuamente dependientes”.

### III. LA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA EN LAS INDEMNIZACIONES AGRAVADAS DEL DERECHO INGLÉS

Como veremos, el concepto de indemnizaciones agravadas no es un concepto pacífico en la doctrina inglesa<sup>50</sup>. El remedio surge a partir del célebre caso *Rookes v. Barnard*<sup>51</sup>, donde Lord Devlin intenta distinguir esta figura de las indemnizaciones agravadas de las indemnizaciones ejemplares o daños punitivos, otorgándole un carácter excepcional a estos últimos:

[E]stá bien establecido que en los casos en que los daños son extensos, el jurado (o el juez si la indemnización está a su cargo) puede tomar en cuenta los motivos y la conducta del demandado, los cuales agravan la lesión causada a la víctima. Puede haber dolo o malicia, o la manera en que fue cometido el ilícito puede ser tal que afecte los sentimientos propios de dignidad u orgullo de la víctima<sup>52</sup>.

Beever y Murphy han elaborado sus teorías acerca de indemnizaciones agravadas a partir de esta frase de Lord Devlin en relación con la afectación de “los sentimientos propios de dignidad u orgullo de la víctima”<sup>53</sup>. Estos autores sostienen que las indemnizaciones agravadas compensan afectaciones a la dignidad. De acuerdo con Beever, este aspecto es lo que distingue las indemnizaciones agravadas de las indemnizaciones ejemplares o daños punitivos, planteando que estos últimos debiesen ser derogados. Por consiguiente, tanto Beever como Murphy sostienen que la naturaleza jurídica del remedio es compensatoria y no punitiva<sup>54</sup>. Sin embargo, tal como advertimos al comienzo, ello no es compartido unánimemente por la doctrina. Así, por ejemplo, Cane señala que “las indemnizaciones agravadas son en la práctica indistinguibles de los daños punitivos”<sup>55</sup>, o Van Dam sostiene que estas indemnizaciones “ocupan un oscuro lugar entre la indemnización compensatoria normal y los daños punitivos”<sup>56</sup>. Por cierto que, en otras jurisdicciones, como ocurre notoriamente con la estadounidense, las indemnizaciones agravadas son cubiertas por los daños punitivos<sup>57</sup>.

Una línea doctrinaria interesante recaída en este punto la plantea Birks, quien desde una perspectiva histórica sostiene que las indemnizaciones agravadas protegen un

---

<sup>50</sup> Por todos, MURPHY, 2010, p. 353.

<sup>51</sup> [1964] A.C. 1129 (House of Lords).

<sup>52</sup> [1964] A.C. 1129, p. 1221.

<sup>53</sup> BEEVER, 2003; MURPHY, 2010.

<sup>54</sup> BEEVER, 2003, p. 90: “Es plausible considerar las indemnizaciones agravadas como genuinamente compensatorias”. MURPHY, 2010, p. 359: “Las indemnizaciones agravadas decretadas debieran compensar la afectación a la dignidad, no castigar al ofensor”.

<sup>55</sup> CANE, 1997, p. 114.

<sup>56</sup> VAN DAM, 2013, p. 358.

<sup>57</sup> SEBOK y WILCOX, 2009, p. 269.

interés específico, a saber, la protección del “derecho de la víctima a ser respetada”<sup>58</sup>. Bajo esta lectura, las indemnizaciones agravadas quedarían desvinculadas de la existencia de daño moral o emocional para la víctima. Asimismo, para Birks se trata de un interés distinto a aquel protegido por el ilícito<sup>59</sup>. La conclusión de Birks es que las indemnizaciones agravadas corresponden a un ilícito que protege específicamente el interés de la protección del respeto a la víctima, siguiendo el ilícito de *iniuria* del derecho romano.

El supuesto de hecho por el que se decretan las indemnizaciones agravadas se refiere a la forma cómo el demandado se comporta al cometer el ilícito a la víctima, tratándola “de una manera altiva, insultante, maliciosa u opresiva”<sup>60</sup>, sufriendo el demandante un mal psicológico como resultado de ello<sup>61</sup>. Los tipos de casos o *torts* en los que se han decretado estas indemnizaciones son variados, como *trespass to the person*, *trespass to land*, *deceit*, *malicious prosecution*, y *statutory discrimination torts*, entre otros<sup>62</sup>. Sin embargo, la doctrina señala que debe tratarse de casos en los que los sentimientos de la víctima se encuentran vinculados a la acción ilícita de parte del demandado<sup>63</sup>. Autores también han planteado que la mayor parte de estos casos surgen a partir de la infracción o quiebre de una relación de especial confianza o de naturaleza fiduciaria<sup>64</sup>. Lo que resulta claro es que estas indemnizaciones no pueden ser decretadas en casos de mera negligencia, incluso negligencia grave<sup>65</sup>.

Aunque no sea de forma expresa, los PETL incorporan una figura similar a las indemnizaciones agravadas en su artículo 10:301 (2), al referirse a la cuantificación del daño moral:

En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño solo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> BIRKS, 1997, p. 11.

<sup>59</sup> BIRKS, 1997, p. 30 (“uno no puede explicar el aumento en la indemnización apelando a la infracción de un interés protegido por la versión no-agravada de otros ilícitos”).

<sup>60</sup> *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 516 (Lord Woolf MR).

<sup>61</sup> GOUDKAMP y NOLAN, 2020, p. 657. MCBRIDE y BAGSHAW, 2012, p. 789 discrepan en cuanto al requisito de causar un daño psicológico a la víctima. En este sentido, Murphy expone que de 653 casos en que se han decretado indemnizaciones agravadas, solo 63 de ellos contienen alguna referencia a daño psicológico. MURPHY, 2010, p. 357. Sin embargo, la jurisprudencia pareciera mantener este requisito. Recientemente en *HRH The Duchess of Sussex v. Associated Newspapers Ltd.* [2020] EWHC 1058 (Ch), las indemnizaciones agravadas no fueron decretadas en razón de que no existía conexión suficiente entre el malestar o estrés sufrido por la víctima y la conducta ilícita del demandado.

<sup>62</sup> GOUDKAMP y NOLAN, 2020, p. 658.

<sup>63</sup> GREEN y GARDNER, 2021, p. 425.

<sup>64</sup> CHAPMAN, 1989, p. 272.

<sup>65</sup> GOUDKAMP y NOLAN, 2020, p. 658.

<sup>66</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, pp. 37-38.

Encontramos aquí una formulación similar a las indemnizaciones agravadas del derecho inglés, ya que el tribunal deberá considerar tanto “las circunstancias del caso” como el grado de culpa del demandado, es decir, si contribuyó “de modo significativo” al daño sufrido por la víctima. Se trata precisamente del tipo de hipótesis tomadas en cuenta en el derecho inglés para decretar indemnizaciones agravadas. La conexión resulta incluso más clara al examinar los ejemplos que proveen los comentarios del PETL a la citada norma, en particular el cuarto caso ilustrativo:

*Un periódico de prensa amarilla revela, en circunstancias que dan lugar a un ilícito civil indemnizable, detalles del tratamiento médico de P, lo cual causa a este una gran ansiedad y turbación. Esta situación se ve empeorada por el hecho de que el periódico rechaza pedir disculpas y alega como causa de exoneración razones de “interés público” que sabe que son falsas. Si la ansiedad de P es tan aguda que implica el sufrimiento de una enfermedad reconocida, ello dará lugar a la existencia de un “daño corporal”. No obstante, aunque no diera lugar a ello, P estaría legitimado para reclamar indemnización por la angustia sufrida. La conducta del periódico debería tenerse en cuenta al determinar la cuantía de la indemnización<sup>67</sup>.*

En los comentarios propiamente tales, Rogers señala que la decisión de incluir estas consideraciones permite conciliar por una parte la tendencia de algunos ordenamientos jurídicos a incorporar los daños punitivos o indemnizaciones ejemplares, y por otra parte mantener la fidelidad al principio de reparación integral del daño. Ello se lograría considerando la conducta del demandado, o la forma en la que se comportó al cometer el ilícito, pero siempre y cuando ello haya contribuido al daño de la víctima<sup>68</sup>. Se agrega además que ello debiese limitarse “a aquellos casos de comportamiento doloso o conscientemente temerario”<sup>69</sup>.

Tanto las indemnizaciones agravadas como la consideración de la conducta del demandado de los PETL para la evaluación del daño moral son expresiones del principio moral, según este, la conducta dolosa no debiera tener las mismas consecuencias que la conducta meramente negligente. No es de extrañar que en el caso de las indemnizaciones agravadas exista discusión en la doctrina inglesa respecto de su naturaleza jurídica. Como advertimos anteriormente, existe una tensión entre las funciones de compensar el daño efectivamente causado a la víctima y sancionar al demandado. Lo mismo puede plantearse a partir de los factores a considerar para la evaluación del daño moral<sup>70</sup>. En este escenario, la referencia a la dignidad humana como causal que motiva que se decreten estas indemnizaciones puede otorgarle un sustento teórico a estas prácticas, ya sea aumentando la indemnización del daño moral o directamente mediante alguna forma

<sup>67</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, p. 235.

<sup>68</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, p. 231.

<sup>69</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008, p. 232.

<sup>70</sup> Acerca de esta discusión en el derecho chileno, véase PEREIRA, 2015, pp. 61-78.

de indemnización agravada. La vulneración de la dignidad humana puede contribuir a moderar o aplacar las suspicacias en torno a la posibilidad de una función punitiva en la responsabilidad civil, sin que esta pierda su distintivo carácter relacional.

#### IV. LA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA VÍCTIMA COMO FACTOR AGRAVANTE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CHILENO

Nuestra hipótesis plantea la posibilidad de considerar la vulneración de la dignidad de la víctima como un factor o criterio que permita agravar la responsabilidad del agente causante del daño, en sede de daño moral. Nos parece que este acomodo al derecho chileno resulta conveniente principalmente por dos razones. En primer lugar, ante la ausencia de una categoría explícita de indemnizaciones agravadas como pueden encontrarse en otros sistemas jurídicos, el daño moral permite incorporar esta posibilidad sin necesidad de una reforma legal, incluso mediante la interpretación de algunas normas actualmente vigentes, como veremos más abajo. En segundo lugar, su incorporación o acomodo a la categoría del daño moral, permite diferenciar de mejor forma este tipo de indemnizaciones de los daños punitivos, sin que se produzca la discusión en torno a la naturaleza jurídica del remedio, como hemos visto que ocurre en el caso del derecho anglosajón.

Bajo esta premisa, los jueces estarían facultados para aumentar el monto de la indemnización del daño moral en aquellos casos en los que el demandado ha actuado de forma arrogante, irrespetuosa o degradante respecto de la víctima. De proceder de esta forma, el tribunal no estaría concediendo un daño punitivo a la víctima, sino que estaría propiamente compensando a la víctima por lo que el demandado le hizo. Ello tendría incluso sustento doctrinal en autores como Fueyo, quien sostenía que para la evaluación del daño moral el juez debiera considerar, entre otros factores, “(1) a la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño” y “(2) la clase de derecho extrapatrimonial o de familia propiamente tal que ha sido agredido o lesionado por el ofensor”<sup>71</sup>.

Lo anterior también puede sustentarse en diversas normas del derecho chileno vigente que establecen factores para la evaluación del daño moral<sup>72</sup>. Notoria en este punto es la norma del artículo 41 de la Ley N° 19.966 (Ley AUGE), según esta, la indemnización del daño moral se fija considerando, entre otros factores, “la gravedad del daño”. En la misma línea, puede mencionarse la Ley N° 17.336, la que en su artículo 85E establece que, para la determinación del daño moral, el tribunal considerará, entre otros factores, “las circunstancias de la infracción” y “la gravedad de la lesión”. Algo similar se desprende de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada, que en su artículo 23 inciso 3° señala que el monto de la indemnización será determinado prudencialmente por el juez “considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos”. Nos

<sup>71</sup> FUEYO, 1990, p. 110.

<sup>72</sup> En un sentido similar se pronuncian Hernández y Ponce en HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 82-83.

parece que la infracción a la dignidad de la víctima es un factor o una “circunstancia” lo suficientemente grave como para que el juez considere un aumento en el monto de la indemnización del daño moral.

El derecho chileno también cuenta con una figura similar a las indemnizaciones agravadas en el derecho de consumo. Se trata del artículo 53 C letra c) de la LPDC, tras su reforma por medio de la Ley N° 21.081. El texto establece que:

En la sentencia que acoja la demanda, el juez, además de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá: c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. En aquellos casos en que concurran las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente.

El artículo 24 al que hace referencia esta norma considera los siguientes factores: “haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses” (letra a), “haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores” (letra b), “haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad” (letra c), y “haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño” (letra d). La norma ha sido reconocida por la doctrina como una incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico chileno<sup>73</sup>. Si bien se trata de una lectura plausible, proponemos interpretar la norma como configuradora de un mecanismo similar al de las indemnizaciones agravadas, y no propiamente a los daños punitivos.

La doctrina que se ha referido a esta norma ha formulado diversas críticas. Así, por ejemplo, Munita acertadamente critica la referencia a “las circunstancias a que se refiere el artículo 24” en plural, no quedando claro si es necesario que concurran todas las circunstancias agravantes, más de una de ellas, o si basta con una sola<sup>74</sup>. También critica este autor la consideración de la agravante de la letra d) del inciso quinto del artículo 24, ya que se estaría agravando la responsabilidad del infractor en casos en que no se ha causado agravio alguno a los consumidores (“aun no habiéndose causado daño”)<sup>75</sup>. Por su parte, Hernández y Ponce critican que la agravación de la responsabilidad se contemple solo para el caso de procedimientos de acción colectiva y no respecto de

<sup>73</sup> MENDOZA, 2019, p. 74; HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 84 y ss.; PONCE, 2022, pp. 327-329; YERCIC, 2022, pp. 350-352. Estos autores también le otorgan la calificación de punitiva a la norma del artículo 25A de la LPDC. Por cierto, ello resulta más discutible en atención a lo establecido en el inciso final de la norma, según esta, el monto decretado por esta indemnización “se tomará en consideración” en caso que los consumidores eventualmente ejerzan alguna acción indemnizatoria (individual o colectiva). Al respecto, véase MOMBERG y PINO, 2021, pp. 322-323.

<sup>74</sup> MUNITA, 2023, pp. 321-324.

<sup>75</sup> MUNITA, 2023, pp. 324-333.

acciones individuales<sup>76</sup>. También estos autores sostienen que el criterio para aumentar la indemnización contemplado por la norma del 25% del daño efectivamente causado tiende al establecimiento de montos bajos<sup>77</sup>.

Escapa a los propósitos de este trabajo hacernos cargo de todos estos problemas de la norma. Sin embargo, nos parece que la perspectiva de las indemnizaciones agravadas puede contribuir con nuevos argumentos para la discusión de algunos de los aspectos críticos apuntados. En primer lugar, si lo que hemos venido argumentando aquí es cierto, la norma del artículo 53 C letra c) de la LPDC es simplemente una manifestación del principio general en el que los comportamientos dolosos deben tener una respuesta más severa que los meramente negligentes. Así, por ejemplo, podría en parte matizarse la limitación de estas indemnizaciones exclusivamente a los procedimientos de acción colectiva o difusa. Ello se debe a que –si nuestra interpretación es correcta– el tribunal siempre podrá en un procedimiento de acción individual (aunque carezca de una norma explícita como la del artículo 53 C letra c) aumentar la indemnización del daño moral atendiendo a las circunstancias en que fue cometida la infracción al consumidor, en especial cuando fue cometida infringiendo la dignidad de la víctima.

Además, el carácter de indemnización agravada se ajusta de mejor manera al criterio de cuantificación que establece la norma. La determinación de los daños punitivos suele desvincularse del monto de los daños efectivamente causados con el ilícito, ya que por definición estas indemnizaciones no buscan compensar el daño, sino otorgar un monto adicional a las víctimas considerando las circunstancias particulares en que fue cometido el ilícito<sup>78</sup>. La inclusión de la circunstancia agravante de la letra d) del artículo 24 podría quizás dar pie a una interpretación como esta, ya que en dicha hipótesis la infracción no habría causado daño alguno<sup>79</sup>. Sin embargo, en tal evento se produce la paradoja de que el tribunal no podría aplicar el factor multiplicador si no se ha causado daño alguno<sup>80</sup>. Lo cierto es que la existencia de un factor multiplicador asemeja la técnica utilizada por la norma a las indemnizaciones agravadas más que a las indemnizaciones punitivas, las que suelen otorgar discrecionalidad a los tribunales para la determinación del monto de la pena<sup>81</sup>. Desde este punto de vista, la existencia del factor multiplicador puede constituir una ventaja y no una desventaja, por cuanto

---

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 87-92.

<sup>77</sup> HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, p. 96.

<sup>78</sup> Notoria en este sentido es la diferencia abismal que existía en el célebre caso estadounidense *BMW vs. Gore*, 517 U.S. 559 (1996) entre los daños efectivamente causados (avaluados en la suma de US\$ 4.000) y los daños punitivos decretados por el jurado en primera instancia (US\$ 4.000.000). Es precisamente por ello que la Corte Suprema decide establecer algún criterio de proporcionalidad entre estos dos criterios.

<sup>79</sup> El mismo punto en YERCIC, 2022, p. 252.

<sup>80</sup> Por lo demás, no debe olvidarse, como apunta correctamente Yercic, que la norma del artículo 24 es anterior a la reforma de la Ley N° 21.081, y solo a partir de dicha reforma fue incorporada la remisión a ella que hace el artículo 53 C letra c). YERCIC, 2022, p. 252.

<sup>81</sup> Un ejemplo claro de ello es en la legislación argentina, donde se establece un margen al tribunal para decretar el daño punitivo con un tope máximo. Véase más arriba, nota 14.

se evita la criticada facultad discrecional de los tribunales para la determinación del monto de la indemnización.

Más interesante resulta analizar este criterio en aquellos casos en los que la legislación no contempla un factor agravante de la responsabilidad civil. A modo ilustrativo, se puede analizar el caso de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación (conocida popularmente con el nombre de “Ley Zamudio”). El artículo 1° de la norma establece que su propósito es “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. En particular, el artículo 12 establece que de constatare por el tribunal que ha ocurrido un acto discriminatorio, la sentencia “dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido”. Se faculta además al tribunal para que adopte “las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. Asimismo, se establece que el tribunal aplicará una multa a beneficio fiscal de 5 a 50 unidades tributarias mensuales si hubiere existido discriminación arbitraria. Por último, la norma introdujo una modificación al Código Penal, agregando una agravante en razón de cometer el delito en el marco de un acto discriminatorio<sup>82</sup>.

Es curioso que la norma no haga referencia alguna a la indemnización de perjuicios<sup>83</sup>. El proyecto inicial que fuera enviado originalmente por el Ejecutivo sí contemplaba una referencia expresa a la indemnización de perjuicios, facultando al tribunal para declarar la procedencia de indemnizaciones, debiendo el afectado demandar en procedimiento ordinario con posterioridad para la determinación de estas indemnizaciones<sup>84</sup>. En el debate parlamentario esto fue observado como una crítica al proyecto de ley<sup>85</sup>. De hecho, una parte de la literatura especializada en el derecho de la discriminación articula la noción de discriminación arbitraria como un daño<sup>86</sup>. Pero aun careciendo de una norma expresa sobre la materia, es posible ejercer una acción indemnizatoria ordinaria conforme con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Es en esta instancia donde el tribunal podría tomar en cuenta precisamente como un factor agravante de la responsabilidad del agente causante del daño la gravedad de la conducta, y sobre esta base aumentar el monto de la indemnización por daño moral, del modo que venimos señalando. Precisamente, si la norma estableció a la discriminación arbitraria como una

---

<sup>82</sup> Artículo 12 N° 21 del Código Penal.

<sup>83</sup> Al respecto, véase DÍAZ DE VALDÉS, 2017, pp. 474-475.

<sup>84</sup> Artículo 6° inciso 2° del proyecto de ley contenido en el Mensaje: “Asimismo, la Corte podrá declarar la procedencia de indemnizaciones, que en su caso correspondan, para reparar el daño moral y material ocasionado. En dicho caso, el afectado podrá demandar ante el juez de letras competente, la determinación de la indemnización de los perjuicios que procedieren”. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>.

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, se pronunció el senador Felipe Harboe: “Resulta incomprensible que el Gobierno y el Senado hayan eliminado la posibilidad de que el afectado pueda exigir el derecho a una indemnización” (Discusión en Sala 04/04/2012, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>).

<sup>86</sup> Véase, entre otros, GARDNER, 1996 y LIPPERT-RASMUSSEN, 2006. Agradecemos a un revisor anónimo este punto.

agravante de la responsabilidad penal, ¿por qué no podría agravarse la eventual responsabilidad civil que le correspondería al demandado constatado el acto discriminatorio? Los actos discriminatorios son, de hecho, ilícitos en los que típicamente se decretan indemnizaciones agravadas en el derecho inglés<sup>87</sup>.

## V. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos desarrollado los siguientes planteamientos:

- (1) Si bien la doctrina tradicional en el derecho chileno ha planteado que no hay diferencia alguna entre el ilícito cometido culpablemente y aquel cometido de forma dolosa, se ha ido gradualmente introduciendo la idea de que las conductas dolosas merecen un tratamiento severo por la responsabilidad civil extracontractual, lo que tiene acogida favorable en diversos sistemas jurídicos.
- (2) Lo anterior se refleja en dos ámbitos donde se pueden desarrollar estos principios: la extensión de la regla del artículo 1558 del CCCh al ámbito extracontractual, y la consideración de la gravedad de la conducta del demandado para la determinación del daño moral.
- (3) La noción de dignidad humana admite diversos significados específicos y en distintos ámbitos del derecho. Para el contexto de la responsabilidad civil extracontractual, hemos propuesto un entendimiento acotado de esta noción a partir del entendimiento de Waldron de la dignidad como rango o estatus. Conforme con esta comprensión, la dignidad humana exige un trato respetuoso y acorde a la condición de persona humana, proscribiendo conductas vejatorias, degradantes o humillantes.
- (4) Las indemnizaciones agravadas en el derecho inglés han sido interpretadas como dispositivos que buscan proteger los sentimientos de dignidad que han sido afectados en contra de la víctima en aquellos casos en los que el demandado ha actuado de forma degradante, humillante o irrespetuosa. Esta interpretación es compatible con el concepto de dignidad como estatus, al exigir un trato respetuoso hacia la víctima.
- (5) Es posible acomodar estos principios al derecho chileno vigente. En primer término, la doctrina y legislación contemplan la posibilidad de considerar la gravedad de la conducta del demandado como criterio para la determinación del daño moral. Además, algunas normas vinculadas al derecho de consumo hacen referencia explícita a la dignidad humana como un factor que agrava la responsabilidad del demandado. Ello puede ser interpretado como mecanismos análogos a las indemnizaciones agravadas y la protección de la dignidad humana.

---

<sup>87</sup> Véase más arriba nota 62 y texto que lo acompaña.

- (6) Más allá de los casos en que la ley expresamente permite agravar la responsabilidad del demandado por vulnerar la dignidad de la víctima, resulta interesante aplicar estos principios en los casos en que ello no se reconoce expresamente en la legislación. Para ello, hemos abordado el caso de la Ley N° 20.609 o “Ley Zamudio”, la que no se refiere a la posibilidad de ejercer una acción indemnizatoria por un acto discriminatorio, a pesar de que contempla la incorporación de una agravante de la responsabilidad penal por este motivo. La interpretación que planteamos puede llenar este vacío, facultando al tribunal para agravar la responsabilidad del demandado en el marco de la eventual acción indemnizatoria que se ejerza en sede ordinaria por la forma en que el demandado trató a la víctima. Ello abre una posibilidad para el derecho chileno que no ha sido explorada, aun en caso que se carezca de una regulación expresa respecto de la materia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, 2005: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ANINAT, Isabel *et al.*, 2021: “Editors’ Note: The Chilean Constitution-Making Process”, *Latin American Legal Studies*, pp. 1-6. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112Vol9a1>
- BAGSHAW, Roderick, 2012 y MCBRIDE, Nicholas: *Tort Law*. Pearson, 4a edición.
- BANFI del Río, Cristián, 2017a: “Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: Una relectura desde el derecho inglés”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 24, N° 2, pp. 60-107. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200069>
- BANFI del Río, Cristián, 2017b: “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: Algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 1, pp. 97-125. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100005>
- BANFI del Río, Cristián, 2012: “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Ius et Praxis*, Vol. 18, N° 2, pp. 3-32. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200002>
- BARAK, Aharon, 2015: *Human dignity: The constitutional value and the constitutional right*. Cambridge, Cambridge University Press.
- BARKER, Kit, 2021: “Punishment in Private Law-No Such Thing (Any More)”, en Elise Bant *et al.* (editores), *Punishment and Private Law*. Oxford, Hart Publishing.
- BARROS Bourie, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2a edición.
- BEEVER, Allan, 2003: “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, N° 1, pp. 87-110.
- BIRKS, Peter, 1997: “Harassment and Hubris the Right to an Equality of Respect”, *Irish Jurist*, Vol. 32, pp. 1-45.
- BIRKS, Peter, 1992: “Civil Wrongs: A New World”, en *Buttersworths Lectures 1990-1991*. London, Buttersworths.
- CANE, Peter, 1997: *The Anatomy of Tort Law*. Oxford, Hart Publishing.
- CHAPMAN, Bruce, 1989: “Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract”, *Canadian Business Law Journal*, Vol. 16, pp. 269-280.
- COLEMAN, Jules, 2010: *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons.

- CORRAL Talciani, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Thomson Reuters, 2a edición.
- DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel, 2017: “Cuatro Años de la Ley Zamudio: Análisis Crítico de su Jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, Año 15, Nº 2, pp. 447-488.
- DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen, 2020: “En torno a la reparación del daño moral en el ámbito del derecho del consumo: Distinción entre problemas comunes y especiales”, en Fabián Elorriaga (coord.), *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago, Thomson Reuters.
- DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen, 2000: *El daño moral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, 2008: *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Navarra, Aranzadi.
- FUEYO Laneri, Fernando, 1990: *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GAMONAL C., Sergio, 2022: “Waldron y la dignidad como estatus en el debate constitucional chileno”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 47, pp. 103-125.
- GAMONAL C., Sergio, 2017: “Daños punitivos y prácticas antisindicales”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 24, Nº 1, pp. 225-246.
- GAMONAL C., Sergio y PINO Emhart, Alberto, 2022: “La dignidad humana en el derecho privado. Una lectura desde el concepto de dignidad como estatus”, *Revista de Derecho Privado*, Nº 43, pp. 45-72.
- GARCÍA-MATAMOROS, Laura Victoria y ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter, 2019: *Revista de Derecho Privado*, Nº 37.
- GARDNER, John, 1996: “Discrimination as Injustice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, pp. 353-367.
- GILBERT, Paul, 2018: *Human Dignity and Human Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- GOUDKAMP, James y NOLAN, Donal, 2020: *Winfield and Jolowicz on Tort*. London: Sweet & Maxwell.
- GOLDBERG, John y ZIPURSKY, Benjamin, 2014: “Tort Law and Responsibility”, en John Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford, Oxford University Press.
- GOLDENBERG Serrano, Juan Luis, 2022: “La protección de la dignidad del consumidor por medio de las reglas de responsabilidad civil”, *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, Nº 58, pp. 97-134. <http://dx.doi.org/10.4151/S0718-68512022000-1367>
- GONZÁLEZ Cazorla, Fabián, 2021: “Daño moral colectivo en el derecho del consumo chileno: Situación actual y proyecciones”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 8, pp. 122-148. <http://dx.doi.org/10.15691/0719-9112Vol8a3>
- GREEN, Sarah y GARDNER, Jodi, 2021: *Tort Law*. London, Red Globe Press.
- HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel y PONCE Márquez, Matías, 2022: “Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 38, pp. 63-107.
- HOLMES, Oliver Wendell, 2011: *The Common Law*. University of Toronto Law School Typographical Society.
- HONORÉ, Tony, 2009: “La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, Nº 1, pp. 87-108.
- LARRAÍN Páez, Cristián, 2009: “Aproximación a los Punitive Damages”, en Carlos Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago, Thomson Reuters.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, 2006: “The Badness of Discrimination”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 9, pp. 167-185.
- MARTÍNEZ Alles, María Guadalupe, 2020: “La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en J.A. García Amado y Diego M. Papayannis (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*. Lima, Palestra.

- MARTÍNEZ Alles, María Guadalupe, 2018: "Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage", *Journal of Tort Law*, Vol. 11, N° 2.
- MARTÍNEZ Estay, 2010: "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia chilena", *Estudios Constitucionales*, vol. 8 n° 2, pp. 125-166.
- MEDINA Villanueva, 2021: *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*. México D.F., Tirant lo Blanch.
- MENDOZA Alonzo, Pamela, 2019: "Introducción al estatuto de la responsabilidad del proveedor", en María Elisa Morales y Pamela Mendoza (eds.), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Der Ediciones.
- MOMBERG Uribe, Rodrigo y PINO Emhart, Alberto, 2021: "Algunos aspectos relevantes para el ejercicio de acciones indemnizatorias en procedimientos colectivos", en Francisca Barrientos y Lucas del Villar (eds.), *Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el Derecho del consumo*. Santiago, Thomson Reuters.
- MUNITA Marambio, Renzo, 2023: "Notas sobre la relación entre el art. 24 inc. 5to y el Art. 53 C, letra C de la Ley 19.496; con especial interés en la agravante relativa al riesgo a la seguridad de los consumidores", en Nathalie Walker y Carolina Schiele (eds.), *Estudios de Derecho del Consumidor IV*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUNITA Marambio, Renzo, 2019: "Del daño moral y su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa (Comentarios a la Ley No. 21.081 que modifica la Ley No. 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores)", *Actualidad Jurídica*, N° 39, pp. 207-231.
- MURPHY, John, 2010: "The Nature and Domain of Aggravated Damages", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 69, N° 2, pp. 353-377.
- PEREIRA Fredes, Esteban, 2015: "Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el Derecho privado", *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 7, pp. 61-78.
- PINO Emhart, Alberto, 2021a: "El daño moral como remedio expresivo. A propósito del caso *Mayan Palace*", en Carlos de la Rosa (coord.), *Derecho de Daños. Ideas para iniciar el diálogo*. México D.F., Centro de Estudios Constitucionales SCJN.
- PINO Emhart, Alberto, 2021b: "La naturaleza jurídica del daño moral en procedimientos de acción colectiva tras la reforma a la Ley del Consumidor", en Iñigo de la Maza y Juan Ignacio Contardo (dirs.), *Estudios de Derecho del Consumidor II*. Santiago, Rubicón.
- PONCE Quiroz, Matías, 2022: Los daños punitivos y su incorporación a la ley de protección a los derechos de los consumidores. La responsabilidad civil como mecanismo de disuasión y sanción", en Karenn Díaz y Hans Guthrie (eds.), *Estudios de Derecho del Consumidor*. Valencia, Tirant.
- RAO, Neomi, 2008: "On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, pp. 201-255.
- RILEY, Stephen, 2018: *Human Dignity and Law: Legal and Philosophical Investigations*. London, Routledge.
- RUPNIEWSKI, Michal, 2023: *Human Dignity and the Law. A Personalist Theory*. London, Routledge.
- SCHOPENHAUER, Arthur, 1903: *The Basis of Morality*. London, Swan Sonnenschein.
- SEBOK, Anthony y WILCOX, Rebecca, 2009: "Aggravated Damages", en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Cham, Springer.
- SEGURA Rivero, Francisco, 2005: "Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el Derecho Civil chileno", en Juan Andrés Varas y Susan Turner (coords.), *Estudios de Derecho Civil*. Santiago, Lexis Nexis.
- TAPIA Rodríguez, Mauricio, 2021: "Daño moral colectivo", en Fabián Elorriaga (coord.), *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago, Thomson Reuters.

VAN DAM, Cees, 2013: *European Tort Law*. Oxford, Oxford University Press, 2a edición.

WALDRON, Jeremy, 2012: *Dignity, Rank, & Rights*. Oxford, Oxford University Press.

WALDRON, Jeremy, 2013: "Citizenship and Dignity", en Christopher McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*. Oxford, Oxford University Press.

WEINRIB, Ernest J., 2017: *La idea de derecho privado*. Madrid, Marcial Pons.

YERIC Barrientos, Yasmina, 2022: "La consagración de daños punitivos en el ordenamiento jurídico chileno a través de la Ley Nº 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores", en Karenn Díaz y Hans Guthrie (eds.), *Estudios de Derecho del Consumidor*. Valencia, Tirant lo Blanch.

# Los ajustes razonables para personas con discapacidad en el derecho chileno: una caracterización y evaluación inicial de la situación actual

*Eduardo Marchant Vivanco\**

## RESUMEN

*Los ajustes razonables son reconocidos como una herramienta fundamental para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad y su relevancia ha alcanzado nuevos bríos a nivel global en razón de su consagración expresa en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Bajo este escenario, este estudio propone realizar un diagnóstico inicial a la situación actual de los ajustes razonables para personas con discapacidad en el derecho chileno, mediante la caracterización y evaluación de su tratamiento en la legislación y jurisprudencia nacional. El estudio plantea que, pese a la existencia de aspectos positivos, la novel experiencia chilena en materia de ajustes razonables presenta, al menos, tres problemas específicos: en el caso de la legislación, la escasa densidad normativa de las disposiciones que abordan la materia; en el caso de la jurisprudencia, la existencia de dificultades conceptuales en la aplicación de los ajustes razonables y el débil escrutinio judicial ante la negativa de los demandados a implementar estas medidas.*

Ajustes razonables; personas con discapacidad; derecho chileno

*Reasonable accommodation for persons with disabilities in Chilean law: a preliminary characterization and evaluation of the current state of affairs*

## ABSTRACT

*Reasonable accommodation measures are recognized as a critical tool for the exercise of the rights of persons with disabilities and their relevance has reached new strength at a global stage due*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1659-1357>. Correo electrónico: [ecmarchantvivanco@gmail.com](mailto:ecmarchantvivanco@gmail.com).

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación doctoral del autor, titulado "Hacia la implementación de ajustes razonables para personas con discapacidad en Chile", en el Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho de la Universidad Austral de Chile, y que es financiado por la Beca de Doctorado Nacional de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID), folio número 21191693.

El autor agradece las valiosas observaciones de los dos árbitros anónimos que evaluaron una versión inicial de este trabajo, que sin duda han conducido a una mejor versión del presente artículo.

Artículo recibido el 10.10.2022 y aceptado para su publicación el 14.6.2023.

*to their express consecration in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Against this background, this study aims to make an initial diagnosis of the current state of affairs on reasonable accommodation for persons with disabilities in Chilean law, through the characterization and evaluation of their treatment in national legislation and case law. The study suggests that, despite the existence of positive aspects, the novel Chilean experience on reasonable accommodation presents, at least, three specific problems: in the case of legislation, the low normative density of the provisions that address the matter; in the case of the case law, the existence of conceptual difficulties in the application of reasonable accommodation and the weak judicial scrutiny when defendants refuse to implement these measures.*

Reasonable accommodation; persons with disabilities; Chilean law

## I. INTRODUCCIÓN

Los ajustes razonables han sido destacados en la literatura especializada como una herramienta fundamental para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad<sup>1</sup>. Esta relevancia se ha visto reforzada a nivel global en virtud de su consagración expresa en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), cuya amplia ratificación ha significado un nuevo impulso para el debate académico, legislativo y jurisprudencial acerca de los ajustes razonables para personas con discapacidad (ARPD)<sup>2</sup>. En efecto, tomando como parámetro la consagración de estas medidas en la CDPD, diversos estudios en el extranjero se han propuesto analizar cómo los países han implementado la obligación de realizar ARPD en sus respectivas jurisdicciones nacionales, tanto en sede legislativa como en su aplicación práctica a nivel jurisprudencial<sup>3</sup>.

En el derecho chileno, según se verá en este estudio, los ARPD han sido explícitamente consagrados en la legislación nacional y aplicados a nivel jurisprudencial. Junto con ello, desde la academia, diversos autores han realizado aportes para presentar y posicionar los ARPD en la discusión jurídica nacional<sup>4</sup>. Sin embargo, hasta ahora, no existe

---

<sup>1</sup> En este sentido, las obras canónicas de consulta obligatoria para adentrarse en el estudio de los ajustes razonables son: WADDINGTON, 2007 y LAWSON, 2008.

<sup>2</sup> MÉGRET Y MSIPA, 2014.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, BUTLIN, 2011; GUTIÉRREZ, 2019; BUCKLEY Y QUINLIVAN, 2021; y KARJALAINEN Y YLHÄINEN, 2021.

<sup>4</sup> En Chile, los principales trabajos doctrinales acerca de ARPD se encuentran en FINSTERBUSCH, 2016; DÍAZ DE VALDÉS 2019; y AGÜERO *et al.*, 2021. Sin perjuicio de lo anterior, existen diversos trabajos doctrinales nacionales que, desde distintas disciplinas jurídicas, aluden (incidental o circunstancialmente) a los ARPD. En este sentido, pueden mencionarse: CISTERNAS, 2015, pp. 22 y 33-35, que se refiere a la consagración de los ARPD en la CDPD; SILVA, 2017, pp. 92-93, que identifica los ARPD como medida que garantiza la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad consagrada en la Ley N° 20.422; YÁÑEZ Y ZÚÑIGA, 2018, p. 526, que acusa un problema de eficacia en la aplicación de los ARPD producto de la débil regulación legal chilena; ARAVENA, 2019, pp. 328 y 335, que identifica los ARPD como medidas para la educación inclusiva de niños, niñas y adolescentes con discapacidad; MARTÍNEZ, 2019, p. 356 y DÍAZ *et al.*, 2021, pp. 32-34, quienes identifican los ARPD como una medida de inclusión laboral de las personas con discapacidad; MARSHALL Y ABOLLADO, 2019, p. 95, que en el contexto del derecho de sufragio

en nuestra doctrina un estudio que examine con suficiente profundidad el tratamiento de los ARPD en la legislación y jurisprudencia chilenas. A este respecto, el presente trabajo se propone ofrecer una caracterización y evaluación inicial a la situación actual de los ARPD en el derecho chileno, tanto desde el punto de vista de su regulación legal como de su aplicación jurisprudencial.

El artículo se estructura de la siguiente manera. En la sección inicial, se consigna brevemente una conceptualización de los ARPD, singularizando sus características fundamentales (II). En seguida, se pasa revista a la legislación chilena, examinando los principales textos de derecho positivo interno que establecen disposiciones en materia de ARPD (III). Posteriormente se hace lo propio con la jurisprudencia chilena, examinando diversas sentencias en que los tribunales nacionales aplican la figura de los ARPD para resolver controversias que involucran a personas con discapacidad (IV). Revisadas la legislación y jurisprudencia chilenas, se realiza un diagnóstico y evaluación al tratamiento de los ARPD en el derecho nacional, poniendo de relieve los aspectos positivos y problemáticos de la situación actual (V). Finalmente, junto con sintetizar los contenidos del artículo, la sección de conclusiones sugiere una explicación posible a los aspectos problemáticos del derecho chileno en materia de ARPD (VI).

## II. NOTAS ELEMENTALES ACERCA DE LOS ARPD

Aunque sus precisos contornos y límites aún son objeto de debate, existen ciertas notas elementales acerca de los ARPD que son constantes en la producción doctrinal y normativa de estas medidas y que se podrían considerar como una suerte de “núcleo básico incontrovertido”<sup>5</sup>. Como punto inicial, actualmente no caben dudas de que los

---

identifican los ARPD como una herramienta fundamental de la CDPD; WEIDENSLAUFER Y TRUFFELLO, 2019, p. 231, que identifican los ARPD como medidas incorporadas en ordenamientos jurídicos extranjeros para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; MONTECINOS, 2021, p. 206, que se refiere a la necesidad de implementar ARPD y apoyos en la legislación civil chilena para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; y LATHROP, 2022, pp. 243 y 250, que ha llamado la atención acerca de la falta de implementación de los ARPD en el sistema educativo chileno y en las reglas de capacidad jurídica de legislación civil nacional.

<sup>5</sup> Los objetivos (y límites de extensión) de este trabajo impiden abordar las complejas discusiones teóricas y conceptuales en torno a los ARPD. Sin embargo, sin pretensiones de exhaustividad y solo con el objetivo de identificarlas, se pueden mencionar las siguientes. Primero, en tanto herramienta del derecho antidiscriminatorio, se ha discutido si los ARPD son una herramienta autónoma o subordinada a las prohibiciones de discriminación directa o indirecta. Al respecto, véase, KHAITAN, 2015, pp. 78-79; y WADDINGTON, 2007, pp. 740-744. Segundo, existen discrepancias en el tipo de adaptaciones o modificaciones comprendidas por los ARPD, siendo particularmente discutido si ellos pueden utilizarse para eximir a una persona con discapacidad del cumplimiento de una norma legal o convencional. En España, por ejemplo, la pregunta en torno a qué clase de medidas concretas debe adoptar el empleador en función de la obligación de realizar ARPD ha sido especialmente abordada por la doctrina laboralista. Al respecto, véase, FONT, 2018, pp. 198-200; y RODRÍGUEZ, 2020, pp. 67-74. Tercero, no es pacífico si la aplicación de ARPD está reservada exclusivamente a personas con discapacidad o también pueden aplicarse a personas sin discapacidad que se relacionen estrechamente con aquellas. Acerca de este punto, véase, WADDINGTON, 2013, p. 196; y

ARPD son un dispositivo de no discriminación. Los estudios doctrinales del derecho antidiscriminatorio sostenidamente han incorporado y reconocido los ARPD como parte de la batería de herramientas propias de esta disciplina<sup>6</sup>, reconocimiento que también se ha realizado en la doctrina chilena<sup>7</sup>. A su vez, es usual que las jurisdicciones nacionales consagren disposiciones sobre ARPD en estatutos legales, generales o específicos, contra la discriminación<sup>8</sup>. Según se verá en este estudio, esto también ocurre en el caso chileno, donde la Ley N° 20.422, estatuto legal específico para las personas con discapacidad, consagra los ARPD como una medida contra la discriminación dispuesta a garantizar el derecho de igualdad de oportunidades de estas personas.

Asentados como una herramienta de no discriminación, la configuración jurídica de los ARPD se funda en tres características fundamentales. La primera es que los ARPD son una herramienta de carácter individualizado: operan respecto de una persona con discapacidad situada en un contexto específico y en razón de necesidades concretas vinculadas con la situación de discapacidad de la persona. De este modo, la aplicación de los ARPD se contrapone a una aproximación del tipo *one size fits all*, en tanto que la adaptación o modificación que se requiera en un caso concreto puede variar en función de factores individuales (por ejemplo, el tipo de discapacidad y la intensidad de esta) y factores contextuales (por ejemplo, las condiciones del entorno y el tipo de actividad para la que se requiere la realización de adaptaciones). La segunda característica es que la aplicación de los ARPD implica una acción de intervención en el entorno existente, modificándolo o adaptándolo en función de las necesidades de la persona con discapacidad involucrada. Estas intervenciones pueden ser materiales (adaptaciones del ambiente físico construido o adquisición de equipos o dispositivos) e inmateriales (adaptaciones a la forma en que se aplica un determinado criterio, norma o procedimiento o cuando se desarrolla una actividad determinada). La tercera característica, asociada a los límites de la obligación de realizar ARPD, es que la exigibilidad de una adaptación o modificación a título de ARPD está condicionada a la satisfacción de un criterio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, la implementación de la adaptación o modificación requerida no

---

GUTIÉRREZ, 2019, p. 218. Cuarto, se ha discutido cómo y con qué criterios evaluar la exigibilidad de una medida de ARPD en casos concretos, controversia que ha sido enmarcada en la literatura bajo la interrogante ¿cuándo es razonable un ajuste razonable? Al respecto, véase, WADDINGTON, 2008; y de Asís, 2014. Por último, también se ha discutido respecto de la relación de los ARPD con otras herramientas consagradas en la CDPD, como el diseño universal, las medidas de accesibilidad, los ajustes de procedimiento y los apoyos. Acerca del particular, véase, DE ASÍS, 2018.

<sup>6</sup> Por todos, véase, WADDINGTON, 2007, pp. 629-756; BAMFORTH, MALIK Y O'CONNOR, 2008, pp. 1078-1097; FREDMAN, 2011, pp. 214-221; KHAITAN, 2015, pp. 76-79; y REY, 2019, pp. 279-283.

<sup>7</sup> En este sentido, por ejemplo, FINSTERBUSCH, 2016, p. 228; DÍAZ DE VALDÉS, 2019, pp. 215-221; y GAJARDO, 2020, p. 532.

<sup>8</sup> Véase a modo ejemplar, como estatutos generales: *Equality Act 2010* (Inglaterra) y Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación (España); y como estatutos específicos: *Disability Discrimination Act 1992* (Australia) y Ley N° 20.422 (Chile).

debe imponer una carga desproporcionada al sujeto o entidad encargada de su realización, evaluación que se debe realizar caso a caso<sup>9</sup>.

Basándose en las características mencionadas, en este artículo se entenderá que los ARPD son un dispositivo de no discriminación en favor de las personas con discapacidad, que consisten en la realización de modificaciones o adaptaciones del entorno existente en función de las necesidades específicas de una persona con discapacidad en particular y cuya exigibilidad está condicionada a la satisfacción de un criterio de proporcionalidad<sup>10</sup>.

### III. LOS ARPD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

La consagración de los ARPD en la legislación chilena es temporalmente posterior a la adopción de la CDPD y se materializó, previa ratificación de este tratado por parte del Estado chileno, con la dictación de la Ley N° 20.422 (“Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”) en el 2010<sup>11</sup>. A partir de ese momento, la consagración de los ARPD en la legislación chilena se ha profundizado y actualmente existen disposiciones sobre ARPD no solo en estatutos especialmente dirigidos a personas con discapacidad (como la Ley N° 20.422), sino también en estatutos de alcance general que regulan determinados ámbitos de la actividad humana, como la legislación laboral y de educación.

#### 1. *ARPD en la Ley N° 20.422 y sus reglamentos*

En la legislación chilena la principal regulación de los ARPD se encuentra en la Ley N° 20.422, estatuto que establece: a) en qué consisten los ARPD y qué rol cumplen; y b) ciertas hipótesis de aplicación específicas.

#### a) Concepto y rol de los ARPD en la Ley N° 20.422

El artículo 8 de la Ley N° 20.422 establece que los ARPD son una medida contra la discriminación cuyo objetivo es garantizar el derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. En seguida, bajo la denominación de “ajustes necesarios” y replicando casi exactamente la conceptualización de los ARPD vigente en ese momento en el derecho español<sup>12</sup>, el artículo 8 define los ARPD en los siguientes términos:

---

<sup>9</sup> Para una descripción de los ARPD en tanto herramienta del derecho antidiscriminatorio, véase: WADDINGTON, 2007, pp. 629-756. En la doctrina chilena, véase, DÍAZ DE VALDÉS, 2019, pp. 215-219.

<sup>10</sup> Una definición similar, aunque con matices, se puede encontrar en PÉREZ BUENO, 2012, p. 164.

<sup>11</sup> La CDPD fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y fue ratificada por Chile el 28 de julio de 2008.

<sup>12</sup> Esto es esperable si se considera que la regulación de los ARPD en el derecho español fue una de las experiencias del derecho comparado que se tuvieron a la vista en el mensaje presidencial y discusión parlamentaria que dieron origen a la Ley N° 20.422. Historia de la Ley N° 20.422, p. 4.

“Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”<sup>13</sup>.

La definición recién transcrita amerita diversas observaciones<sup>14</sup>. En primer lugar, la definición legal chilena delimita un campo de aplicación específico respecto de qué es aquello que se modifica por medio de una medida de ARPD. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la definición del artículo 2 CDPD (que no establece una delimitación en este sentido)<sup>15</sup>, el artículo 8 de la Ley N° 20.422 circunscribe a los ARPD a las modificaciones del “ambiente físico, social y de actitud”. En consecuencia, la definición legal de ARPD pareciera excluir la posibilidad de realizar modificaciones o adaptaciones de carácter normativo, es decir, medidas de ARPD que conlleven una modificación a la aplicación de una determinada norma convencional o legal en un caso particular.

En segundo lugar, el legislador chileno ha optado claramente por el criterio de proporcionalidad para expresar el elemento de exigibilidad condicionada ínsito en los ARPD. Según el artículo 8, las medidas de adecuación solicitadas a título de ARPD no deben suponer una “carga desproporcionada” para el destinatario de la solicitud. Sin embargo, al igual que la CDPD, la Ley N° 20.422 no señala qué factores se deben considerar para evaluar la proporcionalidad de una medida de adecuación en un caso concreto. Esta omisión contrasta con la regulación de los ARPD en otros ordenamientos jurídicos (como el español, el estadounidense y el inglés), donde se ha considerado relevante para la aplicación de los ARPD identificar claramente los factores para evaluar la exigibilidad de una adecuación en un caso concreto. Esta identificación de criterios se ha realizado ya sea mediante su positivación en estatutos legales (Estados Unidos)<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Este concepto es casi idéntico al establecido para el derecho español en el artículo 7 de la Ley 51/2003 “de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, con la única diferencia de que el concepto chileno utiliza la expresión “carencias” y el concepto español utilizaba la expresión “necesidades”. La Ley 51/2003 fue derogada posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba la “Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.

<sup>14</sup> Otros comentarios al concepto de ARPD en el derecho chileno pueden verse en: DÍAZ DE VALDÉS, 2019, pp. 217-218, quien individualiza diferentes características de la configuración de los ARPD en la legislación chilena basándose en los elementos que integran la definición de la Ley N° 20.422; y AGÜERO *et al.*, 2021, pp. 126-127 y 148, quienes individualizan diversas características de los ARPD basándose en la definición legal e identifican la noción de proporcionalidad y de efectividad como criterios de evaluación de una medida de ARPD en concreto.

<sup>15</sup> El artículo 2 CDPD define los ARPD como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

<sup>16</sup> Sec. 12111. (10) (B) de la *Americans with Disabilities Act 1990*.

y España<sup>17</sup>) o por la práctica de órganos administrativos encargados de la ejecución y aplicación de la ley (Inglaterra)<sup>18</sup>.

Por último, a diferencia de la CDPD (que establece que los ARPD garantizan a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de todos los derechos humanos<sup>19</sup>), la definición de la Ley N° 20.422 establece que los ARPD cumplen la función de facilitar “la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad”. La utilización de los conceptos “accesibilidad” o “participación” puede entenderse como una recepción en el derecho positivo de la postura doctrinal donde los ARPD son un remedio subsidiario respecto de las exigencias de accesibilidad<sup>20</sup>. Sin embargo, es evidente que la definición legal chilena no es explícita en vincular los ARPD con la finalidad de garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Por ello, no es de extrañar que existan mociones parlamentarias en trámite para modificar la definición de ARPD de la Ley N° 20.422, en el sentido de establecer expresamente que la función de estas medidas es garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de sus derechos<sup>21</sup>.

#### b) Hipótesis específicas de aplicación de ARPD en la Ley N° 20.422

Fuera del artículo 8, la Ley N° 20.422 se refiere a los ARPD solo en tres artículos adicionales, prescribiendo la aplicación de estas medidas en ciertas hipótesis específicas. Estas son:

- La adopción de ARPD en los mecanismos, procedimientos y prácticas de selección que efectúen personas o instituciones, públicas o privadas, que ofrezcan servicios educacionales, capacitación o empleo (artículo 24);
- La adopción de ARPD para personas con discapacidad sensorial en bibliotecas de acceso público (artículo 27); y
- La adopción de ARPD en los procedimientos tramitados por la interposición de la acción judicial del artículo 57 de esta Ley, a efectos de permitir a las personas con discapacidad sensorial comunicarse y acceder a los antecedentes del proceso (artículo 59).

La hipótesis del artículo 24, por una parte, ha gozado de una gran aplicabilidad práctica en sede judicial, especialmente en los litigios relativos a la adecuación de exámenes de admisión en el ámbito de la educación y del empleo. Además, el artículo 24 contempla una regulación legal de lo que puede denominarse “solicitud de ARPD”,

---

<sup>17</sup> Artículo 66.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el “Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social”.

<sup>18</sup> Párrafo 6.28 del *Employment Statutory Code of Practice 2011* de la *Equality and Human Rights Commission*.

<sup>19</sup> Artículo 2 CDPD.

<sup>20</sup> Véase, entre otros: PÉREZ BUENO, 2012, p. 164; y DE ASÍS, 2014, pp. 104-105.

<sup>21</sup> Boletín 11501-11. Moción ingresada el 10 de noviembre de 2017, encontrándose en primer trámite constitucional (último trámite registrado el 2 de abril de 2019).

indicando a quién corresponde dar impulso a la implementación de estas medidas (a la persona con discapacidad) y la oportunidad para hacerlo (en el momento de presentar su postulación). Asimismo, es llamativo que las hipótesis de los artículos 27 y 59 se circunscriban exclusivamente a situaciones que involucren a personas con discapacidad sensorial. Este alcance restringido puede tener efectos problemáticos, particularmente en el caso del artículo 59, que involucra asuntos de acceso a la justicia. Si los ARPD previstos en este artículo tienen por finalidad que las personas con discapacidad puedan comunicarse y acceder a los antecedentes del proceso, ¿qué razones pueden esgrimirse para restringir estas medidas solo a las personas con discapacidad sensorial? La interpretación exegética del artículo 59 tendría como resultado la imposibilidad de que en estos casos se implementen ARPD, por ejemplo, en favor de personas con discapacidad intelectual, en circunstancias que ellas también podrían necesitar de modificaciones o adaptaciones para comunicarse o acceder a los antecedentes del proceso.

Desde luego, las tres hipótesis especiales señaladas no agotan el campo de aplicación de los ARPD en nuestro derecho. La práctica jurisprudencial nacional (IV) demuestra que la aplicación de estas medidas en Chile se ha extendido mucho más allá de las situaciones especiales ordenadas por la Ley N° 20.422.

c) Los ARPD en los reglamentos de ejecución de la Ley N° 20.422

De los ocho reglamentos dictados para la ejecución de la Ley N° 20.422, el único relevante en materia de ARPD es aquel que reglamenta el artículo 45 del texto legal, disposición que establece una regla de selección preferente para personas con discapacidad en la provisión de cargos públicos<sup>22</sup>. El artículo 7 de este reglamento contempla tres reglas que facilitan la aplicación práctica de ARPD en estos casos. La primera regla identifica claramente al sujeto pasivo de la obligación, estableciendo que corresponde al jefe superior del servicio respectivo (y a quienes sean contratados en calidad de asesores externos) implementar los ARPD, servicios de apoyo o ayudas técnicas requeridas por las personas con discapacidad que se presenten en el proceso de selección de personal. La segunda regla establece que a efectos de implementar los ARPD necesarios, los servicios públicos podrán solicitar informes técnicos o colaboración al Servicio Nacional de la Discapacidad. La tercera regla, por último, determina la oportunidad en que la persona con discapacidad debe realizar su “solicitud de ARPD”. Conforme con esta regla, la persona con discapacidad interesada debe indicar en el respectivo formulario de postulación qué ARPD o ayudas técnicas se requieren para su participación en el proceso de selección de personal.

<sup>22</sup> Decreto 65/2017 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

## 2. *ARPD en estatutos de alcance general: legislación laboral y de educación*

La legislación chilena también contempla disposiciones acerca de ARPD en estatutos legales no destinados específicamente a las personas con discapacidad, pero que regulan ámbitos de aplicación paradigmáticos de estas medidas, tales como el empleo y la educación. En el ámbito del empleo, la reforma llevada a cabo el año 2010 en virtud de la Ley N° 20.422 incorporó los ARPD en el texto del Código del Trabajo. Esta incorporación se materializó incluyendo los ARPD dentro de los contenidos mínimos del reglamento de orden, higiene y seguridad que debe elaborar el empleador. Según dispone el Código, este reglamento debe contener “las normas especiales pertinentes [...] a los ajustes necesarios y los servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado”<sup>23</sup>. En el ámbito de la legislación sobre educación, la consagración de los ARPD data del año 2018 y se materializó con la dictación de la Ley N° 21.091 (“Sobre educación superior”). En esta ley la referencia a los ARPD está contenida dentro de la regulación de los principios inspiradores del Sistema de Educación Superior. A propósito del “principio de inclusión”, se establece que “el Sistema promoverá la realización de ajustes razonables para permitir la inclusión de las personas con discapacidad”<sup>24</sup>.

Precisamente en el ámbito de la educación, dos leyes dictadas en 2023 han extendido la consagración de los ARPD en ordenamiento jurídico nacional. Por una parte, la Ley N° 21.544 (“Modifica y complementa las normas que indica respecto del sistema educativo”) incorpora en la Ley N° 20.370 (“Ley General de Educación”) disposiciones sobre ARPD tratándose de establecimientos educativos particulares pagados. La reforma legal obliga a estos establecimientos contemplar programas de inclusión escolar que incorporen los ARPD y apoyos pertinentes para el acceso y permanencia en el establecimiento de estudiantes con discapacidad o necesidades educativas especiales permanentes<sup>25</sup>, prohibiéndoles cobrar un mayor valor de matrícula o arancel a los estudiantes que requieran de ARPD o apoyos<sup>26</sup>. Por otra parte, la Ley N° 21.545 (“Establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación”) establece disposiciones sobre la implementación de ARPD en establecimientos de educación escolar y superior tratándose de personas con trastorno del espectro autista<sup>27</sup>.

Ahora bien, lejos de profundizar la comprensión de los ARPD en la legislación chilena, la regulación de estas medidas en los cuerpos legales señalados opera en forma semejante a las hipótesis de aplicación específicas establecidas en la Ley N° 20.422. Estas leyes, en realidad, se refieren al deber de realizar ARPD en ciertos ámbitos determinados, sin proporcionar mayores orientaciones respecto de cómo hacerse cargo de este deber. El Código

<sup>23</sup> Artículo 154 N° 7 Código del Trabajo.

<sup>24</sup> Artículo 2 letra e) Ley N° 21.091.

<sup>25</sup> Artículo 10 inciso noveno Ley N° 20.370.

<sup>26</sup> Artículo 23 inciso cuarto Ley N° 20.370.

<sup>27</sup> Artículos 18 y 21 Ley N° 21.545.

del Trabajo no proporciona a los empleadores mayores pautas para la implementación de ARPD en favor de trabajadores con discapacidad. Las leyes referidas a educación (Ley Nº 21.091 y Ley Nº 20.370) y a derechos de personas con trastorno del espectro autista (Ley Nº 21.545) tampoco especifican qué medidas deben adoptar los establecimientos educacionales para satisfacer el deber de realizar ARPD que se les impone.

#### IV. LOS ARPD EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

En diversas oportunidades los tribunales de justicia chilenos han aplicado los ARPD para resolver litigios que involucran a personas con discapacidad. Las sentencias en la materia han sido dictadas por distintos tribunales (de primera instancia y tribunales superiores), a propósito de la interposición de diversas acciones judiciales (protección, amparo, no discriminación arbitraria y otras acciones especiales) y con referencia a una heterogeneidad de ámbitos (educación, transportes, penitenciario, trabajo y salud) y discapacidades (físicas, intelectuales, psíquicas y sensoriales). Esta sección realiza una sistematización temática de estas sentencias, lo que permitirá detectar en qué medida los tribunales chilenos están familiarizados con los ARPD, en qué asuntos los han aplicado, qué clase de modificaciones se han debatido y qué problemas han surgido en la aplicación jurisprudencial de esta figura.

##### a) *Educación*

##### i. Adaptaciones en los procesos de admisión escolar o universitaria

En tres sentencias, todas referidas a personas con discapacidad intelectual, la Corte Suprema ha aplicado los ARPD respecto de los procesos de admisión realizados por establecimientos de educación. De manera uniforme, la Corte Suprema ha resuelto que el prestador de servicios educacionales (sea público o privado) tiene la obligación de realizar adaptaciones en su procedimiento de selección para asegurar igual trato a personas con discapacidad<sup>28</sup>. Así, se ha fallado que aplicar a personas con discapacidad los procesos de admisión estandarizados establecidos para la generalidad de los postulantes, omitiendo la realización de ARPD, constituye una vulneración del derecho de igualdad ante la ley<sup>29</sup>.

##### ii. Adaptaciones para la progresión o continuidad de estudios

Diversas sentencias abordan el caso de personas con discapacidad ya matriculadas en establecimientos educacionales y que solicitan la realización de adaptaciones para

<sup>28</sup> Corte Suprema, 4.11.2017, rol 36694-2017, considerando quinto; Corte Suprema, 14.1.2020, rol 11978-2018, considerando sexto; Corte Suprema, 30.7.2020, rol 69758-2020, considerando sexto.

<sup>29</sup> Corte Suprema, 4.11.2017, rol 36694-2017, considerando sexto; Corte Suprema, 30.7.2020, rol 69758-2020, considerando noveno.

la progresión o continuidad de sus estudios. La respuesta judicial en estos casos no ha sido uniforme, observándose diferencias en función de si se trata de educación escolar o superior. Tratándose de educación escolar, las tres sentencias de la Corte Suprema (todas referidas a personas con discapacidad intelectual) han declarado que los establecimientos tienen la obligación de implementar los ARPD necesarios para asegurar la continuidad de niños y niñas con discapacidad en el sistema educacional<sup>30</sup>.

Tratándose de la educación superior, si bien se ha declarado la aplicabilidad de los ARPD, los tribunales han sido menos proclives a acoger las pretensiones de las personas con discapacidad recurrentes. Ante la pretensión de implementar ARPD, las instituciones de educación superior recurridas generalmente las han rechazado amparándose en la libertad de enseñanza y autonomía académica que las asisten, defensa que en ocasiones ha sido acogida por los tribunales<sup>31</sup>. La tensión entre ARPD y libertad de enseñanza fue abordada explícitamente por la Corte Suprema en la sentencia *Ureta v. González Mardones y Cía. Ltda.* Revirtiendo la sentencia de segunda instancia, la Corte declaró que la realización de adaptaciones a los métodos de evaluación aplicados a una persona con discapacidad física no imponía una carga desproporcionada para la demandada. Declaró, además, que la omisión de realizar ARPD constituye un acto arbitrario que no puede justificarse en la libertad de enseñanza por dos razones: primero, porque la realización de ARPD no altera la autonomía de la demandada para definir su forma de enseñar; y segundo, porque la libertad de enseñanza debe ceder ante el derecho de las personas con discapacidad a ser tratadas en igualdad de condiciones<sup>32</sup>.

Otras dos sentencias de la Corte Suprema son relevantes en materia de adaptaciones para la continuidad de estudios de personas con discapacidad. En *Saragoni v. Pontificia Universidad Católica de Chile*, la Corte Suprema resolvió que la implementación de los ARPD solicitados por la recurrente era improcedente, ya que no se había acreditado la necesidad de realizar adecuaciones. En una argumentación inédita en la jurisprudencia nacional, la Corte estimó que el desempeño académico de la recurrente (una persona con discapacidad psíquica) no exhibía una situación de desventaja que justificara la aplicación de ARPD<sup>33</sup>. A su vez, en *Soriano v. Universidad de Santiago de Chile*, la Corte abordó el problema de la interrupción de los ARPD previamente acordados por causas no imputables a las partes. En su sentencia, la Corte declaró que, debido al carácter fundamental de los ARPD para la continuidad de estudios de las personas con discapacidad, la interrupción intempestiva de clases producto de la pandemia o manifestaciones sociales no justificaba la suspensión de los ARPD implementados en favor del recurrente (una persona con discapacidad visual), so pena de incurrir en un acto de discriminación<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Corte Suprema, 21.6.2018, rol 38521-2017, considerando décimo; Corte Suprema, 18.1.2021, rol 117171-2020, considerando séptimo y noveno; Corte Suprema, 23.8.2021, rol 25347-2021, considerando duodécimo.

<sup>31</sup> En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 30.1.2018, rol 11318-2017 y 13° Juzgado Civil de Santiago, 14.9.2018, rol C-114-2017.

<sup>32</sup> Corte Suprema, 10.10.2019, rol 8034-2018, considerando undécimo.

<sup>33</sup> Corte Suprema, 16.6.2021, rol 11443-2019, considerando séptimo.

<sup>34</sup> Corte Suprema, 29.12.2020, rol 92143-2020, considerando undécimo.

### iii. Adaptaciones en los procedimientos disciplinarios internos

La sentencia *Orellana v. Centro de Formación Técnica Inacap* se refiere al caso de una persona con discapacidad intelectual sometida a un procedimiento disciplinario interno por denuncias de acoso en su contra. Durante la tramitación del procedimiento, el denunciado solicitó la realización de adaptaciones en razón de su discapacidad, solicitud que fue desestimada por la institución de educación aduciendo que ello no estaba previsto por la normativa interna. Aplicando la obligación de realizar ARPD, la Corte acogió la pretensión del recurrente y resolvió que la aplicación estandarizada de la normativa disciplinaria interna, sin atender la necesidad de realizar adecuaciones en razón de la discapacidad de la persona, constituía un acto arbitrario que vulnera el derecho de igualdad ante la ley<sup>35</sup>.

#### b) *Transportes*

##### i. Adaptaciones en la tramitación de licencias de conducir

Diversas sentencias se refieren a la realización de adaptaciones a los exámenes para la obtención o renovación de licencias de conducir cuando estos son rendidos por personas con discapacidad. Todas estas sentencias involucran a personas con discapacidad física y exhiben una tendencia jurisprudencial clara y consistente: las personas con discapacidad no pueden ser sometidas a los exámenes estandarizados aplicables a la generalidad de las personas y las municipalidades están obligadas a realizar las adaptaciones necesarias para que aquellas puedan tramitar su licencia de conducir en pie de igualdad con las demás personas. Así, se ha fallado que la omisión de realizar ARPD, expresada en no adaptar los exámenes requeridos a las condiciones particulares de la persona con discapacidad, constituye una discriminación arbitraria<sup>36</sup>.

##### ii. Condiciones de accesibilidad de los medios de transporte público

En la sentencia *Sandoval v. Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.* los hechos correspondían al estado de un salvaescalas dentro del tren subterráneo, cuya falta de mantenimiento había provocado que ante una alerta de evacuación una persona con discapacidad física se encontrara imposibilitada de abandonar la estación. En su decisión, la Corte Suprema estimó que la demandada había incumplido las obligaciones de accesibilidad

<sup>35</sup> Corte Suprema, 30.12.2020, rol 132251-2020, considerando sexto y séptimo.

<sup>36</sup> 7° Juzgado Civil de Santiago, 29.12.2016, rol C-24166-2015, considerando decimotercero; Corte Suprema, 9.10.2018, rol 41884.2017, considerandos noveno y décimo; Corte de Apelaciones de Arica, 27.12.2018, rol 912-2018, considerandos octavo y undécimo; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10.8.2020, rol 2726-2020, considerando décimo; y Corte de Apelaciones de Santiago, 19.3.2021, rol 81467-2020, considerando undécimo.

exigidas por Ley N° 19.284, y que dicho incumplimiento constituía “una forma específica de discriminación, específicamente la denegación de ajustes razonables”<sup>37</sup>.

c) *Penitenciario*

i. Traslados de personas privadas de libertad a otros recintos penitenciarios

La sentencia *Pérez v. Gendarmería de Chile* se refiere a una persona con discapacidad psíquica respecto de la cual Gendarmería había ordenado su traslado a otro recinto penitenciario aduciendo razones de seguridad. Recurriendo a los ARPD, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió que la actuación de Gendarmería se encontraba conforme a derecho y no vulneraba los derechos de la persona con discapacidad. En particular, argumentó que “la decisión adoptada por Gendarmería precisamente busca ajustes razonables a la situación de la interna”<sup>38</sup>, pues, en opinión del tribunal, el recinto penitenciario de destino contaba con mejores dependencias para atender sus necesidades.

ii. Condiciones de encarcelamiento de personas con discapacidad privadas de libertad

La sentencia *Meléndez v. Gendarmería de Chile* se refiere a una persona con discapacidad psíquica respecto de la cual la autoridad penitenciaria había decidido aplicarle un dispositivo de seguridad tipo grillete para mantenerla sujeta a su camilla. En su decisión, la Corte de Apelaciones de Arica ordenó a Gendarmería prescindir de tal dispositivo de seguridad, estimando que su aplicación constituía una medida innecesaria que agravaba sustancialmente la privación de libertad de la interna<sup>39</sup>. Junto con ello y a modo de *obiter dictum*, el tribunal declaró que en el caso correspondía la aplicación de ARPD “al no poder estimarse que exista [...] un fracaso en los métodos de control de la imputada”<sup>40</sup>.

d) *Empleo*

i. Adaptaciones en la postulación al empleo de personas con discapacidad

La sentencia *Córdova v. Asociación Chilena de Seguridad* se refiere a la postulación de una persona con discapacidad visual (visión monocular) a un puesto de trabajo cuyas funciones incluían la conducción de vehículos livianos en faenas mineras. Aplicados los exámenes preocupacionales respectivos, la empresa decidió rechazar la postulación de la persona con discapacidad indicando que su visión monocular era incompatible con

<sup>37</sup> Corte Suprema, 25.7.2018, rol 41388-2017, considerando quinto de la sentencia de reemplazo. Un comentario exhaustivo a esta sentencia puede verse en GAJARDO, 2020.

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26.4.2019, rol 11-2019, considerando sexto.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de Arica, 20.1.2021, rol 22-2021, considerando cuarto.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Arica, 20.1.2021, rol 22-2021, considerando quinto.

la conducción de vehículos en faenas mineras. En su sentencia, el 2° Juzgado de Letras de Arica aplicó la figura de los ARPD para declarar que la conducta de la demandada configuraba una acción de discriminación arbitraria basada en la discapacidad de la persona. En específico, esta conducta discriminatoria consistía en haber sometido al postulante a la realización de exámenes estandarizados, sin tomar en consideración su condición de discapacidad y desatendiendo la obligación de realizar ARPD<sup>41</sup>.

## ii. Adaptaciones en el empleo para trabajadores con discapacidad

La sentencia *Ravanales v. Senado de la República* se refiere al caso de una persona con discapacidad visual cuyo empleador le había impuesto desempeñar sus funciones laborales bajo la modalidad de teletrabajo. En su sentencia, la Corte Suprema descartó la existencia de una conducta de discriminación arbitraria por parte del empleador, estimando que “el teletrabajo ordenado a la actora constituyó un criterio diferenciador de carácter objetivo, fundado y temporal, cuyo fin era evitar aumentar o gatillar [...] conflictos entre las funcionarias”<sup>42</sup>. Incluso, la Corte Suprema utilizó explícitamente los ARPD para justificar la conducta del empleador, entendiendo que la imposición del teletrabajo a la persona con discapacidad consistía en “un ajuste razonable para conseguir los fines de inclusión que busca el ordenamiento jurídico que regula la materia”<sup>43</sup>.

## e) Salud

La sentencia *Montenegro v. Hospital Regional de Coyhaique* se refiere a las condiciones de accesibilidad de los establecimientos públicos de salud, específicamente a la no implementación de medidas para que personas con discapacidad física puedan utilizar en forma autovalente (sin ayuda de terceros) los baños especialmente destinados para ellas. En su sentencia, la Corte de Apelaciones de Coyhaique determinó que los hechos daban cuenta de una infracción a las exigencias legales en materia de accesibilidad, calificando dicha infracción como una discriminación consistente en “la no ejecución de los ‘ajustes razonables’”<sup>44</sup>.

## V. LUCES Y SOMBRAS DEL TRATAMIENTO ACTUAL DE LOS ARPD EN EL DERECHO CHILENO

Habiendo descrito y comentado el tratamiento de los ARPD en la legislación y jurisprudencia chilenas, a continuación se realizará un balance a la situación actual de

<sup>41</sup> 2° Juzgado de Letras de Arica, 29.10.2019, rol C-386-2019, considerando undécimo.

<sup>42</sup> Corte Suprema, 28.11.2019, rol 33594-2018, considerando decimosexto de la sentencia de casación.

<sup>43</sup> Corte Suprema, 28.11.2019, rol 33594-2018, considerando cuarto de la sentencia de reemplazo.

<sup>44</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique, 6.1.2021, rol 29-2020, considerando decimosexto.

estas medidas en el derecho nacional, poniendo de relieve aquellos aspectos que se consideran positivos y aquellos que se consideran problemáticos. Este balance debe comenzar por enfatizar que los ARPD son una figura de reciente data en Chile. Comparado con otros ordenamientos (como el español, el estadounidense o el inglés) el tratamiento de los ARPD en nuestro derecho cuenta con poco más de una década de desarrollo y se ha visto influenciado notoriamente por la ratificación de la CDPD por parte del Estado chileno (2008). Por tal motivo, la novel experiencia chilena en materia de ARPD debe verse como una oportunidad que abre espacios de maniobra para avanzar hacia la solución de los problemas detectados.

### 1. *Aspectos positivos*

Desde su consagración inicial en el año 2010 los ARPD se han incorporado en la legislación chilena tanto en estatutos específicamente dirigidos a personas con discapacidad (Ley N° 20.422) como en estatutos de alcance general (Código del Trabajo, Ley N° 20.370 y Ley N° 21.091) y han sido configurados claramente como un dispositivo de no discriminación respecto de las personas con discapacidad (artículo 8 Ley N° 20.422).

La vinculación legal entre ARPD y no discriminación por motivos de discapacidad ha tenido positivos alcances respecto de cómo se califica el incumplimiento de esta obligación en sede jurisprudencial. Sin disposición legal expresa que lo indique, los tribunales chilenos han resuelto consistentemente que la denegación de ARPD constituye una conducta de discriminación arbitraria que vulnera el derecho constitucional de igualdad ante la ley. Esto no es trivial, ya que por medio de esta calificación los tribunales de justicia expresan que la realización de ARPD no es una prestación graciosa que depende de la voluntad del requerido, sino que constituye un componente específico del deber general de no discriminación, cuyo incumplimiento es sancionable y reparable mediante las acciones que prevé nuestro ordenamiento (como la acción constitucional de protección y la acción de no discriminación arbitraria).

Otro aspecto positivo del derecho chileno es la variedad de ámbitos en que se han aplicado los ARPD en sede jurisdiccional. Que la aplicación de los ARPD se haya extendido más allá de los ámbitos tradicionales de la educación y el empleo indica que nuestros tribunales conciben los ARPD como una herramienta para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida. En la consolidación de esta postura parece haber ayudado la apertura de los tribunales chilenos a utilizar directamente las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente de la CDPD. Ello es notorio en las sentencias relativas a la implementación de ARPD en el ámbito penitenciario, donde los tribunales han aplicado estas medidas invocando como base normativa exclusivamente el artículo 14 párrafo 2 CDPD.

### 2. *Aspectos problemáticos*

Un problema sostenido de la legislación chilena sobre ARPD es la baja densidad normativa de sus disposiciones. En el caso de la Ley N° 20.422, más allá de su consagración

general en el artículo 8, esta ley solo se refiere a los ARPD en hipótesis particulares, aisladas unas de otras y con poca coherencia entre sí. No existe en la Ley N° 20.422 una ulterior regulación de los ARPD que señale, con carácter general, quiénes son los obligados a implementar este tipo de medidas, qué criterios se deben tener en cuenta para determinar la exigibilidad de una medida de ARPD en el caso concreto o qué procedimiento se debe seguir para tramitar una solicitud de ARPD. De este modo, la principal pieza de legislación en materia de ARPD establece una regulación limitada de estas medidas y omite abordar diversos elementos relevantes para su aplicación práctica.

Los demás estatutos legales que consagran disposiciones sobre ARPD tampoco sirven para complementar los vacíos de la Ley N° 20.422. Las únicas disposiciones que facilitan la aplicación práctica de los ARPD se encuentran en el reglamento del artículo 45 de la Ley N° 20.422. Sin embargo, el ámbito de aplicación de estas disposiciones es notoriamente restringido (solo al ámbito del empleo, tratándose del sector público y al momento de la postulación al cargo vacante). En definitiva, más allá de su consagración como medida contra la discriminación que garantiza el derecho a igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, la legislación chilena presta escasa utilidad a los sujetos y entidades requeridos por la ley a implementar los ARPD en la práctica y a los órganos adjudicadores cuando deben resolver controversias respecto de la aplicación de esta figura.

En contraste con la legislación chilena, la regulación legal de los ARPD en otros ordenamientos jurídicos sí incorpora disposiciones que facilitan la aplicación práctica de estas medidas. Solo a modo de ejemplo, considérese el caso de Estados Unidos y la *Americans with Disabilities Act 1990*. En materia de ARPD esta ley incorpora: i) la indicación precisa de los sujetos y entidades que se encuentran sometidos a la obligación de realizar ARPD en el ámbito del empleo<sup>45</sup>; ii) un conjunto no exhaustivo de adaptaciones o modificaciones que se pueden realizar a título de ARPD<sup>46</sup>; iii) un conjunto no exhaustivo de factores que se deben considerar para evaluar en casos concretos la exigibilidad de una adaptación o modificación a título de ARPD<sup>47</sup>; iv) la calificación de que el rechazo injustificado a la realización de ARPD constituye un acto de discriminación por razón de discapacidad prohibido por la ley<sup>48</sup>; y v) la indicación de que corresponde a la entidad requerida alegar y acreditar que la implementación de los ARPD solicitados le impone una dificultad excesiva y por tanto no resultan exigibles<sup>49</sup>.

Otro aspecto problemático de la situación actual de los ARPD en el derecho chileno son ciertas dificultades conceptuales o faltas de comprensión que exhiben nuestros tribunales de justicia cuando aplican los ARPD en sus sentencias. En diversas ocasiones los tribunales nacionales han realizado aplicaciones erróneas de los ARPD, entendiéndose por erróneas aquellas aplicaciones que prescinden de uno o más de los tres elementos

<sup>45</sup> Sec. 12111. (2) y (5).

<sup>46</sup> Sec. 12111. (9).

<sup>47</sup> Sec. 12111. (10). (B).

<sup>48</sup> Sec. 12112. (a) y (b). (5). (A).

<sup>49</sup> Sec. 12112. (b). (5). (A)

fundamentales que componen el “núcleo básico incontrovertido” de los ARPD (véase, *supra*, sección II).

Ciertas sentencias aplican los ARPD prescindiendo de la intervención en el entorno existente que caracteriza a estas medidas. Esto ocurre en la sentencia *Pérez v. Gendarmería*, en que se aplicó la figura de los ARPD para legitimar el traslado de personas con discapacidad privadas de libertad a otros recintos penitenciarios. Sin embargo, resulta impropio invocar la obligación de realizar ARPD en este caso, porque, en sentido estricto, no estaba en discusión ninguna modificación o adaptación al entorno existente. Es conceptualmente incorrecto recurrir a los ARPD cuando, en realidad, lo que se pretende es justificar el uso de una facultad legalmente conferida a la autoridad penitenciaria (determinar el recinto penal en que un interno cumplirá su condena). Una cuestión es que el ejercicio de dicha facultad se fundara en que el recinto penal de destino se encontraba en mejores condiciones para atender las necesidades de las personas con discapacidad afectadas por el traslado. Cuestión distinta es la obligación de realizar modificaciones o adaptaciones en el entorno existente para satisfacer las necesidades específicas de una o más personas con discapacidad en particular, lo que no ocurrió en este caso.

Otras sentencias aplican los ARPD prescindiendo del plano individualizado en que estos operan. Esto ocurre en las sentencias *Sandoval v. Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A* y *Montenegro v. Hospital Regional de Coyhaique*, en que el incumplimiento de exigencias legales de accesibilidad se calificó como denegación de ARPD. Dicha calificación implica colapsar dos herramientas que, aunque comparten la finalidad de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, tienen un alcance distinto. Mientras las exigencias de accesibilidad son predicables respecto de grupos de personas con discapacidad, los ARPD son predicables respecto de una persona con discapacidad en concreto. Lo problemático de esta confusión jurisprudencial va más allá de la pura pretensión de claridad conceptual, teniendo importantes efectos prácticos. Ello porque, según el instrumental normativo que usualmente se aplica en la jurisprudencia chilena respecto de discapacidad (la CDPD), el criterio de proporcionalidad propio de los ARPD no se puede invocar para justificar el incumplimiento a las exigencias de accesibilidad. Adicionalmente, acorde con la CDPD, el incumplimiento injustificado de las exigencias de accesibilidad constituye, en sí mismo, una forma de discriminación por motivos de discapacidad, por lo que resulta innecesario recurrir a los ARPD en este sentido<sup>50</sup>.

También existen sentencias que aplican los ARPD prescindiendo de la existencia de una necesidad particular vinculada con la discapacidad de la persona. Ello ocurre en las sentencias *Meléndez v. Gendarmería de Chile* y *Ravanales v. Senado de la República*. Respecto de la sentencia *Meléndez*, la decisión de declarar improcedente la aplicación de grilletes a la imputada no está relacionada con la implementación de ARPD, ni con la necesidad de atender a la situación de discapacidad de la afectada. Siguiendo la propia argumentación del tribunal, la aplicación de grilletes era improcedente porque los hechos

---

<sup>50</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 22.5.2014, CRPD/C/GC/2, párrafos 13, 23, 29, 31 y 34.

del caso no eran lo suficientemente graves para justificar la necesidad de tal medida<sup>51</sup>. Respecto de la sentencia *Ravanales* ¿qué necesidad vinculada con la discapacidad de la trabajadora buscaba solucionar la imposición del teletrabajo? Ciertamente, hacer frente a un mal ambiente laboral no es una necesidad asociada con la discapacidad de la persona y, por tanto, contrario a lo sostenido por la Corte Suprema, la medida de teletrabajo impuesta por el empleador no estaba operando en clave de ARPD.

Por último, existen sentencias que aplican los ARPD prescindiendo del criterio de proporcionalidad ínsito en estas medidas. Los tribunales chilenos rara vez toman en consideración que la implementación de una medida de ARPD en concreto está condicionada a la satisfacción del criterio de proporcionalidad. Aún más, cuando sí se toma en cuenta este criterio (6 de las 23 sentencias estudiadas)<sup>52</sup>, no se justifica por qué en un determinado caso (y con base en qué factores) se estima que la medida de ARPD en cuestión es o no proporcionada.

Las dificultades vinculadas con el criterio de proporcionalidad se relacionan, a su vez, con un tercer aspecto problemático de la situación de los ARPD en el derecho chileno: el débil escrutinio judicial ante la negativa a implementar estas medidas. Es cierto que el destinatario de una solicitud de ARPD no está obligado a implementar la modificación o adaptación en cuestión a todo evento; acorde con las circunstancias del caso, el destinatario puede legítimamente no implementar la adecuación requerida. En el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos, por ejemplo, se ha sostenido que la parte requerida puede rechazar justificadamente una solicitud de ARPD siempre que acredite que: i) la modificación no es factible; ii) la modificación no es pertinente; o iii) la modificación no es proporcionada<sup>53</sup>.

En general puede decirse que, para legitimar el rechazo a una solicitud de ARPD, los tribunales chilenos han recurrido (explícita o implícitamente) a la desproporcionalidad o impertinencia de la modificación solicitada. Sin embargo, cuando los tribunales arriban a esta decisión, se advierte cierta deferencia con la posición defendida por el demandado. Ejemplo claro de esto son ciertas sentencias en que se discute la aplicación de adaptaciones o modificaciones para personas con discapacidad en el sistema de educación superior. En las sentencias *Ureta v. González Mardones y Cía. Ltda.* (dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago)<sup>54</sup> y *Saragoni v. Pontificia Universidad Católica de Chile* (dictada por el 13° Juzgado Civil de Santiago)<sup>55</sup>, sin mayor justificación por parte de los demandados, los tribunales acogieron la tesis de que las adaptaciones solicitadas importaban una afectación desproporcionada a la libertad de enseñanza

<sup>51</sup> Corte de Apelaciones de Arica, 20.1.2021, rol 22-2021, considerando quinto.

<sup>52</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 30.1.2018, rol 11318-2017; 13° Juzgado Civil de Santiago, 14.9.2018, rol C-114-2017; Corte Suprema, 10.10.2019, rol 8034-2018; Corte Suprema, 14.1.2020, rol 11978-2018; Corte Suprema, 16.6.2021, rol 11443-2019; Corte de Apelaciones de Coyhaique, 6.1.2021, rol 29-20.

<sup>53</sup> Consejo de Derechos Humanos, 9.12.2016, A/HRC/34/26, párrafo 47.

<sup>54</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 30.1.2018, rol 11318-2017, considerando noveno.

<sup>55</sup> 13° Juzgado Civil de Santiago, 14.9.2018, rol C-114-2017, considerando noveno.

y autonomía académica de los establecimientos de educación superior. Pero ¿en qué consistía esta afectación desproporcionada?, ¿cómo se evaluó la proporcionalidad de esa pretendida afectación? Dichas sentencias no permiten responder estas preguntas. Lo anterior llama la atención acerca de la importancia de contar con criterios claros y objetivos para evaluar la exigibilidad de una medida de ARPD en casos concretos. Como se ha remarcado, estos criterios no han sido establecidos en la regulación legal de los ARPD y tampoco han sido desarrollados en la creciente jurisprudencia chilena en la materia, lo que ha derivado en que el escrutinio judicial al rechazo de las solicitudes de ARPD sea notoriamente laxo.

## VI. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido proporcionar una caracterización y evaluación inicial al tratamiento actual de los ARPD en el derecho chileno, tomando como parámetro la consagración de estas medidas en la legislación y su aplicación en la práctica de los tribunales de justicia. En términos generales, se puede decir que la legislación chilena vincula claramente los ARPD con la igualdad y no discriminación respecto de las personas con discapacidad. En específico, acorde con la Ley N° 20.422, los ARPD son una medida contra la discriminación cuya finalidad es garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Sin embargo, un problema constante de la legislación chilena en materia de ARPD es la escasez y baja densidad normativa de sus disposiciones. Los estatutos legales y reglamentarios que contemplan disposiciones en materia de ARPD en general se limitan a establecer hipótesis de aplicación específicas, sin abordar elementos que son relevantes para su implementación (piénsese, por ejemplo, en la ausencia de criterios para evaluar la proporcionalidad de una medida de adecuación en concreto). En el caso de la jurisprudencia, diversas sentencias han aplicado los ARPD para resolver controversias que involucran a personas con discapacidad. En la práctica de los tribunales chilenos, además, se encuentra bastante establecido el criterio de que el rechazo injustificado a la implementación de ARPD es una conducta de discriminación que vulnera el derecho constitucional de igualdad ante la ley. Sin embargo, en el tratamiento jurisprudencial de los ARPD se han observado aspectos problemáticos, vinculados con ciertos errores conceptuales que evocan una falta de comprensión acerca de estas medidas y con un débil escrutinio judicial ante el rechazo de una solicitud de ARPD.

Una explicación posible a los aspectos problemáticos de la consagración legal y aplicación jurisprudencial de los ARPD en el derecho chileno está asociada con el carácter novedoso e innovativo de estas medidas. En este sentido, la novel experiencia jurídica chilena en materia de ARPD se encontraría aún en un “proceso de asimilación” de una herramienta que ha sido incorporada en el derecho interno nacional como parte del cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de la CDPD y que hasta el 2010 resultaba totalmente ajena y desconocida en nuestro medio. Por tanto, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes en que los ARPD han desatado

una rigurosa controversia y resistencia en su implementación<sup>56</sup>, las dificultades vinculadas con la consagración y aplicación de los ARPD en el derecho chileno podrían plausiblemente atribuirse a un problema de desconocimiento. Si esto es así, en la medida en que este “proceso de asimilación” de los ARPD continúe avanzando y desarrollándose (mediante, por ejemplo, futuras iniciativas legales de reforma, el asentamiento de criterios jurisprudenciales y nuevos aportes doctrinales), sería esperable que los aspectos problemáticos detectados en este estudio tiendan a corregirse. Desde luego, un rol relevante en la asimilación y asentamiento de los ARPD en nuestro medio jurídico corresponde a la doctrina, y desde este rol, la contribución principal de este trabajo ha sido ofrecer una caracterización y evaluación inicial de la situación de los ARPD en el derecho chileno, ejercicio que se encontraba pendiente en la discusión jurídica nacional respecto de estas medidas.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Referencias citadas

- AGÜERO, C., VILLAVICENCIO, L., SANDOVAL, S., y LIRA, R., 2021: *Las personas con discapacidad en el razonamiento judicial*, Santiago: DER Ediciones.
- ARAVENA, Paz, 2019: “Apoyos emancipadores y participativos: ruta para lograr la inclusión (educativa) de la infancia con discapacidad intelectual”, en Nicolás Espejo Yaksic y Fabiola Lathrop Gómez (coordinadores y editores), *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 321-349
- BAGENSTOS, Samuel, 2009: *Law and the contradictions of the disability rights movement*, New Havens: Yale University Press.
- BAMFORTH, Nicholas, MALIK, Maleiha y O’CINNEIDE, Colm, 2008: *Discrimination Law: Theory and Context. Text and Materials*, Londres: Sweet & Maxwell.
- BELL, Mark, 2018: “Pitfalls and progress: reasonable accommodation for workers with disabilities in Ireland”, *Dublin University Law Journal*, volumen 41, N° 1, pp. 77-100.
- BUCKLEY, Lucy Ann y QUINLIVAN, Shivaun, 2021: “Reasonable accommodation in Irish equality law: An incomplete transformation”, *Legal Studies*, volumen 41, N° 1, pp. 19-38. doi:10.1017/lst.2020.14.
- BUTLIN, Sarah, 2011: “The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 measure up to UK international commitments?”, *Industrial Law Journal*, volumen 40, N° 4, pp. 428-38.
- CISTERNAS REYES, María Soledad, 2015: “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 11, pp. 17-37.

---

<sup>56</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso estadounidense, donde ciertos círculos académicos y políticos percibieron los ARPD como verdaderos beneficios especiales puestos a disposición de las personas con discapacidad, véase, BAGENSTOS, 2009, capítulo 4; o en el caso irlandés, donde la implementación de ARPD fue considerada judicialmente como una intromisión indebida a los derechos de propiedad de los particulares, véase, BELL, 2018.

- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2014: Observación general N° 2 (2014). Artículo 9: accesibilidad, CRPD/C/GC/2.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2016: Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/34/26.
- DE ASÍS, Rafael, 2014: “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (editoras), *Nueve conceptos clave para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 99-118.
- DE ASÍS, Rafael, 2018: “El contenido del derecho a la accesibilidad universal: diseño, medidas, ajustes, apoyos, asistencia y acciones positivas”, en Antonio Martínez Pujalte (editor) y Lerdys Heredia (coordinadora), *Nuevos horizontes en el derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*, Pamplona: Aranzadi, pp. 119-141.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, 2019: *Igualdad constitucional y no discriminación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ GARCÍA, Luis, BASTÍAS PARRAGUEZ, Cecilia, ALARCÓN GARCÍA, Sofía y KITZ PARRA, Kevin, 2021: “Regulación de la inclusión laboral de personas con discapacidad en el sector privado de Iberoamérica. Una evaluación desde la Convención”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 48, N° 3, pp. 25-54. DOI: 10.7764/R.483.2
- FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, 2016: “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”, *Ius et Praxis*, volumen 22, N° 2, pp. 227-252. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200008>
- FONT GARCÍA, Javier: Ajustes razonables en el ámbito laboral”, en José Luis Rey Pérez y Lourdes Mateo Sanz (editores), *El empleo de las personas con discapacidad: retos y oportunidades*, Madrid: Dykinson, pp. 191-203.
- FREDMAN, Sandra, 2011: *Discrimination law*. Oxford: Oxford University Press.
- GAJARDO GAJARDO, Benjamín, 2020: “Los derechos de las personas con discapacidad en la Corte Suprema: Sandoval con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, *Estudios Constitucionales*, volumen 18, N° 1, pp. 525-543. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100523>
- GUTIÉRREZ, David, 2019: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*, Albacete: Bomarzo.
- KARJALAINEN, Katja, y YLHÄINEN, Marjo, 2021: “On the obligation to make reasonable accommodation for an employee with a disability”, *European Labour Law Journal*, volumen 12, N° 4, pp. 547-563. <https://doi.org/10.1177/20319525211027430>
- KHAITAN, Tarunabh, 2015: *A theory of discrimination law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, 2022: “La protección de las personas con discapacidad en el derecho chileno”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 16, pp. 230-259.
- LAWSON, Anna, 2008: *Disability and equality law in Britain. The role of reasonable adjustment*, Oxford: Hart Publishing.
- MARSHALL, Pablo y ABOLLADO, Patricia, 2019: “El sufragio de las personas con discapacidad intelectual en Chile: análisis crítico”, en Nicolás Espejo Yaksic y Fabiola Lathrop Gómez (coordinadores y editores), *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 77-100.
- MARTÍNEZ, María Soledad, 2019: “Vida independiente y derecho al trabajo de las personas con discapacidad intelectual”, en Nicolás Espejo Yaksic y Fabiola Lathrop Gómez (coordinadores y editores), *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 351-370.

- MÉGRET, Frédéric y MSIPA, Dianah, 2014: “Global reasonable accommodation: How the Convention on the Rights of Persons with Disabilities changes the way we think about equality”, *South African Journal on Human Rights*, volumen 30, N° 2, pp. 252-274.
- MONTECINOS, Andrea, 2021: “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual en el Código Civil chileno y la necesidad de su adecuación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en Joyceane Menezes, Renato Constantino y Francisco Bariffi (coordinadores), *Capacidad jurídica, discapacidad y derecho civil en América Latina: Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*, Indaiatuba, SP: Editora Foro, pp. 205-221.
- PÉREZ BUENO, Luis, 2012: “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en Luis Cayo Pérez Bueno (editor), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra Luna*, Madrid: Cinca, pp. 157-181.
- REY, Fernando, 2019: *Derecho antidiscriminatorio*, Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, 2020: “El deber de introducir adaptaciones como medidas de acceso y mantenimiento del empleo de personas con discapacidad”, *Documentación Laboral*, N° 120, pp. 59-74.
- SILVA, Paula, 2017: *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual: régimen jurídico chileno y bases para su modificación*, Santiago: Thomson Reuters.
- WADDINGTON, Lisa, 2007: “Reasonable accommodation”, en Dagmar Schiek, Lisa Waddington y Mark Bell (editores), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart Publishing, pp. 629-756.
- WADDINGTON, Lisa, 2008: “When it is reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volumen 29, N° 3, pp. 317-340.
- WADDINGTON, Lisa, 2013: “Equal to the task: re-examining EU equality law in light of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en Lisa Waddington, Gerard Quinn y Eilíonóir Flynn (editores), *European Yearbook of Disability Law. Volume 4*, Cambridge, Antwerp y Portland, Intersentia, pp. 169-202.
- WEIDENSLAUFER, Christine y TRUFFELLO, Paola, 2019: “Los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el derecho comparado”, en Nicolás Espejo Yaksic y Fabiola Lathrop Gómez (coordinadores y editores), *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 217-245.
- YÁÑEZ, Randy y ZÚÑIGA, Yanira, 2018: “The law and occupational justice: Inputs for the understanding of disability in Chile”, *Journal of Occupational Science*, volumen 25, N° 4, pp. 520-529.

## 2. Normas jurídicas citadas

- DECRETO con Fuerza de Ley 1/2002, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, publicado el 16 de enero de 2003.
- DECRETO 201/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, publicado el 17 de septiembre de 2008.
- DECRETO con Fuerza de Ley 2/2009, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, publicado el 2 de julio de 2010.
- LEY 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

- PROYECTO de ley que modifica la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para interpretar lo que debe entenderse por los ajustes necesarios requeridos para un caso particular, Boletín 11501-11, ingresado el 10 de noviembre de 2017.
- DECRETO 65/2017 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Aprueba reglamento del artículo 45 de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicado el 1 de febrero de 2018.
- LEY 21.091, Sobre educación superior, publicada el 29 de mayo de 2018.
- LEY 21.544, Modifica y complementa las normas que indica respecto del sistema educativo, publicada el 9 de febrero de 2023.
- LEY 21.545, Establece la promoción de la inclusión, la atención integral y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación, publicada el 10 de marzo de 2023.

### 3. *Jurisprudencia citada*

- 7° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 29 de diciembre de 2016, rol C-21466-2015. Tirant Online Latam: LTM17.832.576.
- CORTE Suprema, sentencia de 4 de noviembre de 2017, rol 36694-2017. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/8381/2017.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de enero de 2018, rol 11318-2017. Tirant Online Latam: LTM.17.708.900.
- CORTE Suprema, sentencia de 21 de junio de 2018, rol 38521-2017. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/3142/2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 25 de julio de 2018, rol 41388-2017. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/3928/2018.
- 13° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 14 de septiembre de 2018, rol C-114-2017. Tirant Online Latam: LTM14.587.595.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de octubre de 2018, rol 41884-2017. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/5697/2018.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 27 de diciembre de 2018, rol 912-2018. Tirant Online Latam: LTM17.600.531.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 26 de abril de 2019, rol 11-2019. Tirant Online Latam: LTM18.782.370,
- CORTE Suprema, sentencia de 10 de octubre de 2019, rol 8034-2018. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/5958/2019.
- 2° Juzgado de Letras de Arica, sentencia de 29 de octubre de 2019, rol C-386-2019. Extraída desde la base jurisprudencial del Poder Judicial.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de noviembre de 2019, rol 33594-2018. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/11913/2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 14 de enero de 2020, rol 11978-2018. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/6049/2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de julio de 2020, rol 69758-2020. Tirant Online Latam: LTM28.258.627.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 10 de agosto de 2020, rol 2726-2020. Tirant Online Latam: LTM18.131.167.
- CORTE Suprema, sentencia de 29 de diciembre de 2020, rol 92143-2020. Tirant Online Latam: LTM20.899.490.

- CORTE Suprema, sentencia de 30 de diciembre de 2020, rol 132251-2020. Extraída desde la base jurisprudencial del Poder Judicial.
- CORTE de Apelaciones de Coyhaique, sentencia de 6 de enero de 2021, rol 29-2020. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/48660/2021.
- CORTE Suprema, sentencia de 18 de enero de 2021, rol 117171-2020. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/3925/2021.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 20 de enero de 2021, rol 22-2021. Tirant Online Latam: LTM20.029.801.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 19 de marzo de 2021, rol 81467-2020. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/46926/2021.
- CORTE Suprema, sentencia de 16 de junio de 2021, rol 11443-2019. Tirant Online Latam: LTM27.660.648.
- CORTE Suprema, sentencia de 23 de agosto de 2021, rol 25347-2021. Westlaw Thomson Reuters: CL/JUR/69474/2021.

## Transparencia en perspectiva del gobierno abierto: aproximaciones y mapa conceptual

Lorayne Finol Romero\*

### RESUMEN

*Conceptualizar la transparencia en distintas perspectivas podría brindar certeza jurídica a políticas de datos abiertos por su importancia para abrir la sala de máquinas del Estado. De esta manera, en este trabajo descriptivo se proponen dimensiones doctrinales emergentes que podrían contribuir a procesos de automatización de la gestión pública para mejorar la confianza del sector público. Para ello, se describe un mapa conceptual multinivel que permite entender a la transparencia como un derecho fundamental y, a la vez, principio jurídico del régimen de gobierno abierto, acorde con procesos de transformación digital del sector público que demanda la cuarta revolución industrial. A modo de conclusión, se recomienda su concreción jurídica dual porque posibilita el reconocimiento del derecho a la transparencia como un imperativo democrático para afrontar oportunidades y desafíos que ofrece la reutilización de la información de interés público. Además, podría ser el marco teórico del diseño de un régimen legal unificado que dé cabida a las reformas legales necesarias para impulsar sistemas de decisión administrativa automatizada, el tratamiento de grandes conjuntos de datos y, en perspectiva futurista, otras posibles soluciones provistas por la inteligencia artificial, minimizando la afectación del derecho a la privacidad en el proceso de diseño de políticas, que la accesibilidad a mayor volumen de datos abiertos podría acarrear.*

Transparencia; gobierno abierto; datos abiertos

### *Transparency in perspective of open government: approach and conceptual map*

*The conceptualization of transparency in different perspectives could bring legal certainty to the design of opening of the State's engine room. For this reason, in this descriptive work, emerging doctrinal dimensions are defined that could contribute to the legal regime of open government as*

---

\* Abogada y Magíster en Economía y Finanzas Públicas, Universidad del Zulia, Venezuela. Máster en Evaluación de Políticas Públicas, Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctora en Derecho, Universidad del Zulia, Venezuela. Profesora e Investigadora, Universidad Central de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7084-2412>. Correo electrónico: [lorayne.finol@ucentral.cl](mailto:lorayne.finol@ucentral.cl).

Esta investigación es resultado de dos proyectos de Investigación I+d financiados por el Instituto de Investigación y Postgrado de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile, titulados: "Proceso de (des) contextualización de la transparencia del derecho de acceso a la información pública, a la luz de la teoría y la praxis diez años después de la ley 20.285" y "Transparencia Algorítmica del Sector Público", en los que la autora es Investigadora Principal. Además, forma parte de la estancia de investigación financiada por el Programa de Movilidad Internacional Fundación Santander Universidades, versión 2022.

Artículo recibido el 20.10.2022 y aceptado para su publicación el 3.5.2023.

*well as processes to improve trust, efficiency, and effectiveness by means of technological applications and public sector. A multilevel conceptual map with a double dimension on transparency has been proposed; as a fundamental right and, at the same time, a legal principle of the open government regime in accordance with the digital transformation processes of the public sector and accordance with the fourth industrial revolution. By way of conclusion, its dualistic legal concretion is recommended because it enables to recognize the right to transparency as a democratic imperative to face opportunities and challenges of any political, economic, and legal aspects. In addition, it could be the framework for the unification of the regimen of automated administrative decision systems, the treatment of large data sets, and, in a futuristic perspective, other possible solutions provided by artificial intelligence based on accessibility to open data in the policy design process even though the problems of privacy of its implementation.*

Transparency; open government; open data

## I. INTRODUCCIÓN

En el derecho comparado se observa la regulación de la transparencia desde diferentes perspectivas. Por una parte, como positivización política de la transparencia responsable de la legitimación democrática en tanto que, por el derecho administrativo, como mecanismo anticorrupción y rendición de cuentas. Por otra parte, en el derecho constitucional, se reconoce como una garantía del derecho de acceso a la información, y en muy pocos casos, se regula como un principio fundacional para que el gobierno sea abierto y confiable<sup>1</sup>. Conforme con ello, es por lo que en este trabajo se propone un posicionamiento doctrinal que recoge diferentes perspectivas por medio de un mapa conceptual multinivel que podría resultar favorable a la concreción jurídica *lege ferenda* de la ola desarticulada de normas de transparencia promulgadas en el último lustro<sup>2</sup>.

El problema bajo análisis se centra en la necesaria unificación de las reformas legales necesarias para la consolidación de la transparencia que además de mejorar la confianza en la gobernanza por medio de la rendición de cuentas, contribuya con la transformación digital del aparato estatal como un imperativo democrático. Este tema reviste especial importancia con el advenimiento de cuarta revolución industrial, lo que Mark Bovens<sup>3</sup> describe como un nuevo escenario para nuevos derechos políticos y reconocimientos de otros ya otorgados a una población cada vez más amplia.

Simultáneamente en Latinoamérica persisten países con una administración pública burocrática, asimétrica y analógica en pleno siglo XXI. En otras palabras, la cuarta revolución industrial caracterizada por una mayor demanda en la gestión de grandes conjuntos de datos, combinada con potentes sistemas automatizados programados por algoritmos y estrategias de *machine learning* dirigen procesos y decisiones en una sociedad interconectada a escala mundial<sup>4</sup>. Teniendo en cuenta que estas novedosas estrategias

<sup>1</sup> COTINO-HUESO, 2017

<sup>2</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 5.

<sup>3</sup> BOVENS, 2002, p. 317.

<sup>4</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 2022.

se alimentan del tráfico de grandes conjuntos de datos, generalmente provistos por los registros de información de los organismos estatales, es por lo que el tema de la transparencia representa una oportunidad para estandarizar portales de acuerdo con estándares de datos abiertos legibles por máquinas y con perspectiva de justicia de datos<sup>5</sup>.

Siendo así, la premisa que apoya este análisis apunta a la relación que existe entre mayor disponibilidad de datos del gobierno, facilitación de procesos de toma de decisiones de la personas y creación de políticas abiertas con un alto valor público, requiere adoptar un nuevo marco legal digital para equilibrar el poder, responsabilizar a quienes ostentan el poder y reconocer nuevos derechos políticos. De todo ello, podría resultar como externalidad positiva, un incremento de la confianza en el sector público<sup>6</sup>. Lo anterior acorde con las recomendaciones de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) en el mismo sentido que el Parlamento Europeo (UE), quienes impulsan la apertura de la información, como una estrategia de la agenda económica para el desarrollo y también como epicentro del cambio global que ocasiona que las personas en distintos ámbitos y diferentes actividades tomen decisiones basadas en la información disponible en internet<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, en este artículo se describe un mapa conceptual que podría dotar de fundamentos teóricos al proceso de profundización de la transparencia de la función pública acorde con las necesidades de la sociedad digital<sup>8</sup>. Lo anterior cobra valor en tiempos controvertidos, donde el respaldo popular por medio del sufragio no es suficiente para legitimar procesos de toma de decisiones de los hacedores de las políticas<sup>9</sup> y donde, además, los procesos de apertura de la información, mediante sistemas tecnológicos, podrían ser la clave para profundizar la transparencia, desde la perspectiva del gobierno abierto<sup>10</sup>.

Conforme con ello, el contenido del artículo fue organizado en dos partes. En la primera, se aborda la discusión teórica acerca de la transparencia y se analiza desde la perspectiva multinivel: política, jurídica y económica. En la segunda parte se propone un marco conceptual dualista de la transparencia, cuyo contenido podría cristalizar la concreción jurídica de procesos normativos que buscan abrir la caja negra del Estado.

## II. PERSPECTIVAS DE LA TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Considerando la contumacia del sector público frente al procesamiento de grandes volúmenes de información, en el contexto de la nueva realidad de la sociedad basada en

<sup>5</sup> SOLANO, SIDDHART y TAYLOR, 2022, p. 18.

<sup>6</sup> OCDE, 2019.

<sup>7</sup> CARTA INTERNACIONAL DE DATOS ABIERTOS, 2015.

<sup>8</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 55.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, 2011, p. 27.

<sup>10</sup> MEMORANDO DE BARACK OBAMA SOBRE *OPEN GOVERNMENT*, 2009.

la gestión de conjuntos de datos, las tecnologías de aprendizaje automático –*machine-learning*– y los algoritmos que las impulsan, podrían proveer un enorme potencial para hacer que los servicios gubernamentales sean más efectivos, y además liberar la toma de decisiones de la subjetividad humana<sup>11</sup>. Situación antes descrita, que al igual que la electricidad hace más de cien años, fue capaz de cambiar la forma como opera el mundo<sup>12</sup>. Frente a ello, la premisa que cobra más valor es que la reutilización de la información del sector público apoyada por la tecnología de procesamiento de conjuntos de datos, son nudos críticos que podrían impulsar nuevos procesos para el desarrollo social y económico, que permita al gobierno prestar servicios de calidad a los ciudadanos en forma confiable y facilitar una mayor productividad, así como el progreso en todas sus dimensiones<sup>13</sup>.

De esta manera el fenómeno conocido como *data-driven-society* en mayor parte configurado por datos provistos por el sector público, representa la materia prima de procesos de transformación de datos, en información de alto valor público, como por ejemplo, la elección de la ruta menos congestionada o menos peligrosa para ir al trabajo, también el nombre del conductor del taxi y si tiene o no registro de delitos sexuales, del mismo modo que la zona geográfica con mayor catástrofes naturales o contaminación ambiental, así como también, elegir la escuela en el vecindario con mejor rendimiento académico, o índice de la tasa de delitos violentos, sin mencionar los beneficios de predictibilidad de tratamientos de la salud, entre otros ejemplos<sup>14</sup>.

No obstante los aspectos positivos mencionados, el uso de la tecnología conocida como algoritmos programados para tomar decisiones automatizadas en la administración pública, también podría generar otras afectaciones en la esfera jurídica de las personas. Todo esto, acorde con Peeters y Schuilenburg<sup>15</sup>, puede causar amenazas a la privacidad y otros derechos intersectoriales como la libertad de tránsito, afectando su eficacia para predecir decisiones y el comportamiento de las personas, así como responsabilizar el proceder de los gobernantes. Lo que se agudiza como consecuencia de la forma cómo interactúan las personas en la sociedad digital, descrita por Pentland como *driven-data-society*<sup>16</sup>.

De esta forma, por la necesidad de repensar cómo la transparencia puede mejorar la gobernanza abierta, responsable y confiable, a menudo el consenso entre detractores y seguidores coincide en que se necesita más transparencia en la gestión de la información pública, entendiéndose por tal, acceso, gestión y disponibilidad de datos de calidad y con estándares homogéneos. Por consiguiente, este trabajo defiende la tesis que una mejor regulación de la transparencia podría ser una posible solución a la variada gama de desafíos que enfrentan los gobiernos al momento de decidir, diseñar políticas y evaluar sus resultados<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> MARGETTS y DOROBANTU, 2019.

<sup>12</sup> Ng, 2017.

<sup>13</sup> CIRCULAR A-130, 2016.

<sup>14</sup> Directiva (UE) 2019/1024.

<sup>15</sup> PEETERS y SCHUILENBURG, 2018, p. 268.

<sup>16</sup> PENTLAND, 2013.

<sup>17</sup> CUCCINIELLO, PORUMBESCU, y GRIMMELIKHUIJSEN, 2017, p. 32.

Por esta razón, los legisladores improvisadamente han favorecido a la profundización de la crisis de confianza en la democracia mediante procesos de desregulación que terminan ocasionando la descontextualización jurídica en la positivización de la transparencia, a pesar de su importante funcionalidad para abrir la caja negra del gobierno<sup>18</sup>. Esta premisa se apoya en el análisis comparativo del ámbito material legislativo de algunos países latinoamericanos que permite concluir que las leyes dictadas se han limitado a garantizar las solicitudes de información requeridas por medio del derecho de acceso a la información y protegidas judicialmente mediante el recurso de protección<sup>19</sup>.

En tanto que, en algunos casos, por la fiscalización de la obligación de publicar en portales de datos gubernamentales información que obra en poder de los estamentos públicos, bajo la consigna “publicar o perecer”, garantizando mayor cantidad y volumen de información disponible, en lugar de mayor calidad y valor público. Lo que, acorde con Criado *et al.*<sup>20</sup> sería metafóricamente hablando, han embotellado un buen vino viejo, es decir, continúan repitiendo prácticas del secretismo estatal en lugar de favorecer al diseño de políticas confiables y responsables. Lo anterior en vista de que los portales de datos gubernamentales se verifican sin considerar estándares homogéneos de acceso abierto y comparabilidad y oportunidad, requisito indispensable cuando el fin de la norma es facilitar la reutilización de los datos en la creación de valor público<sup>21</sup>.

La posición esgrimida por este trabajo, acorde con Lorenzo Cotino-Hueso<sup>22</sup>, podría dotar de certeza jurídica al régimen legal basado en abrir las decisiones del gobierno a la vista de todos los actores, que además de fortalecer la eficacia del derecho de acceso a la información como derecho fundamental, también abre paso a una nueva generación de derechos políticos, por medio de iniciativas que buscan generar portales de datos abiertos. Teniendo en cuenta que este proceso ha sido entorpecido por lo que Finol y Aponte<sup>23</sup> caracterizan como el fenómeno de la descontextualización de la transparencia, a raíz de posiciones judiciales como la expresada por la jurisprudencia constitucional chilena, que describe como un exceso jurídico la entrega de información pública, porque *el principio de transparencia no ha sido reconocido expresamente por la letra de la Constitución*.

Consecuencia de ello, el sentido teleológico de los portales de transparencia resultan atrincherados por la errática interpretación judicial que en forma restringida desaplica normas garantes de la institucionalidad de la democracia; y elude el verdadero sentido instrumental de la transparencia, comprendido por garantizar el régimen democrático y el control del poder, obligando a las autoridades a responder de sus actos y dar cuenta de ellos, por medio de procesos que buscan abrir la sala de máquinas del Estado, como principio esencial del gobierno abierto.

---

<sup>18</sup> BOBBIO, 2013.

<sup>19</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 49.

<sup>20</sup> CRIADO *et al.*, 2018, p. 61.

<sup>21</sup> SAFAROV *et al.*, 2017, p. 1-27.

<sup>22</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 60.

<sup>23</sup> FINOL y APONTE, 2021, p. 356.

Asimismo, la descontextualización en la regulación de la transparencia aunada a la tradición marcada de corte positivista del derecho latinoamericano impide avanzar en el proceso de reconocimiento constitucional –por lo menos no todavía– del derecho a la buena administración y el principio al buen gobierno, del mismo modo que a los procesos de digitalización de la función pública en forma ponderada. Por el contrario, el proceso de fundamentación de la transparencia experimentado en el ámbito de la Unión Europea ha incluido una norma directa en el artículo 41 Carta de los Derechos Fundamentales (2000/C364/01) relativa a un derecho fundamental al buen gobierno y, además, ha contemplado el derecho a una buena administración, según el que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable.

Mientras tanto, organismos multilaterales preocupados por este desfase entre digitalización, infraestructuras tecnológicas y gestión pública han elaborado un conjunto de recomendaciones y directrices que se analizan en este trabajo, porque proporcionan un marco conceptual más amplio y compatible con las nuevas realidades de una sociedad digital que observa cómo mediante la facilitación del acceso y la reutilización de datos disponibles del sector público se podría transformar a las instituciones del Estado, haciéndolas más transparentes y responsables frente a los ciudadanos<sup>24</sup>. De modo que, frente a la excesiva fragmentación regulatoria jurídica y política extendida por la contumacia de algunos gobiernos de acatar las recomendaciones necesarias, al final se configura un escenario que incrementa el descontento social expresado por medio de movimientos sociales autoconvocados que se viralizan fácilmente mediante la expansión de internet<sup>25</sup>. Todo esto obliga a repensar la forma de responder de las autoridades.

En este aspecto, hay que hacer una prevención importante, en el análisis comparado de este tipo de normas en América Latina relativas al gobierno abierto, la mayor parte de ellas resulta en una combinación de múltiples elementos combinados entre principios de transparencia y digitalización del Estado<sup>26</sup>. De tal forma que, considerando que las revisiones de literatura acerca de datos abiertos son limitadas, y sobre todo aquellas que incluyen el tema de la formulación de políticas de datos abiertos conforme con el gobierno abierto son poco frecuentes en español<sup>27</sup>, a continuación se analiza la transparencia desde tres perspectivas, siguiendo el desarrollo analítico multinivel que involucra el análisis de contenido desde diferentes perspectivas<sup>28</sup> y siguiendo el enfoque de Schauer<sup>29</sup> cuando aborda la transparencia desde tres dimensiones, y llega a la conclusión que depende cómo se mire y el lugar donde estemos sentados, la transparencia encaja en múltiples temáticas.

<sup>24</sup> OCDE, 2019, OCDE, 2021 y Directiva (UE) 2019/1024.

<sup>25</sup> BOVENS, 2002.

<sup>26</sup> FINOL-ROMERO, 2022, respecto de la positivización de la transparencia en América Latina, p. 59.

<sup>27</sup> ZUIDERWIJKA y HINNANTB, 2019, p. 117.

<sup>28</sup> GIESTA y GRIMMELIKHUIJSEN, 2020, p. 411.

<sup>29</sup> SCHAUER, 2014, p. 85.

### 1. *Transparencia desde la perspectiva política*

En relación con los teóricos del Derecho que se han pronunciado acerca de cambios políticos destinados a abrir el gobierno, es importante referirse a Norberto Bobbio, quien establece como un principio democrático que: “el gobierno de lo público, [*debe ser*] en público”<sup>30</sup>. Es decir, de acuerdo con el autor precitado en una democracia constitucional las funciones estatales deben ser ejercidas, a la vista de todos, con transparencia, no en opacidad, ni oculta dentro de una caja blindada. En otras palabras, a la transparencia desde la perspectiva política, se le endosa la responsabilidad de supervigilancia y la garantía del control social en el funcionamiento de los poderes públicos.

Lo que en la práctica ha desencadenado una oleada de leyes de transparencia, conducidas a juridificar aspectos políticos de la democracia que buscan hacerse cargo del declive de la confianza en los gobiernos y que, además, afectan la gobernanza democrática. Pero en la práctica no pueden ser evaluados como eficaces, porque su ámbito material es efímero y se relaciona con prácticas anticorrupción, olvidando que la transparencia del gobierno no es una panacea, y no siempre tiene resultados concretos en este debate. De tal manera que la materia regulatoria para la transparencia, normativizada con contenidos poco claros como antídoto para la corrupción, podría degenerar externalidades negativas, como menos confianza y pérdida de legitimidad en el gobierno<sup>31</sup>.

De tal manera que, haciendo un balance general entre el nexo causal del derecho de acceso (DA), transparencia (TA) y apertura de procesos de gobierno (GA), es importante detenerse en algunas precisiones a propósito de la dispersión presente en la doctrina en constante ebullición en torno a este tema, de la que la legislación no ha quedado exenta y necesita más investigación empírica. Para comprender mejor la relación entre datos abiertos y transparencia hay que referirse a la célebre frase del juez de la Corte Suprema estadounidense Louis Brandeis, quien aseguró: “La luz del sol es el mejor desinfectante”<sup>32</sup>. De manera que en una primera etapa la política de transparencia estuvo forjada tácitamente, a la misma medida del reconocimiento del derecho de acceso a la información, como un mecanismo de control democrático para disminuir la corrupción, sin perjuicio que, actualmente, frente a la pregunta qué formas de transparencia ha identificado la literatura reciente, y qué resultados se le atribuye en la consecución de esos objetivos, la discusión no está concluida del todo y amerita más detenimiento.

Al respecto véase cómo la Ley N° 20.285 de Chile, cuyo objeto regulatorio es garantizar el derecho de acceso a la información de los órganos del Estado, los procedimientos para su ejercicio y su amparo, así como las excepciones a la publicidad de la información, no incluye obligaciones para el buen gobierno o la buena administración, es decir, procesos de toma de decisiones basados en grandes cantidades de datos, como sí lo estipula por mandato legal el legislador en Estados Unidos en la *Open Government*

<sup>30</sup> BOBBIO, 2013, p. 84.

<sup>31</sup> CUCCINIELLO, PORUMBESCU, & GRIMMELIKHUIJSEN, 2017, p. 32.

<sup>32</sup> CITADO POR SCHAUER, 2014, p. 91.

*Data Act*<sup>33</sup>. En forma parecida, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México, en cuyo objeto regulatorio expresamente establece transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información oportuna, verificable, inteligible, relevante e integral; además de fomentar la rendición de cuentas, también involucra el ámbito legal de protección de datos personales<sup>34</sup>.

En contraste, la menos longeva Ley 19/2013 de España, cuya materia regulatoria sí considera ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública mediante las obligaciones presuntivas de buen gobierno<sup>35</sup>, por lo que, en un principio, dio lugar a considerar que podría ser una facultad equiparable a las atribuciones de la extinta Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en España<sup>36</sup>. Es decir, dentro de esta perspectiva el legislador español incorpora el espíritu finalista de la transparencia, dimensionado como un principio de gestión para el buen gobierno, para la apertura de la sala de máquinas del Estado.

En el mismo tenor lo explica Beth Noveck<sup>37</sup>, al comparar la política de abrir la información por medio de procesos transparentes, con una obligación legal que, además de la disponibilidad de datos al alcance de todos los actores, facilite su evaluación y control, así como la reutilización de la información pública en la creación de soluciones con alto valor estratégico, incorporando avances de la revolución de la información y la tecnología, lo que haría posible que una amplia gama de información del sector público configure un diverso y valioso conjunto de activos de datos, que pueden beneficiar a la sociedad mediante su reutilización<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, hay que hacer un punto respecto del principio de *Collaboration*, descrito en el Memorando de Transparencia y Gobierno Abierto<sup>39</sup>, según este, por la necesidad de innovar métodos, herramientas y sistemas de cooperación entre los diferentes niveles del gobierno y la ciudadanía justifica la incorporación de la tecnología provista por sistemas algorítmicos, que facilitan la modernización de prácticas de gestión pública transversalmente, es decir, de ida y vuelta y no unidireccionalmente. Todo lo anterior tiene relación con el modelo de gobierno abierto, así como la adopción rápida y a gran escala de nuevas tecnologías.

Desde esta perspectiva, repensar la forma cómo regular por medio de normas concretas la transparencia en perspectiva con el gobierno abierto cobra importancia porque permite redimensionar la calidad de la democracia y, al mismo tiempo, impulsar un cambio cultural, donde procesos colaborativos mecanizados cada vez más habituales, tienen cabida en el proceso de diseño de políticas de calidad<sup>40</sup>. De allí que doctrinalmente

<sup>33</sup> LAW (OPEN) GOVERNMENT DATA ACT DE 2019.

<sup>34</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 14-15.

<sup>35</sup> LEY 19/2013, DE ESPAÑA, 2013.

<sup>36</sup> COTINO-HUESO, 2013, p. 60.

<sup>37</sup> NOVECK, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>38</sup> DIRECTIVA (UE) 2019/1024 DE 2019.

<sup>39</sup> MEMORANDO DE BARACK OBAMA SOBRE TRANSPARENCIA Y OPEN GOVERNMENT, 2009.

<sup>40</sup> CASTELLS, 2006, p. 30.

se reconoce a la alocución transparencia como un mecanismo para el fortalecimiento y preservación de la legitimidad en las organizaciones que, a tenor de la evolución de la sociedad de la información, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos, se han adaptado vertiginosamente a la manera cómo las sociedades se relacionan con la información que, en términos amplios, han hecho que el derecho a la información se deba profundizar.

## 2. *Transparencia desde la perspectiva jurídica*

En el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos se reconoce a la transparencia como un pilar de la democracia<sup>41</sup>, y un derecho humano<sup>42</sup>. Esta posición, también se establece en los alegatos esgrimidos en la Sentencia Claude Reyes y otros contra Chile<sup>43</sup>, y la Sentencia Kimel contra Argentina<sup>44</sup> donde la Corte justifica el principio de publicidad y transparencia, garante del control democrático ejercido por medio del derecho de acceso a la información de las actividades estatales, como una especie de control de fiscalización con una dimensión social, ejercido por las personas (dimensión individual), siempre pensando que promueve la responsabilidad de los funcionarios en la gestión pública.

En este punto, es importante enfatizar el alcance limitado de la regulación de la transparencia como mecanismo garante del derecho de acceso en esta etapa, debido a los resultados insuficientes evidenciados en el persistente malestar de la democracia<sup>45</sup>. Por lo anterior, se piensa que es esencial abordar la relación triangular entre: transparencia, apertura y nuevas tecnologías, con el fin de dilucidar si el debate entre transparencia y apertura puede rendir frutos<sup>46</sup>. En la misma vereda, Villaverde-Menéndez<sup>47</sup> a la transparencia la define como una institución constitucional que por su condición instrumental para la protección efectiva de determinados bienes jurídicos (ejemplo control y vigilancia), así como su injerencia con la concreción del sistema democrático y del estado de derecho, la considera un principio rector de la gestión pública, que debe estar recogido dentro de las normas constitucionales.

Lo anterior, en oposición a la tesis de positivistas que señala, frente a problemas de derecho y política, debido al carácter esencialmente reflexivo de la política, considera que esta es independiente a lo jurídico, toda vez que el derecho como sistema de normas basado en un orden jerárquico, pretende ordenar lo que pareciese no ordenable, y, por tanto, omite la reflexividad de lo jurídico y, con ello, a la política en el derecho<sup>48</sup>. Por otra parte, hay que señalar la Constitución Francesa quien deposita la transparencia como

<sup>41</sup> CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, 11.09.2001

<sup>42</sup> VILLAVERDE-MENÉNDEZ, 2019, p. 114.

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, 19.09.2006.

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2.04.2008.

<sup>45</sup> GLOBAL DEMOCRACY [EUI], 2020.

<sup>46</sup> HEALD, 2006, p. 36.

<sup>47</sup> VILLAVERDE-MENÉNDEZ, 2019, p. 114.

<sup>48</sup> PURÁN-ROSAS, 2022, p. 379.

garantía social de vigilancia en manos de todos los franceses, equiparable al rol de los padres de familia, a las esposas y a las madres, así como a los jóvenes ciudadanos<sup>49</sup>, bajo la premisa, que la transparencia es un valor en sí mismo, que conlleva una prestación de hacer de los sujetos obligados, para que los sujetos vigilantes puedan ejercer el escrutinio político o función social democrática.

Posición similar a lo que proponen Droguett y Walker<sup>50</sup>, cuando explican que el derecho a ser informado acerca de los asuntos de interés público dice relación inseparable con el gobierno abierto, porque promueve legitimidad, rendición de cuentas de las autoridades y participación ciudadana en la toma de decisiones, quien, por medio del uso de las nuevas tecnologías, conlleva un cambio cultural y una nueva forma de gobernar: por, para y con la ciudadanía, por medio de prácticas de datos abiertos<sup>51</sup>.

Mientras que Florini<sup>52</sup> afirma que el debate referente a la transparencia y el acceso a la información se podría profundizar mediante nuevas tecnologías, siempre con ponderación entre la utilidad de la transparencia de la información y la protección de otros derechos fundamentales intersectoriales, como por ejemplo, derecho a la privacidad, explicabilidad y no intervención de la automatización en la vida de las personas, cuando el secreto estatal puede perjudicar la seguridad pública o el funcionamiento mismo del Estado, o cuando la publicidad de la información afecta la privacidad, intimidad y la honra, aunque se trate de sistemas automatizados de toma de decisión<sup>53</sup>.

Por su parte, Sánchez de Diego<sup>54</sup> equipara a las prácticas de transparencia por medio de datos abiertos, con un principio rector más amplio que el derecho de acceso a la información pública en sí misma, porque transparencia y gobierno abierto son referencias de una democracia avanzada y no meros espejismos de una comunicación política unidireccional que busca la conformidad del *pueblo sumiso* y reduce a las sociedades a conglomerados de súbditos. Mientras que, de acuerdo con Meijer<sup>55</sup>, proveer una mayor apertura de la sala de máquinas del Estado al escrutinio externo de los ciudadanos podría lograr mejores procesos de toma de decisiones.

En este aspecto, conviene hacer la siguiente prevención para referirse al arte o manera de gobernar, en inglés *governance*, debido a que en este trabajo se entiende como el término gobernanza a la fórmula con la que el gobierno por medio de un nuevo proceso-condición-método, crea las condiciones para que las personas ocupen un lugar céntrico, es decir, gobernar con enfoque *pro hominis*<sup>56</sup>. Entendida como una gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, responsabilidad y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia. Acorde con esta premisa, la Organización para la

<sup>49</sup> CONSTITUCIÓN FRANCESA, TÍTULO XIV. 377, de 1795.

<sup>50</sup> DROGUETT GONZÁLEZ Y WALKER SILVA, 2020, p. 25.

<sup>51</sup> PIÑEIRO ET AL., 2021, pp. 1 y ss.

<sup>52</sup> FLORINI, 2007, pp. 1-16.

<sup>53</sup> PALMA-ORTIGOSA, 2019, p. 7.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ DE DIEGO, 2016, p. 414.

<sup>55</sup> MEIJER, 2009, p. 257.

<sup>56</sup> AGUILAR-VILLANUEVA, 2015, p. 115.

Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD/LEGAL/0438)<sup>57</sup>, ha impulsado entre sus Estados miembros estrategias de gobierno abierto que promueven la disponibilidad clara, completa, oportuna y relevante de data e información en formatos legibles por máquinas, fácil de encontrar y entender, comparables y reutilizables, con énfasis en la participación de todos los actores.

En suma, porque el gobierno abierto supone una transición institucional de las democracias del secreto hacia la búsqueda de nuevos modelos de gobernanza, fundados en la recuperación de la confianza y legitimidad de la acción pública, siempre buscando contar con la ciudadanía como centro y protagonista de su propio desarrollo<sup>58</sup>. De esta forma, las administraciones nacionales están adoptando el gobierno abierto como una prioridad de sus proyectos públicos, como por ejemplo la Unión Europea (UE) que en su Plan de Acción para el Gobierno 2016-2020, contempla la transición de las administraciones públicas de la Unión hacia modelos de gobernanza abiertos, más eficientes e inclusivos<sup>59</sup>.

Dentro de estas líneas argumentativas se ubica Sandoval-Ballesteros<sup>60</sup> quien justifica la necesidad de profundizar prácticas de transparencia que faciliten el acceso a la información, por su utilidad para expandir la democracia mediante procesos de toma de decisiones confiables, participativos y con rendición de cuentas. En el mismo sentido que Schauer<sup>61</sup> cuando justifica profundizar prácticas de transparencia, por su importancia en procesos de toma de decisiones en diferentes dimensiones, ya que a pesar de reconocer que su implementación se ha impulsado de formas muy variadas y confusas, defiende la transparencia por su vínculo con la democracia, la eficiencia y otros fines teleológicos, como, por ejemplo, prevenir los peores escenarios posibles en procesos de toma de decisiones en diferentes contextos.

Lo explicado hasta este punto, podría unificarse dentro del marco conceptual dualista explicado por Meijer, Hart y Worthy<sup>62</sup> como la teoría del doble reinado –en inglés *Two Realms*–, en donde se compara a la transparencia de la función pública con un concepto bidimensional, que relaciona aspectos políticos y jurídico-administrativos, para dar lugar a una materia normativa armonizadora de contenido uniforme, mucho más amplia que una nueva estrategia para combatir la corrupción, porque triangula en un mismo ciclo, la redacción de leyes para el gobierno abierto, con la implementación de estrategias específicas, y consultas en línea de todos los actores involucrados.

En el mismo orden de ideas, Cotino-Hueso<sup>63</sup> afirma que transparencia es un instrumental que redunde en beneficio de valores y normas, del mismo modo que en aspectos cruciales como eficiencia y eficacia de la gestión pública, que no puede minimizarse a

<sup>57</sup> RECOMMENDATION OF THE OECD COUNCIL ON OPEN GOVERNMENT, 2017.

<sup>58</sup> CARTA IBEROAMERICANA DE GOBIERNO ABIERTO, 2016.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ-GALLEGO *ET AL.*, 2021, p. 220.

<sup>60</sup> SANDOVAL-BALLESTEROS, 2013, p. 104.

<sup>61</sup> SCHAUER, 2014, p. 81.

<sup>62</sup> MEIJER *ET AL.* 2015, p. 5.

<sup>63</sup> COTINO-HUESO, 2017, p. 7.

una conducta subjetiva tutelada al alero del derecho a la libertad de expresión, sino que hay que entenderla, además, como un principio jurídico objetivo que permite evaluar el quehacer del aparato público como un imperativo democrático para la recuperación de la legitimidad de la acción gubernamental.

De tal manera que cuando Rubiños<sup>64</sup> plantea que, para aplacar el temor ante los posibles impactos de la transparencia en la eficiencia de la toma de decisiones, no basta simplemente con que los gobiernos se limiten a proporcionar un flujo de información de lo decidido. Idea que tiene relación con Finol-Romero *et al.*, quienes describen como polisemia conceptual el dilema de definir a la transparencia en forma concreta<sup>65</sup>, cuando lo que se quiere es limitarla a publicación de información. De ahí que la literatura describe a la transparencia como un constructo social, relacionado con procesos asociados a toma de decisiones complejas de carácter social y política, que tensiona la relación del Estado y la ciudadanía, porque traspasa los límites de la tecnicidad dogmática legalista, ya no solo limitada a la obligación y tutela del derecho de acceso a ciertos aspectos de la función pública, como un anexo del derecho de acceso a la información pública.

Siendo así, la transparencia como garantía de otros derechos fundamentales reconocidos por leyes y por tratados internacionales ratificados por el Estado, se debe considerar parte integrante del bloque constitucional de derechos<sup>66</sup>. Por esta razón Rodrigo Sandoval<sup>67</sup> supone que la transparencia es como la hoja de ruta hacia una nueva democracia, que por medio del gobierno abierto puede superar enfoques parciales para adoptar un proyecto que profunde a la gobernanza transparente y abierta como una forma de tomar decisiones participativas y a la vista de todos. Esta discusión doctrinal no ha sido zanjada del todo y, simultáneamente, el planteamiento recogido en la Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de la OEA en el año 2020, específicamente en el Capítulo II, trató de esbozar algunas medidas que permitan promover más apertura<sup>68</sup>, es decir, garantizar elementos objetivos de la transparencia a partir de la ampliación y profundización de las dos dimensiones: subjetiva-objetiva que involucra<sup>69</sup>.

Finalmente, considerando la obra de Kant<sup>70</sup>, quien elevó la publicidad de la categoría moral a un *principio jurídico*, y dio por establecida –por así decirlo– las bases de la importancia del planteamiento filosófico, que está detrás de la legalidad de la transparencia de la información de las decisiones del gobierno como requisito ineludible para exigir el cumplimiento de las obligaciones de los particulares. Lo antes dicho, da sentido a las líneas doctrinales explicadas y justifica la necesidad de describir qué es la gobernanza transparente desde la perspectiva del gobierno abierto.

<sup>64</sup> RUBIÑOS, 2016, p. 397.

<sup>65</sup> FINOL-ROMERO *ET AL.*, 2021, p. 135.

<sup>66</sup> NOGUEIRA-ALCALÁ, 2015, p. 301. AGUILAR-CAVALLO, 2010, p. 24.

<sup>67</sup> SANDOVAL, 2015, p. 210.

<sup>68</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, 2015, p. 325.

<sup>69</sup> LEY INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 2.0, de 2020.

<sup>70</sup> KANT, 1957, p. 150.

### 3. *Transparencia desde la perspectiva económica*

Otro elemento importante para agregar a la discusión va de la mano de lo explicado por Hood<sup>71</sup>, quien afirma que la clave para una mejor gobernabilidad de la información es abrir los datos que obran en poder de la administración pública, porque a la hora de tomar decisiones ágiles, participativas y automatizadas, esta es visible desde fuera. A lo anterior, Tomar *et al.*<sup>72</sup> lo define como la gobernanza de datos de activos de información, término acuñado originalmente por la teoría de las organizaciones, que considera a la información tan valiosa para el quehacer institucional mismo, tanto para las organizaciones como para otros *stakeholders* que se benefician.

El propósito de la naturaleza finalista o sentido teleológico de la transparencia de la información es lo que dificulta unificar un marco conceptual que dé cabida a su reconocimiento expreso, en una norma concreta como derecho fundamental (contenido subjetivo) y principio rector de la gestión pública (contenido objetivo). Frente a ello, se piensa que el marco teórico propuesto por Meijer *et al.*<sup>73</sup> podría encontrar sentido cuando cuestiona que la transparencia a menudo definida muy restrictivamente, ha trascendido como una iniciativa que se centra únicamente en poner información gubernamental en internet.

En esto resalta el hecho que transparencia no solo se refiere a la apertura en términos informativos, sino también a la apertura en términos interactivos. Es decir, la transparencia debe ser entendida como una obligación del régimen legal del gobierno abierto, importante, debido a su capacidad de crear conexiones sólidas y colaboraciones a largo plazo, por lo que entenderla simplemente en términos de poner la información a disposición del público, previa solicitud de un requerimiento de información, sería poco favorable para la apertura de datos y procesos administrativos necesarios para introducir sistemas de decisiones automatizadas basadas en grandes conjuntos de datos. Ejemplo de ello, el uso de algoritmo y programas informáticos con redes neuronales para el reconocimiento inteligente y la lectura natural de imágenes, o para el apoyo en la asignación selectiva e individualizada de fármacos, todos ellos usos esenciales que han aumentado progresivamente en los últimos años, a propósito del avance de la tecnología y digitalización<sup>74</sup>.

Concretamente, de esta forma el avance de la tecnología de la información desde la perspectiva económica cuali y cuantitativamente, ha impulsado exponencialmente gobernar con las ventanas abiertas hacia el interior de la sala de máquinas del Estado, lo que Matheus y Janssen<sup>75</sup> explican como la teoría de las ventanas abiertas, porque posibilita canales proactivos con características técnicas y jurídicas homogéneas, también conocidos como *datos abiertos*, con efectos en múltiples dimensiones y hacia múltiples actores<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> HOOD, 2006, p. 215.

<sup>72</sup> TOMAR *ET AL.*, 2016.

<sup>73</sup> MEIJER *ET AL.*, 2012, pp. 1-35.

<sup>74</sup> COTINO-HUESO, 2020, p. 3.

<sup>75</sup> MATHEUS Y JANSSEN, 2019, pp. 4-24.

<sup>76</sup> SAFAROV *ET AL.*, 2017, pp. 1- ss.

De tal manera que, por las aplicaciones en perspectiva de la economía, es precisamente lo que el Parlamento de la Unión Europea ha establecido mediante la Directiva (UE) 2019/1024 de 20 de junio de 2019, a través de un conjunto de normas mínimas que regulan la reutilización y los dispositivos prácticos destinados a facilitar el uso de datos abiertos y estimular la innovación de los productos y servicios, porque la información del sector público representa una fuente extraordinaria de datos, que pueden contribuir a mejorar el mercado único y al desarrollo de nuevas aplicaciones para los consumidores, es decir, una nueva economía del conocimiento basada en el empleo inteligente de los datos, incluido su tratamiento por medio de aplicaciones de inteligencia artificial, puede tener un efecto transformador en todos los sectores de la economía.

### III. APROXIMACIÓN A UN MARCO CONCEPTUAL DE LA TRANSPARENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL GOBIERNO ABIERTO

Como se ha explicado, el concepto dualista de transparencia es aquel enmarcado dentro del contexto del modelo de gobierno abierto y armonizado desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales. De esta forma, se piensa, podría conferir seguridad jurídica a procesos que buscan abrir la caja negra del Estado<sup>77</sup>, respeto y garantía a otros derechos intersectoriales cuando el tratamiento de grandes cantidades de datos mediante sistemas algorítmicos afecte la privacidad y datos personales, así como información que comprometa la posición comercial de los terceros<sup>78</sup>. De esta forma, prospectivamente se podría avanzar a un radio ampliado de actuación de la transparencia gubernamental, hacia la gobernanza de datos abiertos, por medio de sistemas de procesamiento como los algoritmos y la inteligencia artificial para la programación de sistemas de decisiones automatizadas administrativas<sup>79</sup>. Esta ampliación, al decir de Birkinshaw<sup>80</sup>, es importante, porque el derecho a saber facilita examinar cómo opera el gobierno, lo que Schauer<sup>81</sup> relaciona con permitir a una institución ser controlada por otros y por sí misma.

En este orden de ideas, y con el fin de profundizar este análisis además de hacer frente a los desafíos que involucra el desarrollo responsable de procesos automatizados de toma de decisiones, a continuación, vía una representación gráfica, se da forma al concepto dualista de transparencia que se propone, según esta, la transparencia de la función pública se entiende como un derecho fundamental, y al mismo tiempo un principio del régimen legal del gobierno abierto.

<sup>77</sup> COTINO-HUESO, 2017, p. 52.

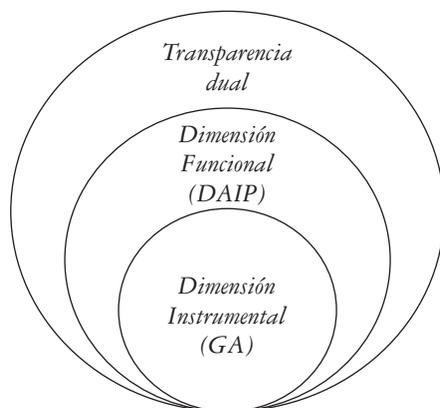
<sup>78</sup> CONTRERAS Y TRIGO, 2020, p. 458.

<sup>79</sup> DIHLAC *ET AL.*, 2020, p. 4, CITADO POR: POLÍTICA NACIONAL DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, 2021.

<sup>80</sup> BIRKINSHAW, 2006, p. 59.

<sup>81</sup> SCHAUER, 2014, p. 89.

Figura N° 1. Marco conceptual dual de la transparencia



Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, el concepto propuesto como transparencia dual concilia dos dimensiones. La primera dimensión se entiende de carácter funcional, acorde con la cláusula democrática, porque busca garantizar el derecho de acceso a la información pública que obra en poder del Estado (es decir, dimensión subjetiva) y, por su intermedio, el acceso a otros derechos. La segunda dimensión (o dimensión objetiva) entiende a la transparencia como un instrumento que facilita abrir la caja negra del gobierno, para mejorar la eficiencia y eficacia de las políticas, mediante los principios de gobierno abierto: rendición de cuentas, participación y colaboración.

Dicho de otra forma, la armonización de ambas muestra la integración de dos pilares de la democracia, estos son: rendición de cuentas y participación, como una obligación que exige a la maquinaria estatal máxima facilitación a la participación, y divulgación (verbigracia: hacer disponibles proactivamente) de informaciones de la gestión pública, por medio de la efectividad del derecho a saber de las personas y el derecho al buen gobierno. En otras palabras, la primera dimensión en sentido estricto concibe a la transparencia como una obligación legal que coercitivamente exige a los organismos del Estado garantizar el ejercicio de la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente, considerada de informarse, es decir, de saber qué ocurre dentro del funcionamiento de los órganos públicos del Estado.

La segunda dimensión, en sentido amplio, concibe a la transparencia como un mecanismo legal o instrumento, que busca la eficacia y eficiencia de la gestión de las acometidas públicas y, también, derecho a que las instituciones, órganos y organismos traten sus asuntos en forma imparcial, equitativamente, justa y dentro de un plazo razonable, por medio de las nuevas tecnologías dispuestas provistas por la cuarta revolución industrial. Lo anterior, por resultar favorables al fortalecimiento de la confianza y, por extensión, al incremento de la legitimidad de las instituciones democráticas.

Sin embargo, la concreción jurídica de la transparencia con dos dimensiones cobraría mayor fuerza por medio de su configuración de naturaleza dual, como regla de oro de la función pública del Estado, según esto, además de la legalidad y juridicidad, la función pública debe ser transparente<sup>82</sup>.

De esta forma se piensa que una mejor fundamentación jurídica de la transparencia impregnaría de la jurisdiccionalidad especialísima de los derechos humanos y también, como un principio rector de la gestión pública<sup>83</sup>, que obligue a los órganos del Estado a entregar información que obre en su poder o sea recolectada para su utilización tanto en el ciclo de las políticas públicas que puedan garantizar efectivamente bienestar de la población, como imperativo del principio de publicidad y rendición de cuentas. Todo lo anterior, encuentra su fundamentación en lo establecido en la cláusula democrática del artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana<sup>84</sup>, también en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>85</sup> y el Artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>86</sup> cuando reconoce que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, y que este derecho incluye en todo momento el de investigar y recibir informaciones y opiniones.

Del mismo modo que el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>87</sup>, cuando establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Finalmente, en la Declaración de Principios para el Gobierno Abierto<sup>88</sup>, cuando subraya la necesidad de:

1. Aumentar la disponibilidad de información acerca de las actividades gubernamentales;
2. Apoyar la participación ciudadana;
3. Aplicar los más altos estándares de integridad profesional en todos los gobiernos;
4. Aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas.

Como se ha dicho, el concepto dualista de transparencia de la función pública que se describe dice relación con la teoría de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, considera una interpretación del sustrato normativo subjetivo relacionado con acceso a la información, armonizado con el sustrato objetivo del derecho a la buena administración y el buen gobierno, lo que, a los efectos de este análisis, se considera el

---

<sup>82</sup> CEA-EGAÑA, 2009, p. 25.

<sup>83</sup> FINOL-ROMERO (2020), p. 151, y BIRKINSHAW, 2006, p. 56.

<sup>84</sup> CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, 2001. Artículo 4.

<sup>85</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 1948.

<sup>86</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

<sup>87</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, 1976.

<sup>88</sup> DECLARACION DE PRINCIPIOS PARA EL GOBIERNO ABIERTO, 2011.

derecho a la transparencia. De esta manera, para dar forma al alcance jurídico de lo que *ius* constitucionalmente debe ser respetado, garantizado y protegido normativamente, si lo que se espera es abrir la sala de máquinas del Estado, así como favorecer procesos institucionalizados, para mejorar la confianza, eficiencia y eficacia del servicio público, al ponderar derechos de las personas y aplicaciones tecnológicas, todo lo anterior debe estar sustentado por medio de la juridificación homogénea de procesos de transformación digital del sector público que demanda la cuarta revolución industrial.

Por otra parte, desde la perspectiva técnica legal y sin desconocer otros aspectos diferenciados involucrados con la implementación efectiva de la transparencia, verbi-gracia en el sector judicial, el planteamiento que se propone se centra en describir el fundamento teórico del sustrato normativo objetivo que permita ponderar la paradoja entre el derecho y principio de la transparencia en la actuación del poder ejecutivo, que dice relación entre derecho de acceso a la información pública, datos abiertos, y gobierno abierto, ponderadamente con principios democráticos y la garantía de la protección de datos, y privacidad de las personas afectadas como consecuencia de procesos de apertura, digitalización y programación algorítmica de las decisiones automatizadas del sector público, especialmente en una sociedad condicionada por los datos disponible en internet<sup>89</sup>.

Concretamente la paradoja jurídica antes mencionada, se concretiza porque el “aprendizaje automático” o *machine learning* de los procesos administrativos automatizados, busca como resultado que los algoritmos no dependen de lo que los humanos hayan especificado de antemano, pero sí del suministro de datos en formatos abiertos, para que los sistemas y algoritmos identifiquen patrones y correlaciones, así como aprendan de ellos y generen nuevas decisiones basadas en los datos<sup>90</sup>. Frente a ello, el derecho positivo resulta insuficiente, por lo que algunos Estados han promulgado una ola desarticulada de normas de *soft law*, que no tienen fuerza legalmente vinculante, pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos importantes porque contienen estándares y directrices. Lo anterior, podría producir efectos indeterminados e imprevisibles en contumacia con la expansión de internet y la nueva forma de relacionarse las personas en la era digital, tensionando a autoridades quienes, obligados a repensar la forma de actuar, en muchos casos desregula o descontextualiza instituciones democráticas con una larga trayectoria, verbi-gracia, la transparencia de la función pública<sup>91</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El mapa conceptual explicado desarrolla diferentes perspectivas que gravitan alrededor de la transparencia, y describe aspectos teóricos que podrían hacer avanzar el proceso de profundización de la concreción jurídica del régimen de gobierno abierto en concordancia

<sup>89</sup> PEETERS y SCHUILENBURG, 2018, y PENTLAND, 2013.

<sup>90</sup> COTINO-HUESO, 2020, pp. 917-921.

<sup>91</sup> FINOL-ROMERO, 2022, p. 49.

con los cambios impulsados por la tecnología emergente en constante ebullición. De esta manera, el marco teórico dualista propuesto opera como sustrato normativo que *lege ferenda*, pueda impulsar la incorporación de la transparencia en dos dimensiones. Por un lado, pensada como un derecho subjetivo de acceso a la información pública y, por el otro, el derecho objetivo a un gobierno abierto que facilite la consecución de otros fines, entre ellos, buena administración, innovación, colaboración y participación en los procesos de toma de decisiones aprovechando la tecnología emergente provista por la cuarta revolución industrial.

Todo lo anterior, sin desconocer problemas relacionados con la afectación de derechos particulares por consecuencia de la incorporación de la tecnología por sí misma. Dicho de otra forma, los sistemas basados en *machine learning* han sido predominantemente tratados como un problema tecnológico únicamente desconociendo en muchos casos la afectación de otros derechos de las personas, como por ejemplo, autodeterminación informativa y la privacidad, del mismo modo que el derecho a la explicabilidad y rendición de cuentas, que al final de cuentas de no resguardarse efectivamente podrían producir el efecto adverso, es decir, fortalecer el secretismo de la sala de máquinas del Estado y el acceso a los criterios de decisión programados por los algoritmos.

Por esta razón, lo cierto es que el debate teórico luce más complejo de lo que parece, y a los efectos de este análisis doctrinal, se ha perfilado una posición frente a un problema jurídico dogmático, que involucra distintos aspectos, así como la intersección de derechos fundamentales –verbigracia, la privacidad– con la infraestructura tecnológica que involucran. En este tenor, el consenso global es que este problema jurídico debe ser guiado por estándares, resguardos éticos y principios que promueven la innovación confiable y que respete los derechos humanos y los valores democráticos.

De esta forma, analizar la transparencia desde diferentes perspectivas permitió describir una primera capa de un mapa conceptual que busca adecuar la regulación vigente a los procesos de transformación digital del Estado necesarios para avanzar hacia el gobierno abierto, y al mismo tiempo, unificar nuevos derechos políticos frente al advenimiento de nuevas realidades de la sociedad hiperconectada. Finalmente, se subraya que estas primeras líneas doctrinales podrían dar forma a un esquema dogmático lo suficientemente dualista para la profundización de la transparencia, y la superación de los obstáculos que representa el secretismo estatal, producto de la descontextualización regulatoria vigente.

En el mismo sentido, dotar de fundamentación jurídica a las regulaciones necesarias para que, por medio del derecho de acceso a la información, y el principio de gestión pública del gobierno abierto pueda unificarse dentro de un mismo régimen legal constitucional garantista, las dos dimensiones: una subjetiva (funcional) y otra objetiva (instrumental). Conforme con ello, la juridificación normativa efectiva de la transparencia podría además de proveer estabilidad a la gobernabilidad democrática constitucional, contribuir con la adaptabilidad de los cambios de la tecnología por medio de la gestión de datos en formatos accesibles, interoperables y reutilizables, debido a la importancia que significa exponer a la vista de toda la sociedad la sala de máquinas del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR-CAVALLO, Gonzalo, 2010: "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, volumen 43, N° 127, pp. 15-71.
- AGUILAR-VILLANUEVA, Luis, 2015: *Gobernanza y Gestión Pública*, Ciudad de México, Fondo Cultura Económica.
- AGUILAR-VILLANUEVA, Luis, GÓMEZ RUVALCABA, Edgar y CRIADO, Ignacio, 2021: "Gobierno Abierto y Gobernanza: una reflexión de los imperativos de legitimidad y efectividad en gobiernos subnacionales", en *Gobierno abierto en Iberoamérica Estudios de Caso en Gobiernos Subnacionales*, Vol.1. Ciudad de México, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 17-37.
- BOBBIO, Norberto, 2013: *Democracia y Secreto*, Ciudad de México, Fondo Cultura Económica.
- BOVENS, Mark, 2002: "Information Rights: Citizenship in the Information Society", *The Journal of Political Philosophy*, volumen 10, N° 3, pp. 317-341.
- BIRKINSHAW, Patricio, 2006: "La transparencia como derecho humano", en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?* Oxford, University Press, pp. 45-65.
- CASTELLS, Manuel, 2006: *Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica. En La sociedad red: una visión global*, Madrid, Editorial Alianza España.
- CEA-EGAÑA, José, 2009: "Tercera regla de oro del Derecho Público", *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 13, pp. 23-46.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2013: "Derecho y Gobierno Abierto: La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las administraciones públicas. Propuestas concretas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 14, pp. 51-92.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2017: "El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 40, pp. 279-316.
- COTINO-HUESO, Lorenzo, 2020: "Inteligencia artificial, big data, y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N° 31, pp. 1-17.
- CONTRERAS, Pablo y TRIGO, Pablo, 2020: "La gobernanza de la inteligencia artificial. Esbozo de un mapa entre hard law y soft law internacional", en: Azuaje Michelle y Pablo Contreras (edit.). *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 457-477.
- CRIADO, J. Ignacio, Edgar Alejandro RUVALCABA-GÓMEZ, y Rafael VALENZUELA-MENDOZA, 2018: "Revisiting the Open Government Phenomenon. A Meta-Analysis of the International Literature". *JeDEM - EJournal of E Democracy and Open Government*, volumen 10, N° 1, pp. 50-81.
- CUCCINIELLO Maria, PORUMBESCU, Gregory y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2017: "25 años de investigación sobre transparencia: evidencia y direcciones futuras", *Public Administration Review*, volumen 77, N° 1, pp. 32-44.
- DROGUETT González, Carmen y WALKER Silva, Nathalie, 2020: "El derecho a ser informado sobre los asuntos de interés público: defensa de los juicios paralelos en Chile. Problemas y soluciones", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 47, N° 1, pp. 25-48.
- EUI, 2020: Global democracy has a very bad year. Disponible en: <https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02> [Fecha de consulta: 15.07.22].
- FERRAJOLI, Luigi, 2011: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Edit. Trotta (Mínima Trotta), 109 págs.
- FINOL-ROMERO, Lorayne, 2020: "Repensar la transparencia desde la teoría de los derechos fundamentales: ¿una tarea pendiente para Chile?", en: Núñez, José y Risi, Paulina (edit.), *Ideas centrales para la nueva Constitución*, Santiago de Chile, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 167-182.

- FINOL, Lorayne y APONTE, Emercio, 2021: “Des Contextualización del derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la función pública por la jurisprudencia constitucional chilena”, *Revista de Estudios Constitucionales*, volumen 19, Nº 1, pp. 356-372.
- FINOL-ROMERO, Lorayne; GALDAMES, Ana y GONZÁLEZ, Cecilia, 2021, “Contextualización de la transparencia de la función pública en Iberoamérica: Una revisión del concepto”, *Revista Rumbo TS*, volumen 16, Nº 25, pp. 105-144.
- FINOL-ROMERO, Lorayne, 2022: “Positivización de la transparencia a través de la teoría de la doble dimensión de derechos: una visión comparada”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 59, pp. 1-38.
- FLORINI, Ann, 2007: *The right to know: transparency for an open world*, New York, Columbia University Press.
- GARGARELLA, Roberto, 2015: “El nuevo constitucionalismo Latinoamericano”, *Estudios Sociales Revista Universitaria Semestral*, volumen 48, Nº 1, pp. 169-174.
- GIESTA, Sarah y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2020: “Introduction to special issue algorithmic transparency in government: Towards a multi-level perspective”, *Information Polity*, volumen 25, pp. 409-417.
- GONZÁLEZ-GALLEGO, Nicolás; NIETO-TORREJÓN, Laura y PÉREZ-CÁRCELES, María, 2021: “Una medida global de gobierno abierto para la OCDE. Recomendaciones para España”, *El Trimestre Económico*, volumen LXXXVIII, Nº 349, pp. 219-245.
- KANT, Immanuel, 1957: *Lo bello y lo sublime: La paz perpetua*, Buenos Aires, Editorial Espasa-Calpe.
- HEALD, David, 2006: “Variedades de la Transparencia”, en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, University Press, pp. IX-XXI.
- HOOD, Christopher, 2006: “Beyond Exchanging First Principles? Some Closing Comments”, en: Hood, C. y Heald, D. (edit.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, University Press, pp. 211-225.
- MARGETTS, Helen y DOROBANTU, Cosmira, 2019: Rethinking government with AI. *Nature*. Nº 568, pp. 163-165. Doi: 10.1038/d41586-019-01099-5. Disponible en: <https://www.nature.com>. “[Fecha de consulta: 5 de marzo de 2019].
- MATHEUS, Ricardo y JANSSEN, Marijin, 2019: “Un estudio sistemático de literatura para desentrañar la transparencia habilitado por los datos de gobierno abierto: The Window Theory”, *Public Performance & Management Review*, Nº 42, pp. 1-33.
- MEIJER, Albert, 2009: “Comprender la transparencia moderna”, *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, volumen 75, Nº2, pp. 255-269.
- MEIJER, Albert; CURTIN, Deirdre y HILLEBRANDT, Maarten, 2012: “Open government: connecting vision and voice”, *International Review of Administrative Sciences*, volumen 78, Nº1, pp. 10-29.
- MEIJER, Albert; HART, Paul y WORTHY, Ben, 2015: “Assessing Government Transparency: An Interpretive Framework”, *Administration & Society*, volumen 50, Nº 4, pp. 501-526.
- MORLINO, Leonardo, 2016: “Calidad democrática entre líderes y partidos”, en: Morlino, L. y Alcántara Sáez, Manuel (edit.), *La calidad del liderazgo político en los países andinos*, Ciudad de México, Editorial Instituto Nacional Electoral, pp. 11-56.
- NG, Andrew, 2017: “Why AI Is the New Electricity”, Stanford Business. Disponible en: <https://www.gsb.stanford.edu/insights/andrew-ng-why-ai-new-electricity> [Fecha de consulta. 21.09.2022].
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto, 2015: “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios constitucionales*, volumen 13, Nº 2, pp. 301-350.
- NOVECK, Beth, 2017: “Rights-Based and Tech-Driven: Open Data, Freedom of Information, and the Future of Government Transparency”, *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.*, volumen 19, Nº 1, pp. 1-46.

- PALMA-ORTIGOSA, Adrián, 2019: "Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos", *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 50, pp. 1-25.
- PENTLAND, Alex, 2013: "The data-driven society". *Scientific American*; volume 309, N° 4, pp. 78-83.
- PEETERS, Rik & SCHUILENBURG, Marc, 2018: "Machine justice: Governing security through the bureaucracy of algorithms", *Information Polity*, volumen 23, N° 3, pp. 267-280
- PIÑEIRO, Rafael; MUÑOZ, Paula; ROSENBLATT, Fernando; ROSSEL, Cecilia; SCROLLINI, Fabrizio y TEALDE, Emiliano, 2021: "¿Cómo la transparencia genera confianza en las instituciones?: efectos del uso exitoso de solicitudes de acceso a la información pública sobre la confianza y las percepciones de transparencia", *Policy Brief*, N° 39, pp. 1-8.
- PURÁN Rosas, Violeta, 2022: "Teoría Constitucional Crítica. Discusiones sobre derecho y política", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 35, N° 1, pp. 379-381.
- RUBIÑOS Gil, María, 2016: "La ley de transparencia y buen gobierno en España: ¿Un punto de inflexión para el sector público?", en: Manuel Sánchez De Diego Fdez. De La Riva (edit.), *31 Visiones actuales de la Transparencia*, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 392-412.
- RUIZ-RICO Ruiz, Catalina, 2019: "Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, volumen 52, N°154, pp. 255-283.
- SÁNCHEZ De Diego, Manuel, 2016: "A modo de conclusión y en pro de una efectiva transparencia", en: Manuel Sánchez De Diego Fdez. De La Riva (edit.), *31 Visiones actuales de la Transparencia*, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 412-428.
- SAFAROV, Iqbal; MEIJER, Albert y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, 2017: "Utilization of open government data: A systematic literature review of types, conditions, effects and users", *Information Polity*, volumen 22, N° 1, pp. 1-24.
- SANDOVAL, Rodrigo, 2015: "Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 22, N° 68, pp. 203-227.
- SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma, 2013: "Hacia un proyecto democrático-expansivo de transparencia", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, volumen 58, N° 219, pp. 103-134.
- SCHAUER, Frederick, 2014: "Transparencia en tres dimensiones", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 27, N°1, pp. 81-103.
- SOLANO, Joan, SIDDHARTH, Aaron y LINNET Taylor, 2022: "Governing Data and Artificial Intelligence for All: Models for Sustainable and Just Data Governance", European Parliament. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/etudes/STUD/2022/729533/EPRS\\_STU\(2022\)729533\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/etudes/STUD/2022/729533/EPRS_STU(2022)729533_EN.pdf) [Fecha de la consulta: 16.02022].
- TOMAR, Louisa; GUICHENEY, William; KYARISHIMA, Hope; ZIMANI, Tinashé, 2016: "Big Data in the Public Sector: Selected Applications and Lessons Learned". Washington D.C.: Inter-American Development Bank.
- VALIM, Rafael, 2016: "El derecho fundamental de acceso a la información pública en el Derecho brasileño", *Revista de Investigações Constitucionais Curitiba*, volumen 3, N° 1, pp. 169-181.
- VILLAVERDE-MENÉNDEZ, Ignacio, 2019: "El marco constitucional de la transparencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, volumen 39, N° 116, pp. 167-191.
- WORTHY, Ben, 2015: "The impact of open data in the UK: complex, unpredictable, and political", *Public Administration*, volumen 93, N° 3, pp. 788-805.
- ZUIDERWIJKA, Anneke y HINNANT, Charles, 2019: "Open data policy-making: A review of the state-of-the-art and an emerging research agenda. Introduction to a selection of open data policymaking", *Information Polity*, N° 24, pp. 117-129.

*Normas jurídicas*

- DECLARACIÓN de Principios para el Gobierno Abierto, Alianza para el Gobierno Abierto, de 2011.
- CARTA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), de 2000.
- CARTA Democrática Interamericana, de 2001.
- CARTA Internacional de los datos abiertos, de 2015.
- CIRCULAR A-130, “Managing Information as a Strategic Resource”, July 2016. The Office of Management and Budget (OMB).
- CONSTITUCIÓN Francesa año III, de 1795.
- CONVENCIÓN Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, (B-32), de 1969.
- DIRECTIVA (EU) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, L 172/56, de 2019.
- DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General ONU, París, Resolución 217 A (III), de 1948.
- LEY N° 20.285 sobre acceso a la información pública, de 2008.
- LEY 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 2013.
- LEY Modelo Interamericana Sobre Acceso a La Información Pública 2.0, OEA/Ser.D/XIX, de 2020.
- LAW Open, Public, Electronic, and Necessary (OPEN) Government Data Act. Título II de la Foundations for Evidence-Based Policymaking Act (H.R. 4174).
- MEMORANDUM on Transparency and Open Government - Interagency Collaboration, On January 21, 2009.
- OCDE, *Recommendation of the OECD Council on Open Government*, OECD/LEGAL/0438, de 2017.
- OCDE, *Open Useful Reusable Data (Our data) Index*, de 2019.
- OCDE, *Recommendation of the Council for Enhanced Access and More Effective Use of Public Sector Information*, OECD/LEGAL/0362, de 2021.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General ONU Resolución 2200 A (XXI), de 1966.
- POLÍTICA Nacional de Inteligencia Artificial, Ministerio Ciencia Tecnología Conocimiento e Innovación de Chile 2021-2030.
- RESOLUCIÓN del Parlamento Europeo, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266 (INI)), de 3.05.2022.

*Sentencias citadas*

- CORTE Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia Kimel contra Argentina, de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 171.
- CORTE Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia Reyes, Claude y otros contra Chile, de 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151.

## La tutela de derechos fundamentales: estudio de demandas por acoso moral de mujeres en cuatro tribunales del Trabajo de Chile

*Lidia Casas Becerra\**

### RESUMEN

*Este trabajo examina la relación entre discriminación y acoso moral donde el ambiente laboral hostil está anclado en discriminación de género sin contenido "sexual". Cuando el acoso tiene a su base la discriminación será un acoso discriminatorio. Se analizan demandas de tutela de protección de derechos fundamentales por acoso moral presentadas en el año 2019 en los Juzgados del Trabajo de Antofagasta, Temuco, Segundo de Santiago y de San Miguel. La mayoría de los casos terminó en avenimiento y solo una fracción de las tutelas fueron acogidas en primera instancia. Se observa un íter entre acoso sexual, acoso moral y discriminación que lo convierte en acoso moral discriminatorio. Los factores de discriminación se asocian al solo hecho de ser mujer, por maternidad, y se observa una discriminación interseccional donde confluyen discriminación y subordinación por orientación sexual, raza, etnia y condición migratoria, lo que se exacerba en espacios masculinizados que normalizan la violencia. La judicatura debe evaluar con más atención las conductas con el fin de advertir los elementos indiciarios de discriminación a la base del acoso moral por el mayor disvalor, estableciendo indemnizaciones y reparaciones conforme con aquello.*

Acoso moral; género; violencia laboral; discriminación;  
acoso discriminatorio; acoso sexual

### *The protection of fundamental rights: A study of women's moral harassment claims in four Chilean labour courts*

### ABSTRACT

*This article reviews the link between discrimination and discriminatory moral harassment in the context of hostile work environments anchored in gender discrimination without a necessarily "sexual" content. It analyzes moral harassment cases filed by women in 2019 in labor*

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, Chile. LLM Universidad de Toronto, Canadá, y Ph.D. Universidad de Ottawa, Canadá. Profesora de Derecho, [id.org/ecyt](http://id.org/ecyt) de Ibiñicici de Ibiñiciles. Titular, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5408-3329>. Correo electrónico: [lidia.casas@udp.cl](mailto:lidia.casas@udp.cl).

Esta investigación corresponde al proyecto Fondecyt de Iniciación 1110884, "Acoso moral y tutela de protección de derechos fundamentales. Una revisión de la jurisprudencia y las prácticas de los operadores de justicia en torno al acoso laboral desde una mirada de la discriminación de género".

Artículo recibido el 5.10.2022 y aceptado para su publicación el 4.5.2023.

*courts in Antofagasta, Temuco, Santiago and San Miguel. Most cases were settled and only a fraction of claims were upheld by lower courts. The lawsuits show an iter between sexual harassment and discriminatory moral harassment. They also identify factors associated with discrimination on grounds of maternity or the mere fact of being a woman. These cases expose intersectional discrimination where various forms of discrimination and subordination grounded on race, ethnicity, sexual orientation and migratory status are entangled and exacerbated in male-dominated workplaces. The judiciary should be attentive in order to identify elements indicative of discrimination in moral harassment because of the greatest disvalue, establishing compensation and reparations accordingly.*

Moral harassment; gender; violence at work; discriminatory harassment;  
discrimination; sexual harassment

## INTRODUCCIÓN

El acoso sexual y el acoso laboral o moral son conductas prohibidas que vulneran los derechos de trabajadores y trabajadoras y que pueden conducir al despido de quienes los cometan<sup>1</sup>. Ambos fenómenos son manifestaciones de violencia en el trabajo y constituyen riesgos psicosociales que fueron incorporados a la legislación chilena en el 2005<sup>2</sup> el primero y el 2012<sup>3</sup> el segundo. En el trámite legislativo de la ley de acoso sexual abundaron los estereotipos de género, la desconfianza hacia las mujeres y el escepticismo de si era necesario nombrarlo, argumentándose que ya existían herramientas procesales idóneas<sup>4</sup>. Algo similar ocurrió con el acoso moral, donde se apuntó a que la existencia de la tutela para la protección de derechos fundamentales hacía innecesario incorporarlo<sup>5</sup>. El acoso moral tiene una formulación similar al sexual y constituye una vulneración de la dignidad de los trabajadores<sup>6</sup>.

Existe consenso en la literatura chilena en cuanto a que el acoso moral fue reconocido jurisprudencialmente antes de su incorporación al Código del Trabajo, ya que la Dirección del Trabajo había dictaminado que la violencia ejercida contra empleados o empleadas constituía un incumplimiento contractual con remedios procesales aptos<sup>7</sup>. La base legal está en la obligación del empleador de garantizar la seguridad en el trabajo<sup>8</sup>, por lo que la hostilidad, los ataques u otras formas de violencia constituyen incumplimiento contractual cuando el empleador no es capaz de prevenirlos<sup>9</sup>. El acoso, en sus

<sup>1</sup> Código del Trabajo, artículo 160, letras b y f.

<sup>2</sup> Ley 20.005, 2005.

<sup>3</sup> Ley 20.607, 2012.

<sup>4</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, Historia Fidedigna de la Ley, s/f.

<sup>5</sup> Gamonal señaló que “no pareciera ser estrictamente necesario legislar... toda vez que nuestra normativa laboral es bastante amplia, y, por tanto, las situaciones que configuran el acoso laboral podrían considerarse ya contempladas en las disposiciones vigentes”. Biblioteca del Congreso Nacional, s/f, p. 71.

<sup>6</sup> Artículo 2, Código del Trabajo.

<sup>7</sup> CAAMAÑO, 2011, pp. 231-237; DOMÍNGUEZ, y WALTER, 2014, p. 22.

<sup>8</sup> Artículo 184 del Código del Trabajo.

<sup>9</sup> DOMÍNGUEZ, MELLA y WALTER, 2014, p. 25

distintas formas, vulnera el “contrato psicológico”; es decir, la conducta esperable en un ambiente laboral que obliga no solo al empleador, sino al resto de la fuerza laboral. Como *contrato psicológico* se entiende el conjunto de expectativas y reglas que suponen un acuerdo tácito de conducta razonable en el lugar de trabajo en cuanto a respeto y convivencia entre los involucrados<sup>10</sup>.

La doctrina nacional indica que el acoso sexual y moral son ilícitos pluriofensivos que afectan derechos tales como la integridad psíquica, la privacidad y la honra, cuyas vulneraciones pueden ser reclamadas por medio de la tutela de protección de derechos laborales fundamentales<sup>11</sup>. Durante la tramitación de la ley de acoso moral se señaló expresamente la tutela de derechos laborales fundamentales como el mecanismo procesal por excelencia para reclamar su violación. No obstante, no toda afectación a la integridad psicológica de un trabajador es constitutiva de acoso<sup>12</sup>. La tutela también es aplicable cuando se transgrede el artículo 2 en lo concerniente al acoso y la discriminación (art. 485 del Código del Trabajo). Este procedimiento puede ser incoado durante una relación laboral vigente o al término de esta.

Este trabajo examina la relación entre discriminación y acoso moral donde el ambiente laboral hostil está anclado en discriminación de género sin contenido necesariamente “sexual”, lo que denominaremos *acoso moral discriminatorio*. Para ello se examina la normativa chilena y las demandas de mujeres en juicios de tutela de derechos fundamentales presentadas el 2019 en cuatro tribunales del trabajo en Chile. En la primera parte esbozamos la relación entre acoso moral y discriminación, en la segunda presentamos la metodología de una investigación de carácter cualitativo y sus resultados, en la tercera parte la caracterización, terminando con una discusión de lo anterior.

## I. ACOSO MORAL Y DISCRIMINACIÓN

El hostigamiento laboral, *mobbing* o *psicoterror*, afecta a todo trabajador, independientemente de su sexo<sup>13</sup>, pero tiene particularidades en cuanto a la forma en que se presenta y a los blancos de estas conductas. Cuando se dirige en contra de trabajadoras se entremezclan la discriminación de género y las diversas formas de violencia en el espacio laboral: acoso moral, hostigamiento discriminatorio, acoso sexual y creación de un ambiente laboral hostil<sup>14</sup>. A nivel macro y microsistema hay contextos culturales en que se normalizan el hostigamiento y el maltrato.

Las características personales de las y los trabajadores pueden hacerlos blanco de violencia por su pertenencia a grupos específicos o características particulares como

<sup>10</sup> SAUNDERS *et al.*, 2007, pp. 346-346.

<sup>11</sup> CAAMAÑO, 2011, 218; CAAMAÑO y UGARTE, 2014, p. 72; UGARTE 2018, p. 127.

<sup>12</sup> UGARTE, 2018, p. 138.

<sup>13</sup> ROMANIK, 2011, p. 7.

<sup>14</sup> LIPPEL 2016, p. 11; LIPPEL 2018, pp. 144-154 y 157-158; CHAPPEL y DI MARTINO, 2006, pp. 266-267 y pp. 292-294.

discapacidad, color de piel, identidad de género u orientación sexual. La literatura sostiene que es la “atipicidad”; es decir, las características individuales o las conductas de una trabajadora que la alejan de “la norma” lo que lo hace más susceptible de ser aislada o maltratada<sup>15</sup>, e igualmente cuando sus características no le permiten “encajar” o ser percibida como merecedora de integrar un grupo<sup>16</sup>. Se produce así un hostigamiento discriminatorio selectivo que puede ser sutil<sup>17</sup> pero que a la postre menoscaba. A veces, la discriminación en contra de mujeres o minorías sexuales se expresa en comportamientos descorteses, de modo que la hostilidad en tanto acoso puede ser una conducta difícil de encuadrar<sup>18</sup>.

Las mujeres pueden ser disciplinadas por apartarse de los cánones femeninos a causa de su asertividad, tipo de trabajo realizado, distancia respecto de las expectativas sociales<sup>19</sup>, desempeñarse en espacios masculinizados u ocupar cargos de jefatura<sup>20</sup>. Por *espacios masculinizados* se entienden aquellos en que el 25% o menos de la fuerza laboral está compuesta por mujeres<sup>21</sup>.

Una medición de los riesgos psicosociales realizada en Chile en 2011 a 3.010 trabajadores reveló que en los doce meses previos a la encuesta las mujeres mostraban mayor exposición a la violencia: 12% a violencia psicológica, 16% a agresión verbal o física y 2,6% a acoso sexual, comparados con 10%, 11% y 1% en el caso de varones<sup>22</sup>. La dimensión de género de estos fenómenos disruptivos es escasamente visibilizada en la literatura jurídica.

En efecto, la vulneración de derechos que pudiera ser común a trabajadoras y trabajadores revela especificidades respecto de ciertos grupos y la aplicación de las normas en concreto puede tener efectos discriminatorios indirectos cuando no se considera el impacto diferenciado o no se distingue que en la base existen construcciones sociales y culturales.

## II. RESULTADOS

### 1. Metodología

Para la realización de este estudio se seleccionaron cuatro tribunales: Juzgados del Trabajo de Antofagasta y Temuco y, en Santiago, el Segundo Juzgado del Trabajo y Juzgado del Trabajo de San Miguel. La selección de las jurisdicciones se basó en tres

---

<sup>15</sup> HIRIGOYEN, 2014, p. 101.

<sup>16</sup> OMARI y SHARMA, 2016, p. 40.

<sup>17</sup> CORTINA, 2008, p. 58.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> RIKLEEN, pp. 70-71, 2019.

<sup>20</sup> SALIN, 2021, pp. 347-348.

<sup>21</sup> Sitio web catalyst.org, 2021.

<sup>22</sup> PALMA *et al.*, 2018, p. 2.

criterios: ser capital regional, tipo de economía y composición poblacional. Antofagasta tiene una economía asociada a la gran minería y gran presencia de extranjeros, y Temuco, en el sur del país, una economía asociada al comercio y servicios con fuerte presencia de una población de ascendencia indígena.

En 2019 el número de extranjeros residentes en Antofagasta ascendía a 100.814, incluyendo 53.542 mujeres (53,1%). Esta población representa el 7% de los migrantes que viven en Chile. En el caso de la Región de La Araucanía, los migrantes ascienden a 21.295 –54,5% varones– representando 1,5% de la población migrante del país<sup>23</sup>. En el 2017 la población de pueblos originarios muestra una predominancia femenina (163.762 mujeres versus 157.566 varones en La Araucanía y 42.252 hombres contra 40.160 mujeres en Antofagasta)<sup>24</sup>.

En Santiago se eligieron el Segundo Juzgado del Trabajo y el Juzgado del Trabajo de San Miguel por representar dos distintas jurisdicciones de la Región Metropolitana. Para la identificación de las acciones de tutela interpuestas por mujeres en el 2019 se revisó manualmente el sistema de consulta en línea del Poder Judicial. Se descartaron aquellos casos en que la tutela fue interpuesta conjuntamente por mujeres y hombres, seleccionándose para lectura y análisis solo las demandas de acoso laboral o las que referían antecedentes al respecto. Para establecer un comportamiento indiciario de acoso se asumió que el relato contemplaba la persistencia, sistematicidad e intencionalidad de la conducta, conforme con el concepto de acoso, aun cuando no se puede inferir que todos tuvieran un sustento probatorio. No se consideró para estos efectos establecer el tiempo de ocurrencia de las conductas.

Se construyó una base de datos y se desarrollaron códigos para identificar situaciones indiciarias de acoso laboral discriminatorio, entre ellas maternidad, edad, origen nacional o étnico, discapacidad o existencia de entornos masculinizados.

## 2. *Caracterización de las tutelas*

El ingreso de tutelas por vulneración de derechos fundamentales muestran diferencias por sexo en cada jurisdicción estudiada. La proporción más baja de tutelas presentadas por mujeres es de 34% en el Juzgado del Trabajo de La Araucanía, en tanto que la más alta alcanza a 47,63% en el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago (Tabla 1).

---

<sup>23</sup> Sitio Web INE, 2021. Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020. Distribución regional y comunal.

<sup>24</sup> Sitio Web INE. Censo 2017.

Tabla 1. Ingreso de tutelas por sexo y Tribunal (2019)

Causas	2° Juzgado del Trabajo de Santiago	Juzgado del Trabajo de San Miguel	Juzgado del Trabajo de Antofagasta	Juzgado del Trabajo de Temuco
Ingresadas	2158 (100%)	240 (100%)	455 (100%)	247 (100%)
Demandantes hombres	1130 (52.3%)	150 (62.5%)	273 (60%)	163 (65.9%)
Demandantes mujeres	1028 (47.6%)	88 (36.6%)	182 (40%)	84 (34%)
Demandantes hombres y mujeres	33 (1,5%)	2 (0.8%)	2 (0.4%)	1 (0.4%)
Subtotal causas solo demandantes mujeres	995	88	180	83
Porcentaje demandantes solo mujeres	46,1	36,60	39,56	33,6

Fuente: Elaboración y datos propios.

Del total de tutelas interpuestas por mujeres, entre el 17% y el 30% corresponde a lo que denominamos acoso laboral (Tabla 2).

Tabla 2. Ingreso de tutelas por acoso, por Tribunal (Mujeres, 2019)

Causas	2° Juzgado del Trabajo de Santiago	Juzgado del Trabajo de San Miguel	Juzgado del Trabajo de Antofagasta	Juzgado del Trabajo de Temuco
Total tutelas	995	88	180	83
Tutelas por acoso	168	19	54	20
Porcentaje causas por acoso	16,8	21,5	30	24

Fuente: Elaboración y datos propios.

Se caracterizó a las demandantes conforme con nacionalidad o pertenencia a pueblos originarios. La pertenencia a pueblo originario se determinó mediante un proxy limitado a que al menos un apellido fuera indiciario de ascendencia indígena. Vale recordar que

no se descarta la calidad de originaria a personas de apellidos no indígenas, conforme con el art. 2 letra b) de la Ley N° 19.253. Asimismo, un apellido indígena no hace que una persona se autoidentifique como tal, por lo que el proxy presenta limitaciones.

La mayor proporción de tutelas presentadas por extranjeras (24,4%) se observa en el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago y es menor en Antofagasta (16,6%). En el tribunal de Temuco no hay tutelas presentadas por extranjeras. El 15% de las demandas serían de mujeres de ascendencia mapuche, cifra poco mayor a la proporción poblacional indígena chilena (12,43%) según el Censo de 2017<sup>25</sup>.

Tabla 3. Caracterización por nacionalidad y origen étnico de las demandantes

	2º Juzgado del Trabajo de Santiago	Juzgado del Trabajo de San Miguel	Juzgado del Trabajo de Antofagasta	Juzgado del Trabajo de Temuco
Número de tutelas	168	19	54	21
Chilenas	124	16	45	19
Porcentaje	73	84	83	
Ascendencia de pueblo originario	3	1	1	3
Porcentaje	2,4	5,2	1,8	14,2
Migrantes	41	2	9	0
Porcentaje	24,4	10,5	16,6	

Fuente: Elaboración y datos propios.

### 3. Resultado de los procesos judiciales

La mayoría de los juicios terminaron en avenimiento o conciliación entre las partes antes o durante la primera audiencia, en proporciones distintas dependiendo de la jurisdicción (Tabla 4). El mayor uso de la conciliación se observa en el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago (75%) y en el Juzgado del Trabajo de Antofagasta (72,2%). La proporción en Temuco es menor (65%) y la más baja (57,8%) ocurre en el Juzgado del Trabajo de San Miguel.

<sup>25</sup> Sitio Web INE, 2017.

Tabla 4. Formas de término de las demandas

	2° Juzgado del Trabajo de Santiago	Juzgado del Trabajo de San Miguel	Juzgado del Trabajo de Antofagasta	Juzgado del Trabajo de Temuco
Sentencia	35	8	12	7
Conciliación/avenimiento/ transacción	126	11	39	13
Tramitación suspendida	0	0	2	0
Desistimiento	4	0	1	0
En tramitación	0	0	0	0
Archivada	3			
Total	168	19	54	20

Fuente: Elaboración y datos propios.

En casos en que se dictó sentencia los datos muestran que las demandas se acogen en menor proporción en el Segundo Juzgado de Santiago: 25 de 35 fueron rechazadas. En Antofagasta, seis de doce no fueron acogidas. En San Miguel y Temuco, donde el número de sentencias es aún menor, en el primer caso se acogieron dos y en el segundo cuatro.

Aunque la pretensión de las partes en un juicio es ganar, el resultado es siempre incierto, pues dependerá de la cantidad y calidad de la prueba. Una sentencia favorable es el mejor escenario posible, pero la lentitud en la tramitación del juicio puede significar que las partes, especialmente la demandante, acepten terminar la disputa mediante un método autocompositivo. Así, tanto para jueces como para las partes la conciliación podría resolver satisfactoriamente un pleito, y por lo mismo, *prima facie* no debiera ser criticable. En palabras de Rosado, la conciliación es una forma de derecho en la práctica<sup>26</sup>. Los datos acerca de las formas de término a base de la conciliación son consistentes con lo reportado en la literatura para el caso chileno<sup>27</sup>.

Una mirada cualitativa a los acuerdos podría llevarnos a conjeturar que los resultados son favorables a las demandantes, pues reciben montos importantes de indemnización, en tiempos más acotados y sin esperar a que el juicio transcurra por todas las instancias sin certidumbre respecto del resultado. Sin embargo, escapa al alcance y extensión de este trabajo evaluar la diferencia entre lo que pide y lo que logra una trabajadora en una conciliación. No obstante, la Tabla 5 muestra los montos de indemnización logrados por

<sup>26</sup> ROSADO, 2018, p. 1576.

<sup>27</sup> CASAS, 2016; ROSADO 2018 y FUENTES, 2020.

las demandantes. Estos varían conforme con el tiempo de relación laboral, el monto de los salarios, el grado de vulneración y, ciertamente, el criterio del tribunal para otorgarlos.

Tabla 5. Montos de indemnización acordados en conciliación (pesos chilenos<sup>28</sup>)

Montos	Santiago	San Miguel	Antofagasta	Temuco
Mínimo (hasta 1 millón)	19	3	3	0
Bajo (uno a 5 millones)	62	4	18	9
Medio (5 a 10 millones)	28	2	8	3
Alto (más de 10 millones)	14	1	10	1
Otras medidas reparatorias	5	1	1	0
Alto + medidas reparatorias	1	0	0	0
	128	11	39	13

Fuente: Elaboración y datos propios.

En algunos avenimientos se acuerdan formas de reparación como la promoción de un ambiente laboral digno y respetuoso de los derechos fundamentales, cursos de capacitación, liderazgo e inclusión, dar disculpas públicas, reintegro de la trabajadora y designación de un encargado para recepcionar peticiones.

### III. CARACTERIZACIÓN DE CASOS DE ACOSO DESDE LA MIRADA DE LA DISCRIMINACIÓN COMO CAUSAL

La literatura da cuenta de ciertos factores que generan el acoso. Estos se refieren a los contextos, a las particularidades de los perpetradores y de las personas hostigadas, a las formas de organización de la empresa y a cuestiones culturales, entre otras<sup>29</sup>. Se abordarán a continuación los elementos recurrentes de las demandas presentadas que identifica la literatura comparada al examinar la violencia de género en espacios laborales.

<sup>28</sup> A base de un tipo de cambio promedio de \$ 789.07 por dólar para el año 2020. Véase [https://www.sii.cl/valores\\_y\\_fechas/dolar/dolar2020.htm](https://www.sii.cl/valores_y_fechas/dolar/dolar2020.htm).

<sup>29</sup> Entre otros, HIRIGOYEN, 2014; CHAPPEL y DI MARTINO, 2006, OMARI y PAULL, 2016; RIKLEEN, 2019.

### 1. *Maternidad hostigada y castigada*

Las normas del derecho del trabajo otorgan a las mujeres varios derechos. Prohíben la discriminación en razón de la maternidad y enumeran diversas formas de discriminación: salarial o por embarazo, lactancia o amamantamiento (Código del Trabajo, art. 2). El Código prohíbe expresamente “condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez” (art. 194, inciso final).

Las embarazadas cuentan con fuero que impide su despido por este motivo, protección que se prolonga hasta un año desde el fin de la licencia de maternidad (Código del Trabajo, art. 201). Los empleadores pueden solicitar el desafuero para poner término a la relación laboral (Código del Trabajo, art. 174). Hirigoyen, refiriéndose al acoso en relación con la maternidad, lo señala como acoso dirigido a un trabajador protegido<sup>30</sup>.

Los relatos más recurrentes en las demandas son aquellos relativas a la maternidad. Tales casos alcanzan a 40% en Temuco, 25,5% en el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 21% en el Juzgado del Trabajo de San Miguel y 16,6% en Antofagasta. El anuncio de la trabajadora de estar embarazada o que el empleador sepa que tiene hijos lactantes marca en ocasiones el inicio del hostigamiento.

En las entrevistas de trabajo se suele preguntar acerca de la existencia de hijos y de planes para tenerlos, tal como se aprecia en una de las demandas. Una vendedora indica que no le preguntaron si era madre en la entrevista individual, pero sí en la entrevista grupal. Cuando firmó el contrato se le dijo que “se les pasó su caso de ser madre de una lactante” y que la dejarían trabajando pero evaluarían su desempeño. Consigna la demanda: “Pasaron dos semanas aproximadamente y don J.H. se presentó en la sucursal para decirle que condicionaba su empleo a que no hiciera valer ningún derecho respecto de la maternidad. Debido a su necesidad de trabajo, sin percibir pensión alimenticia o ayuda económica de parte del padre de su hija, aceptó, por lo que respondió que no se preocuparan por lo de su hija, que no daría problemas para ejecutar el trabajo [...] Posteriormente ella solicitó derecho a sala cuna, porque vivía una situación de violencia intrafamiliar que le impedía dejar a su hija a cargo de su padre y la red pública de jardines no tenía cupos ni los horarios de funcionamiento eran compatibles con su jornada”. La respuesta fueron comentarios destemplados del estilo “Usted es la famosa C.S.” y acusaciones de haber mentido respecto de sus hijos (Santiago, T-1802-2019).

El despido también se produce cuando las trabajadoras comunican el embarazo. A una trabajadora el jefe le dijo que “...había defraudado a la empresa, poniendo mala cara y agregando ‘*Chuta, y que querís, que te felicite ahora*’” (Temuco, T-114-2019). A otra se le pide la renuncia por haber dejado de servir para el cargo de parvularia (Temuco, T-189-2019).

<sup>30</sup> HIRIGOYEN, 2014, p. 100.

Si la noticia del embarazo es un catalizador de conductas de hostigamiento, la reincorporación una vez terminado el permiso postnatal o parental puede ser igualmente difícil: se observan cambios de puesto, de responsabilidades e incluso de condiciones laborales. Los casos más complejos son aquellos en que se solicita a una trabajadora no exigir o denegar el ejercicio de derechos. Una asistente de ventas, a la vuelta de su postnatal, recibe abierto maltrato verbal de parte del dueño de la empresa, quien le señaló que su puesto no estaba disponible, que siendo él el dueño era quien ponía las condiciones, descalificándola con comentarios tales como “sé bien mujercita” o “no te gustó embarazarte” (Santiago, T-1935-2019).

En algunos casos se niega el horario de alimentación para el hijo lactante y pedirlo genera hostigamiento (Antofagasta, T-244-2019). Asimismo, los cambios de jefatura pueden revertir la flexibilidad horaria para el cuidado de un hijo (Antofagasta, T-37-2019). En un caso, un empleador le pide a la trabajadora que presente una licencia médica (Santiago, T-100-2019).

Un caso resuelto por la Corte Suprema se relaciona con el cuidado de una hija que no tenía una enfermedad grave pero requería de muchos cuidados. Se trataba de una docente que fue despedida por inasistencia. El despido se produjo luego de su reclamo por no pago de cotizaciones de salud. En represalia le cambiaron el horario de modo tal que no le permitía el cuidado de su hija. Las inasistencias invocadas para su despido habían sido todas justificadas (San Miguel, T-182-2019):

Que tal como ha quedado demostrado durante la secuela del presente litigio, la demandada, ejecutando actos en apariencia amparados por la normativa legal vigente, procedió a efectuar conductas destinadas a alterar la forma que la trabajadora cumplía con sus labores hasta el año 2018; alteró una jornada de trabajo que era armónica con la situación familiar que vivía con ocasión de la salud de su hija para establecer una que, dadas las circunstancias de salud de aquella, le sería difícil de cumplir, amonestándola en forma posterior por justamente no poder cumplir la misma y representándole sus faltas en la forma ya analizada. Lo anterior, en el contexto ya analizado, evidentemente resulta constitutivo de actos reiterados de hostigamiento que han amenazado y afectado la garantía alegada por la trabajadora, socavándose de esta forma y de manera gradual su integridad en la forma contemplada en el artículo 19 N° 1 de la CPR [...] El empleador en el caso *sub litis* ejerció sus facultades de dirección y mandó sin reconocer como límite el respeto de las garantías constitucionales de la trabajadora<sup>31</sup>.

Un estudio realizado por la Dirección del Trabajo en 2011 con relación a quejas interpuestas ante la Inspección del Trabajo revela que el hostigamiento y malos tratos relativos a la maternidad es transversal a todas las ocupaciones. Las denuncias se concentraban en rubros feminizados de la economía, afectando a vendedoras, cajeras y

---

<sup>31</sup> Considerando 16°.

auxiliares de aseo pero también a profesionales, con 11,8% de todas las denuncias<sup>32</sup>. El acoso proviene tanto de mandos medios (55,6%) como de empleadores (23,8%)<sup>33</sup>. Los casos decían mayoritariamente relación con no respetar el fuero maternal (63,%) , negar el beneficio de sala cuna (14,9%) o negar permiso para alimentar al hijo/a (7,8%)<sup>34</sup>.

En un estudio a base de entrevistas a dirigentes sindicales, una de ellas se refiere a la idea del trabajador ideal:

El [empleador] no tiene a la familia del trabajador en mente, son cosas bien distintas. Entonces tú eres soltera, no tienes hijos ni papás [adultos mayores que cuidar], es como la situación ideal. Aquí se castiga a quienes tenemos familia, porque es [...] como que no fuera parte de lo que la gente necesita<sup>35</sup>.

Como refleja la cita, se propicia contar con trabajadores/as sin responsabilidades familiares y que en virtud de los roles de género, las mujeres tienen responsabilidades por el cuidado de otros<sup>36</sup>. Esto hace que algunas trabajadoras renuncien al ejercicio de sus derechos para mantener su puesto de trabajo<sup>37</sup>.

## 2. *El espacio laboral masculinizado*

La literatura muestra que las mujeres que trabajan en espacios laborales masculinizados experimentan mayor acoso laboral. Se despliegan allí conductas agraviantes o degradantes, ya sea porque se considera que las mujeres no son aptas para el trabajo o porque amenazan el estatus que tradicionalmente detentan los varones en esos espacios. Ser jefa, en espacios masculinizados, como señala Salim, no es necesariamente un factor protector<sup>38</sup>. En un estudio pertinente a la profesión legal, Cortina da cuenta de altos índices de acoso laboral<sup>39</sup>.

Entre las demandantes hay mujeres empleadas como guardias de seguridad, conductoras de transporte, operarias de maquinaria pesada, en fiscalías y otros lugares en que la mayoría de los trabajadores suelen ser varones. Una demandante, única mujer guardia de seguridad, recibía gritos de su supervisor, quien le decía no servir ni como trabajadora ni como mujer, y que si no era capaz de funcionar como sus compañeros hombres debía irse. Fue despedida por incumplimiento grave por haberle gritado a su supervisor cuando este le asignó turnos (Santiago, T-2096-2019).

<sup>32</sup> RIQUELME, 2011, pp. 65-66.

<sup>33</sup> Ibid. p. 67.

<sup>34</sup> Ibid. p. 45.

<sup>35</sup> GÓMEZ y JIMÉNEZ, 2018, p. 145.

<sup>36</sup> WILLIAMS, 2000.

<sup>37</sup> Rosario UNDURRAGA y Natalia LÓPEZ, 2020, "Trayectorias laborales de mujeres y violencia en el trabajo: Una cuestión de género", *PSYKHE* 29(2), pp. 7-8.

<sup>38</sup> SALIM, 2021, pp. 343-344.

<sup>39</sup> CORTINA, 2008, p. 66.

La hostilidad y el acoso discriminatorio se manifiestan también en rumores respecto de conducta sexual. Una jefa de obra recibía comentarios de compañeros de trabajo que la tildaban de ramera y de acostarse con el jefe. La trabajadora, quien fue despedida, expresó en su demanda “por mi condición de mujer tenía tantos problemas” (Santiago, T-204-2019).

El acoso sexual y el acoso laboral tienen vasos comunicantes. La exposición y rechazo del acoso sexual devienen en acoso laboral, cuya base es la discriminación. Una conductora de bus demandó por despido indirecto tras sufrir de su supervisor actos de acoso sexual que comprendían palmadas en los glúteos, comentarios tales como “te ves rica” o pedirle besos, lo que motivó que el acosador fuera denunciado y amonestado verbalmente. Luego de la sanción, la trabajadora comenzó a recibir comentarios humillantes, con expresiones como “maricona por denunciar”, mientras el amonestado esparcía rumores sobre su vida privada: “que la trataban mal en su casa” y “que permitió que la toquetearan” (Santiago, T-1184-2019).

El aspecto físico o la forma de vestir también constituyen motivo de discriminación y hostigamiento. Una operadora de maquinaria pesada relataba ser víctima de acoso laboral por parte de compañeros que se burlaban de su físico y hacían comentarios de pasillo en que decían que por su apariencia debía trabajar en un lugar nocturno (Antofagasta, T-397-2019).

La condición de jefatura femenina en espacios en que predominan los varones hace que las mujeres sean más susceptibles a un ambiente hostil. Ello aparece en el caso de una ingeniera en prevención de riesgos de una faena minera. Sus subordinados, preventivistas varones, la culpaban de que los trabajadores no cumplieran con las normas de seguridad y por una afección a sus caderas se referían a ella como “coja *culiá*”. Encontró en las afueras de la obra una foto de una tumba con su nombre (Antofagasta, T-263-2019).

### 3. *Orientación sexual: la trabajadora no femenina y la homofobia*

El acoso discriminatorio y la creación de ambientes laborales hostiles en contra de las sexualidades diversas puede provenir tanto de empleadores o pares que saben o perciben que la persona pueda ser homosexual o lesbiana, aunque no lo sea. El ser “atípica” instala a estas trabajadoras en situación de vulnerabilidad<sup>40</sup>.

La discriminación por ser lesbiana afecta a las mujeres independientemente de su ocupación. Por ejemplo, ante rumores de lesbianismo, una directora de la carrera de enfermería informa su orientación sexual de manera privada y confidencial a su jefatura. Al día siguiente, la noticia era conocida entre los colegas. Su jefa cambió de actitud, acosándola y agravándola tras haber confesado su orientación sexual: “tú no eres apta para el cargo, lo que es obvio dada tu condición que todos sabemos” (Santiago, T-1613-2019).

Otra trabajadora fue en apariencia despedida por necesidad de la empresa, pero según su relato, el despido fue la culminación del hostigamiento recibido por su orientación

<sup>40</sup> HOEL *et al.*, 2021, pp. 363-380.

sexual. Su empleador le decía que “era una pecadora y no llegaría al cielo” (Antofagasta, T-90-2019). En otro caso, una vendedora de tienda, profesora de religión y lesbiana, recibía comentarios de que le rezara a su dios para que llegara más clientela (Santiago, T-570-2019).

Hay espacios donde se naturaliza el hostigamiento por las características de la persona. En su demanda, una ingeniera civil que trabajaba en una obra en construcción relata que los trabajadores nuevos comenzaron a tratar mal a los antiguos, y que en su caso la descalificaban por su orientación sexual (Temuco, T-244-2019).

Otra trabajadora sufrió la modificación de su contrato a honorarios al cambiarse de área, a diferencia del resto del personal que también cambió de área. Sostuvo que ello era producto de su orientación sexual, que había sido acosada sexualmente por un compañero de trabajo que le comentó que se habría masturbado con su foto (Antofagasta, T-230-2019). El tribunal acogió la tutela, fallando que se trataba de acoso tanto sexual como laboral:

Que no cabe duda que la actora fue objeto de actos de connotación sexual y de actos de acoso laboral por parte de un compañero de trabajo M.T. [...] Que estos hechos provocaron la afectación psicológica de la actora, que se traducen en una declaración de enfermedad laboral [...] que en consecuencia habrá de acogerse la denuncia de tutela laboral dado que la inactividad del empleador para tomar medidas tendientes a frenar efectivamente los actos de hostigamientos denunciados por diversos canales, de los que ni siquiera se efectuó una investigación y terminaron por afectar la integridad psíquica de la demandante (Antofagasta, T-230-2019).

Las relaciones amorosas entre personas del mismo sexo pueden ser disciplinadas por superiores jerárquicos y convierte a las parejas en blanco de la discriminación, persecución y amedrentamiento de pares, supervisores o jefes (Antofagasta, T-308-2019; Santiago, T-570-2019). En algunos casos se presentan tutelas de trabajadoras a quienes se cuestiona la solicitud de beneficios legales<sup>41</sup> o de contratos colectivos relativos a la celebración de Acuerdos de Unión Civil (AUC) aplicables a parejas hetero u homosexuales<sup>42</sup>.

Una transportadora de empresa de comidas se autodespidió luego de ser acosada por sus compañeros de trabajo y dirigentes sindicales por su orientación sexual (bisexual). Ella pidió al sindicato hacer uso de cinco días de asueto con el fin de celebrar un AUC con su pareja varón, conforme al contrato colectivo. El sindicato rechazó la solicitud, la que sin embargo fue aceptada por el departamento de recursos humanos. Buscando una forma de represalia, los dirigentes sindicales averiguaron que ella había celebrado un AUC con una mujer previamente, difundieron la información a todos los compañeros de trabajo y la acusaron de ser “sapa” de la empresa. Se inició en su contra una seguidilla

<sup>41</sup> Código del Trabajo, Art. 207 bis.

<sup>42</sup> Hasta hace algunos años había un tratamiento diferenciado respecto de beneficios a parejas del mismo sexo entre el sector público y el privado para la celebración del acuerdo de unión civil (AUC), Rivera, 2018, p. 284.

de hostilidades y comentarios: “claro, como es maricona, tiene más beneficios” y fue humillada públicamente en una asamblea sindical (Santiago, T-902-2019).

En otro caso, a una ejecutiva bancaria le rechazaron el pago de un bono de unión civil, argumentando que ella no era lesbiana, que había celebrado un AUC para cobrar el bono y que había tenido parejas de sexo masculino, agregando “tú no eres homosexual, además R. (su pareja) tiene hijos” (Santiago, T-1347-2019).

#### 4. *Acoso por el hecho de ser mujer*

La literatura española se refiere especialmente al acoso discriminatorio en razón de género<sup>43</sup>. En esta sección me referiré al acoso por el solo hecho de ser mujer, es decir, por conductas sexistas que denostan a las mujeres o sus capacidades o simplemente cuando sufren un trato más duro que el resto de sus compañeros. En tal sentido, la discriminación se entrecruza con otras formas de discriminación, y como describen Díaz *et al.*, una mujer en un alto cargo sufrió discriminación en tres niveles: por ser mujer, por ser joven y por ser una profesional con una alta calificación obtenida en el extranjero<sup>44</sup>.

Una supervisora de servicios en terreno subcontratada por la empresa Metro de Santiago se quejó al darse cuenta que su remuneración era menor a lo pactado con varones que realizaban el mismo trabajo. La empresa Metro intercedió, obligando al contratista al pago íntegro de la remuneración, tras ello, recibió diversos comentarios del jefe: “ya que hinchaste tanto, como mujer que eres, no me quedará otra que pagarte un sueldo de enfermera, siendo que solo te dio para técnico”. La trabajadora señala en la demanda que ella y sus compañeras sufren discriminación y acoso por ser mujeres y también por estar embarazadas (San Miguel, T-184-2019).

Las mujeres deben mostrar y demostrar sus capacidades para establecer que están a la altura del trabajo y, si no alcanzan el estándar esperado, son denostadas, como fue el caso de una operaria de alimentos a quien le asignaron el mismo trabajo físico que a los varones, lo que fue deteriorando su salud. Debió someterse a exámenes y tratamientos y estuvo con licencia durante 10 meses. Al reincorporarse fue blanco de comentarios: “este es el problema de trabajar con mujeres enfermizas y no entienden nada” (Santiago, T-132-2019). En otro caso, a una ayudante de cocina le señalaron que si no servía para la cocina, no servía para ser mujer (Santiago, T-297-2019).

Lo paradójico es que contratar mujeres en ciertos servicios es una ventana de oportunidades para que las empresas mejoren sus indicadores, las cosifiquen y las conviertan en un medio para aumentar las ventas. A una visitadora médica le ordenaron invitar a salir a los médicos que visitaba y ser insistente al respecto (Santiago, T-952-2019). Más allá de lo reprochable de la exigencia, la situación facilitaba la exposición al acoso sexual de la trabajadora. En otro caso, una captadora de clientes para créditos fue hostigada por

<sup>43</sup> RUBIO y GIL, 2012; SAN MARTÍN, 2009; GARCÍA, 2022.

<sup>44</sup> DÍAZ *et al.*, 2017, p. 45.

un supervisor que la instruía a coquetear con los clientes, llegando incluso a insinuarle ir más allá (Santiago, T-226).

Las nociones de belleza, cuerpos estilizados y uso de ciertos tipos de maquillaje o vestuario sitúan a las mujeres en la constante tensión de “estar a la altura” de cánones sociales impuestos. La apariencia física y la edad son también motivo de discriminación. El sobrepeso es castigado, especialmente por otras mujeres. La discriminación de género, o por razones de género, puede provenir de varones pero igualmente de mujeres, cuando la imagen de la mujer, o lo que proyecta, no calza con lo esperable. Es más, la discriminación se exagera cuando las trabajadoras reclaman por sus derechos. Así le sucedió a la operaria de un restaurante de comida rápida que reclamó porque a ella y al resto de las trabajadoras el jefe de local les rozaba el cuerpo con su órgano sexual, les agarraba los glúteos o hacía *zoom* a sus cuerpos cuando las veía en las cámaras. A la demandante el jefe le respondió “quién te va a tocar a ti, fea *CTM*” (Antofagasta, T-336). A otra trabajadora, de nacionalidad peruana, se la hostigaba por haber reclamado la falta de formalización de su contrato, recibiendo como respuesta comentarios acerca de su apariencia: que “se veía ridícula con extensiones de pelo”, que tenía “cara de pote” y haciendo referencia además a su color de piel. El jefe terminó diciéndole que “si fuera más amable tendría más beneficios” (Santiago, T-225-2019).

Una de las pocas demandas acogidas revela que el acoso se traducía en un ambiente hostil, bromas sexistas y comentarios del jefe pertinentes a la apariencia de la demandante: “solo se maquillaba cuando la venía a buscar su pareja al trabajo”, adulándola en público pero denostándola en privado. La trabajadora era considerada *chora* “por hacerse respetar” (Antofagasta, T-119-2019). El tribunal acogió la tutela dando cuenta de los estereotipos de género y el sexismo del acosador.

En este punto se torna necesario determinar que, de los indicios previamente señalados, existía una fijación por el género femenino del coordinador de la época [...] lo que implica no solo una fijación por las “mujeres”, sino que de género femenino como construcción social, toda vez que conforme se acreditó por la testimonial y según ya se refirió en detalle en el considerando respectivo, para A.R. no bastaba con que fuesen “mujeres”, sino que además existían ciertas características que él atribuía al género femenino como deseables, relacionadas con la sumisión, belleza física, maquillaje y buena presentación personal, y otras directrices que asocian a la mujer desde una perspectiva machista, tal y como se señala en la denuncia, contratando solo a personas de género femenino construido de dicha forma, por lo que en el caso de autos, al no cumplir finalmente con dicho perfil, se le fue degradando, trasladando [a la demandante] en primer lugar a “Opción 4”, para posteriormente no renovar el contrato.

Algunos casos revelan cómo los prejuicios confluyen en discriminación por ser mujer (y cierto tipo de mujer) con capacidad de reproducirse, o por una abierta antipatía cuando una mujer se convierte en jefa en ambientes masculinizados. Es el caso de una ingeniera en una empresa minera, destacada en su trabajo, que asumía ocasionalmente reemplazos

de jefatura. Al pedir aumento de remuneración y escalafón se rechazaron sus solicitudes por estar sindicalizada, lo que la hacía dejar de ser “trabajadora de confianza”, y además por haber tenido dos embarazos. Ella denunció que al informar su segundo embarazo se intensificó el hostigamiento: “ustedes usan lápiz labial rojo puta”; “supongo que te vas a operar para no tener más hijos”. Acusó además haber sido acosada en el bus de transporte por un trabajador que la fotografiaba sin permiso, cuestión que denunció sin lograr que se adoptaran medidas (Antofagasta, T-2-2019).

### 5. *La interseccionalidad*

El aporte teórico de Crenshaw concerniente a la interseccionalidad muestra que las subordinaciones pueden ser múltiples y que, lejos de ser simples discriminaciones que se suman a la categoría de “ser mujer”, confluye en las personas una identidad en que se combinan condiciones de género y raza<sup>45</sup>. El hecho de ser mujer-migrante, mujer-lesbiana o mujer-indígena demuestra variadas desigualdades y facetas de la discriminación<sup>46</sup>. Así, las formas de discriminación o subordinación son inseparables unas de otras. El análisis de la discriminación a partir de un solo eje reduce la complejidad de los fenómenos de injusticia social<sup>47</sup>, y con ello las herramientas para superarlos. El trabajo desarrollado no tiene un enfoque teórico interseccional<sup>48</sup>, sino se propone revisar cómo aparecen en las demandas diversas formas de discriminación que revelan la conjunción de subordinaciones presente en los casos de acoso moral.

Diversos factores diferenciadores de las trabajadoras confluyen en las experiencias personales y de subordinación de algunas demandantes, y una de las más recurrentes, como ya se ha visto, es la orientación sexual. Otros son edad, condición migratoria y color de piel como formas específicas de discriminación. Debido a que a veces no es fácil distinguir si se trata de la preponderancia de un factor por sobre otro, el análisis desde un marco interseccional permite complejizar la mirada y no tratar de buscar “la razón” de la discriminación.

Ser mujer mayor, y en menor medida ser joven, aparece en las tutelas como factor de discriminación. Mujeres mayores se enfrentaron a comentarios despectivos cuando se les recordó o humilló por su edad: “estos tiempos no eran como antes y las prioridades [de la empresa] han cambiado” (Antofagasta, T-367-2019). También vemos que se le dieron funciones de auxiliar a una abogada o se le negó el trabajo por tener 71 años (Antofagasta, T-51-2019), o se le dio equipamiento de trabajo inapto a una trabajadora con comentarios de que viviera de la pensión de Bachelet (Santiago, T-892-2019)<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> CRENSHAW, 1991.

<sup>46</sup> COLLINS, 2015, p. 2.

<sup>47</sup> CHO *et al.*, 2013, p. 787.

<sup>48</sup> AL-FAHAM *et al.*, 2019, p. 251.

<sup>49</sup> La reforma de pensiones de la presidenta Bachelet en su primer mandato aseguró que las personas pudieran contar con un pilar básico para la vejez, por haberse dedicado al cuidado de hijos e hijas o de otras personas, y aseguró a las mujeres el pago por cada hijo vivo de un bono a su fondo de pensiones como

Otro factor que aparece en los relatos es la condición de migrante. En Chile, la migración ha tenido un crecimiento sostenido e importante en los últimos años. Un estudio de la población migrante en Chile dio cuenta de 1.462.103 extranjeros al 31 de diciembre de 2020<sup>50</sup>. El contexto de ingreso masivo de extranjeros ha lamentablemente acrecentado actitudes xenófobas que se expresan en los espacios públicos y laborales. La situación migratoria impone además barreras informales que condicionan el cumplimiento de las obligaciones laborales y el ejercicio de derechos por parte de trabajadores por miedo a perder el empleo y que potencialmente afecten —o así lo perciban los trabajadores— su situación migratoria (Santiago, T-553-2019).

En el caso de las trabajadoras haitianas, al hecho de ser mujer se suma el hecho de no ser hispanoparlante y de ser negra. El reclamo de una trabajadora haitiana porque no le pagaban el bono de colación dio inicio a un hostigamiento con respuestas como “...usted es ignorante con el idioma español y no entiende muchas cosas de las leyes de aquí con respecto a esos temas”, denostándola con comentarios como “trabaja rápido, negra, que para eso están ustedes, solo para trabajar” (Santiago, T-78-2019).

La discriminación por el color de piel aparece en otros casos. Para llamarle la atención por demorarse en la colación, a una trabajadora se le dice “esta *hueá* no es *ná* restaurante, negrita”. La supervisora la trataba de “negra”, “carboncito”, “extranjera”, refiriéndose a ella como “negra de mierda, devuélvete a tu país, le quitas la pega a chilenos y blancos” (Santiago, T-1203-2019).

#### IV. DISCUSIÓN

La doctrina comparada problematiza el acoso moral añadiendo categorías o condicionantes que vinculan la conducta con una motivación discriminatoria. Ello no se observa en la doctrina nacional, la que suele enfocarse en el estudio del acoso moral al reseñar la afectación de los derechos fundamentales vulnerados, tales como la integridad física o psicológica o la vida privada de las trabajadoras. La incorporación conceptual del acoso discriminatorio es de relevancia si se consideran las medidas reparatorias para las víctimas. Son escasos los acuerdos entre las partes que agregan medidas más allá del caso concreto y que propician modificar la conducta en el espacio de trabajo. Ello, sin duda, está condicionado por una litigación más integral y los deseos de las demandantes. Así como no fuera necesario incorporar en el ordenamiento jurídico la categoría de acoso discriminatorio, existen en muchos de los relatos suficientes elementos para establecer esa conexión y el mayor disvalor el que debería ser atendido al momento de juzgamiento o de alcanzar acuerdos.

---

reconocimiento a la fractura de la trayectoria laboral que produce la maternidad, incidiendo directamente en la acumulación de fondos para la vejez.

<sup>50</sup> Sitio web INE y Departamento de Extranjería: Extranjeras son las “personas nacidas en el extranjero o de nacionalidad extranjera, residentes habituales en Chile o que han solicitado un permiso de residencia en el país”.

La tutela laboral en la protección de derechos fundamentales es el mecanismo procesal más robusto para la protección contra el acoso moral<sup>51</sup> y orienta la fundamentación del reclamo por conducta hostil que vulnera la integridad psíquica del trabajador o trabajadora afectada. La doctrina nacional desarrolla escasamente la discriminación que se encuentra en la base del acoso laboral<sup>52</sup>. La focalización en los aspectos psicológicos relativos al acoso —la afectación de la integridad psíquica es potencialmente más fácil de verificar con pruebas— se relaciona con el dispositivo procesal de nuestro sistema de justicia laboral. Como señala Ugarte<sup>53</sup>, centrarse en la psicologización del acoso conduce, a nuestro juicio, a una mirada que no problematiza las causas, pues debe vincularse la afectación del derecho a la vida privada, la honra, la igualdad y la no discriminación. Alguna doctrina, haciendo referencia a un caso, solo reitera la mirada unifocal en decisiones judiciales desprovistas de un análisis pertinente a discriminación interseccional, desvinculando la experiencia de acoso de una trabajadora cuando confluyen el género y la raza como formas de subordinación, y no solo una de ellas<sup>54</sup>. Ni la jueza ni Domínguez *et al.* se detienen en las consideraciones de género presentes en el caso: un acoso sexual que deviene en acoso moral discriminatorio en que el empleador-perpetrador agraviaba a la trabajadora en su doble condición de mujer y mapuche: “a esta india le falta hombre”.

Ambas figuras, acoso sexual y acoso moral, se encuentran emparentadas, pues como lo sostiene Redinha refiriéndose a la legislación portuguesa, este último puede tener su base en la discriminación. El marco normativo de Portugal establece qué constituye discriminación o asedio discriminatorio, vinculando factores diferenciadores en el trato que se le da a un trabajador bajo categorías enunciadas en la ley, pero Redinha critica que de la revisión de la casuística habrá casos de acoso discriminatorio y otros que no lo son, sin que haya un tratamiento unitario del fenómeno<sup>55</sup>.

Algunos trabajos desarrollados en Chile de acoso moral y violencia en el trabajo integran una mirada de género. Ciertos autores, especialmente Caamaño, han mirado con mayor detención la relación entre trabajo y género<sup>56</sup>. Gamonal apunta a que uno de los problemas en casos de hostigamiento por maternidad sería una cuestión de gestión empresarial que no considera para las mujeres una jornada parcial que permita flexibilidad horaria en la conciliación trabajo-familia<sup>57</sup> y que no significaría necesariamente una pérdida de derechos laborales, mirada que no es necesariamente compartida<sup>58</sup>. Se

---

<sup>51</sup> UGARTE, 2018, p. 135.

<sup>52</sup> GAMONAL y PRADO se refieren a las motivaciones discriminatorias y Ugarte revisa legislación comparada que considera el acoso discriminatorio. GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela, *El mobbing o acoso moral*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006, p. 23, y UGARTE, José Luis, 2012, “El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 39, pp. 221-231.

<sup>53</sup> UGARTE, 2012.

<sup>54</sup> DOMÍNGUEZ, MELLA y WALTER, 2014, p. 30, nota 87.

<sup>55</sup> REDHINA, 2009, p. 46.

<sup>56</sup> CAAMAÑO, 2010; CAAMAÑO 2009.

<sup>57</sup> GAMONAL, 2011, p. 30.

<sup>58</sup> GÓMEZ y JIMÉNEZ, 2018, p. 152.

constata también hostigamiento y discriminación por el ejercicio de otros derechos como sala cuna y licencias de pre y postnatal. Hay además razones culturales detrás de la violencia, pues se espera que las mujeres se comporten o sean como el trabajador varón ideal, sin responsabilidades familiares. Como vimos, el acoso moral se proyecta más allá de problemas relativos a la jornada laboral y la maternidad. Así, las tutelas presentadas serían claros casos de discriminación por maternidad. Algunas de las formas de hostigamiento se producen por la discriminación en contra de la diversidad sexual, o por el solo hecho de ser mujer, y se expresarían, por ejemplo, en imposición de barreras para el ascenso en la carrera profesional o en remuneraciones distintas para el trabajo del mismo valor entre mujeres y hombres. Ambas figuras especialmente previstas en el artículo 2 del Código. .

En su estudio, Berdahl da cuenta de que las mujeres en espacios masculinizados sufren mayor violencia u hostilidad sexista, pues al ser “distintas” y más asertivas desafían la masculinidad, especialmente si las distinciones tradicionales entre lo masculino y lo femenino se difuminan<sup>59</sup>. Berdahl se pregunta si toda conducta u hostilidad dirigida a una mujer puede ser considerada manifestación de acoso discriminatorio por motivos de género, a lo que responde que solo cuando el acto en sí mismo involucre un comentario peyorativo de carácter sexual o se le dirija a un sexo determinado. El acoso es discriminatorio por motivos de sexo cuando las mujeres –y no los varones– son hostigadas por ser asertivas, o cuando se boicotea el trabajo de mujeres<sup>60</sup>. Los resultados expuestos confirman los hallazgos de otros estudios. Chappel y Di Martino, por su parte, agregan que algunos estudios identifican que empresas feminizadas cuyas jefaturas están en manos de un pequeño grupo de hombres muestran altos indicadores de acoso<sup>61</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

A los múltiples estereotipos de género observados en las tutelas –cánones de belleza, apariencia, asertividad, edad– se suma la orientación sexual. El *deber ser*, el guion de conducta de las mujeres de no aparecer como seductoras que usan lápiz labial “rojo puta”, amerita castigo o reproche, pero a su vez se exigen la coquetería o publicitarse en tanto objeto de deseo sexual para asegurar el cumplimiento de las metas que impone el empleador.

En los casos revisados se observan otras intersecciones entre género e identidades subordinadas. Se constata el maltrato como forma de castigo por apartarse de lo que se espera en una sociedad heteronormada. En la medida en que avanza la agenda de igualdad de derechos de las comunidades LGBTQ+, las personas visibilizan su orientación sexual y demandan derechos logrados tales como la celebración del Acuerdo de Unión

<sup>59</sup> RIKLEEN, 2019, p. 70.

<sup>60</sup> BERDALH, 2007, p. 644.

<sup>61</sup> CHAPPEL y DI MARTINO, 2006, p. 60.

Civil, y en ocasiones reciben respuestas hostiles. Algunas expresiones de hostigamiento observadas se encuentran en el cruce entre la creación de un ambiente laboral hostil por acoso sexual, o bien conceptualmente como un acoso moral discriminatorio a base del género. Otros factores como la condición de indígena y extranjera agregan más elementos en la experiencia de discriminación y violencia en el trabajo.

El acoso moral en razón de sexo, como lo demuestran los casos revisados, conecta un *iter* de distintas agresiones, tales como los acercamientos no deseados que una trabajadora rechaza. Pero el rechazo se traduce en la imposición de tareas ajenas al cargo, humillación o desprecio por su desempeño laboral, o bien exigencias o condiciones de empleo que van minando la salud.

No es necesario integrar la figura del acoso moral discriminatorio a la legislación sino lo importante es advertir su existencia con vistas a evaluar las conductas, las indemnizaciones y reparaciones para dar cuenta del mayor disvalor del acoso.

En suma, los estudios deben indagar no solo en las conceptualizaciones más teóricas respecto del acoso, sino incorporar las variables culturales, y en especial, las de género, con el fin de instar a la judicatura a reconocer la discriminación de género y dar un tratamiento más integral a la violencia en el lugar de trabajo.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AL-FAHAM, H., DAVIS, A. M. y ERNST, R., 2019: "Intersectionality: From Theory to Practice". *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 15. pp. 247-65. DOI: 10.1146/annurev-lawsocsci-101518-042942.
- BERDAHL, Jennifer, 2007: "Harassment Based on Sex: Protecting Social Status in the Context of Gender Hierarchy", *Academy of Management Review*, Vol. 32 n°2, 641-658. <https://doi.org/10.2307/20159319>.
- BIBLIOTECA Congreso Nacional, (s/f): Historia de la Ley 20.607. <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4517/>.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2010: "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 34, pp. 179-209. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005>.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2011: "La noción de acoso moral laboral o *mobbing* y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 37, pp. 215-250. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200005>.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2009: "Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. 33, pp. 175-214. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200004>.
- CASAS, Lidia, 2016: *The Effectiveness of Sexual Harassment Law in Chile: From Theory to Practice*. (PhD), University of Ottawa, Ottawa. En <https://www.bac-lac.gc.ca/eng/services/theses/Pages/item.aspx?idNumber=1032928432>.
- CATALYST, 2021: 29 de octubre de 2021, Women in Male-Dominated Industries and Occupations (Quick Take), consultado el 4 de octubre de 2022 <https://www.catalyst.org/research/women-in-male-dominated-industries-and-occupations/>.
- CHAPELL, Duncan y DI MARTINO, Vittorio: 2006: *Violence at work* (3 ed.). International Labour Office, Geneva.

- CHO, S., CRENSHAW, K. y MCCALL, L., 2013: "Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis", *Signs* Vol. 38, no. 4, 2013, pp. 785-810. <https://doi.org/10.1086/669608>.
- CÓDIGO del Trabajo [Chile] [2002].
- COLLINS, Patricia Hill, 2015: "Intersectionality's Definitional Dilemmas", *Annual Review of Sociology*, Vol. 41: 1-20. <https://doi.org/10.1146/annurev-soc-073014-112142>.
- CORTINA, Lilia, 2008: "Unseen justice: Incivility as modern discrimination", *Academy of Management Review*, Vo. 33 N° 1, pp. 55-75. DOI: 10.5465/AMR.2008.27745097.
- CRENSHAW, Kimberle, 1991-1992: "Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color", *Stanford Law Review*, Vol. 43, pp. 1241-1298. <https://doi.org/10.2307/1229039>.
- DÍAZ, X., MAURO, A., ANSOLEAGA, E. y TORO, J.P., 2017: "Violencia de Género en el Trabajo en Chile. Un Campo de Estudio Ignorado", *Ciencia y Trabajo*, Vol. 19 n°58, pp. 42-48. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-24492017000100042>.
- DOMÍNGUEZ, Á., MELLA, P. y WALTER, R., 2014: "El acoso en el trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del acoso moral y sexual en Chile", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 5 N°10, pp. 13-67.
- GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela, 2006: *El mobbing o acoso moral*, Editorial Lexis Nexis, Santiago.
- GAMONAL, Sergio, 2012: *Trabajo y Derecho* (2 ed.), Abeledo-Perrot Legal Publishing, Santiago.
- GAMONAL, Sergio, y UGARTE, José Luis, 2012: "Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo". En Morgado, E., Casale, G., Gamonal, S. Ugarte, J.L. y Waas, B. (editores), *Presente y futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuter, Santiago.
- GARCÍA Jiménez, Manuel, 2022: "Riesgos Psicosociales desde una perspectiva de género: su prevención en los lugares de trabajo", en *Género, Derecho y Tutela Jurisdiccional. Visiones desde España y América Latina*, Ruiz-Rico G. y Rodríguez, B., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 333-353.
- GÓMEZ, Verónica, y JIMÉNEZ, Andrés, 2018: "Equilibrio trabajo-familia, un desafío para la igualdad y el desarrollo", en Mora, C., Kottow, A., Osses, V. y Ceballos, M. (editores), *El género furtivo. La evidencia interdisciplinaria del género en el Chile actual*, LOM, Santiago, pp. 141-157.
- FUENTES, Claudio, 2020: *The Challenges and Complexities of Procedural Legal Transplants: The Case of Chile*. Tesis para optar al grado de PhD, Stanford University.
- HIRIGOYEN, Marie-Francia, 2014: *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*, trad. Montserrat Asencio, Paidós, Barcelona.
- HOEL, H., Duncan, L. y EINARSDÓTTIR, A., 2021: "Sexual orientation and workplace bullying", en D'Cruz, P., Noronha, E., Caponecchia, C., Escatín, J., Salin, D., Rae, M. (editores), *Dignity and Inclusion at Work*, Springer, Singapur, pp. 363-391.
- INSTITUTO Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería, 2021: Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020.
- LIPPEL, Katherine, 2018: "Conceptualising Violence at the Workplace Through a Gender Lens. Regulation and Strategies for Prevention and Redress", *University of Oxford Human Rights Journal Hub* 1. pp. 1-43. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3585399>.
- MACKINNON, Catherine, 1979: *Sexual harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven.
- OMARI, Maryam y SHARMA, Manish, 2016: "In the eye of the beholder", en Maryam Omari y Megan Paull (editoras), *Workplace abuse, incivility and bullying. Methodological and cultural perspectives*, Routledge, New York.
- PALMA, A., AHUMADA, M., y ANSOLEAGA, E., 2018: "¿Cómo afrontan la violencia laboral los trabajadores/as chilenos/as?", *Psicoperspectivas*, Vol. 17 N° 3, pp. 1-13. <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol17-issue3-fulltext-1288>.

- RADINHA, María Regina, 2009: "Discriminação o assédio no direito laboral português". En Antonio Sempere y Lourdes Meléndez (Editores), *Discriminación por razón de sexo y acoso desde una perspectiva laboral comparada*. Universidad Rey Juan Carlos y Dyckson S.L., Madrid, pp. 39-48.
- RIKLEEN, Laureen, 2019: *The Shield of Silence. How power perpetuates a Culture of Harassment and Bullying in the Workplace*, Ankerwycke, Chicago.
- RIQUELME, Verónica, 2011: ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Dirección del Trabajo. En: [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-103042\\_archivo\\_01.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-103042_archivo_01.pdf).
- RIVERA, Camilo, 2018: "El permiso en caso de suscribir un acuerdo de unión civil: ¿Discriminación entre los trabajadores del sector público y privado?". En Pablo Arellano Ortiz (editor), *La discriminación en la legislación social chilena*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, pp. 283-296.
- ROMANIK Foncea, Katy, 2011: El *mobbing* y su tratamiento en la legislación laboral. Santiago: Dirección del Trabajo. En [http://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-100418\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-100418_recurso_1.pdf).
- ROSADO Marzán, César F., 2018: "The Labor Judge Unleashed: Rule of Law and Labor Rights in "Neoliberal" Chile", *Law y Social Inquiry*, Vol. 43 N°4, pp. 1574-1603. <https://doi.org/10.1111/lsi.12341>.
- RUBIO, Ana, y GIL, Juana María, 2012: *Dignidad e igualdad en derechos. El acoso en el trabajo*, Dykinson S.L., Madrid.
- SAUNDERS, P., HUYNH, A. y GOODMAN-DELAHUNTY, J., 2007: "Defining workplace bullying behaviour - Professional lay definitions of workplace bullying", *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 30 N° 4-5, pp. 340-354. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2007.06.007>.
- SALIN, Denise, 2021: "Workplace Bullying and Gender: An Overview of Empirical Findings", en D'Cruz, P., Noronha, E., Caponecchia, C., Escatín, J., Salin, D., y Rae, M. (editores), *Dignity and Inclusion at Work*, Springer, Singapur, pp. 331-361.
- SAMNANI, Al-Karim, 2016: "Paradigmatic and methodological approaches", en Maryam Omari y Megan Paull (editoras), *Workplace abuse, incivility and bullying. Methodological and cultural perspectives*, Routledge, New York, pp. 7-22.
- SAN Martín, Carolina, 2009: "El marco jurídico de la no discriminación por razón de sexo y el acoso en el trabajo en el derecho español: elementos para una aproximación", en Antonio Sempere y Lourdes Meléndez (editores), *Discriminación por razón de sexo y acoso desde una perspectiva comparada*, Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson S.L., Madrid, pp. 49-67.
- SCHULTZ, Vicky, 1998: "Reconceptualizing Sexual Harassment", *Yale Law Journal*, 107, pp. 1692-1805.
- UGARTE, José Luis, 2012: "El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 39, pp. 221-231. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200008>
- UNDURRAGA, Rosario y LÓPEZ, Natalia, 2020: "Trayectorias Laborales de Mujeres y Violencia en el Trabajo: Una Cuestión de Género", *PSYKHE* 29 (2), 1-14, pp. 7-8. <https://doi.org/10.7764/psykhe.29.2.1494>.



## Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios

*María de los Ángeles González Coulon\**

### RESUMEN

*Este trabajo tiene por objeto analizar los conceptos de credibilidad y fiabilidad, los que han sido utilizados indistintamente al momento de valorar los testimonios. En este sentido, se busca establecer cómo estos conceptos debiesen ser examinados como propiedades de los testimonios que, al ser dotados de cierto contenido, permite que sean funcionales a la práctica judicial al momento de la valoración de la prueba, en el sentido de identificar la credibilidad con el sujeto y el testimonio con la fiabilidad.*

Testimonio; credibilidad; fiabilidad

## *An incredible, but believable history of words: reliability, credibility and testimony*

### ABSTRACT

*The purpose of this paper is to analyze the concepts of credibility and reliability, which have been used indistinctively when valuing testimonies. In such regard, we will seek to establish how these concepts should be examined as properties of testimonies that, when endowed with a certain content, allow them to be functional to the judicial practice at the time of valuation of the evidence, in the sense of identifying credibility with the subject and the testimony with reliability.*

Testimony; credibility; reliability

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogada. Magíster en Derecho, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora del Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4499-8960>. Correo electrónico: [angelesgc@gmail.com](mailto:angelesgc@gmail.com).

Este trabajo se enmarca en el Fondecyt de iniciación N° 11220191 “Del testigo al testimonio: una reconstrucción pragmática del testimonio en el derecho procesal. Bases para una reforma de las pruebas declarativas”.

Artículo recibido el 29.10.2022 y aceptado para su publicación el 31.5.2023.

## I. INTRODUCCIÓN

Los testimonios, en un sentido amplio de la palabra<sup>1</sup>, han sido entendidos como formas de transmitir cierto conocimiento desconocido a una audiencia, generando en esta última nueva información o creencias<sup>2</sup>. Así, se ha establecido que los testimonios están compuestos por tres elementos: “a) la expresión de información, creencias o conocimiento mediante un acto de comunicación; b) una conexión razonable entre lo dicho por el hablante y lo adquirido por la audiencia; y c) la información adquirida al menos en parte mediante este acto de comunicación”<sup>3</sup>.

Las características mencionadas han dado lugar a ciertas reflexiones en torno a su posible valoración en juicio. Estas reflexiones han girado en torno a la desconfianza que los testimonios producen, ya que para algunos su valoración tiene niveles de subjetivismo que harían difícil el análisis racional de estos medios de prueba<sup>4</sup>. Este trabajo presenta una posible solución a este problema, el que permitirá racionalizar el examen de estos medios probatorios, dotando de contenido los conceptos de credibilidad y fiabilidad, y planteando la insuficiencia de la valoración individual para la toma de una decisión en el proceso.

Es cierto que la valoración de los testimonios presenta ciertas dificultades, las que giran en torno a la idea de cuándo creer y cuáles serían las razones para creer una determinada declaración; pero esto no implica la imposibilidad de efectuar una valoración racional de los mismos. Si nuestra aspiración es lograr una valoración objetiva de la prueba en los procesos judiciales, el problema respecto de los testimonios radica en la falta de criterios objetivos para efectuar dicha valoración, lo que se debe, por una parte, a que dicho ejercicio ha estado centrado tradicionalmente en el agente que realiza la declaración, cuyas características contaminan su testimonio<sup>5</sup>; y por otra, en ciertas indefiniciones conceptuales que han tenido como consecuencia la confusión en el contenido mismo de ciertos criterios<sup>6</sup>.

Por esta razón, este trabajo busca ser una primera aproximación a los criterios que permitirían un análisis racional de los testimonios en un sistema de libre valoración de la prueba, en donde dicha libertad permite que el tribunal sea capaz de realizar las distinciones que plantearemos al momento de la valoración de estos medios probatorios e interpretarlos de forma tal que su decisión sea controlable.

En un comienzo, el trabajo se centrará en los conceptos de credibilidad y fiabilidad, para que al dotarlos de contenido sea posible establecer algunos criterios de análisis. Esto es importante ya que para comprender el derecho no basta solo el conocimiento de

<sup>1</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 204.

<sup>2</sup> VÁSQUEZ, 2015, p. 50. y GONZÁLEZ, 2021, p. 204.

<sup>3</sup> VÁSQUEZ, 2015, p. 50.

<sup>4</sup> RAMOS, 2019, p. 85. PINO, 2014, p. 18. WALTON, 2007, p. 12.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ, 2021.

<sup>6</sup> Esto será revisado en el número II de este trabajo.

las normas, la doctrina y la jurisprudencia<sup>7</sup>, sino que además se debe revisar el comportamiento de los jueces/as al momento de la decisión judicial<sup>8</sup> y, en ese sentido, resulta necesario clarificar el significado de aquellos conceptos que se han utilizado por nuestros tribunales sin preferencia alguna en los diversos niveles de análisis.

Como veremos a continuación, en muchas situaciones las ideas de credibilidad y fiabilidad se utilizan indistintamente y como sinónimos, sin mayor reflexión en torno a su contenido. Luego, el más usado es el concepto de credibilidad que se utiliza en un doble sentido: en ciertos casos, para hacer referencia a un supuesto criterio que atiende al sujeto declarante; y en otras situaciones, para determinar un eventual resultado de valoración, en el sentido de expresar: “este testimonio es creíble”. En ninguno de los casos expuestos se le dota de contenido.

Luego de revisar algunas aproximaciones que la jurisprudencia<sup>9</sup> y la doctrina han otorgado a los conceptos discutidos, este trabajo postula que la fiabilidad es el criterio objetivo que tiene que sostenerse como el pilar de una valoración racional de los testimonios. La credibilidad está asociada a la generación de creencias en una audiencia y, por tanto, solamente es posible de ser estudiada respecto de la figura del testigo y ciertas características mínimas que este debe tener; a continuación, se debe pasar al análisis de la información que estos medios de prueba transmiten, el producto o testimonio mismo, utilizando como criterio para su valoración la fiabilidad.

En el entendido de que, en un proceso judicial, la respuesta de por qué se cree se responde en torno a si ese testimonio es fiable, y este lo será en la medida que se tenga antecedentes objetivos que los justifiquen, es sumamente importante ir un paso más allá y no utilizar indistintamente credibilidad y fiabilidad. Hay que dar a cada uno de estos conceptos un significado que englobe sus criterios mínimos, los que debiesen ser considerados en la práctica judicial, ya que solamente de esa manera será controlable la decisión del intérprete –el tribunal–, quien decidirá las directivas como válidas y justificarán su resolución interpretativa<sup>10</sup>.

Este trabajo, que podría parecer meramente teórico, tiene una incidencia práctica relevante ante la aspiración de que los tribunales tomen decisiones de manera racional. Esta racionalidad solamente es posible si los conceptos que se utilizan tienen un cierto contenido determinado, y este es conocido y utilizado por los jueces/as al momento de valoración de los testimonios.

<sup>7</sup> LEITER, 2013.

<sup>8</sup> LEITER, 2001.

<sup>9</sup> Para esta investigación hemos revisado sentencias en materia civil y laboral entre los años 2017 y 2022 proporcionadas por el Poder Judicial en donde se ha rendido prueba testimonial en sentido amplio. En específico, se han analizado los fallos correspondientes a juicios ordinarios de mayor cuantía en donde se rindió prueba testimonial y absolución de posiciones correspondiente al 1º, 2º y 3º Juzgado Civil de Santiago, Concepción y Valparaíso, respectivamente. Además, se han analizado las sentencias de acoso sexual y aquellas en donde se aplique el llamado “principio de realidad” en materia laboral en donde se haya presentado prueba testimonial o declaración de parte correspondiente al 1º y 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción y Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso.

<sup>10</sup> WROBLEWSKI, 1992, p. 177.

Por último, además de dotar de contenido, el presente artículo pretende sincerar que la valoración individual de los testimonios es el piso mínimo y no basta en sí mismo. Para tomar una decisión racional, es necesaria una valoración conjunta de todos los medios de prueba incluidos en el proceso.

## II. ALGUNAS APROXIMACIONES CONCEPTUALES

Para poder entender el problema planteado en este trabajo es necesario revisar cuál ha sido el desarrollo de los conceptos de credibilidad y fiabilidad en la dogmática y la epistemología durante las últimas décadas.

Es posible encontrar algunos puntos en común entre las definiciones que se han formulado, lo que permite dividir en tres grandes grupos estas aproximaciones conceptuales: (a) aquella que considera la credibilidad y la fiabilidad como nociones sinónimas; (b) aquella que examina la credibilidad como un criterio que califica al sujeto, y por otra parte, establece la fiabilidad como un criterio aplicable a la declaración/testimonio/producto; y (c) aquella que reconoce a la credibilidad o a la fiabilidad como resultado o cualidad de un cierto testimonio.

En el primer grupo se utilizan las ideas de credibilidad y fiabilidad como “fórmulas genéricas”<sup>11</sup>. Es decir, no existe una reflexión en torno al significado de las mismas, sino que se utilizan indistintamente tanto en relación con el testigo: “el sujeto es creíble/fiable”, como respecto del testimonio: “la declaración prestada es creíble/fiable”. El problema aquí consiste en que estas fórmulas genéricas carecen de contenido preciso, lo que imposibilita usar estos conceptos como posibles criterios de valoración porque se traducen en una cualidad sin significancia<sup>12</sup>.

Se podría decir que el segundo grupo es propio de los estudios más tradicionales concerniente a prueba testimonial en sentido estricto, porque demuestra lo que variados autores/as han planteado respecto de este medio de prueba: se centra en el sujeto que presta la declaración y es ello, precisamente, lo que genera la desconfianza hacia este medio probatorio<sup>13</sup>. Este grupo sitúa a la credibilidad como un criterio que evalúa al agente y qué respondería a la pregunta de cuándo se debe creer en el testimonio, pero basándose en las características del sujeto declarante.

En este ámbito, la credibilidad se presenta como un elemento de valoración totalmente subjetivo, utilizando como factores para dotar de contenido a la declaración: la posición ocupada por el testigo, su reputación, su trabajo, relación familiar, religión<sup>14</sup>, condiciones físicas o mentales, prejuicios o comportamiento<sup>15</sup>. En este aspecto, la credibilidad sería determinada por la existencia o no de un interés del testigo en el resultado del juicio

<sup>11</sup> RAMOS, 2019, p. 67.

<sup>12</sup> A continuación se revisarán algunos ejemplos jurisprudenciales en dicho sentido.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 167.

<sup>14</sup> RAMOS, 2019, p. 83.

<sup>15</sup> TARUFFO, 2008, p. 64.

producto de las relaciones mencionadas, siendo dicho interés el factor relevante para el establecimiento de la credibilidad<sup>16</sup> y, por tanto, crucial para la valoración.

Esta idea de centralismo en el sujeto no solo es compartida por la doctrina sino también por la jurisprudencia, lo que quedará en evidencia con los fallos que se citarán en el desarrollo del presente trabajo. La selección de las sentencias utilizadas no es baladí, sino que dice relación con aquellas materias en donde la prueba testimonial es determinante para la decisión del asunto. Por un lado, en el ámbito laboral, que tiene un sistema de valoración de sana crítica, se utilizaron fallos de acoso sexual y aplicación del principio de la realidad. Por su parte, en materia civil, en donde se regula un sistema de valoración de prueba legal o tasada, se solicitaron todas aquellas sentencias en donde haya existido declaración de terceros durante los últimos seis años en distintos territorios jurisdiccionales<sup>17</sup>. De esta forma, se buscaron criterios de valoración comunes utilizados por nuestros tribunales, los que serán analizados a continuación.

Por ejemplo, la importancia que se le otorga al sujeto puede verse reflejada en aquellas sentencias en donde se estiman poco creíbles aquellos testimonios que provienen de extrabajadores de la empresa o trabajadores despedidos<sup>18</sup>, o por parecer instruidos o pauteados<sup>19</sup>. A modo de ejemplo, es posible citar el siguiente considerando:

“Cabe señalar que para valorar la prueba testimonial se ha considerado la ausencia de elementos de falta de credibilidad subjetiva, esto es, que no se aprecian circunstancias personales o discapacidades sensoriales que conlleven un error en el relato del testigo, o la existencia de móviles espurios o ganancia secundaria, que incida en que el testigo diga la verdad o no adapte su versión de los hechos en favor de una de las partes”<sup>20</sup>.

Utilizar la credibilidad del sujeto como factor preponderante para valorar los testimonios tiene como consecuencia servirse de un criterio subjetivo que *per se* conlleva prejuicios y estereotipos, catalogando, dependiendo del contexto del proceso, a ciertos grupos de personas como más o menos creíbles<sup>21</sup>. Más grave aún es que, en la mayoría

<sup>16</sup> TARUFFO, 2008, p. 64.

<sup>17</sup> Revisar referencia pie de página número 10.

<sup>18</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 11.08.17, rol T-260-2017. “ (...) pues si bien la única prueba rendida para tal efecto, esto es, la testimonial de los señores Bustos y Arancibia, sus dichos no resultan suficientes para tener como acreditada la orden que sostienen fue dada por el señor Miranda, considerando que ambos testigos, fueron despedidos por idénticos hechos, razón suficiente para restarles credibilidad, por carecer de la imparcialidad que se requiere para darles valor (...)”.

<sup>19</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 19.05.17, rol O-3043-2016. “Asimismo el resto de los antecedentes resultan insuficientes para acreditar las alegaciones de la demandante, toda vez que sus testigos se mostraron evidentemente pauteados, ambos iniciaban sus relatos señalando ‘sé y me consta’, sin justificar suficientemente sus dichos, por lo que sus declaraciones no resultaron creíbles”.

<sup>20</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 30.11.20, rol T-352-2019. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 04.12.20, rol O-2840-2019.

<sup>21</sup> Podrían verse referencias al trabajo de Miranda Fricker acerca de injusticia epistémica. FRICKER, 2017.

de las ocasiones, el análisis del sujeto contamina su testimonio porque la credibilidad en el sentido planteado es el único criterio o el determinante para la valoración.

Dentro de este mismo grupo, pero siendo la otra cara de la moneda, podemos observar la aproximación conceptual proveniente de la psicología del testimonio. Desde dichos estudios se ha establecido la fiabilidad como un criterio de la declaración prestada, en el sentido de definirla como “la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido”<sup>22</sup>, elemento que se vincula con la idea de exactitud entendida como “(...) la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido en el transcurso del hecho, por tanto, como correspondencia entre el contenido del suceso y del contenido de la memoria”<sup>23</sup>. En este sentido, la idea de exactitud es la que se encuentra ligada a la fiabilidad, por lo que autores como Manzanero señalan que la credibilidad debe separarse de dichos conceptos<sup>24</sup>.

Así, Taruffo, al referirse a las formas de valorar pruebas testimoniales, señala que lo fiable es el testimonio y que la credibilidad es una característica del testigo al mencionar que “para que pueda ser útil como fuente de declaraciones fiables, un testigo debe ser competente y creíble”<sup>25</sup>. Por tanto, la verificación de la fiabilidad del testimonio tiene que ver con la persona del testigo<sup>26</sup> en el sentido de que la credibilidad del sujeto es la que se toma en cuenta para determinar la fiabilidad de su declaración<sup>27</sup>.

Finalmente, el último grupo considera la credibilidad o la fiabilidad como un resultado del proceso de valoración bajo los términos “este testimonio es creíble/fiable”, pero ya no entendiendo el testimonio como la declaración misma sino como el producto de cierto proceso de valoración que tuvo como conclusión que el medio de prueba testimonial era creíble/fiable.

En el caso de la fiabilidad, se establece un listado de factores a considerar para llegar a este resultado. Es así como se concluye que el testimonio es fiable si se analizó correctamente la edad del sujeto, la conciencia que tenía al presenciar el hecho, sus esquemas mentales de referencia, intencionalidad, tiempo transcurrido, finalidad de testificar, distinción entre fantasía y realidad, intención de mentir, confianza en lo recordado e interferencias al momento de testificar<sup>28</sup>.

La credibilidad también, en muchas ocasiones, se sustenta en la misma idea de resultado más que en el análisis de un aspecto específico. Así, se ha definido credibilidad como:

“Valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo. Esta valoración se basa en inferencias que consideren diferentes aspectos como las

<sup>22</sup> MAZZONI, 2010, p. 17.

<sup>23</sup> MAZZONI, 2010, p. 17.

<sup>24</sup> MANZANERO, 2017, p. 179.

<sup>25</sup> TARUFFO, 2008, p. 63.

<sup>26</sup> TARUFFO, 2008, p. 63.

<sup>27</sup> TARUFFO, 2008, p. 64.

<sup>28</sup> MAZZONI, 2010, pp. 20 y sigs.

circunstancias y características del testigo y del delito, nuestros conocimientos y creencias, y la congruencia estimada entre las declaraciones y otros elementos de prueba. El énfasis en subjetiva es fundamental, dado que siempre se tratará de una inferencia”<sup>29</sup>.

La credibilidad como una cualidad generada como resultado de la valoración cobra especial relevancia en materia jurisprudencial<sup>30</sup>. Así, es posible encontrar conclusiones al momento de valorar la prueba que mencionan que el testimonio no es creíble por causa de un relato confuso<sup>31</sup>, contradicciones o ambigüedades en la declaración<sup>32</sup>, o falta de coherencia<sup>33</sup>.

Además, se ha podido revisar a grandes rasgos que los conceptos de credibilidad y fiabilidad no se encuentran realmente claros ni para la doctrina ni para la jurisprudencia. En muchas ocasiones se presentan simplemente como definiciones vacías de contenido o meras frases sacramentales necesarias para dar por establecido un hecho basado en un testimonio. *Ergo*, urge dotarlas de contenido y determinar y justificar cuál es el criterio que se debe considerar para valorar de forma objetiva los testimonios.

### III. LA CREDIBILIDAD ES UNA PROPIEDAD DE LOS TESTIMONIOS

El análisis tanto doctrinal como jurisprudencial nos permite señalar que ha sido la idea de credibilidad la más utilizada como criterio para la valoración de las pruebas testimoniales. Luego, no se ha examinado qué implica el utilizar a este concepto en dicho sentido porque “un testigo creíble no tiene que ver con ser sincero o veraz”<sup>34</sup>, esa idea solamente se sustenta en el centralismo en el sujeto que ya se enunció.

---

<sup>29</sup> MANZANERO, 2008, p. 178.

<sup>30</sup> Revisar referencia pie de página número 10 y número 18.

<sup>31</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 09.08.21, rol T-262-2020. “El testigo señala haber ejercido el cargo de supervisor para la demandada, pero su relato es confuso, equívoco en muchas partes, no entrega un contexto o elementos que permitan concluir un hecho de la relevancia que se pretende, impidiendo dar credibilidad a sus afirmaciones, las que además, no se respaldan en otras pruebas o declaraciones”.

<sup>32</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 29.04.17, rol T-1121-2016. “La evidente contradicción en la declaración del testigo del Campo a más de restar credibilidad a todo lo expuesto por él, no hace más que clarificar que había diferencias en la contratación de la actora en los años 2010 y 2013, sin que se hubiese aportado más prueba para acreditar la dependencia y subordinación exigida al caso (...)”.

<sup>33</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 24.09.19, rol O-7608-2018. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 21.09.20, rol O-8315-2019. “Por lo que es importante señalar que el relato no formó convicción en esta sentenciadora desde la confianza que le dan las fuentes de información allegadas al proceso y la calidad de información que introducen. En consecuencia, no resulta procedente atribuirle mayor mérito a algunas de las afirmaciones realizadas en la confesional del demandado, ni a las formuladas por el testigo, por cuanto ellas carecen de coherencia y precisión y resultan, además, expresamente contradichas por sus propios actos”.

<sup>34</sup> RAMOS, 2019, p. 116.

El problema radicaría, en cierta medida, en que los testimonios han sido considerados de acuerdo con la clasificación clásica de los medios de prueba como prueba directa. En dicho sentido, el problema se encuentra en materia de motivación porque en este tipo de medios de prueba, “la cuestión de la credibilidad de los testigos queda fuera de las exigencias de motivación y de las posibilidades de revisión”<sup>35</sup>, “vinculándose a la concepción subjetivista del principio de libre valoración”<sup>36</sup>.

Reid define la credibilidad (*credibility*) de la siguiente manera: “una disposición a confiar en la veracidad de los demás y a creer lo que nos dicen”<sup>37</sup>. En ese sentido, la credibilidad no es precisamente un criterio de valoración sino una propiedad de quien juzga los testimonios: “creo o no creo”.

Entender la credibilidad como una propiedad de los testimonios, en el sentido de una disposición a creer, implica que la valoración de esta puede servirse de criterios tanto subjetivos<sup>38</sup> como objetivos. Por tanto, dentro de un proceso judicial en que la valoración de los antecedentes debe ser racional, la credibilidad en sí no puede ser considerada el único criterio de valoración y debiese vincularse a la distinción entre el agente y el producto, relacionándose la credibilidad al primer elemento –el sujeto–<sup>39</sup>.

El sujeto o agente es aquel que transfiere cierto conocimiento o creencia a un oyente o audiencia<sup>40</sup> producto del conocimiento que tiene de algo, debiendo entregar una razón al tribunal para formar dicha creencia<sup>41</sup>.

En este sentido, se hace preciso establecer bajo qué supuestos el sujeto es confiable. Al respecto se debe examinar si dicho agente posee ciertas competencias que se pueden denominar genéricas, como serían la existencia o no de capacidades intelectuales y cognitivas, de patologías o problemas de personalidad que convertirían en no fiable su testimonio<sup>42</sup>.

De esta manera, la credibilidad puede ser revisada desde una arista negativa, en el sentido de que, dependiendo del sistema, no existan causales de exclusión como serían las tachas, y luego, desde una arista positiva ligada a las competencias intelectuales y cognitivas del sujeto. Estos elementos permitirían establecer un piso mínimo de credibilidad relacionado con el cumplimiento de aspectos sensoriales, cognitivos y mentales. Por ejemplo, revisar si el sujeto o agente presenta alguna dificultad que impidiera realizar la declaración que está prestando. Así, si tiene problemas visuales respecto de los colores, no es posible que efectúe una declaración dando detalles acerca de ellos.

<sup>35</sup> GASCÓN, 2012, p. 207.

<sup>36</sup> GASCÓN, 2012, p. 207.

<sup>37</sup> COADY, 2002, p. 123. Traducción libre: *A disposition to confide in the veracity of others, and to believe what they tell us.*

<sup>38</sup> RAMOS, 2019, p. 116.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ, 2019, pp. 811-812.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 235.

<sup>41</sup> LOSADA, 2015, p. 7.

<sup>42</sup> MAZZONI, 2019, p. 89.

De la mano de la credibilidad se encuentra la pregunta de cuándo y por qué creer en un testimonio. Respecto de esto, la doctrina ha otorgado diversas respuestas vinculadas a las tesis reduccionistas, antirreduccionistas o dualistas.

### 1. *Tesis reduccionistas*

Las tesis reduccionistas se sustentan en dos grandes enunciados que bien grafica Páez:

“La primera es que un oyente debe tener razones positivas para aceptar el reporte de un testigo. Estas pueden hacer referencia a evidencia que compruebe que el testimonio es generalmente confiable (reduccionismo global) o razones que se refieren a algún reporte particular en un contexto dado (reduccionismo local). La segunda condición es que esas razones no pueden ser testimoniales, so pena de caer en un círculo vicioso”<sup>43</sup>.

Este tipo de teorías se encuentran basadas en la experiencia de cada persona, en el sentido de que la audiencia que recibe el testimonio debe determinar si existe o no una cierta regularidad epistémica en lo que se le está transmitiendo<sup>44</sup>. Esta regularidad se encuentra basada en las experiencias personales, y se dejará de creer si el testimonio se aleja de ellas<sup>45</sup>.

De este modo, las creencias tienen su sustento en percepciones, memorias o inferencias inductivas<sup>46</sup>, y también podrían eventualmente sustentarse en otros testimonios, pero el reduccionismo postula que esto no es posible<sup>47</sup>. Es decir, estas evidencias que pueden servir de pilar para la creencia no pueden ser testimonios porque se caería dentro de un círculo vicioso.

Dentro de la epistemología del testimonio las ideas reduccionistas tienen especial consideración, pero han llevado al surgimiento de otras tesis principalmente por dos razones: (a) hay casos en que simplemente se cree sin evidencias<sup>48</sup> y (b) no es posible prescindir de los testimonios al ser estos una fuente primaria de conocimientos<sup>49</sup>.

### 2. *Tesis antirreduccionistas*

Como contrapartida a las teorías anteriores surgen las ideas antirreduccionistas que mencionan, en torno a una crítica a la anterior, que “el testimonio se basta a sí

<sup>43</sup> PÁEZ, 2014, p. 97.

<sup>44</sup> LACKEY, 2008, p. 143.

<sup>45</sup> LACKEY, 2008, p. 143.

<sup>46</sup> THAGARD, 2005, p. 312.

<sup>47</sup> PÁEZ, 2014, p. 100.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 219.

<sup>49</sup> PÁEZ, 2014, p. 100.

mismo y por eso debe aceptarse”<sup>50</sup>. Así, se señala que las creencias que se tienen en general se basan en los testimonios ajenos sin siquiera cuestionar los mismos, es decir, simplemente creemos<sup>51</sup>.

En este orden de cosas Lackey sostiene claramente: “(...) que el testimonio es una fuente tan básica de conocimiento como la percepción de los sentidos, la memoria, la inferencia, etc., y que, de acuerdo con ello, los oyentes pueden aceptar justificadamente lo señalado por los hablantes, simplemente sobre la base de su testimonio”<sup>52</sup>.

Sin embargo, aunque en primer término se esté por creer en los testimonios, el antirreduccionismo plantea la opción de no hacerlo si es que existen razones para aquello. Estas razones pueden ser tanto psicológicas como normativas. En el primer caso, se refieren a “creencias, dudas o experiencias que el oyente posee y que pueden llevarlo a creer que el testimonio que está a punto de aceptar es falso, o que ha sido formado por medios poco confiables”<sup>53</sup>. En el segundo, a “creencias, dudas o experiencias en contra del testimonio que el oyente debería tener dada la evidencia que posee”<sup>54</sup>.

El antirreduccionismo tiene como problema central una especie de irracionalidad epistémica porque es complejo aceptar los testimonios sin razones positivas para aquello, sin verificación alguna<sup>55</sup>.

### 3. *Tesis dualista*

Como un punto intermedio entre las dos tesis anteriores se sitúa el dualismo planteado por Lackey, quien señala que cada una de estas teorías se centra en el análisis de solo uno de los dos sujetos que podemos identificar en el testimonio. Así, el reduccionismo estaría centrado en la audiencia que recibe la información y el antirreduccionismo en el hablante<sup>56</sup>.

En esta teoría se plantea la necesidad de evaluar epistémicamente tanto al hablante como al oyente porque de lo contrario se pierde parte del mensaje. Como bien grafica la autora, “se necesitan dos para bailar tango”<sup>57</sup>.

Esta teoría solamente tiene sustento si al concepto general de testimonio que se señaló al inicio de este trabajo se le agrega la idea de que la transmisión de conocimientos es un acto comunicativo: “Por ejemplo, a menudo se asume que ni la memoria ni el testimonio son, estrictamente hablando, una fuente generadora de conocimiento:

<sup>50</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 220.

<sup>51</sup> PÁEZ, 2014, p. 98.

<sup>52</sup> LACKEY, 1999, p. 473.

<sup>53</sup> PÁEZ, 2014, p. 99.

<sup>54</sup> PÁEZ, 2014, p. 99.

<sup>55</sup> LACKEY, 2008, p. 168.

<sup>56</sup> LACKEY, 2008, p. 176.

<sup>57</sup> LACKEY, 2008, p. 177. Traducción libre: *It takes two to tango*.

mientras que este último transmite conocimiento de un hablante a otro, el primero conserva creencias de un momento a otro”<sup>58</sup>.

En conclusión, entender que los dos agentes que participan de un testimonio tienen responsabilidades epistémicas implica la posibilidad de “(...) recibir información verdadera de un testimonio falso y, al mismo tiempo, se da más importancia a la objetividad, a la realidad de lo que se comunica que a la intención subjetiva del testigo”<sup>59</sup>.

#### IV. LA FIABILIDAD COMO PROPIEDAD DE LA DECLARACIÓN

La credibilidad entonces solo sería una propiedad del sujeto que efectúa la declaración o testimonio y que podemos encontrarla tanto en el contexto judicial como fuera de este. En ese sentido, se revisó que las razones para creer en el mismo pueden estar radicadas en el oyente o en el hablante, de acuerdo con factores que pueden ser subjetivos. Respecto de esto es que surge la interrogante en relación con qué criterio utilizar para valorar testimonios en el contexto jurídico en donde se hace necesaria una racionalidad de la valoración de los mismos. En virtud de ello, surge la fiabilidad como propiedad del testimonio mismo, es decir, del resultado de la valoración<sup>60</sup>.

Como se examinó en apartados anteriores, la fiabilidad se ha utilizado en muchas ocasiones como sinónimo de credibilidad y en otras como una cierta cualidad del testigo o del testimonio. En este trabajo se postula la fiabilidad como una propiedad de la declaración en el sentido de entenderla como la idoneidad de estos “para producir creencias verdaderas y justificadas”<sup>61</sup>.

Se asocia credibilidad con sujeto y fiabilidad con su testimonio porque la primera permite, por un lado, enfrentarse al testimonio con total credulidad, sin dudar del mismo, pero por otro, también permite plantearse con desconfianza y buscar razones para creer. Ambas situaciones se deben a que la credibilidad utilizada individualmente se centra en el sujeto que presta la declaración.

Así, en el ámbito de las narraciones Taruffo lo sitúa en los siguientes términos:

“Cuando lo que está o debiera estar en juego es la fantasía, entonces la suspensión de la incredulidad es una condición necesaria de la experiencia humana; cuando se trata de convencimientos y en particular de un convencimiento verdadero acerca de acontecimientos del mundo humano y material, una actitud escéptica e incrédula es probablemente más racional, aunque resulte tal vez mucho menos fascinante”<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> LACKEY, 1999, p. 471. Traducción libre: *For instance, it is often assumed that neither memory nor testimony is, strictly speaking, a generative source of knowledge: while the latter transmits knowledge from one speaker to another, the former preserves beliefs from one time to another.*

<sup>59</sup> RAMOS, 2019, p. 98.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ, 2019, pp. 813-815.

<sup>61</sup> TUZET, 2021, p. 194.

<sup>62</sup> TARUFFO, 2010, p. 46.

Si bien el estudio general de los testimonios permite situarse desde estas dos posiciones, en el caso particular del proceso judicial, que es el que se trata de dilucidar en este trabajo, debiese acercarse a la segunda. Lo anterior porque, ante un testimonio, el juez/a debiese situarse en una posición de desconfianza ante la información entregada hasta que se entreguen motivos objetivos para considerarlo a lo menos plausible.

Si se plantea la necesidad de encontrar motivos plausibles para creer en un testimonio, esto inmediatamente implica dejar de lado como criterio la idea de credibilidad y situarse en el criterio de la fiabilidad. En un proceso judicial no basta con simplemente creer, sino que esa creencia debe ser verdadera y estar justificada, es decir, la creencia en una determinada premisa debe permitir aceptarla. En el caso del testimonio, si un juez/a utilizara una determinada declaración debe tener motivos objetivos para haber creído en el mismo.

Por tanto, en el marco de una teoría racional de la prueba, el testimonio que sirve de sustento para una decisión debe ser fiable, en el entendido de que el órgano juzgador lo estableció como verdadero al ser suficientes los elementos disponibles para dicha determinación<sup>63</sup>.

El establecer como criterio la credibilidad llevaría a señalar que la valoración de un determinado testimonio en juicio se remite a los estados mentales del juzgador/a, es decir, a sus creencias. En cambio, como bien indica Ferrer, debe acudirse "(...) a una actitud que no sea independiente del contexto y admita variación en función de los contextos prácticos en los que deba tomarse la decisión"<sup>64</sup>.

El testigo debe entregar al juez/a antecedentes e información verdadera y fiable, no información creíble<sup>65</sup>. Así, la fiabilidad está vinculada a narraciones verdaderas que, siendo buenas o malas, permitirían tomar una decisión ajustada "(...) a la realidad del caso y en basar sus determinaciones en una valoración racional de las pruebas incorporadas al juicio"<sup>66</sup>, mientras que la información creíble no.

Luego, ante la determinación señalada en este trabajo de que el criterio para valorar los testimonios debe ser el de fiabilidad y no la credibilidad, surge la interrogante acerca de cómo dotar de contenido a la fiabilidad y por tanto determinar cómo esta se debería valorar en un caso concreto. De esta manera, es preciso volver a dicho concepto, el que desde la psicología del testimonio se vincula a la idea de exactitud entendida como "la correspondencia entre el contenido del testimonio y los hechos a los que este se refiere"<sup>67</sup>. De ser así, un testimonio será fiable si su narración es verdadera, independiente si esta es buena o mala.

Los elementos tradicionalmente vinculados a la valoración del testimonio, y que desde una mirada simple constituirían la fiabilidad de la declaración, son principalmente

<sup>63</sup> FERRER, 2007, p. 20.

<sup>64</sup> FERRER, 2005, p. 88.

<sup>65</sup> TARUFFO, 2010, p. 65.

<sup>66</sup> TARUFFO, 2010, p. 85.

<sup>67</sup> MAZZONI, 2019, p. 87.

la plausibilidad, la coherencia del relato y la posibilidad de dar razón de sus dichos<sup>68</sup>. No obstante, desde el estudio de las narrativas, esto es propio de un buen relato, el que puede ser o no verdadero, o sea, no permitirían establecer la fiabilidad de un testimonio sino simplemente su credibilidad<sup>69</sup>.

Ahora, al adentrarse en el proceso judicial y en cómo en este se podrá utilizar la fiabilidad como criterio, se hace necesario realizar una nueva precisión que consiste en determinar si el juez/a utilizará una perspectiva atomista u holista en su sentencia.

Desde una mirada atomista, en el sentido de entregar razones que permitan individualmente justificar la fuerza probatoria<sup>70</sup>, se torna muy difícil establecer si el testimonio es verdadero o falso. Es complejo justificar y aceptar creencias –en el sentido de la fiabilidad– sin atender a los elementos mencionados en precedencia, que efectivamente lo que construyen es un relato más bueno o más malo, pero no necesariamente más o menos verdadero.

Desde la mirada holista, que atiende a la justificación de la decisión en la fuerza probatoria del conjunto de elementos de juicio<sup>71</sup>, se facilita esta tarea. A partir de esta teoría se señala que las pruebas tienden puentes entre sí y, por tanto, el testimonio se va haciendo cada vez más fiable cuando la hipótesis que dichas narraciones pretenden probar son compatible con otros elementos probatorios que se han presentado en juicio. De esta manera, dichos testimonios se van haciendo más fiables.

Ahora, aunque una mirada holista parece facilitar el ejercicio de valoración de fiabilidad de la prueba por sobre una posición atomista, la debida corrección de los procedimientos y los filtros que estos van estableciendo durante las distintas etapas probatorias debiesen siempre tender a una mayor fiabilidad de los testimonios. Así, en el momento de conformación de los medios de prueba, el examen solamente debiese centrarse en la relevancia del testimonio, no del testigo; mientras que, durante el desarrollo de la prueba testimonial, se deben considerar ciertos factores como la forma de preguntar, quiénes y cómo intervienen, el tipo de pregunta, la presencia del juez/a, el juramento o promesa y, en algunas legislaciones, la existencia de careo y la inmediatez<sup>72</sup>.

Esto no quita que “(...) el derecho no pueda presumir sin más la veracidad de un testimonio, con lo que se trata de una forma muy poco fiable por sí sola de obtener conocimientos”<sup>73</sup>, es decir, el mayor grado de fiabilidad siempre va a estar dada en relación con los otros elementos probatorios presentes en juicio<sup>74</sup>, ya que lo determinante en los testimonios dice relación con la memoria, la percepción y el recuerdo, los que son elementos imposibles de disociar en relación con los demás antecedentes.

<sup>68</sup> COLOMA, PINO y MONTECINOS, 2009, p. 324.

<sup>69</sup> TARUFFO, 2010, p. 83.

<sup>70</sup> ACATTINO, 2014, pp. 41-42.

<sup>71</sup> ACATTINO, 2014, p. 33.

<sup>72</sup> RAMOS, 2019, pp. 144 y sigs.

<sup>73</sup> RAMOS, 2019, p. 43.

<sup>74</sup> RAMOS, 2019, p. 168.

Así, la correspondencia señalada en torno a la confianza que el testigo y su declaración nos entregará siempre estará basada en razones objetivas. Como bien grafica Ramos:

“La confianza, en contextos en los que la verdad es esencial, podrá ser un factor importante de pérdida de calidad de la búsqueda epistémica, cuando se esté ante la falta de razones positivas efectivas para poder considerar a una persona fiable”<sup>75</sup>.

En este orden de cosas, la fiabilidad se erige como una propiedad a la hora de valorar los testimonios que implica entregar razones epistémicas que permitan determinar la veracidad de estos, y por tanto, el criterio a utilizar para el análisis de la declaración.

Por tanto, a partir de todo lo estudiado, podemos concluir que la distinción entre el sujeto/agente y su declaración/producto, como dos elementos dentro de la noción de testimonio, es clave a la hora de valorar y determinar la fiabilidad de los medios de pruebas testimoniales. El concepto de fiabilidad se dotará de contenido en razón del elemento al que se refiere, para luego efectuar la valoración general del medio de prueba en cuestión.

Así, el sujeto u agente, es decir, la persona que presta la declaración, debe evaluarse respecto del criterio de la credibilidad. En ese sentido, lo esencial estaría en examinar ciertos factores como la seguridad del testigo, miradas, voz, gestos e incluso vestimenta, además de la cantidad de elementos recordados o el exceso de la consistencia interna del relato<sup>76</sup>. Luego, ninguno de estos elementos permite determinar la exactitud de lo señalado, que es en lo que se debe basar una eventual decisión probatoria, sino que solamente nos indican si el testigo es creíble, olvidando que hay testigos creíbles cuyos relatos son totalmente falsos.

Solamente a modo de ejemplo, es bueno tener en consideración el caso señalado por Nieva, quien reconoce que “(...) hay sujetos con dificultades gestuales importantes que involuntariamente no actúan en coherencia con lo que están diciendo, y por ello no resultan creíbles a ojos de la sociedad por muy veraz y coherente que sea lo que están afirmando”<sup>77</sup>. De esta manera, la credibilidad solamente entrega un piso mínimo para luego entrar a revisar la propiedad de fiabilidad.

Luego, el testimonio o producto, el que puede ser conceptualizado como aquello que la actividad de declarar nos entrega, dice relación con el resultado de la actividad probatoria, es decir, la creencia o conocimiento transmitido<sup>78</sup>. De esta forma, es la fiabilidad la que permite analizar condiciones de validez de estas narraciones mediante los criterios ya mencionados: consistencia –relato lógico–, coherencia –relato armónico–, plausibilidad –relato posible– y la revisión de algunos elementos espacio-temporales respecto de la percepción<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> RAMOS, 2019, p. 84.

<sup>76</sup> MAZZONI, 2019, p. 99.

<sup>77</sup> NIEVA, 2010, p. 220.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ, 2021, p. 231.

<sup>79</sup> COLOMA, PINO y MONTECINOS, 2009, p. 324.

Por tanto, respecto del testimonio en sí, lo que hay que evaluar para determinar su fiabilidad es su veracidad, es decir, “la correspondencia entre lo que el testimonio contiene y aquello que ha ocurrido efectivamente”<sup>80</sup> y esto solamente es posible si se cuenta con elementos objetivos que permitan dicha determinación.

Esta idea permite alejarse de una eventual valoración poco objetiva de los testimonios, como sucedería si el criterio de valoración fuese solamente la credibilidad, ya que este elemento se construye a base de las eventuales características del sujeto en el momento particular de su declaración y no en elementos objetivos que permitan establecer su veracidad.

Entonces, de la revisión del concepto de fiabilidad se extraen algunos elementos que permiten valorar cada uno de los testimonios como prueba aislada dentro del proceso, sin embargo, no basta aquello para que el tribunal tome una decisión. Realizado lo anterior, se presenta un segundo desafío para el juzgador, que es la necesidad de un análisis global de los antecedentes allegados al juicio. Para resolver un conflicto jurídico, es importante sincerar la necesidad de realizar una valoración conjunta del acervo probatorio, para que así se realicen las inferencias necesarias que permitan pasar de las premisas a las conclusiones<sup>81</sup>.

La necesidad de una valoración conjunta se refleja en que al momento de valorar los testimonios en relación con las hipótesis planteadas debemos revisar su grado de refutación, el resto de los testimonios planteados –hipótesis derivadas– y la coherencia<sup>82</sup>. Luego, se debe entonces ponderar, al momento de la justificación de la decisión, el valor de las pruebas conjuntamente consideradas<sup>83</sup>.

De esta manera los testimonios, como algunas veces a se ha planteado a partir de la clasificación entre pruebas directas e indirectas, no implican la ausencia o presencia de razonamiento o inferencias<sup>84</sup>, sino que sitúa a los mismos como un antecedente relevante para la determinación de un asunto, es decir, permiten generar inferencias que en una mayor o menor medida los hace ser más fiables con el resto de los elementos de juicio<sup>85</sup>, lo que es posible de realizar en un sistema de sana crítica.

## V. CONCLUSIONES

Se ha observado que, por regla general, al valorar los testimonios se utiliza el concepto de credibilidad como criterio de valoración. El contenido que habitualmente se le otorga a este concepto es variable; en algunos casos es sinónimo de fiabilidad, en otros,

<sup>80</sup> MAZZONI, 2010, p. 101.

<sup>81</sup> GONZÁLEZ, 2013, p. 39.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ, 2013, pp. 60 y sigs.

<sup>83</sup> GASCÓN, 2012, p. 196.

<sup>84</sup> GASCÓN, 2012, p. 47.

<sup>85</sup> GONZÁLEZ, 2013, p. 56.

se relaciona con características del sujeto que declara y, en variada jurisprudencia, es parte de la cualidad que tienen los testimonios luego de ser valorados.

Al no existir claridad respecto de qué significa realmente la credibilidad, se hace necesario dotarlo de contenido para de esta manera realizar una valoración racional de los testimonios en juicio. En ese sentido, se postula que la credibilidad no debiese utilizarse como criterio de valoración, sino simplemente entenderse como una propiedad del sujeto que presta la declaración, estableciendo entonces un piso mínimo para la valoración de los testimonios.

Lo anterior se señala porque la credibilidad radica en una mera creencia del juzgador/a que puede o no estar justificada y que, por regla general, corresponde a criterios subjetivos, no aceptables dentro del contexto jurídico, que se centran en el sujeto. Las posibles explicaciones de por qué razones creer o no son variadas, luego es la fiabilidad, en el entendido que se desarrolló en este trabajo, la que debiese erigirse como propiedad de la declaración misma, permitiendo realizar una valoración individual de los testimonios, la que es necesaria, pero no suficiente para una decisión judicial.

De esta manera, la fiabilidad es una propiedad de los testimonios referida a la declaración, que implica, en principio, determinar el grado de exactitud de dicha declaración en relación con la verdad o falsedad de un determinado hecho. Lo señalado, no significa una cierta cantidad de elementos recordados, sino que los mismos sean lo más exactos posibles y que introduzcan información veraz al juicio —da lo mismo si mucha o poca— que luego permita a dichos antecedentes generar inferencias y al mismo tiempo validarse también en relación con los otros medios probatorios presentados en juicio.

Lo mencionado es solamente posible estableciendo ciertas condiciones de validez de las narraciones como serían su consistencia, coherencia, plausibilidad y determinación de la forma de percepción, siendo necesario de todos modos la corroboración de la declaración con otros antecedentes allegados al proceso.

En conclusión, este trabajo aclara los conceptos de credibilidad y fiabilidad, asociando el primero al sujeto que presta la declaración, y el segundo a la declaración misma. Siendo lo importante entender que no es posible valorar los testimonios centrándose solamente en la credibilidad del sujeto; pero que, al mismo tiempo, aunque sea posible examinar la declaración desde los contenidos planteados para la fiabilidad, esto no es suficiente más que para una valoración individual del medio de prueba. Finalmente, para obtener una mayor fiabilidad del testimonio, es necesaria la corroboración que se produce por la valoración conjunta del acervo probatorio.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2014: “Atomismo y holismo en la justificación probatoria”, *Isonomía* (México), N° 40, pp. 17-59.
- ADLER, Jonathan, 2009: “Epistemological Problems of Testimony”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Editor Edward N. Zalta) Spring (2009). Disponible en internet en: <https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/spr2009/entries/testimony-episprob/> [Fecha última revisión: 5 de septiembre 2022].

- COADY, C.A.J, 2002: *Testimony. A philosophical study*, Reino Unido, Oxford University Press Inc.
- COLOMA, R., PINO, M. y MONTECINOS, C., 2009: Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, pp. 303-344.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*, Barcelona, Editorial Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2005: *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edición), Barcelona, Editorial Marcial Pons.
- FRICKER, Miranda, 2017: *Injusticia epistémica*, Barcelona, España, Editorial Herder.
- GASCÓN, Marina, 2012: *Cuestiones probatorias*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, 2021: *El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial*, Barcelona, Bosch Editor.
- GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles, 2019: “Repensando el Testimonio: La distinción entre el agente y el producto”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N° 3, pp. 791-819.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2013: *Questio facti (Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción)*, México, Editorial Fontamara.
- LACKEY, Jennifer, 2008: *Learning from words*, New York, Oxford University Press Inc.
- LACKEY, Jennifer, 1999: “Testimonial knowledge and transmission”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 49, N° 197, pp. 471-490.
- LEITER, Brian, 2013: “Legal realisms, old and new”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 47, N° 67, pp. 949-963.
- LEITER, Brian, 2001: “Legal realism and legal positivism reconsidered”, *Ethics*, Vol. 111, N° 2, pp. 278-301.
- LOSADA, Alfonso, 2015: “El testimonio como dar la palabra”, *Teorema*, XXXIV/1, pp. 5-18.
- MANZANERO, Antonio, 2010: *Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, Ediciones Pirámide.
- MANZANERO, Antonio, 2017: *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Madrid, Ediciones Pirámide.
- MAZZONI, Giuliana, 2019: *Psicología del testimonio*, Madrid, Editorial Trotta.
- MAZZONI, Giuliana, 2010: *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (trad. José Manuel Revuelta), Madrid, Editorial Trotta.
- NIEVA, Jordi, 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- PÁEZ PEÑUELA, Andrés, 2014: “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio”, *Isonomía*, N° 40, pp. 95-118.
- PINO ABAD, Miguel, 2014: *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha*, Madrid, Editorial Dykinson S.A.
- RAMOS, Vitor de Paula, 2019: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Madrid, Marcial Pons.
- TARSKI, A., 1997: “La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en N. Smilg, J. Rodríguez, M.J. Frápolli y J.A. Nicolás (traductores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 65-107.
- TARUFFO, Michele, 2010: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (trad. Daniela Accatino Scagliotti), Madrid, Editorial Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele, 2008: *La prueba* (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Editorial Marcial Pons.
- THAGARD, Paul, 2005: “Testimony, credibility, and explanatory coherence”, *Erkenntnis*, N° 63, pp. 295-316.
- TUZET, Giovanni, 2021: *Filosofía de la prueba jurídica*, Madrid, Editorial Marcial Pons.
- WALTON, Douglas, 2007: *Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law*, New York, Cambridge University Press.

VÁSQUEZ, Carmen, 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons.

WROBLEWSKI, Jerzy, 1992: *The judicial application of law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher.

### *Jurisprudencia*

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 29 de abril de 2017, rol T-1121-2016.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 19 de mayo de 2017, rol O-3043-2016.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 11 de agosto de 2017, rol T-260-2017.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 24 de septiembre de 2019, rol O-7608-2018.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 21 de septiembre de 2020, rol O-8315-2019.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 30 de noviembre de 2020, rol T-352-2019.

PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 4 de diciembre de 2020, rol O-2840-2019.

JUZGADO de Letras del Trabajo de Concepción, sentencia de 9 de agosto de 2021, rol T-262-2020.

## Delitos odiosos y el valor normativo de la repugnancia. Una crítica a Dan Kahan

*María Laura Manrique\**

### RESUMEN

*En este trabajo llamo la atención acerca de un argumento justificatorio del agravante de los delitos de odio vinculado a la idea de repugnancia. Aunque la apelación a la noción de repugnancia para justificar el reproche de conductas ha sido utilizada por autores clásicos (Lord Devlin), en la actualidad se puede ver un resurgimiento de ella apelando a razones supuestamente liberales (Dan Kahan). Analizo la posición más clara respecto de este punto y muestro por qué está equivocada. En particular, sostengo que aunque la repugnancia sea una emoción arraigada en nuestra manera de analizar los hechos, la repugnancia de quien evalúa la conducta no puede, en ningún caso, justificar el reproche.*

Delitos de odio; emociones; responsabilidad

### *Heinous crimes and the normative value of disgust. A critic to Dan Kahan view*

### ABSTRACT

*In this paper, I cast doubt on the claim that disgust could be used as justification to aggravate punishment in hate crimes. Although traditional authors (Lord Devlin) have used the emotion of disgust as a way to justify punishment, newly views assert that disgust is not linked only to illiberal justifications of punishment. I analyzed one of the main views on this subject (Dan Kahan) and show why this view is flawed. Particularly, I show that even though disgust is a central emotion in the way how we see some events, the disgust of the officials can never be used as a justification for punishment.*

Hate Crimes; emotions; and responsibility

---

\* Abogada, Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona-Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctora en Derecho Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Investigadora Adjunta, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Argentina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1882-8012>. Correo electrónico: [laura.manrique@conicet.gov.ar](mailto:laura.manrique@conicet.gov.ar).

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación "Los errores en la producción y en la aplicación del derecho (EPAD)", PID2020-114765GB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación, España.

Artículo recibido el 10.10.2022 y aceptado para su publicación el 3.5.2023.

## I. INTRODUCCIÓN

Los llamados “delitos de odio” ocupan un lugar importante en los trabajos de dogmática penal contemporánea. A pesar de su evidente relevancia social, existen aún profundos desacuerdos acerca de la manera más adecuada de explicar su naturaleza y justificar su castigo. Por ejemplo, en ciertas circunstancias, el odio suele ser mencionado como un agravante de ciertos delitos (*e.g.*, el delito *de* odio), pero el odio como emoción básica no agrava al delito común (homicidio por odio), aunque puede influir en la graduación individual del castigo. De esta manera, es posible cometer un homicidio con o sin odio (*e.g.*, por codicia), pero no es posible cometer un “delito de odio”, sin asumir el odio del agente hacia la víctima.

En cierta medida, los desacuerdos acerca del papel que el odio desempeña en la justificación del castigo de los delitos de odio se producen por la heterogeneidad de los casos que se incluyen en esta clase (agresiones físicas, discriminación en la prestación de servicios, insultos, etc.). Esta gama de diversas situaciones exige elaborar un fundamento extraordinariamente abstracto para poder agrupar sistemáticamente a todos ellos en el mismo reproche penal. En general, en el marco del derecho penal liberal, el fundamento abstracto es la dignidad de la persona humana. Por ejemplo, según las instrucciones del fiscal general de España para interpretar el artículo 510 del Código Penal Español:

Para que concurra una infracción de odio será necesario... que la acción u omisión solo pueda ser entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo<sup>1</sup>.

Sin duda, la dignidad es una característica normativamente relevante (*i.e.*, ofrece una razón para justificar ciertas decisiones) porque es una propiedad normativa. La afirmación de que un individuo posee una dignidad intrínseca significa, entre otras cosas, que debe ser tratado con consideración y respeto. Sin embargo, esta propiedad abarca demasiadas situaciones y no da cuenta, por sí misma, del fundamento para agravar ciertos delitos y no otros. Por ejemplo, un homicidio por odio atenta directamente contra la dignidad de la víctima, pero no es por esa única razón una justificación suficiente para convertirlo en un delito *de* odio. Por este motivo, algunos autores señalan que los delitos de odio son una suerte de “cajón de sastre” donde no existe una genuina discusión acerca de si la emoción del odio estaba presente o ausente en determinado caso particular sino en si el evaluador se identifica o no con la víctima.

...la insistencia en el uso de *odio* en una situación particular puede ser mucho menos una caracterización descriptiva que un reflejo del compromiso normativo consistente

---

<sup>1</sup> Por ello, en España, por ejemplo, fue necesario que la fiscalía general del Estado publicara pauta para interpretar los delitos de odio recogidos en el artículo 510 del Código Penal (BOE, Circular 7/2019 del 14 de mayo) cuando los fiscales estén frente a hechos que se podrían considerar como delitos de odio.

en identificarse con la situación de las víctimas distanciándose del punto de vista de los perpetradores<sup>2</sup>.

Por otra parte, ciertos autores señalan que el rasgo común de todos esos crímenes no es la dignidad de los individuos (o alguna otra propiedad específica del discurso filosófico liberal), sino que, en verdad, ellos son *delitos odiosos*, que producen una especial repugnancia (*disgust*) en la comunidad. La invocación a la dignidad —o a otros valores liberales— serían una suerte de autoengaño, que oculta valoraciones básicas de repulsión<sup>3</sup>.

Conforme con esta línea de análisis, la invocación del concepto de repugnancia ofrece el atractivo de explicar un fenómeno heterogéneo con importantes categorías de la filosofía práctica, que se refieren al asco, repulsión, indignación, etc., que la conducta del agente provoca en la comunidad<sup>4</sup>. En la filosofía moral contemporánea, la repugnancia es vista como una emoción fundamental para comprender tanto la dimensión natural como social de los individuos y jugaría un papel básico, que a menudo pasa inadvertido, en la formación de nuestros juicios morales. En este sentido, según Raemer, los *delitos odiosos* pueden ser caracterizados como “esa clase de delitos tan horrosos que sacude nuestra conciencia colectiva”, crímenes cuyas circunstancias “nos dejan sin aliento”<sup>5</sup>. Como ejemplo este delito, Raemer menciona el caso de Andrea Yates en 2001 que confesó asesinar a sus cinco hijos (de edad entre 6 meses y 7 años) en una bañera<sup>6</sup>. Por este delito fue condenada a prisión perpetua, aunque posteriormente su juicio fue revisado por el falso testimonio de uno de los psiquiatras. En el nuevo juicio, un Tribunal de Apelaciones de Texas la declaró “no culpable por razones de sanidad mental”. Los ejemplos pueden multiplicarse con facilidad. Desde el asesinato a “sangre fría” de la familia Clutter en Holcomb (1955) hasta el secuestro y mantenimiento en cautiverio a mujeres embarazadas durante la dictadura militar argentina (1976-1983). En general, luego de esos partos clandestinos, la identidad de bebés era adulterada, las madres eran asesinadas y sus hijos eran entregados a familias cercanas al régimen militar<sup>7</sup>.

En principio, las diferencias entre delitos de odio y delitos odiosos parecen claras, ya que los primeros se encuentran normalmente tipificados de manera tal que su comisión requiere una actitud dolosa en la que el odio hacia, por ejemplo, los miembros de una raza determinan la conducta del autor. Por ello, usualmente, la prueba de estos delitos se asimila a la de otros delitos dolosos, girando en torno a la voluntad o conocimiento del autor, o del control del curso de los acontecimientos por parte de un cierto agente, etc.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> ROYZMAN *et al.*, 2005, p. 8.

<sup>3</sup> KAHAN, 1998, KAHAN, 1999.

<sup>4</sup> Para simplificar el análisis, ese conjunto emocional será denominado “repugnancia” y sus diferencias específicas serán tomadas solo como matices de una misma idea.

<sup>5</sup> REAMER, 2005, p. 4

<sup>6</sup> Una síntesis de este caso se puede ver en [https://es.wikipedia.org/wiki/Andrea\\_Yates](https://es.wikipedia.org/wiki/Andrea_Yates)

<sup>7</sup> Se pueden consultar los datos de estos casos en, por ejemplo: [https://es.wikipedia.org/wiki/Apropiaci%C3%B3n\\_de\\_menores\\_durante\\_la\\_%C3%BAltima\\_dictadura\\_c%C3%ADvico-militar\\_\(Argentina\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Apropiaci%C3%B3n_de_menores_durante_la_%C3%BAltima_dictadura_c%C3%ADvico-militar_(Argentina))

<sup>8</sup> Para una discusión acerca de los fundamentos de los delitos agravados por el odio, véase entre muchos otros: HURD *et al.*, 2004, DÍAZ LÓPEZ, 2013, MANRIQUE, 2019, MANRIQUE, 2021, PERALTA, 2013

Por su parte, los delitos odiosos no se caracterizan por las emociones que determinan la conducta de un individuo sino por las reacciones emocionales en la comunidad. Nada impide que un delito odioso sea un delito de odio cometido por el odio que un individuo siente hacia un grupo específico de personas. Pero, esa emoción del agente no es un rasgo necesario en los delitos odiosos. Por ello, se afirma que un delito puede ser calificado como odioso sin recurrir a las motivaciones del autor<sup>9</sup>. Pero, para que un delito sea odioso es indispensable que pueda ser visto como un crimen repugnante. De hecho, con frecuencia esos crímenes son tan manifiestamente repulsivos que la enajenación mental del autor parece ser única explicación posible.

Los delitos odiosos muestran normalmente al autor como un “monstruo”, un “anormal”, capaz de hacer cosas inadmisibles. Por esa razón, en los juicios por crímenes odiosos, los principales debates probatorios giran acerca del estado mental de los autores. Pero, más allá de la culpabilidad del autor de los delitos odiosos, el desplazamiento del foco de interés teórico desde las emociones del autor hacia las emociones de la comunidad, sin embargo, suscita importantes interrogantes de naturaleza conceptual y justificativa. La caracterización de un delito como odioso genera numerosos interrogantes. Por ejemplo, ¿qué ocasiona que ciertos delitos nos desagraden o repugnen tanto como para calificarlos como odiosos?, o ¿está justificado el desagrado ante ciertos hechos?, ¿está justificado aumentar una sanción o disminuir garantías constitucionales por la repulsión que el hecho genera en la comunidad?, ¿cómo se identifican y diferencian las acciones realizadas con odio y aquellas que generan consecuencias odiosas?, ¿un delito con odio genera siempre que este sea odioso?

Las respuestas a estos interrogantes son centrales para comprender mejor a los delitos odiosos y el desafío que ellos representan a las justificaciones liberales del castigo penal. Es bien conocido que la idea de repugnancia desempeña un papel central en los trabajos de lord Devlin pertinentes a moralidad y derecho. Para Devlin<sup>10</sup> la repugnancia era una suerte de brújula moral de la comunidad y, por esa razón, señalaba que pasar por alto sus indicaciones exponía a la comunidad al riesgo de “extraviarse” o perder su identidad (*i.e.*, perder su cohesión)<sup>11</sup>. De estas ideas concluía que la repugnancia que una conducta causaba a la mayoría de los miembros de una comunidad era una razón suficiente para considerarla ilegal, aun cuando esa conducta no produjera daños. De igual manera vale la pena recordar a H.L.A. Hart como paradigma de una respuesta liberal a los argumentos de Devlin<sup>12</sup>. Sin embargo, en las últimas décadas los interrogantes acerca del valor normativo de la repugnancia han cruzado esa línea divisoria y se han abierto espacios para reflexionar acerca del modo en que la repugnancia puede ser incorporada en un esquema liberal de justificación. De acuerdo con esta línea de análisis, la repugnancia es una forma específica de daño y, por ello, los liberales no pueden desentenderse de su

<sup>9</sup> DÍAZ LÓPEZ, 2013, p. 73

<sup>10</sup> DEVLIN, 1989, p. 14.

<sup>11</sup> En el mismo sentido KASS, 1997

<sup>12</sup> HART, 1982, HART, 1967.

relevancia. Pero, no es posible considerar aquí todos los detalles involucrados en esta discusión. Por esa razón, luego de precisar de manera sumaria algunos rasgos centrales de la repugnancia, analizaré solo una propuesta teórica específica (elaborada por Dan Kahan) que pretende mostrar que el asumir el valor normativo de la repugnancia es compatible con un enfoque liberal. Finalmente, señalaré las razones por las que la repugnancia no puede ser legítimamente invocada como justificación del reproche penal.

## II. SOBRE LA NOCIÓN DE REPUGNANCIA

En el ámbito de la filosofía práctica y social, la repugnancia es una idea compleja, ya que no solo tiene un contorno semántico básico referido a ciertos aspectos naturalistas sino también se proyecta mediante analogía a una dimensión social. A efectos de simplificar el análisis, seguiré aquí la caracterización ofrecida por Martha Nussbaum en sus conocidos ensayos acerca de derecho y repugnancia.

En primer lugar, la repugnancia posee un contenido cognitivo complejo centrado en la idea de contaminante<sup>13</sup>, que sirve para trazar una distinción entre objetos repugnantes y objetos peligrosos o que simplemente no nos gustan. En palabras de Nussbaum, en un sentido estricto la repugnancia es:

Repulsión a la perspectiva de la incorporación (oral) de un objeto ofensivo. Los objetos ofensivos son contaminantes; es decir, si toman contacto incluso brevemente con alimentos aceptables los vuelven inaceptables<sup>14</sup>.

Los objetos contaminantes se vinculan a los animales y los productos derivados de ellos, bajo la idea de que si los incorporamos nos veremos reducidos a la condición animal. También son centrales para la repugnancia la descomposición y los desechos, *e.g.*, los cadáveres y las heces, ya que muestran una dimensión de mortalidad, típica de la naturaleza animal<sup>15</sup>. Esta relación entre repugnancia y naturaleza se convierte en un vehículo especialmente poderoso de enseñanza social. Por medio de la enseñanza relativa a la repugnancia y sus objetos, las sociedades transmiten de modo potente actitudes hacia la condición animal, la mortalidad y aspectos relacionados al género y sexualidad<sup>16</sup>.

Sin dudas, esta primera aproximación a la repugnancia no da cuenta directamente del modo en que esta noción puede ser utilizada en el debate pertinente a la moral y el derecho penal. Para superar esta limitación resulta tentador asumir una cierta conexión

---

<sup>13</sup> El contenido cognitivo es un rasgo común a las emociones, pero no entraré aquí en cuáles son las características de las emociones en general. Tampoco entraré en la discusión sobre cuál es la mejor manera de entender las emociones (teorías cognitivas, mecanicistas o mixtas). Al respecto, véase, entre muchos otros: GONZÁLEZ LAGIER, 2009, MANRIQUE, 2016.

<sup>14</sup> NUSSBAUM, 2006, p. 107.

<sup>15</sup> NUSSBAUM, 2006, p. 108-109.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, 2006, p. 118.

entre repugnancia y transgresión. Así, esta conexión normativa entre la repulsión y quebrantamiento de códigos o reglas reforzaría nuestra convicción de la necesidad de castigar aquello que produce repugnancia. Sin embargo, como señala Nussbaum, esa asociación es posible solo porque la noción central de la repugnancia como contaminación física se hace extensiva a otros objetos mediante el mecanismo de la “contaminación psicológica”.

Este tipo de contaminación se produce por la operación de dos reglas.

En primer lugar, la *ley del contagio*. Las cosas que han estado en contacto con la sustancia contaminante también se contaminan. Según Nussbaum, “la extensión de la contaminación está mediada por el trazado de límites sociales, con el resultado de que lo repugnante es solo lo que transgrede esos límites”<sup>17</sup>.

En segundo lugar, la ley de la similitud. Conforme con esta regla, “Si dos cosas son similares, se considera que la acción que se realiza sobre una (es decir, contaminándola) afecta a la otra”<sup>18</sup>.

La poderosa intuición subyacente es que contemplamos las cosas repugnantes como algo impropio de nuestra condición humana. Por ello, ante un crimen que parece abominable podemos reaccionar señalando que cierto individuo se ha comportado “como un animal o como un monstruo, una bestia, etc.”. Por esta razón, aunque el núcleo primario de significación de “repugnancia” parece alejado de la discusión referente a la moral y el derecho penal, las reglas de transformación (*i.e.*, la ley del contagio y la ley de la similitud) permiten extender la aplicación del concepto a situaciones en las que aquellas cosas repugnantes –como los crímenes odiosos– nos revelan una profunda fractura entre “nosotros” y “ellos”, entre quienes mantenemos nuestra humanidad al evitar las transgresiones contaminantes y aquellas conductas salvajes que se sitúan en un plano animal.

Finalmente, aunque la repugnancia está anclada en rasgos naturales (animales) de nuestra especie, sus proyecciones al entorno social dependen de diversas circunstancias histórico-sociales. En otras palabras, la repugnancia exhibe *sensibilidad contextual*. Ello significa que, debido a que las comunidades van modificando sus creencias y convicciones, aquello que en un momento *t* nos parece odioso, en otro momento diferente *t1* puede resultar indiferente y viceversa<sup>19</sup>.

Se pueden desprender algunas importantes conclusiones de esta reconstrucción. En primer lugar, la conexión entre odio y repugnancia presiona para que los delitos que nos repugnan sean calificados como delitos de odio. Pero, no se puede pasar por alto que ello produce una distorsión en nuestras prácticas usuales, ya que parece plausible asumir que nadie cometería un crimen repugnante sin odiar a su víctima. Por ello, frente al hecho repugnante, “encasillamos” la situación odiosa como un “delito de odio” y ello

<sup>17</sup> NUSSBAUM, 2006, p. 115.

<sup>18</sup> NUSSBAUM, 2006, p. 115.

<sup>19</sup> Aquí solo pretendo enunciar una tesis *descriptiva* acerca de la diversidad de prácticas sociales en función de diferencias sociales, culturales, étnicas, etc. Por ejemplo, en general, en Europa la mutilación a niñas mediante la ablación del clítoris es considerado odioso, pero ello no impide que quienes adoptan un punto de vista interno a la práctica asuman en la misma un valor específico. Por supuesto, esto no implica que esa práctica y su correspondiente aspecto interno puedan ser genuinamente justificados.

conlleva el reproche penal más grave posible<sup>20</sup>. En segundo lugar, la repugnancia no solo puede ser la respuesta de la comunidad ante el hecho repulsivo, sino que el autor también puede estar movido por la repugnancia frente a ciertos estados de cosas. En ese caso, ¿por qué la repugnancia de la comunidad debería contar más que la repugnancia del autor del delito? Finalmente, ¿por qué debería tener la repugnancia un valor y, en todo caso, en qué se fundamentaría la relevancia normativa de la repugnancia?

En la próxima sección analizaré el modo en que estas preguntas se abrieron paso en la discusión contemporánea.

### III. EL REDESCUBRIMIENTO DE LA REPUGNANCIA

En la década de los 90 del siglo pasado, Ian Miller publicó dos influyentes estudios correspondientes a emociones morales en el que subraya el papel que juega la repugnancia en la formación de nuestras actitudes morales<sup>21</sup>. Según Miller, la repugnancia confiere significado y orden a nuestras prácticas sociales y, por ello, es un elemento indispensable para comprender nuestras reacciones frente a comportamientos que consideramos viciosos o inapropiados. Estos textos, a diferencia de los trabajos de Devlin, ofrecen un fundamento filosófico más articulado y, por consiguiente, mucho más desafiante para los partidarios del liberalismo. Una conocida respuesta liberal a este desafío es la que ofrece Martha Nussbaum, cuyos estudios de la repugnancia ejercen una innegable influencia en la discusión contemporánea.

En 1996, en un estudio de dos concepciones de las emociones, Martha Nussbaum y Dan Kahan<sup>22</sup> analizaban, entre otras cosas, si una concepción evaluativa de las emociones era compatible con un enfoque liberal. Mientras que una concepción mecanicista se centra en el modo en que las emociones determinan causalmente la conducta, la concepción evaluativa comprende a las emociones como razones que permiten evaluar un cierto comportamiento. Por ese motivo, Nussbaum y Kahan se preguntan si esas valoraciones pueden incorporarse en un esquema liberal del derecho penal. El interrogante que guía su análisis es:

Solo nos preguntamos cómo deben manejarse esas cuestiones de valor cuando surgen en nuestro trato con personas que, por consenso general, han cometido un delito. La pregunta es si en ese momento necesitamos preguntar, o deberíamos preguntar, acerca de la calidad de las evaluaciones exhibidas en la emoción con la que se realiza el acto. La respuesta, creemos, debe ser sí, porque simplemente no podría ser de otra manera<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Esta es, por ejemplo, una forma de reconstruir el modo en que la mayoría de los jueces en el “Caso Sacayán” valoraron las pruebas del asesinato de una conocida activista del movimiento LGTBI de Argentina.

<sup>21</sup> MILLER, 1998, MILLER, 1993.

<sup>22</sup> KAHAN *et al.*, 1996.

<sup>23</sup> KAHAN *et al.*, 1996, p. 359-360.

Luego, añaden:

Creemos, entonces, que ningún liberalismo razonable puede ser neutral sobre el bien en la medida y en las formas en que sería promovido por el dominio de la visión mecanicista (que, como hemos dicho, es en cualquier caso solo pseudoneutral). Y ningún régimen de la ley remotamente como el nuestro podría sobrevivir a tal pseudoneutralidad<sup>24</sup>.

Sin embargo, esta adhesión a la concepción evaluativa de las emociones no implica que cualquier emoción pueda servir para justificar el castigo penal. Más bien, en sus importantes estudios posteriores de la vergüenza, repugnancia y derecho, Nussbaum sostiene que la repugnancia no debe ser nunca la base para criminalizar un acto o jugar un papel como agravante o atenuante del reproche penal<sup>25</sup>. En una breve nota para la Universidad de Chicago, en octubre del 2004, señalaba<sup>26</sup>:

La dignidad es una parte inevitable de la vida humana y, sin duda, a menudo cumple un papel útil, alejándonos de muchos tipos de peligro. Sin embargo, si entendemos su conexión con los pensamientos sobre la contaminación y la pureza que se mezclan continuamente con el prejuicio y la estigmatización, no estaremos de acuerdo con Devlin y sus sucesores contemporáneos en que la repugnancia es una razón suficiente para ilegalizar una práctica. Limitaremos la regulación legal a casos de daño genuino, y no suscribiremos la afirmación de que simplemente pensar en lo que la gente hace en su espacio privado es un daño digno de regulación jurídica<sup>27</sup>.

Sin embargo, en 1998 y 1999, Dan Kahan retoma la idea de que el liberalismo no puede prescindir de la repugnancia y dejar de reconocer su valor normativo<sup>28</sup>. Para el profesor de la Universidad de Yale, aunque la repugnancia tradicionalmente es considerada como una emoción antiliberal, entendida correctamente es indispensable para una percepción adecuada de aquello que está en juego en el Derecho. En la siguiente sección analizaré sus principales argumentos.

### 1. *El valor normativo de la repugnancia: la propuesta de Dan Kahan*

La repugnancia tiene como función social construir y reforzar ciertos niveles de estatus en una comunidad. Al manifestar que ciertas personas, convicciones, estados de cosas, etc., repugnan a nuestra sensibilidad subrayamos una jerarquía en el discurso y

<sup>24</sup> KAHAN *et al.*, 1996, p. 362.

<sup>25</sup> NUSSBAUM, 2006

<sup>26</sup> Nussbaum, Martha, "On Disgust as Cause of Action", en <https://www.law.uchicago.edu/news/nussbaum-disgust-cause-action>

<sup>27</sup> NUSSBAUM, 2004.

<sup>28</sup> KAHAN, 1998, KAHAN, 1999.

en los grupos sociales; reforzamos la convicción de que esos estados de cosas no merecen estima o valor, sino que, por el contrario, ellos producen aversión y desagrado. En este sentido, el discurso de la repugnancia establece y consolida el estatus (favorable o desfavorable) de los miembros, objetos, conductas, etc., de una cierta comunidad<sup>29</sup>.

Los textos de Kahan poseen un indudable contenido político. En su opinión, ignorar el valor normativo de la repugnancia no solo es empíricamente imposible sino contraproducente<sup>30</sup>. Por ello, en la conclusión de su trabajo de 1999, Kahan enfrenta al liberalismo tradicional, que propone dejar de lado a la repugnancia y asegurar un discurso neutral. Allí señala que quienes pretenden suprimir la repugnancia del lenguaje moral y jurídico con el propósito de mantener las categorías liberales se engañan a sí mismos.

Kahan estructura su trabajo y el fundamento normativo de la repugnancia en función de ciertas tesis elaboradas por Miller<sup>31</sup> y lo traslada al derecho penal. Para el propósito de este trabajo, dos tesis de Miller son especialmente importantes:

A) *Tesis de la indispensabilidad moral*: La repugnancia es necesaria para señalar cuáles son nuestros compromisos morales más fuertes y arraigados; para castigar ciertos sucesos que pueden resultar atroces. Para ilustrar esta tesis, Kahan analiza ciertos aspectos del “caso Beldotti” y pretende mostrar que la repugnancia es condición necesaria y suficiente para comprender y reprobar la inmoralidad (en este caso, la crueldad) de ciertos actos e individuos. En enero de 1988, Dennis Beldotti fue condenado a prisión perpetua por asesinar a una mujer para satisfacer sus deseos sexuales. En el registro de su domicilio, entre otras cosas, se encontraron fotografías abusando sexualmente de su víctima, revistas de pornografía infantil y de tortura a mujeres, juguetes sexuales utilizados para torturar a sus víctimas, material para atar, etc. Una vez concluido el juicio, Beldotti solicitó que todo ese material fuese devuelto a sus representantes fuera de la prisión. El tribunal de Massachusetts rechazó el pedido basados en que entregarle el material provocaría furia, repugnancia e incredulidad en la comunidad. Al respecto, Kahan sostiene:

Creo que la decisión nos parecerá a casi todos como indisputablemente correcta. Lo que quiero argumentar es que no hay, de hecho, una base para tal intuición, además de aquella que señala la Corte —es decir, la repugnancia del pedido de Beldotti<sup>32</sup>—.

B) *Tesis de la conservación*: Esta tesis sugiere que, aunque los objetos de la repugnancia varían a lo largo del tiempo, toda comunidad utiliza la repugnancia como herramienta para realizar evaluaciones de cuáles son los comportamientos, personas, objetos, etc., que merecen ser catalogados como valiosos o no, buenos o malos. Por

---

<sup>29</sup> KAHAN, 1998, p. 1633.

<sup>30</sup> KAHAN, 1998, p. 1624.

<sup>31</sup> MILLER, 1998.

<sup>32</sup> KAHAN, 1999, p. 67.

ello, los grupos considerados bajos en la escala de estima social se intentan *apropiar* —en lugar de eliminar— del lenguaje de la repugnancia. Esta apropiación sirve para subir en consideración social y explica por qué la repugnancia se transforma en una figura básica en las disputas políticas<sup>33</sup>.

Mediante un breve análisis del “caso Lindberg”, Kahan muestra el alcance de esta tesis. En 1996, el supremacista blanco Gunner Lindberg atacó a un adolescente de origen vietnamita, que estaba con su patineta en el patio de una escuela secundaria, y lo acuchilló alrededor de 50 veces en el cuello y espalda. Lindberg fue el primer condenado a muerte en California por cometer un homicidio racialmente motivado. Hubo un apoyo generalizado a la condena, incluso por parte de sujetos que normalmente estaban en contra de la pena de muerte, porque creían que esa sanción pone de manifiesto la repugnancia que la comunidad siente ante ese hecho. Así, tal como mantiene la tesis de la conservación, la comunidad se apropia del discurso de la repugnancia para poner de manifiesto lo grave que fue el homicidio cometido por Lindberg<sup>34</sup>.

Una vez elaboradas las tesis de la indispensabilidad y la tesis de la conservación se perfila la respuesta *más fuerte* a las objeciones liberales contra la repugnancia. En palabras de Kahan, la estrategia liberal es por principio defectuosa. Frente a la pretensión liberal de resistir una visión jerárquica que asigna distintas posiciones en virtud de la raza, el género o la clase social, Kahan señala que los liberales no renuncian a clasificar estados de cosas, acciones, etc., en términos de valioso o disvalioso, bueno o malo. Por ello señala que aun los liberales igualitarios tienen poca estima por los pedófilos o sádicos. Eso ocurre no tanto porque esas personas amenacen daño físico —que es una cuestión contingente—, sino porque sus valores los muestran como personas despreciables. La repugnancia no es un disparador mecánico de la conducta, sino que es una emoción valorativamente cargada, que puede ser analizada en términos de *razones*. De este modo, la conclusión que debería sacar el liberal es que no hay que dejar de lado la repugnancia sino dirigirla adecuadamente; es preciso reformar el objeto de la repugnancia y valorar aquello que es *genuinamente elevado* y dejar de lado aquello que es *genuinamente inferior*.

En otras palabras: *porque* las emociones de repugnancia son indispensables, inevitables, los liberales también *conservan* el discurso de la repugnancia y tratan de que sus valoraciones sirvan para estabilizar un orden social afín a los valores liberales. Por ello, el intento de desprenderse del discurso de la repugnancia y mantener la neutralidad es una forma decepcionante de autoengaño y, desde el punto de vista político, simplemente es una ingenuidad dejar en mano de los reaccionarios la estabilización y control que genera la repugnancia. Los reaccionarios no dejarán de lado sus valoraciones porque en lugar de expresar nuestra repugnancia por sus actitudes, manifestemos nuestro desacuerdo mediante argumentos de principios. Más bien, una forma de enfrentar a regímenes reaccionarios, que perpetúan situaciones estructurales disvaliosas (*e.g.*, machismo, racismo, etc.),

<sup>33</sup> KAHAN, 1998, p. 1633.

<sup>34</sup> KAHAN, 1999, p. 69-70.

sería construir un régimen liberal de la repugnancia y ese sería precisamente el fin que persiguen los “delitos de odio”<sup>35</sup>. De este modo, los estratos más vulnerables tienen una manera de hacer oír su voz en el auditorio social, equilibrando la balanza en favor de la igualdad social. Como señala Massaro, “para Kahan, la repulsión, la repugnancia y la vergüenza serían completamente compatibles con las virtudes liberales”<sup>36</sup>.

Esta es, según Kahan, la objeción más fuerte al liberalismo, que es acompañada de una crítica estratégica. Esta crítica muestra que el problema del liberalismo que no asume el valor de la repugnancia radica en el autoengaño y la autodestrucción que conlleva. En la próxima sección presentaré brevemente este argumento.

## 2. *La crítica estratégica al liberalismo*

Según Kahan, las doctrinas liberales que pretenden desprenderse de la repugnancia, “en verdad no hacen nada para modificar su influencia”<sup>37</sup>. Solo la *ocultan* y, de esta manera, prolongan la vida de normas antiliberales y anacrónicas en el derecho”. Frente al problema de atribuir responsabilidad por delitos odiosos, las teorías *voluntaristas* del castigo –que se derivan de la filosofía moral kantiana– se enfocan en el control de las acciones. Por consiguiente, ubican las preocupaciones por las emociones del autor como determinantes de la acción en el casillero de los problemas de salud mental. Pero, es nuestra repugnancia ante ciertos hechos lo que nos impulsa a asimilar al autor del delito odioso con un “enfermo”, un “monstruo”, un “animal”, que debe separarse de la comunidad para evitar la contaminación.

En el caso de liberales sensibles a las consecuencias sociales al momento de justificar el castigo, el discurso de la repugnancia queda oculto por las preguntas acerca del riesgo de que se produzcan nuevamente las consecuencias disvaliosas. Pero, en opinión de Kahan,

Si la repugnancia hacia los homosexuales del que toma la decisión le dice que ellos poseen poco valor, entonces ese decisor verá probablemente en el asesinato de un homosexual, una “tragedia única”, cometida por una persona normal, en quien el decisor puede “confiar en que no matará nuevamente”.

En pocas palabras, las teorías del derecho penal asociadas con el liberalismo moderno no eliminan la repugnancia del derecho, sino que la esconden bajo la superficie, haciendo más difícil detectar su influencia<sup>38</sup>.

Dos casos analizados por Kahan pueden ayudar a comprender mejor su argumento acerca de las limitaciones del liberalismo y el impacto de la repugnancia en los delitos odiosos.

---

<sup>35</sup> KAHAN, 1999, p. 71.

<sup>36</sup> MASSARO, 1999, p. 94.

<sup>37</sup> KAHAN, 1999, p. 71.

<sup>38</sup> KAHAN, 1999, p. 72.

- A) El caso de *Stephen Roy Carr*. El 13 de mayo de 1988, en el Apalachan Trial en Pennsylvania, Carr siguió y disparó 8 balas de rifle contra Rebecca Wight y Claudia Brenner, mientras ellas tenían sexo en un lugar apartado del bosque, que habían escogido para acampar. Wight murió como consecuencia de los disparos y Brenner logró llegar hasta una estación de policía, distante a tres millas, en las que relató lo sucedido. Al ser detenido y juzgado, Carr sostuvo que ver a las mujeres teniendo sexo le provocó repugnancia y ofreció ese argumento como defensa. También intentó probar que esa repulsión se había originado anteriormente por la sospecha de que su madre fuera lesbiana. El Tribunal de Pennsylvania rechazó el argumento afirmando que el derecho no reconoce la actividad homosexual como provocación para disminuir el reproche y señaló que una persona razonable solo se hubiera alejado del lugar<sup>39</sup>.
- B) El caso de *Richard Lee Bednarski*. En 1988, Bednarski fue condenado por matar a dos personas. Él había salido, junto con un compañero, a “molestar a homosexuales”. Fueron a Oak Lawn, un sector frecuentado por gais, y se fueron con dos hombres del lugar. Después de conducirlos a un lugar apartado, Bednarski dijo a los hombres que se desnudaran. Cuando ellos se negaron, Bednarski disparó y mató a los dos hombres. El juez de este caso mostró simpatía por la repulsión que manifestaba Bednarski por los homosexuales. Frente al pedido del fiscal de imponer prisión perpetua, el juez Hampton condenó a 30 años de prisión al imputado por homicidio voluntario (*voluntary manslaughter*)<sup>40</sup>. El juez afirmó que colocaba a las prostitutas y a los homosexuales en el mismo nivel y que, en su opinión, las víctimas no hubieran muerto si no hubieran ido a ligar adolescentes. En sus propias palabras: “No me importan mucho los homosexuales que van a ligar adolescentes”<sup>41</sup>.

Para Kahan, las diferentes decisiones se explican por la lucha en el derecho acerca de la relevancia de la homofobia de los imputados (llamado “pánico homosexual”) y, siempre siguiendo a Miller, utiliza la tesis de la jerarquía y la tesis de la conservación para explicar la “naturaleza” de los delitos de odio<sup>42</sup>.

Es claro que los imputados que matan (o atacan) sobre la base del “pánico homosexual” están repugnados por sus víctimas..., lo que sería distintivo acerca de su aversión

---

<sup>39</sup> KAHAN, 1998, p. 1620-1622.

<sup>40</sup> En su artículo KAHAN, 1999, sostiene que no quiere justificar la relevancia normativa de la repugnancia acudiendo a los estándares de “crímenes horribles, viles e inhumanos” que deben evaluar quienes son miembros del jurado para aplicar o no la pena de muerte. Afirma que en estos casos el castigo grave ya está sobredeterminado, por la repugnancia y porque ha habido daños muy graves. Además, sostiene que el rechazo al tipo de sanción (la pena capital) puede nublar el análisis.

<sup>41</sup> KAHAN, 1998, p. 1622.

<sup>42</sup> KAHAN, 1998, p. 1639.

no es la intensidad fisiológica... sino la valoración que realizan los imputados de gays y lesbianas como inferiores y contaminantes<sup>43</sup>.

Además, sostiene Kahan, la homofobia depende de ciertas creencias derivadas por la idea de pertenencia a un determinado grupo social y asignan determinado estatus conforme con ciertas reglas convencionales<sup>44</sup>. La homosexualidad sería una amenaza porque perciben que se infringen las normas que ellos mantienen como relevantes para su identidad. Por esa razón, el juez Hampton no disminuye la condena en función de una tesis mecanicista, sino afirmando que el imputado estaba en lo correcto al sentirse repugnado por la homosexualidad de su víctima. Al mitigar el castigo el juez muestra que está de acuerdo con aquellas normas que respaldan la homofobia<sup>45</sup>.

La decisión del *Caso Carr*, que rechaza la atenuación de la condena, también se asienta en bases evaluativas. Es decir, no se preocupa en si el imputado podía o no controlar sus impulsos, sino que lo relevante era si la emoción que poseía era razonable. Kahan afirma que estas decisiones, como mantiene la tesis de la conservación, asignan a quienes sean homófobos un estatus bajo en la escala social por su “aberrante” sensibilidad a la repugnancia<sup>46</sup>. Afirma:

Las normas que aumentan las penas de delitos motivados por prejuicios (*bias-motivated crimes*)...buscan apropiarse y redirigir la repugnancia. Quienes apoyan estas leyes desean que la comunidad entienda no solo que los asesinos “por odio” están equivocados al sentirse repugnados por sus víctimas, sino que ellos mismos son “retorcidos”, “pervertidos”, “enfermos”, y “desagradables”<sup>47</sup>.

Para Kahan, ello explica las graves sanciones que prevé el Derecho penal para estos casos. Pero, además, los grupos vulnerables (mujeres, homosexuales, judíos, etc.) lo perciben como una manera de recuperar el estatus que la violencia contra estos grupos vulnerables les intenta negar<sup>48</sup>. Esto explica, según el autor, que la discusión política alrededor de los delitos de odio sea tan intensa y por qué los liberales no deben renunciar a la repugnancia sino redirigir el objeto del discurso.

---

<sup>43</sup> KAHAN, 1998, p. 1635.

<sup>44</sup> No analizaré aquí la noción y tipos de estereotipos y prejuicios. Para ello véase: ARENA, 2019, ARENA, 2021, SCHAUER, 2006.

<sup>45</sup> KAHAN, 1998, p. 1636-1637

<sup>46</sup> KAHAN, 1998, p. 1637

<sup>47</sup> KAHAN, 1998, p. 1638

<sup>48</sup> KAHAN, 1998, p. 1638

#### IV. KAHAN Y EL VALOR DE LA REPUGNANCIA

##### 1. *Líneas de crítica a la tesis fuerte*

La tesis fuerte que Kahan construye contra el liberalismo se apoya en generalizaciones empíricas acerca de la indispensabilidad de la repugnancia, su valor para expresar valoraciones básicas de los miembros de la comunidad y el funcionamiento de las jerarquías sociales del discurso. Esas generalizaciones empíricas podrían ser, y de hecho han sido, cuestionadas y los ejemplos de Kahan admiten reconstrucciones alternativas<sup>49</sup>, que ponen de manifiesto la relevancia de otras emociones (*e.g.*, la indignación) que no siempre se distinguen claramente de la repugnancia en el discurso ordinario<sup>50</sup>.

Pero dejaré de lado aquí esta línea de respuesta y centraré mi atención en el desafío principal de Kahan: “Deseo sugerir que renunciar completamente a la guía de la repugnancia en el derecho penal sería, de hecho, más un retroceso que un avance para los fines liberales”<sup>51</sup>. Sin embargo, su análisis es más sugerente que concluyente y parte de su atractivo es la retórica política y normativa que se filtra de su análisis empírico-conceptual.

La posición de Kahan parece inestable. La reconstrucción simple y directa de sus argumentos pondría de manifiesto una falacia: la repugnancia es valiosa y debe ser recuperada por los liberales en la justificación del castigo penal porque, como una cuestión de hecho, los liberales también incorporan la repugnancia en sus valoraciones. Esto presupone precisamente aquello que es necesario probar. Después de todo, podría señalarse que, a diferencia de lo sostenido por Kahan, lo que un liberal, por principio, está comprometido a realizar es abandonar aquellas distinciones y jerarquías que no puedan ser racionalmente defendibles en situaciones de neutralidad o imparcialidad (*i.e.* detrás del velo de la ignorancia).

Cuando el liberal es enfrentado a sus propias sensibilidades de repugnancia no debe confiar en ellas como fundamento del reproche, aun cuando esas sensibilidades sean compartidas por un amplio grupo de la comunidad. En este sentido, el liberal no puede castigar al racista *porque* le parezca repugnante, sino únicamente porque provoca daños concretos mediante sus acciones. Para que el argumento de Kahan sea compatible con el liberalismo, él tendría que reconstruir a la repugnancia como una *forma* de daño. De ese modo, podría invocarse daño, aun cuando el objeto de nuestra repugnancia (*e.g.*, el machista) todavía no haya actuado de manera alguna. En este caso, sería imprescindible contar con una categoría tal como “repugnancia meramente construida” (*merely constructive disgust*). Pero, en ese caso, los argumentos del liberal y los de un antiliberal –como, por ejemplo, Devlin– serían indistinguibles<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Para ver una crítica a estas ideas véase, por ejemplo: ABRAMS, 2002.

<sup>50</sup> NUSSBAUM, 1999.

<sup>51</sup> KAHAN, 1999, p. 70.

<sup>52</sup> Al respecto, véase el análisis de NUSSBAUM, 2006, donde discute si la repugnancia despojada del daño puede suministrar una causa jurídica para demandar (por ejemplo, por ruidos molestos, olores desagradables, vapores insalubres, etc.).

Por supuesto, alguien podría estar tentado de seguir las razones políticas de Kahan y modelar justificaciones del derecho penal que recogiesen a la repugnancia como una razón para el castigo. Esas razones políticas nos proporcionan razones para modificar el diseño institucional y cambiarlo por otro que asegure las ventajas del mundo que pretendemos construir. No hay nada innoble en esa búsqueda, pero tampoco hay nada inevitable. Esa actitud política no ofrece por sí misma una razón justificativa y nos alejaría del programa tradicional del liberalismo. En definitiva, la conclusión correcta no sería que el liberal se autoengaña al evitar atribuir valor a la repugnancia, sino que Kahan se autoengaña cuando cree que esa atribución es compatible con el liberalismo.

## 2. *Kahan y el valor de la repugnancia: líneas de crítica al argumento estratégico*

La respuesta al argumento más fuerte de Kahan precisa complementarse con una respuesta a su argumento estratégico. En este caso, las tesis de Kahan no se dirigen a mostrar la compatibilidad entre liberalismo y el valor de la repugnancia, que abriría las puertas a redefinir jerarquías en nombre del liberalismo e incorporar a la repugnancia como justificación del reproche. Más bien, sus argumentos se dirigen a persuadir que la repugnancia desempeña un papel central en la justificación concreta de decisiones penales y que el modo en que se articulan las teorías liberales esconde ese papel y, por tanto, es más difícil analizar las funciones expresivas que cumple el castigo.

Una respuesta completa al argumento estratégico requiere introducir distinciones y prestar atención a detalles que no es posible emprender en el marco de este trabajo. Por ello, solo subrayaré algunos elementos a los que Kahan no presta suficiente atención, pero que son relevantes para la discusión.

En primer lugar, Kahan utiliza ciertos casos (*e.g.*, el caso Carr) para ilustrar sus tesis acerca de que el liberal que adhiere a las teorías voluntaristas esconde sus sentimientos de repugnancia, encubriendo las razones de su decisión en una retórica del control y los impulsos de las acciones. Esto compromete al liberal con una concepción mecanicista de las emociones, que no deja lugar a ver cómo las emociones suministran genuinas razones para decidir. Pero, esa lectura puede ser cuestionada. Por ejemplo, en el caso Carr, la defensa del imputado señaló que ese individuo vivenció a la relación homosexual de Wight y Brenner como una *provocación*, que generó en Carr una repugnancia y una ira incontrolable. Sin embargo, en el marco del derecho penal, como recuerda Gardner<sup>53</sup>, “como condición para alegar provocación, debe haber existido como mínimo algo inteligible como provocación”. Así, las mujeres teniendo relaciones sexuales en un lugar apartado en ningún caso estaban provocando a Carr, y, por ello, es irrelevante —en términos de la aplicación de la atenuante— que él hubiera perdido el control<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> GARDNER, 2012, p. 182.

<sup>54</sup> Para un desarrollo breve y claro de los temas de debate en la excusa de provocación véase, GARDNER, 2012, pp. 175-195. Para un desarrollo más extenso y acabado de los problemas véase, HORDER, 1992, HORDER, 2004.

En segundo lugar, Kahan no presta suficiente atención a la diferencia entre justificación de una decisión en un caso penal y la justificación del castigo penal en general. Mientras que en el segundo caso es legítimo debatir acerca del diseño institucional apropiado para recoger el valor de las emociones (*i.e.*, qué emociones y por qué razón es legítimo que ellas desempeñen un papel en nuestros sistemas penales), en el primer caso, la justificación de la sentencia del juez penal depende de las reglas aplicables a un caso. De ese modo, es posible distinguir entre “decisiones correctas” y “decisiones justas” o ajustadas a valoraciones o emociones moralmente relevantes.

Tal vez, la respuesta más general al argumento estratégico se desprende de una mejor reconstrucción del papel que las emociones juegan en la justificación de las decisiones judiciales. La negación de que las emociones sean razones justificativas no es incompatible con reconocer su importancia para identificar emociones ajenas y admitir que la comprensión de cómo se siente el que experimenta esas emociones sea imprescindible para que un individuo sea un buen juez. Pero esto no es nada diferente a decir que un juez para ser buen juez debe ser capaz de identificar los principios que informan el derecho, las reglas, los deseos o las creencias de los demás. En este sentido, González Lagier señala:

Para que el juez pueda decidir correctamente y expresar las razones que justifican sus decisiones necesita la información que la empatía (entendida como la capacidad de aprehender o inferir los estados mentales de los demás) le proporciona y en el proceso de adquisición y desarrollo de esta capacidad es útil o incluso quizá necesario haber experimentado emociones de ese tipo... Pero no necesita en el momento de tomar la decisión, o en el proceso de su razonamiento, *sentir* emociones generadas por la empatía... Esto haría más simpático, incluso puede que así sus decisiones fueran en general mejores, pero a la hora de justificarlas esas emociones no añaden nada<sup>55</sup>.

Por ejemplo, en el caso de *Richard Bednarski*, el juez Hampton condenó al acusado por homicidio atenuado y declaró orgullosamente sentirse identificado con la repugnancia del imputado hacia las personas homosexuales. Sin duda, en ese caso el juez fue empático con Bednarski, pero ¿por qué esta emoción haría que su decisión estuviera justificada? Además, si las características del caso pueden percibirse solo con ciertas emociones adecuadas, los sujetos que no poseen esas emociones no podrían “ver” esas características. Es decir, ese conocimiento especial no puede usarse como razones públicas y objetivas (o intersubjetivas), que son las características de las razones justificativas.

## V. DELITOS DE ODIOS Y REPUGNANCIA. UN BALANCE

A lo largo de este trabajo he analizado una estrategia de análisis que hace colapsar los delitos de odio con los delitos odiosos. Esta estrategia es la elaborada por Dan

<sup>55</sup> GONZÁLEZ LAGIER, 2020, p. 120.

Kahan para justificar el valor normativo que posee la repugnancia en la atribución de responsabilidad. Este autor sostiene que los liberales se autoengañan cuando rechazan la fuerza justificatoria del reproche que posee la repugnancia. Además, según el autor, los liberales esconden el impacto que esta emoción provoca en categorías abstractas y elucubraciones teóricas. Por mi parte, he sostenido que, a este respecto, no es que los liberales se autoengañan sino que Kahan mismo se autoengaña pensando que su propuesta es liberal. Además, entre otras cosas, su argumento presupone una visión respecto del papel de las emociones en la justificación de las decisiones judiciales que necesitaría de más análisis y fundamentación<sup>56</sup>.

Debido a las limitaciones de tiempo y espacio hay algunas ideas de Kahan que han quedado sin analizar pero espero analizar y cuestionar en trabajos futuros. En particular han quedado sin poner a debate algunas generalizaciones empíricas acerca de la incidencia de la repugnancia en las discusiones de los delitos de odio y la manera en que los grupos favorecidos desean apropiarse de ella. Además, creo que valdría la pena analizar cuál es la teoría de la acción humana que presupone una teoría expresivista como la que plantea Kahan. Para terminar, y solo para dejarlo indicado como un proyecto a futuro, ¿qué se sigue de adoptar una posición expresivista en la fundamentación moral del castigo?. Independientemente de la discusión pertinente a la repugnancia, ¿podría Kahan sostener esta concepción del castigo y seguir pretendiendo ser liberal? Para un expresivista, si la acción del agente se realiza mediante comportamientos que podrían ser los comportamientos de alguien que posee odio en contra de su víctima entonces el delito se parecerá a un delito motivado por el odio.

Y, conforme con esta concepción, las apariencias son todo. Esto es, un delito que *parece* un delito de odio *será*, en este enfoque, un delito de odio... Pero, hagamos ahora nuestra pregunta normativa, ¿la conformidad de una acción penal a las convenciones de expresiones de odio haría que la acción criminal merezca un castigo mayor?<sup>57</sup>.

¿Cómo puede, alguien como Kahan, identificar que esta apariencia es suficiente para justificar el reproche y seguir considerándose liberal? El liberalismo incluye muchas ideas, pero un núcleo central de esta teoría moral es que se debe castigar por aquello que el agente hace y no por lo que *parece* que hace.

---

<sup>56</sup> Es cierto que aquí tampoco hemos justificado que las emociones no puedan tener relevancia como razones justificativas. Ello excede con creces los límites de este trabajo. Para el desarrollo de este tema, véase, el trabajo de GONZÁLEZ LAGIER, 2020.

<sup>57</sup> HURD *et al.*, 2004, p. 1105.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMS, Kathryn, 2002: "Fighting Fire with Fire: Rethinking the role of disgust in hate crimes", *California Law Review*, 90, N° 5, pp. 1423-1464.
- ARENA, Federico José, 2019: "Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos", Risso, V. y Pezzano, S., *Derecho y Control (2)*, Córdoba, Ferreyra Editor, pp. 11-44.
- ARENA, Federico José, 2021: "La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio", *Pensar la Prueba*, 2, pp. 23-50.
- DEVLIN, Patrick, 1989: *The Enforcement of Morals*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, 2013: *El odio discriminatorio como agravante penal: Sentido y alcance del artículo 22.4 C.P.*, Madrid, Civitas.
- GARDNER, John, 2012: *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel, 2009: *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, 2020, *Emociones sin sentimentalismo*, Lima, Palestra.
- HART, H. L. A., 1967: "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *University of Chicago Law Review* 35, N° 1, pp. 1-13.
- HART, H. L. A., 1982: *Law, Liberty and Morality*, Oxford-New York, Oxford University Press.
- HORDER, Jeremy, 1992: *Provocation and Responsibility*, Oxford England; New York, Clarendon Press; Oxford University Press.
- HORDER, Jeremy, 2004: *Excusing Crime*, Oxford; New York, Oxford University Press.
- HURD, Heidi M. & Michael S. MOORE, 2004: "Punishing Hatred and Prejudice", *Stanford Law Review*, 56, N° 5, pp. 1081-1146.
- KAHAN, Dan M., 1999: "The Progressive Appropriation of Disgust", Bandes, S. A., *The Passions of Law*, New York; London, New York University Press, pp. 63-79.
- KAHAN, DAN M., 1998: "'The Anatomy of Disgust' in Criminal Law", *Michigan Law Review*, 96, pp. 1621-1657.
- KAHAN, Dan M. y Martha C. NUSSBAUM, 1996: "Two Conceptions of Emotion in Criminal Law", *Columbia Law Review*, 96, N° 2, pp. 269-374.
- KASS, Leon R., 1997: "The wisdom of repugnance: Why we should ban the cloning of humans", *Valparaiso University Law Review*, 32, pp. 679-705.
- MANRIQUE, María Laura, 2016: "Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones", *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, pp. 289-304.
- MANRIQUE, María Laura, 2019: "Delitos de odio y motivos emocionales", *Análisis Filosófico*, 39, N° 2, pp. 191-220.
- MANRIQUE, María Laura, 2021: "¿Es el sometimiento de la víctima una alternativa al odio como estado mental?", Arena, F. J., Luque Sánchez, P. y Moreno Cruz, D., *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*, Bogotá, Universidad del Externado pp. 280-298.
- MASSARO, Toni M., 1999: "Show (Some) Emotions", Bandes, S. A., *The Passions of Law*, New York; London, New York University Press, pp. 80-120.
- MILLER, William Ian, 1993: *Humiliation and other essays on honor, social discomfort, and violence*, Ithaca; London, Cornell University Press.
- MILLER, William Ian, 1998: *The Anatomy of Disgust*, Cambridge Mass.-London, Harvard University Press.
- NUSSBAUM, Martha C., 1999: "Secret Sewers of Vice. Disgust, bodies and the law. ", Bandes, S. A., *The Passions of Law*, New York-London, New Yourk University Press, pp. 29-62.

- NUSSBAUM, Martha C., 2004: *Nussbaum on Disgust as Cause of Action*. Chicago: The University of Chicago/The Law School.
- NUSSBAUM, Martha C., 2006: *El ocultamiento de lo humano: Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz.
- PERALTA, José Milton, 2013: "Homicidios por odio como delitos de sometimiento", *InDret*, 4, pp. 1-27.
- REAMER, Frederic G., 2005: *Heinous crime: Cases, Causes, and Consequences*, New York, Columbia University Press.
- ROYZMAN, Edward B., Clark MCCAULEY y Paul ROZIN, 2005: "From Plato to Putnam: Four Ways to Think About Hate", *The psychology of hate*, Washington, American Psychological Association, pp. 3-35.
- SCHAUER, Frederick, 2006: *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge (Massachusetts) etc., Belknap Press.



## La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica

*Alejandra Castillo Ara\**

### RESUMEN

*Este artículo tiene por finalidad presentar una revisión crítica de la más reciente regulación con enfoque de género que se ha introducido en la legislación penal chilena en los últimos años de cara a obtener claridad y una visión omnicomprensiva acerca de estas modificaciones. Se plantean, además, algunas propuestas interpretativas que resulten operativas para aquellos llamados a aplicar las leyes, pero que a su vez sean funcionales para futuras regulaciones en la materia a la luz de los principios penales y del proceso penal como parámetros fundantes de la creación y aplicación de las leyes penales. Para esto se realizará una revisión de lege lata de las leyes más recientes en la materia (I); luego se analizará críticamente la simbiosis entre género y Derecho penal (II); para plantear finalmente la necesidad de control racional de esta simbiosis con una propuesta de lege ferenda (III).*

Género; femicidio; suicidio femicida

## *Gender-sensitive criminal regulation and the general principles of criminal law: a critical review*

### ABSTRACT

*The purpose of this article is to present a critical review of the most recent regulations with a gender focus that have been introduced into Chilean criminal legislation in recent years with a view to gain clarity and an all-embracing vision of the modifications. This article also raises interpretative proposals that are operational for those called upon to apply the laws, but also functional for future regulations on the subject in the light of criminal principles and the criminal process as the founding parameters of the creation and application of criminal laws. To this end, a lege lata review of the most recent laws on the subject will be carried out (I); then the symbiosis between gender and criminal law will be critically analysed (II); to finally plan the need for rational control of this symbiosis with a lege ferenda proposal (III).*

Gender; femicide; suicide femicide

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Juris doctor, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Profesora de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9519-6356>. Correo electrónico: [alecastilloara@gmail.com](mailto:alecastilloara@gmail.com).

Artículo recibido el 19.2.2023 y aceptado para su publicación el 23.8.2023.

## INTRODUCCIÓN

Desde hace ya algunos años el legislador penal chileno no ha quedado indiferente a las demandas sociales en materia de equidad de género, respondiendo de manera conminativa mediante reformas legales de relevancia, pero no por eso de pertinencia, para efectos de prevenir y sancionar de manera efectiva la violencia de género. La celeridad parlamentaria, así como el cariz reaccionario de la regulación, han generado la pérdida de una mirada sistemática omnicompreensiva del sistema penal y procesal penal. Logrando así normas difíciles de compatibilizar con principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como legalidad, proporcionalidad, en materia sustantiva; y debido proceso, en el ámbito adjetivo.

Es objetivo de este artículo es mostrar los puntos de conflicto de estas nuevas regulaciones, pero, a su vez, realizar un intento interpretativo indiciario, si bien no exhaustivo, de aquellos aspectos más urgentes de precisión en aras de colaborar con la labor interpretativa futura del órgano adjudicador. Este artículo, debido a la profundidad de la problemática y a la limitación de su extensión, solo pretende dar una mirada crítica pero respetuosa, resultando imposible profundizar en cada una de las reformas que han surgido en la legislación chilena, dejando espacio para futuras discusiones académicas y abriendo debate sin censuras.

### I. SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVA CON ENFOQUE DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO: UNA REVISIÓN *DE LEGE LATA*

A continuación, se hará una breve exposición de la normativa más relevante de lo que en este artículo se denomina “normativa penal con enfoque de género”. Entendiendo por tal aquella regulación con pretensiones de equiparación a nivel normativo de inequidades históricas, con repercusión práctica en la conminación, imposición y aplicación de las leyes penales.

#### 1. *Ley de violencia intrafamiliar (Ley VIF)*

El punto de partida de la incorporación de la perspectiva de género o de normas de esta naturaleza en materia penal, se puede situar con la entrada en vigor de la Ley Nº 20.066 de 7 de octubre de 2005, Ley VIF, cuya finalidad inmediata era “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”<sup>1</sup>. Su más reciente modificación es introducida por la Ley Nº 21.389, que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el sistema de pago de pensiones alimenticias, promulgada el 10

---

<sup>1</sup> Para una exposición penal de la problemática, véase: VAN WEEZEL, 2008, pp. 223-259. En un intento similar, VILLEGAS, 2012, pp. 276-317; FERNÁNDEZ, 2019, pp. 492-519.

de noviembre de 2021 y publicada en el Diario Oficial el 18 de noviembre del mismo año. Además de la introducción de este nuevo registro, se incorporan modificaciones interesantes y, por cierto, problemáticas, como la ampliación del concepto de violencia intrafamiliar a las relaciones intraafectivas (art 5° inciso final Ley VIF). Se extiende el contexto de VIF a las “relaciones afectivas o familiares” de manera alternativa. Se regula también la violencia patrimonial o violencia económica como un nuevo tipo de VIF y de maltrato habitual (art. 5° inciso final Ley VIF).

## 2. *Acoso sexual en espacios públicos*

La Ley N° 21.153 de 3 de mayo de 2019, introdujo un nuevo tipo penal que regula el acoso sexual en espacios públicos, el art. 494 ter Código Penal (en adelante, CP): “Comete acoso callejero aquel que en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, realiza un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante”, consistente en: “actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos” (n° 1); y “conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito” (n° 2). Dejando fuera al acoso en lugares cerrados, donde las estructuras de asimetría podrían concebirse como más intensas que en lugares públicos, debido a la incapacidad inmediata de escape que tiene la víctima en esos supuestos. La redacción normativa presenta un elemento objetivo de imputación respecto de la percepción del acto como “objetivamente intimidatorio”, cuestión que resulta si bien problemática a nivel probatorio, gravitante para mantener un sustrato de objetividad en el tipo penal.

Esta ley introdujo, a su vez, el art. 161-C CP, que sanciona a quien “por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento” (inc. 1°).

## 3. *El delito de femicidio*

Una de las modificaciones más relevantes en materia de género, es la tipificación del femicidio en el Código Penal chileno. El 2005, la ya mencionada Ley VIF introdujo a la figura del conviviente como posible víctima de parricidio, pero fue el año 2010 cuando se produjo la reforma sustancial al art. 390 CP de la mano de la Ley N° 20.480, que agregó al listado de dicha norma a los cónyuges y convivientes pretéritos e introdujo el *nomen juris* “femicidio”. La finalidad de esta reforma era “[...] aumentar el castigo efectivo impuesto a las personas que cometen delitos en contra de mujeres en contextos de violencia intrafamiliar”<sup>2</sup> e incorporar esta nueva figura delictiva en aras de sancionar “el asesinato de una mujer en razón de su género”<sup>3</sup>. La discusión no versó necesariamente

<sup>2</sup> Historia de la Ley N° 20.480, 2010, p. 318.

<sup>3</sup> Historia de la Ley N° 20.480, 2010, p. 318.

acerca de los efectos disuasorios –en términos preventivo-generales<sup>4</sup>–, que pudiera tener una conminación penal de esta naturaleza. Se trató abiertamente de una discusión respecto de la necesidad del efecto simbólico-comunicativo, bajo la premisa de que “las penas privativas de libertad por largos tiempos serían penas ejemplificadoras y tendrían como objetivo detener las muertes de las mujeres”<sup>5</sup>. Enmarcando al femicidio en el contexto de un crimen de odio<sup>6</sup>, donde a las mujeres se las mata por el solo hecho de ser tal<sup>7</sup>. Fenómeno que ocurriría en tanto consecuencia de una estructura patriarcal arraigada en nuestra sociedad, donde las mujeres son víctimas del odio, la ira y la dominación masculina<sup>8</sup>.

Durante la tramitación del proyecto se presentó la “razón de género” como elemento fundante del fenómeno “femicidio” y fundamento de la medida punitiva, afirmándose que el femicidio encontraría su origen en una distribución desigual de poderes del tipo social estructural<sup>9</sup>. El proyecto inicialmente excluía la posibilidad de invocar la atenuante de irreprochable conducta anterior (art. 11 n° 6 CP), y la de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación (art. 11 n° 5 CP), en casos en que haya existido en el caso concreto un incidente de violencia previo cometido por el autor contra la víctima, sus ascendientes o descendientes<sup>10</sup>. El texto aprobado por la comisión especial de la mujer solo contempla la inaplicabilidad del art. 11 n° 5 CP, hoy recogido en el art. 390 quinquies CP.

Una modificación más significativa introdujo la llamada “Ley Gabriela” (Ley N° 21.212 de 4 de marzo de 2020), ampliando el art. 390 CP, e incorporando la “razón de género” como elemento subjetivo adicional para un tratamiento más gravoso del autor del delito, con penas de 15 años y un día a 40 años.

Es oportuno destacar que el legislador contempla como único autor posible al hombre, al señalar tanto en el femicidio íntimo (art. 390 bis CP); así como del no íntimo (art. 390 ter CP), “el hombre” al inicio de la descripción típica. Esto es curioso desde el punto de vista del género, pues no atiende a los roles de la interacción de pareja, sino

<sup>4</sup> ROXIN, 2003, p. 81.

<sup>5</sup> Historia de la Ley N° 20.480, 2010, p. 76.

<sup>6</sup> Que la violencia de género sea o no un crimen de odio es una subsunción no del todo pacífica, pero más que por la problemática doctrinaria específica de su pertenencia o no al género “crimen de odio”, por ser ambos delitos cuyo desarrollo normativo y dogmático es de reciente data. Si se considera que los crímenes de odio se componen de dos elementos: el delito base (primer elemento); y la motivación basada en la discriminación (segundo elemento), cualquiera sea su fundamento: género, raza, situación socioeconómica, etc., podrían ser, en principio, los delitos de género un subtipo de este tipo de violencia. SALINERO, 2013, p. 286. Así también lo sostienen algunas voces feministas que ven en el femicidio y en la violencia de género una motivación de odio, véase RUSSELL Y HARMES, 2006, p. 58; VÁSQUEZ, 2015, p. 45. Hagerlid sostiene que la violencia machista, especialmente la doméstica, se trataría de un supuesto de conflicto interpersonal, íntimo, más que una motivación de odio. Sin embargo –afirma–, la falta de evidencia empírica de las verdaderas motivaciones detrás de un crimen que pudiera subsumirse en la violencia machista, no permite más que un tratamiento desde la abstracción, así HAGERLID, 2021, p. 510.

<sup>7</sup> CORN, 2015, p. 200; SANTIBÁÑEZ Y VARGAS, 2011, p. 205.

<sup>8</sup> CORN, 2015, p. 213; FERNÁNDEZ, 2019, pp. 492 ss.

<sup>9</sup> Historia de la Ley N° 20.480, 2010, p. 72.

<sup>10</sup> Boletín N° 11970-34, p. 9.

que directamente al género asignado al nacer. El argumento de un atisbo de Derecho penal de autor es inexorable. El círculo de destinatarios masculino se vincula con un “elemento de personalidad”<sup>11</sup> de los hombres en su interacción con las mujeres. Sin embargo, no se trata de castigar al autor por su condición interna con prescindencia del hecho delictivo, lo que sería manifiestamente incompatible con el Derecho penal de acto, que alguna doctrina eleva a la categoría de principio<sup>12</sup>. Se trata simplemente de una sanción especial a la relación entre autor y víctima, atendiendo a la situación de peligro de las mujeres respecto de sus agresores que suelen ser hombres<sup>13</sup>. Algo no particularmente perturbador, si consideramos que a lo largo de la legislación penal existen manifestaciones de Derecho penal de autor que atienden, especialmente, a los criterios de peligrosidad (o falta de) de ciertas personas, o bien a sus aptitudes cognitivas, etc. Ejemplo de esto es el Derecho penal juvenil (Ley N° 20.084)<sup>14</sup>, la atenuante de irreprochable conducta anterior (art. 10 n° 6 CP); las medidas alternativas del cumplimiento de condena (Ley N° 18.216), etcétera.

#### 4. *Tipificación del suicidio femicida e inducción al suicidio*

La llamada “Ley Antonia” (Ley N° 21.523 de 31 de diciembre de 2022), se podría sindicarse como la regulación reciente de mayor impacto normativo. Esta regulación busca mejorar los procesos judiciales para víctimas de delitos sexuales, sancionar el suicidio femicida y la inducción al suicidio, entre sus modificaciones sustantivas y procesales más relevantes<sup>15</sup>.

En principio, la punibilidad de la inducción al suicidio<sup>16</sup> contradice todo tipo de pensamiento lógico en la estructura punitiva de un Estado democrático de Derecho moderno. Como argumento más evidente se encuentra la impunidad de la conducta principal: el suicidio. Siendo el suicidio impune; no se podrían *–prima facie–* sancionar las conductas accesorias<sup>17</sup>, además de la *–salvo casos excepcionales–* impunidad de las autolesiones<sup>18</sup>. Junto con esto, la redacción típica, como se verá más adelante, del suicidio femicida, así como la descripción de la violencia de género en el nuevo art. 390 sexies

<sup>11</sup> ROXIN, 2003, p. 177.

<sup>12</sup> PUPPE, 2017, p. 1290.

<sup>13</sup> LAURENZO, 2012, p. 120; RUSSEL Y CAPUTI, 1990, p. 34 s.

<sup>14</sup> El carácter predominante de Derecho penal de autor en el Derecho penal juvenil es algo que la doctrina alemana ya ha identificado como una suerte de elemento contraintuitivo de esta normativa, pero respecto de la cual existe cierto consenso en su justificación a la luz de las dificultades de socialización asociada a la juventud. LAUBENTHAL, BAIER Y NESTLER, 2010, p. 1 s.

<sup>15</sup> Boletín 13688-25, p. 2. Ley N° 21.523, 2022.

<sup>16</sup> Para una detallada evolución histórica del suicidio y sus aristas sociales y normativas en la realidad nacional, véase: BELMAR, 2018, pp. 20 ss.

<sup>17</sup> SCHEFFLER, 1999, pp. 341 ss. En un caso muy aislado, véase la regulación australiana que sí considera bajo ciertos supuestos la inducción al suicidio como punible, al respecto: MCGORRERY Y MCMAHON, 2019, pp. 23-28.

<sup>18</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, 2004, p. 114.

CP y las modificaciones introducidas al Código Procesal Penal (CPP) como el art. 330 CPP, donde se plantea la imposibilidad de conainterrogar a las víctimas si se sintieran humilladas o este interrogatorio les causare sufrimiento<sup>19</sup>, son algunos de los muchos desafíos interpretativos que presenta esta ley.

### 5. *Lo que está por venir*

Dentro de otras novedades regulatorias de relevancia, pero aún en sus últimos trámites parlamentarios, se encuentra la denominada “Ley Adriana”, que regula y conceptualiza la violencia obstétrica, incorporando una agravante genérica para los facultativos<sup>20</sup>: “cometer el delito en el marco de conductas y omisiones constitutivas de violencia ginecoobstétrica”<sup>21</sup>. Esta agravante especial da cuenta de la redundancia generada con la búsqueda de la regulación identitaria. Los supuestos de asimetría o abuso de confianza ya se encontraban cubiertos en los numerales 6° (abuso de la superioridad de fuerza o indefensión) y 7° (abuso de confianza) del CP, siendo innecesaria una agravante adicional relativa a los facultativos.

---

<sup>19</sup> Si bien es cierto que el tratado por excelencia a nivel latinoamericano en materia de violencia contra la mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), ha establecido entre las obligaciones para los Estados parte (ratificada por Chile desde 1996), la adopción de medidas para evitar todo tipo de violencia, incluso la institucional (Art. 7 b, c f y g), hay que hacer una lectura cuidadosa de esta. La limitación a los interrogatorios en un juicio es una limitación al debido proceso, cuestión que requiere especial ponderación, pues se trata de la limitación a un también derecho humano reconocido en tratados internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 3, 8, 9 y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10, entre otros instrumentos). La no revictimización es parte de los deberes establecidos en la Convención y la Corte Interamericana ha acogido dicha interpretación, pero no de manera irrestricta. En *Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 20.11.2014, la Corte señala en el § 258 lo siguiente: “la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática a la presunta víctima”. Se trata no solo de la adopción de medidas de orden normativo, sino que interseccionales, que apuntan a un acompañamiento de la víctima, así en: *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 8.03.2018. Serie C No. 350, § 202, donde se condena al Estado de Nicaragua por no extremar las medidas de protección a favor de la víctima y donde la Corte estima que el Estado se transformó en un agente agresor al cometer “actos revictimizantes” y violentos conforme con el art. 1 de la Convención (§ 297). La revictimización es y debe ser una medida que los Estados debieran adoptar en relación con todas las víctimas de delitos violentos, especialmente, niñas, niños y mujeres. Sin embargo, hay que ser cuidadosos también con la eventual adopción de medidas extremas que vulneren principios penales o procesales, como el debido proceso. La adopción de medidas limitadoras de interrogatorios sin un plan integral acorde no parece una medida satisfactoria, toda vez que si se interpreta de manera errada puede vulnerar también el derecho de defensa y llevar incluso a condenas erróneas (véase el interesante trabajo de DUCÉ, 2019, acerca de los factores que influyen en las condenas erróneas. Así también resulta interesante revisar el Proyecto Inocentes de la Defensoría Penal Pública, en: <http://www.proyectoinocentes.cl/>).

<sup>20</sup> Boletín n° 12148-11. Establece derechos en el ámbito de la gestación, parto, postparto, aborto, salud ginecológica y sexual, y sanciona la violencia ginecoobstétrica.

<sup>21</sup> Art. 16, Oficio n° 17.422. Valparaíso, 10 de mayo de 2022.

Por último, se debe mencionar la nueva regulación del estupro en el CP, de la mano del proyecto popularmente denominado “Sin consentimiento es violación”, el que reemplazaría el artículo 361 CP, por el siguiente:

El acceso carnal o la acción sexual que consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, incluyendo otras partes del cuerpo ya sea por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales en ello, sin el consentimiento de la víctima, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, en los siguientes casos:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando exista coacción;

2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad o imposibilidad para oponerse. Se entenderá especialmente que hay incapacidad o imposibilidad para oponerse cuando la víctima haya sido coaccionada por la participación de más de una persona en la perpetración de los hechos;

3º Cuando se abusa de la enajenación, trastorno, anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima.

Se aplicará la misma pena a quien, para realizar la conducta descrita en el inciso primero, obtenga el consentimiento abusando de una situación de vulnerabilidad de la víctima, de una relación de dependencia o una condición de subordinación a la autoridad, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; así como también en los casos en que se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima o valiéndose de engaño.

Cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, la pena asignada al delito será la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna.

La mera inacción o falta de oposición de la víctima no constituye manifestación de consentimiento<sup>22</sup>.

Esta modificación tiene no solo problemas estructurales en su descripción típica, sino que además genera una infantilización basal de la mujer en algo cercano a las líneas editoriales de la corriente de MacKinnon, cuando postulaba a la falta de consentimiento de las mujeres como presupuesto basal de su interacción normal sexual. En otras palabras, que las mujeres, debido a la opresión subyacente social, tanto en la creación como en la aplicación de las leyes, nunca realmente pueden consentir en la interacción sexual o, al menos, existe una línea muy fina entre la ausencia de consentimiento y su existencia en la vida sexual cotidiana, dándose hipótesis de violación que estarían en alguna manera normalizadas a nivel legislativo y no cubiertas por la descripción típica<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Boletín 11714-07, de 11 de mayo de 2018.

<sup>23</sup> MACKINNON, 1995, pp. 143-147.

La avanzada de la regulación con perspectiva de género es evidente. Sin embargo, lo que *prima facie* pareciera ser un cambio normativo positivo, ha dado muestras de ser una regulación marcada más por las formas y estrategias de agenda política que por compromisos sustantivos, características manifiestas del fenómeno llamado “populismo penal”<sup>24</sup>.

En el derecho comparado una manifestación de este fenómeno es la denominada ley del “solo sí es sí”<sup>25</sup> en España, que, entre otras modificaciones, suprimió la distinción entre abuso y agresión, definió el consentimiento de manera positiva y tipificó el acoso callejero. Esta ley es resultado del mediático caso “La Manada”<sup>26</sup>, donde en primera instancia se condenó a cinco hombres por el delito continuado de abuso sexual contra una mujer (art. 181.3 del entonces vigente CP español, en su modalidad agravada), al entender que, aunque no podía hablarse de una conducta consentida, tampoco hubo –o, al menos, no se dio por probada– la violencia o intimidación que exigía el tipo de agresión sexual. Esta sentencia, confirmada en apelación<sup>27</sup>, fue finalmente casada por el Tribunal Supremo, de modo que los imputados fueron condenados como autores de un delito continuado de agresión sexual agravado por el acceso carnal de los entonces vigentes arts. 178 y 179 CP español, en su modalidad agravada. Es decir: se reconoció que hubo un error de valoración y que, de los hechos objetivos (eran cinco hombres adultos en un portal de reducidas dimensiones que rodearon a la víctima que tenía 18 años), podía inferirse no solo falta de consentimiento, sino una auténtica “intimidación ambiental”<sup>28</sup>.

Este caso causó intenso revuelo mediático, especialmente por el hecho de que inicialmente se calificara como abuso y no agresión<sup>29</sup>, y, en particular, por el voto particular de uno de los magistrados de primera instancia que descartó que hubiera indicios de prevalimiento, *shock* o parálisis, sino más bien que se trataba de “una cruda y desinhibida relación sexual”<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> CIGÜELA, 2020, p. 3.

<sup>25</sup> Formalmente denominada Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, de 6 de septiembre de 2022.

<sup>26</sup> GARCÍA, 2023, p. 17 ss.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Navarra 8/2018 de 30 de noviembre, sala civil/penal.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 de 4 de julio.

<sup>29</sup> Se popularizaron proclamas como “no es abuso, es violación”, que, aunque eran algo imprecisas jurídicamente porque el problema no radicaba en la calificación de “violación” (que dependía del acceso carnal y que se había aplicado), sino en la interpretación de la intimidación a efectos de la agresión, reflejaban en realidad un rechazo hacia el peso excesivo que se colocaba en la víctima para demostrar que no había consentido: GARCÍA, 2023, pp. 39 y ss.

<sup>30</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018, de 20 de marzo. De eso se hace eco también el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre: “La tajante afirmación en la sentencia mayoritaria de que ‘los procesados hubieron de representarse que del modo señalado, configuraron una situación de superioridad, objetivamente apreciable, de la que se prevalieron, abusando de esta preeminencia para realizar las prácticas sexuales’ así como de que ‘no podían pasar desapercibidas para los procesados, el estado, la situación en que se encontraba la denunciante que evidenciaban su disociación y desconexión de la realidad [...]’ (FJ 9).

Haciéndose eco de las demandas sociales que decían querer poner al consentimiento en el centro, la ley del “solo sí es sí” fusionó los abusos y las agresiones sexuales en un único delito de agresión sexual, convirtiéndolos a ambos en “atentados contra la libertad sexual” en el nuevo art. 178 CP. Se introdujo una definición de consentimiento en el numeral 1 del citado artículo, al postular como consentimiento válido en la interacción sexual únicamente el formulado de manera positiva y activa, señalando que “[s]olo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. Con esto el lema histórico sobre delitos sexuales de “no es no” pasó a sustituirse por un “sí es sí”<sup>31</sup>. Introducción que si bien novedosa, y de un indudable cambio de paradigma en los delitos sexuales, no parece que facilite en nada la vía probatoria, una de las principales dificultades de este tipo de delitos<sup>32</sup>.

A pesar de ser bienintencionada, esta ley ha sido duramente criticada, entre otras razones, por la rebaja de marcos penales, que ha permitido la aplicación de un marco penal más beneficioso para reos ya condenados obteniendo por esta vía su libertad. De hecho, en 2023 fue nuevamente reformada, volviendo al modelo anterior que diferencia entre escalones de gravedad en función de si se ha empleado violencia o intimidación en el nuevo apartado del art. 178.3. Esto no es óbice para que la ley del “solo sí es sí” se haya convertido en ley penal intermedia más favorable que sigue surtiendo efectos: al haberse unificado conductas de muy distinta gravedad, los límites inferiores de las infracciones graves también son necesariamente más bajos, lo que tiene especial impacto cuando las penas se imponen teniendo en cuenta el límite mínimo, por ejemplo, si la agresión sexual se ha cometido en grado de tentativa o si concurre alguna atenuante<sup>33</sup>. Hasta abril del 2023, según cifras del Poder Judicial español, desde la entrada en vigor de la ley se registran 978 reducciones de condena por su aplicación y 104 excarcelaciones<sup>34</sup>.

Esta ley ha generado un contrasentido con nefastas consecuencias desde su implementación en términos de sanción efectiva del delito y de las probables ineficacias preventivas que pueda tener, sin desmerecer el simbolismo innegable que tiene<sup>35</sup>. La que pretendía ser una modificación ejemplificadora en políticas de género, terminó minando aquello que quería proteger: la seguridad de las mujeres.

<sup>31</sup> GARCÍA, 2023, p. 52.

<sup>32</sup> Además de problemas prácticos inminentes a la interacción sexual. Una explicación amena y clara acerca del “sí es sí” en la práctica de la mano de un ejemplo de ficción, en CARUSO, 2023, p. 115 ss.

<sup>33</sup> La agresión sexual básica pasa a ser penalizada con 1 a 4 años de cárcel, mientras que antes de la reforma tenía hasta 5 años; y el delito de agresión sexual con acceso carnal se castiga con una pena de 4 a 12 años, mientras que el antiguo marco penal partía en 6 años. Para mayor profundización véase también las contribuciones de la obra colectiva de AGUSTINA, 2023.

<sup>34</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-978-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>.

<sup>35</sup> Para una exposición acabada de las luces y sombras de la ley, véase: GARCÍA, 2023, pp. 331-358. Una revisión más crítica se encuentra en el trabajo de Álvarez, “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, quien la considera directamente una regulación discriminatoria “dictada desde el fanatismo, sectaria”, ÁLVAREZ, 2023, p. 3.

## II. LOS PUNTOS CRÍTICOS DE LA SIMBIOSIS ENTRE GÉNERO Y DERECHO PENAL

### 1. *El efecto simbólico como presupuesto de las reformas con enfoque de género*

El desarrollo legislativo penal, de la mano de figuras regulatorias con “trasfondo de género”, es un fenómeno jurídico ineludible, que detenta tres características.

La primera, es una creación normativa reaccionaria, donde las leyes con nombre, relativas a casos concretos y, en particular, a víctimas, son el elemento distintivo de dicha regulación, muchas veces obviando experiencias comparadas maduras<sup>36</sup> en las materias a regular<sup>37</sup>. Cigüela explica muy bien este fenómeno en el contexto del populismo punitivo, al señalar el retorno de las víctimas como eje central de la regulación penal, teniendo voz y voto en las decisiones político-criminales<sup>38</sup>. Fenómeno acompañado de los denominados “pánicos morales”. Esto es “reacciones comunitarias frente a grupos, personas o fenómenos que son percibidos como una amenaza a los valores fundamentales de la sociedad, alentadas por personas en posiciones de poder –emprendedores morales, políticos o grupos mediáticos”<sup>39</sup>, traducido en la creación de leyes de manera expedita.

Segundo, el fuerte simbolismo en aras de responder a las demandas sociales en materia de género que está lentamente adoptando el legislador penal con la finalidad de enviar mensajes a la ciudadanía sin consideración a los principios generales del Derecho penal y procesal penal, tales como proporcionalidad, inocencia, legalidad, entre otros. Es decir, pareciera que el efecto simbólico penal, esperando generar un impacto comunicativo

---

<sup>36</sup> Legislaciones comparadas maduras alude a ordenamientos jurídicos comparados que suelen usarse de referencia debido a su madurez jurídica por encontrarse, en general, más avanzados que el ordenamiento interno o regional. En Chile son ejemplos de esto: el Código Penal, en algunas partes idéntico al español, o las referencias a la doctrina alemana de la que se han adoptado principios generales, como el principio de proporcionalidad; o bien la reciente regulación en materia de protección de datos personales (Boletines 11092 y 11144); los delitos cibernéticos y su referencia expresa al Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, de 2001, el llamado Convenio de Budapest. Sobre las regulaciones de referencia históricas en materia penal, véase: MATUS, 2008, p. 2 ss.

<sup>37</sup> CASTILLO MONTT, 2020, pp. 169 ss. Esto se vio también de manera manifiesta en la regulación de la llamada “Ley Antonia”, donde en el informe de regulaciones comparadas presentado ante la Comisión Mixta del Congreso, se da cuenta de la novedad normativa que implicaría esta ley, a modo de virtud, sin realmente ponderar el fondo y razonamiento de porqué este tipo de regulaciones son indeseadas. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=13688-25](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13688-25).

<sup>38</sup> “Las víctimas, sus sentimientos, su reconocimiento y sus derechos aparecen repetidamente invocados en los debates político-criminales, habitualmente como forma de legitimar medidas punitivas; su presencia es constante en los programas de televisión, tanto en los matinales dedicados monográficamente a casos impactantes como en el propio telediario, donde a menudo se les entrevista, se les da voz y se habla en su nombre; algunas de ellas, habitualmente familiares de personas asesinadas, especialmente niños y mujeres, se incorporan a partidos políticos y encabezan campañas de endurecimiento de penas; en algunos países, particularmente EE.UU., las víctimas dan nombre a nuevas leyes, y tienen un papel relevante en el propio proceso penal; mientras que otras se organizan y constituyen emprendedoras morales especialmente activas en lo que a la política-criminal respecta”. CIGÜELA, 2020, p. 17-18.

<sup>39</sup> CIGÜELA, 2020, p. 14.

mediante la creación de ciertas normas, tuviera más peso específico que los principios generales que gobiernan estas materias<sup>40</sup>.

Tercero, la aparición de un sistema de justicia informal de la mano de mecanismos de autotutela<sup>41</sup> –entendida como “medio de solución del conflicto directo y unilateral mediante el que una parte no acepta subordinar su interés propio al ajeno y hace uso de la fuerza”<sup>42</sup>–, en este caso, digital. Se trata de casos en que la víctima o, incluso, quienes se sienten víctimas en tanto colectivo afectado, bajo el emblema “si nos tocan a una, nos tocan a todas” o #MeTo<sup>43</sup>, reaccionan denostando, ridiculizando o tan solo exponiendo a aquel o aquella que sindicán como autor o autora de un supuesto delito<sup>44</sup>, crimen o incluso conducta no punible que se entienda como atentatoria de la perspectiva de género<sup>45</sup>, dando lugar a lo que se suele llamar *digitalismo* o *vigilantismo* (en inglés,

---

<sup>40</sup> LAURENZO, 2015, pp. 787 ss.

<sup>41</sup> Forma de autotutela en el sentido de que son una reacción ante una percepción de ineficacia por parte del sistema de justicia formal. “Los escraches surgen frente a la ineficacia de la policía y otras instituciones para resolver las múltiples violencias de género, acosos y hostigamientos que vivencian las mujeres y las personas LGTTBQI”, BONAVITTA, PRESMAN Y CAMACHO, 2020, p. 165. CABRERA Y JIMÉNEZ, son de la idea que la regulación de la funa comprendería una limitación excesiva a la libertad de expresión, sino que optan más bien por la “educación y conciencia” de los usuarios, p. 295.

<sup>42</sup> DELGADO CASTRO, PALOMO Y DELGADO, 2017, p. 269.

<sup>43</sup> HÖRNLE, 2019, pp. 155 ss.

<sup>44</sup> La jurisprudencia chilena ha sido inconsistente en considerar a las *funas* como una actividad que *de lege lata* sea perseguida en tanto injurias o calumnias conforme a los artículos 413 o 418 CP (CA de Copiapó, 16.08.2021, rol 243-2021, C. 14; CA de Santiago, 14.05.2018, rol 1307-2018; JG de Rengo, 28.12.2021, rol 2512-2021). Tampoco ha subsumido estos casos como una afectación al derecho a la intimidad que pueda ser protegida mediante el recurso de protección para salvaguardar el derecho a la intimidad. La Corte Suprema chilena ha considerado que el señalamiento público de una persona como violador o abusador afecta su honra, aun si existe juicio pendiente ante el sistema de justicia formal (Corte Suprema, rol 1256-2020, 6 de mayo de 2020; Corte Suprema, rol 90737-2020, 11 de diciembre de 2020). La *funa* puede constituir una situación abusiva de la libertad de expresión de las personas, cuyo límite sería, la lesión del honor o la intimidad de las personas (CONTRERAS Y LOVERA, 2021, p. 354). Un reciente fallo de la Corte Suprema chilena en relación con el ciberbullying por medio de una *funa* en una universidad confirmó una decisión de la CA de Santiago, en la que un estudiante recurrió de protección en contra del establecimiento, debido a su incumplimiento del Reglamento universitario, pues al no intervenir la universidad permitió actos contra los estudiantes que constituían violencia psicológica, intimidación o acoso (CS, rol 57392-2022, de 1 de diciembre de 2022, considerando octavo). En la doctrina, Hörnle, considera a las *funas* o la cultura de la cancelación como un juzgamiento prematuro que atentaría contra la presunción de inocencia, señalando que “[e]n el proceso penal, el principio de inocencia es un precepto fundamental que busca minimizar los efectos de un juzgamiento prematuro”, cuestión que no ocurre en la reacción digital. HÖRNLE, 2019, p. 149. Así también Díez Ripollés, quien a raíz de las políticas de género en el proceso penal, señala: “A mi juicio, la necesidad de diseñar estrategias e instrumentos procesales, y consolidar rutinas judiciales, que eviten la victimización secundaria de las víctimas durante el procedimiento no autoriza a desmontar la matizada regulación material de estos comportamientos, con los beneficios que conlleva, ni a reducir las exigencias probatorias. Lo contrario supone renunciar a un derecho penal ponderado y garantista, a cambio de asegurar una más fácil persecución de ciertas conductas”, DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, p. 11.

<sup>45</sup> HÖRNLE, 2019, pp. 161 s.

*digitalism* o *vigilantism*)<sup>46</sup> por medio de las vulgarmente llamadas *funas*<sup>47</sup>, *escraches* o la “cultura de la cancelación”<sup>48</sup>.

## 2. *Los problemas con los principios jurídico-penales basales*

Los movimientos feministas han hecho un gran avance en materia de derechos de la mujer e igualdad relativa. La despenalización del aborto en tres causales (Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017)<sup>49</sup> y la fallida, pero bien intencionada, incorporación en el texto constitucional plebiscitado en 2022 de derechos reproductivos, situando al aborto como un derecho sin limitación de causales<sup>50</sup>, son, sin duda, conquistas del movimiento feminista. Sin embargo, las recientes reformas dan cuenta ya no de luchas por derechos en aras del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres como seres políticos y sociales, sino que de una victimización excesiva de la mujer. En opinión de Hörnle, esto ha minado de manera manifiesta el empoderamiento de las mujeres<sup>51</sup>, de la mano de una legislación reaccionaria cuya discusión legislativa ni siquiera se cuestiona los principios fundamentales del Derecho penal en tanto limitadores del *ius puniendi* (culpabilidad y proporcionalidad)<sup>52</sup>, así como el derecho al debido proceso. Por ejemplo, limitando los derechos de la defensa en el nuevo art. 330 CPP en aras de no provocar sufrimiento a la víctima.

Este artículo defiende la idea de que la única manera de avanzar en políticas a largo plazo, consensuadas y duraderas en materia de Derecho penal y género, es no obviar estos principios o, a lo menos, hacerse cargo de la discusión y del porqué se está ponderando en un caso concreto en detrimento de estos. ¿Por qué debiera tener mayor peso específico en el proceso penal evitar el sufrimiento de la víctima que el derecho al debido proceso de la persona imputada, considerando, por lo demás, que esa persona es considerada y presumida inocente? El debido proceso y la presunción de inocencia son derechos recogidos a nivel constitucional y en tratados internacionales ratificados por Chile (art. 19 n° 3, art. 8.2. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos),

<sup>46</sup> LOVELUCK, 2020, p. 19.

<sup>47</sup> JANCIK, 2020, p. 5

<sup>48</sup> Tatjana Hörnle también denomina a esta forma de reacción punitiva en el mundo digital como “control social informal”. HÖRNLE, 2019, p. 148.

<sup>49</sup> Un análisis de la reivindicación de justicia en: DONOSO, 2016, p. 163. También mediante un estudio cualitativo, CASTILLO ARA, 2010, pp. 5 ss. Para una exposición previa a la ley vigente y sus fundamentos de reforma: WILENMANN, pp. 281-319.

<sup>50</sup> El 15 de marzo de 2022 el pleno de la Convención Constitucional chilena aprobó el artículo respecto de derechos sexuales y reproductivos que consagraba la interrupción del embarazo, siendo parte integrante del texto final plebiscitado en septiembre 2022. Con 108 votos a favor, 39 en contra y seis abstenciones, la norma constitucional fallida señalaba: “todas las personas son titulares de derechos sexuales y derechos reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción”.

<sup>51</sup> HÖRNLE, 2019, p. 151.

<sup>52</sup> CARNEVALI, 2008, p. 35 s.; CURY, 2009, p. 92 s.; GROPP, 2015, p. 121.

versus del –aparente– derecho al no sufrimiento en juicio, no consagrado a nivel constitucional, no parece haber razón suficiente *ex ante* para otorgarle mayor peso específico a este derecho que al primero.

Si así fuera, debiera entonces ser con una justificación superior que la mera expresión por parte de la víctima del “sufrir”. Igualmente, sigue siendo cuestionable la idea de evitación de sufrimiento, pues parece una obviedad afirmar que ser víctima en un proceso penal es un evento que de suyo implica sufrimiento. Luego, ¿habría que exigir entonces un sufrimiento *plus* para hacer valer este derecho? La respuesta es no. Lo razonable sería que se trate simplemente de hacer valer el concepto de “buenas prácticas procesales”, sin extralimitar los interrogatorios a eventos que pudieran configurar vejaciones y humillaciones, pero el sufrimiento, *per se*, pareciera ser excesivo y difícil de limitar. Hay que ser cuidadosos en las pugnas de principios en el ámbito penal y procesal penal, considerando que el derecho al juicio justo también es un derecho humano.

### 3. *La introducción de conceptos intersubjetivamente no vinculantes*

Con las nuevas regulaciones, han aparecido también nuevos conceptos en las descripciones típicas presentando desafíos interpretativos. La ya mencionada ley VIF introdujo el concepto de “violencia psíquica o psicológica”, cuyo contenido a más de 15 años de su entrada en vigencia aún no se ha podido precisar de manera indiscutida ni por la jurisprudencia<sup>53</sup> ni por la doctrina<sup>54</sup>. Ni hablar de la reciente incorporación respecto de la violencia intrafamiliar o intraafectiva patrimonial, donde aún no queda claro si se trata de un tipo de violencia autónoma o de un subtipo de violencia psíquica, aun cuando conceptualmente el legislador chileno la trate de manera diferenciada<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Ejemplar la Sentencia del 1° JG de Santiago, 23.10.2009, RUC 0800894084-4, donde se indica como bien jurídico protegido la “sana y adecuada constitución familiar”, dando cuenta de la falta de determinación incluso respecto del bien jurídico que se estaría protegiendo. Particularmente sobre VIF psíquica, la sentencia del 5° JG de Santiago, 5.12.2008, RUC 0800184603-6, considerando 22°, considera a las amenazas verbales como violencia psicológica; similar la sentencia del JG de Talagante, 14.07.2011, RUC 0900138884-0. La sentencia del 9° JG de Santiago, 07.07.2009, RUC 0800775796-5, considerando 9°, señala sobre VIF psicológica: “[...] se manifiesta de diversas formas, verbal, sexual, económica, por medio de amenazas e intimidación, aislamiento y desprecio, produciendo en quien la sufre, desvalorización o afectación psicológica, llegando incluso a generarse, en algunas mujeres, un proceso patológico de adaptación, conocido como ‘síndrome de la mujer maltratada’, en que esta pierde el control de sí misma, deja de buscar estrategias para evitar las agresiones, se torna pasiva y termina por creer que la agresión es un castigo merecido [...]”. La sentencia del JG de Talagante, de 23.04.2008, RUC 0600667626-8, en el considerando 14 indica en relación con los malos tratos psíquicos: “Para determinarlos no puede atenderse únicamente a los sentimientos de la afectada, porque la mayor o menor sensibilidad de esta va a determinar que se considere como tales acciones que en el ánimo del hechor jamás han pretendido dañar. Por ello es que no es posible, como se ha afirmado en este proceso, que se haya incurrido en ‘maltratos por omisión’”. La sentencia del 9° JG de Santiago, 29.05.2009, RUC 0800384116-3, en su considerando 6° considera maltrato psicológico “insultar, violentar y ofender de manera verbal”.

<sup>54</sup> Algún esfuerzo de precisión en VILLEGAS, 2012, p. 296. Es oportuno mencionar también el trabajo de lesiones que algo tiene de referencia a la temática psíquica en VAN WEEZEL, 2008, p. 241.

<sup>55</sup> DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES, 2016, p. 7.

Debido al elemento de control más amplio que tendría la violencia patrimonial, podría ser entendida como consecuencia de la ya ejercida violencia física o psíquica y no un tipo de violencia originaria sino que derivativa de otra preexistente<sup>56</sup>. Reflexiones que no se manifestaron en la discusión parlamentaria y que, probablemente, se mantengan en el halo de la falta de claridad en su aplicación jurisprudencial.

La reforma más reciente con importantes desafíos interpretativos, es la denominada “Ley Antonia”, donde se incorpora, a nivel sustantivo y procesal, el concepto de “sufrimiento”. Especial referencia merece el nuevo artículo 390 sexies CP y su concepto de violencia de género en tanto comportamiento basal para la comisión del suicidio femicida, donde se señala lo siguiente:

El que con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por este en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo como autor de suicidio femicida.

Se entenderá por violencia de género cualquier acción u omisión basada en el género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, donde quiera que esto ocurra, especialmente aquellas circunstancias establecidas en el artículo 390 ter.

Dificultades presenta el uso del término “con ocasión”, especialmente en el ámbito de imputación objetiva. Entendida como la determinada relación que debe existir entre la conducta o acción típica y un resultado, bajo criterios normativos de imputación<sup>57</sup>. Cuestión que se ve especialmente dificultada por la imposibilidad de establecer un criterio espaciotemporal relevante de afectación para que se considere como violencia suficiente y determinante en la decisión suicida.

Esto representa problemas prácticos de aplicación de reglas de prescripción, pues si bien las conductas típicas, por regla general, prescriben de acuerdo con las reglas generales de nuestro ordenamiento (art. 93 n° 6 y n° 7 CP), no queda claro lo que ocurre con la violencia de género que provocó el acto suicida. Es decir, si alguien violentó a una mujer conforme con el inciso segundo del art. 390 sexies CP en el colegio y luego esta se quita la vida en la edad adulta tardía por un trauma que nunca superó, ¿sigue siendo esa conducta inicial violenta penalmente relevante o se entiende prescrita como conducta fundante de la acción suicida? Lo lógico sería que, si la conducta punible secundaria prescribe, la conducta punible basal también lo debiera hacer. Considerando incluso que se trata de una conducta mediatamente punible, pues hasta el momento no existe una tipificación penal en la legislación chilena que sancione la violencia de género de manera omnicompreensiva. Resulta también compleja la atribución a una persona

---

<sup>56</sup> Sagot *et al.* diferencian a la violencia patrimonial de otros tipos de violencia y la consideran más gravosa, pues estos agresores “alargan el brazo del control hasta donde otras formas de violencia no alcanzan a llegar”. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES, 2016, p. 6.

<sup>57</sup> MURMANN, 2021, p. 175.

concreta del ejercicio de violencia. Si se la interpreta como de orden estructural, podría provenir tanto de compañeros de colegio como de familiares o del aparato estatal.

La segunda dificultad que genera este tipo penal es en el ámbito de la imputación subjetiva, entendida como la voluntad de realizar el tipo objetivo (saber y querer) conociendo sus elementos, a título de dolo<sup>58</sup>. ¿Cómo se puede realizar una atribución de comportamiento doloso si no se estaba al tanto de la salud mental de la víctima? La subjetividad de la afectación psíquica, sobre todo considerando las posibilidades comisivas u omisivas del tipo penal, son cuestiones que dificultan la constatación de la imputación a título de dolo. Donde, por lo demás, de afirmarse la conducta dolosa, pareciera ser un contrasentido, sistemáticamente, que respecto del homicidio calificado y del femicidio, se produjera una reducción de la penalidad. ¿Por qué el suicidio femicida doloso tendría menor penalidad que el homicidio común o el femicidio? Admitir la conducta culposa no solo resulta aún más complejo desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad, sino que determinar, por ejemplo, una imprudencia temeraria en tanto falta extrema de cuidado por parte del autor resulta casi imposible considerando la variedad de posibilidades que pueden dar lugar a la violencia en términos del inciso segundo del art. 390 sexies CP.

Junto con lo anterior, hay que destacar la introducción del sufrimiento como hipótesis de violencia de género. El inciso segundo del art. 390 sexies señala como resultados posibles de la violencia de género: la muerte, el daño o el sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer como hipótesis alternativas. Es evidente que la muerte como resultado no genera grandes inconvenientes, lo mismo se podría decir del daño en su hipótesis física. Sin embargo, los supuestos de daño psicológico o sexual, así como de sufrimiento<sup>59</sup>, sí que resultan problemáticos.

Ni el sufrimiento ni el dolor son hipótesis que se comprenderían en los supuestos de lesiones de nuestro ordenamiento, si concurren de manera no asociada a una afectación física. La sistemática del CP trata a las lesiones bajo el epígrafe del § 3, Libro II, Título VIII como “Lesiones corporales”<sup>60</sup>, pero no referida a las eventuales lesiones mentales que no sean producto de una agresión física previa, sino aquellas generadas mediante, por ejemplo, un maltrato no constitutivo de herir o golpear, sino que cumpliendo con la hipótesis alternativa de simplemente “maltratar”, generando un vacío legal<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> ROXIN, 2003, p. 415.

<sup>59</sup> El sufrimiento es algo que se podría constatar por medio de los usos naturales que se le den al vocablo, aunque lo más probable es que su precisión tenga que coadyuvarse del derecho internacional. Especialmente en materia de tortura y otros tratos, donde la CIDH ha desarrollado más el concepto aun cuando sigue siendo problemático. Caso emblemático es Estrella vs. Uruguay, de 29 de marzo de 1983, en el que luego de secuestrar a la víctima, un conocido pianista, se le amenaza con cortarle las manos con una sierra eléctrica (§ 8.3), provocándole tal sufrimiento que quedó con daño psicológico permanente. Un excelente análisis de la función del sufrimiento y sus difíciles contornos en la jurisprudencia internacional en el contexto de tortura y otros tratos en: BUENO (2003); y HERNÁNDEZ (2021).

<sup>60</sup> Así también POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, 2004, p. 111.

<sup>61</sup> MATUS Y RAMÍREZ, 2021, p. 116. Si bien existen tipos especiales de maltrato atendido a las víctimas o las circunstancias (ejemplar: art. 291 bis; 403 bis), el maltrato genérico psíquico, salvo el habitual de la Ley N° 20.066 no está regulado en Chile.

La sola provocación de daño, sufrimiento o dolor, no son supuestos que se subsuman en la sistemática actual de las lesiones. Garrido se ha referido a la incorporación explícita del sufrimiento<sup>62</sup> como consecuencia del maltrato de obra, afirmando acerca de la tortura que incluso la que “puede dirigirse a la mente” se subsumiría en el concepto de lesiones del ordenamiento chileno<sup>63</sup>. Etcheberry sostiene que las lesiones comprenderían la salud, entendida como el “normal funcionamiento, desde el punto de vista fisiológico, de los órganos del cuerpo humano, pero es extensiva también a la salud mental, o sea, al equilibrio de las funciones psíquicas”<sup>64</sup>. La subsunción natural de la lesión mental en Chile, de admitirse, sería en el art. 391 n° 1 CP, donde se regula el maltrato de obra con consecuencia psíquica, pero si y solo si la persona resulta demente<sup>65</sup>. Las lesiones que consisten en meras vías de hecho –afectación física sin resultado lesivo– no serían punibles, donde se subsume también el “causar dolor”, pues no se produciría un resultado lesivo<sup>66</sup>. El concepto de salud sí que incorpora la arista psíquica, pero no el causar dolor ni sufrimiento sin resultado objetivamente perceptible, cuestión que dista de la lectura de estos conceptos en otros supuestos más cercanos a las torturas o vejaciones del art. 150-A o 150-D CP<sup>67</sup>.

La “Ley Antonia” alude nuevamente al “sufrimiento”, pero esta vez en la modificación del art. 330 CPP, donde se señala que “en relación con la víctima, no se podrán realizar interrogatorios ni conainterrogatorios que humillen, causen sufrimiento, intimidan o lesionen su dignidad”. Es decir, si la víctima considera que los interrogatorios o conainterrogatorios le causan sufrimiento, estos simplemente no tendrían lugar. La redacción del artículo no entrega un criterio de ponderación útil al caso concreto, sino que da cuenta de una regla con carácter más bien absoluto de determinación exclusiva por parte de la víctima, pues finalmente, es ella quien decide si sufre o no.

Una norma de esta naturaleza tiene importantes repercusiones en el proceso penal, en cuanto a la igualdad de armas, el derecho a un juicio justo y a una defensa adecuada. Es imperativo definir qué es el sufrimiento y cuándo este será lo suficientemente relevante como para impedir a una de las partes, particularmente a la defensa, ejercer su labor en

---

<sup>62</sup> Garrido realiza la necesidad de distinguir entre dolor y sufrimiento, por una parte; y meras molestias, por la otra. Si bien no esclarece cuándo tienen lugar unos y otros, da un ejemplo y señala aludiendo a su vez a Etcheberry que: “hacer cosquillas o lanzar al agua a una persona importa para esta una incomodidad, pero prolongar considerablemente tales acciones puede significar un martirio”. GARRIDO, 2010, p. 159.

<sup>63</sup> GARRIDO, 2010, p. 157.

<sup>64</sup> ETCHEBERRY, 1997, p. 112.

<sup>65</sup> Tanto Garrido, Matus y Ramírez son partidarios de la enunciación ejemplar de la demencia, no siendo restrictiva a considerar también otras patologías resultativas. MATUS Y RAMÍREZ, 2021, p. 120; GARRIDO, 2010, 155.

<sup>66</sup> Una discusión similar tiene lugar en la doctrina alemana, donde, *de lege lata*, la incorporación de los perjuicios psíquicos no serían susceptibles de ser interpretados bajo el § 223 ss., debido a la exigencia de la provocación de un estado objetivo patológico o somático. Las lesiones psíquicas podrían subsumirse si tienen un resultado objetivamente constatable como un síndrome, por ejemplo, en tanto resultado de *mobbing*. Así PAEFFGEN Y BÖSE, 2017, p. 2139.

<sup>67</sup> Hernández sostiene que los tratos degradantes también suponen un causar dolor o sufrimiento, aunque no de manera grave, siempre que tengan por finalidad humillar a la víctima. HERNÁNDEZ (en prensa), p. 7.

juicio de manera celosa. Esto se puede traducir en un problema práctico en una temática que también tiene un cariz de género y es el concepto de la “víctima ideal”. Estereotipos que sindicaron a ciertas personas como las víctimas apropiadas respecto de ciertos ilícitos. Christie entiende que las víctimas ideales al experimentar el crimen o la violencia, sufren o se comportan de una determinada manera acorde con ese rol y quien no lo hace, en alguna medida, no es lo “suficientemente víctima”; pero que, de hacerlo, permite que otras personas le “otorguen legítimamente el estatus de víctima”<sup>68</sup>. El sufrimiento de una víctima puede manifestarse o no, ser extemporáneo al juicio, no externalizarse, etc., se puede incluso determinar por situaciones culturales, experienciales, biológicas, etc. La determinación judicial y pericial, más allá de la mera expresión por parte de quien dice sufrir, en este caso, la víctima, parece ineludible.

Los conceptos jurídicos de compleja determinación son actualmente legión. La ya mencionada “Ley Adriana”, contempla como una de las conductas constitutivas de violencia ginecoobstétrica en su artículo 4 b) el: “demostrar insensibilidad, ignorar deliberadamente, subvalorar o acallar el dolor o las enfermedades, por parte del personal de salud en dicho contexto”<sup>69</sup>. Pero ¿qué es demostrar insensibilidad y cómo se puede determinar esto de manera objetiva, considerando que los patrones de sensibilidad y empatía dependen de factores sumamente diversos: patológicos, sociales, culturales, experienciales, etc., pero que no son necesariamente jurídico-penalmente relevantes?

Como se puede ver, las dificultades empíricas y forenses de estas regulaciones son una realidad. La frase de Bentham respecto del uso de la razón y la ley para la obtención de la felicidad en el Estado social, cobra más sentido que nunca. En cuanto sindicó como sistemas racionales de justicia deficitarios, aquellos que se “ocupan de sonidos en lugar de sentido, de fantasías en lugar de razón, de oscuridad en lugar de luz”<sup>70</sup>, y eso es lo que, a juicio de esta intérprete, está ocurriendo con una agenda de género que pierde la bitácora de la utilidad y coadyuva al sistema penal en aras de uno más bien superficial en su efectividad pero dotado de la apariencia de pertinencia.

### III. LA NECESIDAD DE CONTROL RACIONAL

Coincidente con el llamado populismo penal, en el que se utiliza la regulación penal para influir electoralmente en la opinión popular o en la percepción ciudadana de aprobación<sup>71</sup>, las políticas de género no han logrado encausar las medidas legislativas de cara a un efecto preventivo de la violencia contra la mujer<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> CHRISTIE, 2014, p. 278.

<sup>69</sup> Boletín 12148-11 de 2 de octubre, 2018.

<sup>70</sup> BENTHAM, 2008, p. 11.

<sup>71</sup> CIGÜELA, 2020, p. 6.

<sup>72</sup> Laurenzo enfatiza en importancia de políticas de detección de riesgos y da cuenta del problema sociocultural detrás de la violencia de género. Señalando, sobre el rol del Derecho penal: “Está de sobra

El problema del populismo penal es que sus regulaciones finalmente rigen sin importar su génesis, volviendo imperativo formular una interpretación funcional por parte del destinatario de la norma. Ese es, *de lege lata*, el único control racional posible.

*Ad portas* de aprobarse la ya mencionada modificación al estupro, es necesaria no solo una propuesta interpretativa de las normas vigentes, sino que *de lege ferenda* un freno legislativo a estas leyes con –aparente– perspectiva de género. Advierte Hörnle, a raíz de los cambios que se han percibido luego del movimiento #MeToo, la necesidad de cuestionar este nuevo Derecho penal identitario, de su utilidad y de los cambios sociales de comportamiento que esto genera, pero sobre todo, los riesgos que ello implica para eso que quiere proteger: la autonomía de las mujeres. Señala Hörnle que “poner el énfasis en la victimización no conduce al empoderamiento de las mujeres”<sup>73</sup> y su consideración como sujetos de derecho y no objetos de protección cercanos a la inimputabilidad es lo que debiera ser presupuesto de una política de género que desafía al sistema político y social<sup>74</sup>.

En materia de incorporación de género en la legislación chilena, pareciera ser poco o inexistente el desarrollo dogmático de carácter estrictamente penal de orden crítico o aquel que cuestione la productividad legislativa en esta área a la luz del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, del aumento de penas o expansión de la conducta típica<sup>75</sup>. Tampoco colabora en el esclarecimiento el debate parlamentario<sup>76</sup>. Quedan aún innumerables aspectos penales que deben ser modificados en aras de lograr un Derecho penal con perspectiva de género, el problema es la vía para hacerlo de manera efectiva y coherente con los principios generales del Derecho penal y procesal penal<sup>77</sup>. Una de estas batallas que, me atrevo a ponderar como próxima escena de discusión en materia de género en el ámbito penal, es la flexibilización de la legítima defensa en casos con y sin confrontación<sup>78</sup>; el caso del “tirano doméstico”, discusión reiterada en la doctrina alemana<sup>79</sup>.

---

demostrado que el Derecho penal no es una herramienta idónea para cambiar de raíz las estructuras sociales, único escenario en el que se puede imaginar una vida libre de violencia”. LAURENZO, 2015, p. 815.

<sup>73</sup> HÖRNLE, 2019, p. 151.

<sup>74</sup> En este sentido también DÍEZ RIPOLLÉS, 2019, p. 2 ss.

<sup>75</sup> Ejemplares de artículos con perspectiva principalmente penal: CORN (2015); VILLEGAS (2012); CASTILLO MONTT (2020). Algunas investigaciones en el ámbito penal dan cuenta de los vacíos legislativos, pero sin propuestas interpretativas *de lege lata*. Así, SANTIBÁÑEZ Y VARGAS (2011); CORN (2015); CUEVAS (2018).

<sup>76</sup> En este sentido las intervenciones de la senadora Isabel Allende, en el contexto de la discusión en el Senado de la “Ley Antonia”, véase: <https://www.senado.cl/ley-antonia-unanime-respaldo-a-norma-que-evita-la-revictimizacion-de>

<sup>77</sup> Esta pregunta se plantea de manera muy interesante en el artículo de Burman, acerca del rol del Derecho penal en el establecimiento de la igualdad, así BURMAN, 2010, pp. 173-188.

<sup>78</sup> La CA de Antofagasta absolvió a una mujer en contexto de violencia doméstica por considerar que actuó en legítima defensa, interpretando el estado de violencia doméstica que vivía como un estado de “agresión incesante”. CA de Antofagasta, rol 648-2021, de 24.07.2021, Considerando 10°.

<sup>79</sup> Para una exposición más profunda de esta discusión: LARRAURI, 1994, p. 22, quien sostiene que la mujer tiene un baremo diferente en cuanto al objeto que utiliza para su defensa; DRESSLER, 2006, p. 6, donde señala con perplejidad cómo sus estudiantes ante la pregunta de la legitimidad de matar o no al marido durmiendo, defienden esta posibilidad de la mujer casi como una “moralidad justificable”.

La incorporación de la perspectiva de género en la legislación penal alemana opera –se podría afirmar de manera preliminar– con una lógica inversa a lo que ocurre en Chile. Las consideraciones de género se miran con suspicacia bajo estricto rigor de concordancia con los principios penales de aplicación general<sup>80</sup>. Es tanto el apego a estos principios rectores, que la doctrina tiende a mostrar –*prima facie*– aparente resistencia a las consideraciones de género en materia penal, sin desconocer, por cierto, la problemática existente<sup>81</sup>.

No obstante, al igual que en Chile, se reconocen ciertas hipótesis delictivas donde la perspectiva de género es ineludible. Ejemplo de ello es, precisamente, el estado de necesidad exculpante en contextos de violencia doméstica sin confrontación. La discusión referente a la racionalidad del medio empleado en legítima defensa y el tirano doméstico son objetos de discusión constantes en la doctrina<sup>82</sup> y jurisprudencia<sup>83</sup>. Poniendo énfasis no en la obviedad de la desigualdad de masa física y la realidad de violencia doméstica que deja mayoritariamente en situación de vulnerabilidad a las mujeres, sino que proponiendo una reinterpretación del estado de necesidad defensivo para darle una salida a esta problemática de violencia que viven las mujeres. Pero no intenta crear –como sería probablemente la decisión chilena– una nueva ley que modifique la legítima defensa para recoger una perspectiva de género. Es decir, la modificación que se introduce es una reformulación interpretativa y no necesariamente legal<sup>84</sup>.

En otras áreas, sin embargo, como el aborto, la regulación que llevó a la despenalización de la interrupción del embarazo consentido se inició a raíz de la discusión pertinente al estado de necesidad por parte de la madre en relación con el feto<sup>85</sup>, partiendo de una reformulación interpretativa y aterrizando en una reforma legal. Esto es, precisamente, lo que debiera ponderarse como reconstrucción racional de las normas con perspectiva

---

<sup>80</sup> Cfr. HEHENBERGER, 2010, p. 105 ss.

<sup>81</sup> En un sentido similar Hörnle, que cuestiona el uso de las llamadas *funas* por medio de redes sociales en aras de instaurar una suerte de sistema de justicia informal, sindicándolo como “un castigo desproporcionado en algunos supuestos”. HÖRNLE, 2019, p. 150.

<sup>82</sup> GROPP, 2015, p. 296; KINDHÄUSER, 2017, p. 1623; ROXIN Y GRECO, 2020, p. 876.

<sup>83</sup> Clásico es el ejemplo del “Haustyrannen-Fall” (caso del tirano doméstico) de la mujer víctima de violencia doméstica que le entierra el cuchillo a su marido y fue condenada en tanto haber usado un medio demasiado lesivo para repeler el ataque, bajo el supuesto de que “debido a su conocimiento” del comportamiento violento de su marido, ella sabía o debería saber del comportamiento agresivo de su marido. Se utiliza en su contra el carácter de víctima, BGH de 11 de enero de 1984, JZ, pp. 529-530. En un caso un poco más mesurado, se encuentra la resolución del BGH de la ya asentada discusión acerca de la legítima defensa y del estado de necesidad exculpante del §35 StGB, BGH 25-3-2003. NJW 2003, pp. 2464-2468. Esta terminología para referirse a las tiranías privadas, sin embargo, no es exclusiva del derecho penal alemán, sino que también se utiliza en alguna literatura anglosajona, que utiliza el término “terrorismo íntimo”, así MASLOW, 1996, pp. 757-808.

<sup>84</sup> Gropengießer hace una tímida propuesta sobre una eventual necesidad de regulación expresa en materia de estado de necesidad defensivo en casos de legítima defensa sin confrontación en contextos de violencia doméstica, GROPENGEIßER, 2008, p. 181.

<sup>85</sup> Y aun así, señala Eser, existen ciertos casos de interrupción del embarazo que no son susceptibles de ser solucionados de manera abstracta por el legislador, sino que deben ser ponderados en el caso concreto y resueltos por el juez. ESER, 1971, p. 243.

de género en materia penal: reconstrucción interpretativa por parte de doctrina y jurisprudencia, con un necesario descanso productivo por parte del legislador. Punto de partida debiese ser delimitar el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, tales como el sufrimiento o el dolor, que no son ni pueden ser integrados interpretativamente por la mera percepción de la víctima, al menos no si queremos jactarnos de la existencia de un sistema penal racional que orbite sobre el derecho penal de actos y no de autor ni de víctima. Resulta legítimo también preguntarse por el divorcio de la vía penal como respuesta a las demandas de género y abrirse a la pregunta por una ley integral que abarque medidas administrativas y sociales efectivas no punitivas.

#### IV. CONCLUSIÓN

La avanzada de la normativa con enfoque de género, si bien necesaria, no implica necesariamente un balance positivo en su implementación. Se han generado problemas sistemáticos en la legislación penal y serias dificultades en la concordancia con los principios rectores del Derecho penal y procesal penal. Cuestión que debiera revisarse en su formulación interpretativa en aras de poder armonizar las nuevas leyes con principios como la presunción de inocencia, legalidad y debido proceso. Junto con ello, parece recomendable frenar el avance desmesurado de leyes reaccionarias punitivas en aras de revisar su efectividad de cara al propósito que tiene la incorporación de género en la ley chilena: prevenir y sancionar de manera eficiente la violencia de género. Es legítimo preguntarse, sin embargo, si la regulación penal no ha avanzado más en una victimización excesiva de las mujeres, y si no sería más eficiente abrirse a una regulación administrativa integral y eficiente en el largo plazo que a una política reactiva.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA, J. R. (coord..) 2023: *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”, Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona: Atelier.
- ÁLVAREZ, “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3, pp. 1-28, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8869588> [Fecha de consulta: 13.07.2023].
- BELMAR, Daniela, 2018: *A nadie se culpe de mi muerte: Suicidios entre 1920-1940*, Santiago y San Felipe: Universidad Alberto Hurtado.
- BENTHAM, Jeremy, 2008: *Los principios de la moral y la legislación*, Buenos Aires: Claridad.
- BONAVITTA, Paola; PRESMAN, Clara; CAMACHO, Jeli, 2020: “Ciberfeminismo. Viejas luchas, nuevas estrategias: el escrache virtual como herramienta de acción y resistencia”, *Anagramas Rumbos y Sentidos de la Comunicación*, 18 (36), pp. 159-180. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/anagramas/article/view/2863/2874> [Fecha de consulta: 15.07.2023].
- BUENO, Gonzalo, 2003: “El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 2003/B. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 603-628.

- BURMAN, Monica, 2010: "The Ability of Criminal Law to Produce Gender Equality: Judicial Discourses in the Swedish Criminal Legal System", *Violence Against Women*, vol. 16, n° 2, pp. 173-188.
- CABRERA, Karen; JIMÉNEZ, Carlos, 2021: "La cultura de la cancelación en redes sociales: Un reproche peligroso e injusto a la luz de los principios del derecho penal", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10 n° 2, pp. 277-300.
- CARNEVALI Rodríguez, Raúl, 2008: "Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional", *Ius et Praxis*, año 14 N° 1, pp. 13-48.
- CARUSO, Viviana, 2023: "Requiem por los abusos sexuales", en Pastora García y Viviana Caruso (directoras), *La perspectiva de género en la ley del "solo sí es sí"*. Coruña: Colex, S. L., pp. 95-114.
- CASTILLO Ara, Alejandra, 2010: *Aborto e infanticidio: Cómo sostener una adecuada defensa*, disponible en: <https://www.dpp.cl/resources/upload/d94a57f340a1eb8245508ee628145667.pdf>. [Fecha de consulta: 17.02.2023].
- CASTILLO Montt, Pablo, 2020: "Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile", *Actualidad Jurídica*, v.21:no.41, 2020, ene, pp. 167-188.
- CHRISTIE, Nils, 2014: *Vida social, un lenguaje para interpretar. Textos escogidos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CIGÜELA, Javier, 2020: "Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-12 (2020), pp. 1-40.
- CONTRERAS, Pablo y, Domingo LOVERA, 2021: "Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena", *Derecho PUCP*, n° 87, pp. 345-371.
- CORN, Emanuele, 2015: "Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII-N° 1, pp. 193-216.
- CUEVAS, Fernanda, 2018: "Parir en Chile: violencia obstétrica y vulneración a los Derechos Humanos. Crítica a la ausencia de regulación en la ley chilena con perspectiva de género", *Revista Némesis*, 1(14), pp. 88-111.
- CURY, Enrique, 2009: *Derecho Penal. Parte General* (9ª ed.), Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DELGADO Castro, Jordi; PALOMO, Diego; DELGADO, Germán, 2017: "Autotutela, solución adecuada del conflicto y repossession: revisión y propuesta", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24-N° 2, 2017, pp. 265-289.
- DEPARTAMENTO de Estudios, extensión y publicaciones, 2016: *Conceptos de violencia doméstica y sus clases, Chile y Derecho comparado*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN.
- DÍEZ Ripollés, José Luis, 2019: "Alegato contra un derecho penal sexual identitario", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 21-10 (2019), pp. 1-29.
- DONOSO, Claudia, 2016: "Despenalización del aborto en Chile. Una cuestión de justicia social", *Acta Bioethica*, vol. 22, n° 2, pp. 159-167.
- DRESSLER, Joshua, 2006: "Battered Woman and sleeping abusers: Some reflections", *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3, pp. 1-16.
- DUCE, Mauricio, 2019: "Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica", *Revista de derecho* (Coquimbo. En línea), vol. 26, 2019. Disponible en: [http://www.proyectoinocentes.cl/repositorio/1/364/centro\\_de\\_documentacion](http://www.proyectoinocentes.cl/repositorio/1/364/centro_de_documentacion) [Fecha de consulta: 17.07.2023].
- ESER, Albin, 1971: Schwangerschaftsabbruch in der strafrechtlichen Diskussion, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Originalbeitrag erschienen in: Theologische Quartalschrift 151 (1971), pp. 238-253.

- ETCHEBERRY, Alfredo, 1997: *Derecho penal. Parte Especial*, Tomo III (3ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, José Manuel, 2019: “La Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: un estudio preliminar”, *Política Criminal*, vol. 14, N° 28, Art. 14, pp. 492-519.
- GARCÍA, Pastora, 2023: “El precio de una reforma penal fruto de la presión social”, en: Pastora García y Viviana Caruso (directoras), *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Coruña: Colex, S. L., pp. 27-56.
- GARCÍA, Manuel, 2023: “Avances en la tutela de los derechos de las víctimas de violencias sexuales en España ¿cómo hacerla efectiva en el marco de la ley integral para la garantía de la libertad sexual?”, en: Pastora García y Viviana Caruso (directoras), *La perspectiva de género en la ley del “solo sí es sí”*. Coruña: Colex, S. L., pp. 331-358.
- GARRIDO, Mario, 2010: *Derecho penal. Parte especial*, Tomo III (4ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GROPENIEßER, Helmut, 2008: *Der Haustyrannenmord. Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- GROPP, Walter, 2015: *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4ª edición). Berlin, Heidelberg: Springer.
- HEHENBERGER, Susanne, 2010: “Sexualstrafrecht und Geschlechterordnung im frühneuzitlichen Österreich\*”, en: Gaby Temme y Christine Künzel (editoras), *Hat Strafrecht ein Geschlecht? Terrorismus und Geschlecht*. Bielefeld: Transcript, pp. 101-118.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2021: “La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización”, en Jime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 511-564.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2023: “El delito de vejación injusta como límite inferior de los agravios contra las personas infligidos por empleados públicos”, *Libro homenaje a Luis Rodríguez Collao* (en prensa). Referencia al manuscrito con autorización del autor.
- HÖRNLE, Tatjana, 2019: “#MeToo ¿Implicancias para el derecho penal?”, en Leandro Días (editor), *Letra: Derecho Penal*, año V, número 9.
- JANCIK, Ivana Guadalupe, 2020: “Feminismo y punitivismo. Análisis del surgimiento de funas a varones en Argentina”. *Revista Némesis*, n° XVI.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017: “§ 32”, en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ulrich Paeffgen (editores), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar* (5ª edición). Baden-Baden: Nomos, pp. 1603-1650.
- LARRAURI, Elena, 1994: “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal”, *Jueces para la Democracia*, N° 23, pp. 22-23.
- LAUBENTHAL, Klaus; BAIER, Helmut; NESTLER, Nina, 2010: *Jugendstrafrecht* (2ª edición). Heidelberg: Springer.
- LAURENZO, Patricia, 2015: “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° 35, pp. 783-830.
- LOVELUCK, Benjamin, 2020: “The many shades of digital vigilantism. A typology of online self-justice”, *Global Crime* 21(3-4) (2020), pp. 213-241.
- MACKINNON, Catharine A., 1995: “Pornography Left and Right,” *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review* 30, pp. 143-168.
- MARTIN Diz, Fernando, 2018: “Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, pp. 19-66.
- MASLOW Cohen, Jane, 1996: “Regimes of private tyranny, ¿What do they mean to morality and for the criminal law?”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 57, pp. 757-808.

- MATUS, Jean Pierre, 2008: "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", *Política Criminal*, N° 5, 2008, A5-5, pp. 1-35. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2712460](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712460) [Fecha de consulta: 15.07.2023].
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2021: *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Valencia: tirant lo blanch.
- MCGORRERY, Paul y MCMAHON, Marilyn, 2019: "Causing someone else to commit suicide: Incitement or manslaughter?", *Alternative Law Journal*, Vol. 44 (1).
- MURMANN, Uwe, 2021: *Grundkurs Strafrecht* (6ª edición). München: C.H.Beck.
- PAEFFGEN, Hans-Ulrich y BÖSE, Martin, 2017: "§ 223", en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ulrich Paeffgen (editores), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar* (5ª edición). Baden-Baden: Nomos, pp. 2127-2150.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, 2004: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica.
- PUPPE, Ingeborg, 2017: "§§ 28, 29", en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ulrich Paeffgen (eds.), *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar* (5ª edición). Baden-Baden: Nomos, pp. 1279-1318.
- ROXIN, Claus, 2003: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luis, 2020: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (5ª edición). C.H. Beck: München.
- RUSSELL, Diana; CAPUTI, Jane, 1990: "Femicide, Speaking the Unspeakable", *Ms. Magazine*, September/October, pp. 34-37.
- RUSSELL, Diana; HARMES, Roberta, 2006: *Feminicidio: una perspectiva global*. Universidad Autónoma de México: México D.F.
- SALINERO, Sebastián, 2013: La nueva agravante penal de discriminación. Los "delitos de odio", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, pp. 263-308.
- SANTIBÁÑEZ Torres, María Elena; VARGAS Pinto, Tatiana, 2011: "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 1, 2011, pp. 193-207.
- SCHEFFLER, Uwe, 1999: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid-besser als ihr Ruf? Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid", *Jahrbuch für Recht und Ethik, Annual Review of Law and Ethics*, vol. 7, Themenschwerpunkt: Der analysierte Mensch / The Human Analyzed, pp. 341-376.
- VAN Weezel, Alex, 2008: "Lesiones y violencia intrafamiliar", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 n° 2, pp. 223-259.
- VÁSQUEZ, Ainhoa, 2015: "Feminicidio en Chile, más que un problema de clasificación", *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, pp. 36-47.
- VILLEGAS, Myrna, 2012: "El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado", *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, Art. 2, pp. 276-317.
- WILENMANN, Javier, 2013: "El consentimiento de la mujer y el sistema del delito de aborto", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XL, pp. 281-319.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2010: "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno". *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, pp. 249-272.

### *Jurisprudencia citada*

- ESTRELLA vs. Uruguay, 29.03.1983 (CCPR/C/18/D/74/1980).
- BGH, 11.01.1984, JZ, pp. 529-530.
- BGH, 25.03.2003. NJW 2003, pp. 2464-2468.
- JUZGADO de Garantía de Talagante, 23.04.2008, RUC 0600667626-8.

5° Juzgado de Garantía de Santiago, 05.12.2008, RUC 0800184603-6.  
9° Juzgado de Garantía de Santiago, 29.05.2009, RUC 0800384116-3.  
9° Juzgado de Garantía de Santiago, de 7 de julio de 2009, RUC 0800775796-5.  
1° Juzgado de Garantía de Santiago, 23.10.2009, RUC 0800894084-4.  
JUZGADO de Garantía de Talagante, 14.02. 2011, RUC 0900138884-0  
TRIBUNAL Superior de Navarra 8/2018 de 30 de noviembre, sala civil/penal.  
TRIBUNAL Supremo 344/2019 de 4 de julio.  
CORTE de Apelaciones de Santiago, 14.05.2018, rol 1307-2018.  
CORTE Suprema, 06.05.2020, rol 1256-2020.  
CORTE Suprema, 11.12.2020, rol 90737-2020.  
CORTE de Apelaciones de Antofagasta, 24.07.2021, rol 648-2021.  
CORTE de Apelaciones de Copiapó, 16.08.2021, rol 243-2021.  
JUZGADO de Garantía de Rengo, 28.12.2021, rol 2512-2021.  
CORTE Suprema, 01.12.2022, rol 57392-2022.

## Desnudamiento forzado como vejación injusta\*

Héctor Hernández Basualto\*

### RESUMEN

*El artículo versa sobre la posición del desnudamiento forzado de personas en el sistema de los agravios contra particulares cometidos por empleados públicos en el Código penal chileno, sistema compuesto, en orden decreciente de gravedad, por la tortura (art. 150 A), los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 150 D) y la vejación injusta (art. 255). Sobre la base de una interpretación que subsume en el art. 150 D solo los tratos degradantes equivalentes en dolor o sufrimiento a los crueles o inhumanos, de la relativa menor gravedad del desnudamiento forzado en cuanto tal (es decir, sin circunstancias concomitantes que lo agraven sustancialmente) y de la refutación de la supuesta solución contraria en la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos y de Derecho penal internacional, se sostiene que el desnudamiento forzado constituye por regla general un supuesto de vejación injusta y no de apremios ilegítimos.*

Desnudamiento forzado; vejación injusta; apremios ilegítimos;  
tratos crueles, inhumanos o degradantes

### *Forced nudity as unjust humiliation*

### ABSTRACT

*The article deals with the position of forced nudity in the system of offenses against private individuals committed by public officers in the Chilean Criminal Code, a system composed, in decreasing order of severity, of torture (Art. 150 A), unlawful coercion or other cruel, inhuman or degrading treatment (Art. 150 D) and unjust humiliation (Art. 255). On the basis of an interpretation that subsumes in Art. 150 D only degrading treatment equivalent in pain or suffering to cruel or inhuman treatment, the relatively lesser gravity of forced nudity as such*

---

\* El siguiente trabajo formaba parte de uno más extenso, preparado como contribución al libro en homenaje a Luis Rodríguez Collao, del que debió desprenderse por razones de espacio. El autor espera que el ajuste sirva como renovado homenaje al querido colega porteño. Asimismo, agradece los certeros comentarios que el texto original recibió de Alejandra Castillo, Jaime Couso, Fernando Londoño, Cristián Riego, Angélica Torres y Ana Valverde, en un seminario interno de discusión en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

\*\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magíster y Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9985-7507>. Correo electrónico: [hector.hernandez@udp.cl](mailto:hector.hernandez@udp.cl).

Artículo recibido el 24.4.2023 y aceptado para su publicación el 21.8.2023.

*(i.e., without concomitant circumstances that substantially aggravate it) and the refutation of the alleged contrary solution in international case law on human rights and international criminal law, it is argued that forced nudity is generally a case of unjust humiliation and not of unlawful coercion.*

Forced nudity; unjust humiliation; unlawful coercion;  
cruel, inhuman or degrading treatment

## I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Este trabajo versa acerca del tratamiento jurídico-penal del desnudamiento forzado en el Derecho penal chileno. Por desnudamiento forzado se entenderá aquel impuesto a una persona por parte de un empleado público en el ejercicio de su cargo, sea que lo realice directamente el funcionario, sea que este obligue a la persona a desnudarse, sin tener derecho a imponerlo, en absoluto o, al menos, en el caso y en la forma en que lo hace<sup>1</sup>. La tesis que aquí se defenderá es que el desnudamiento forzado así delineado constituye, por regla general, un supuesto del delito de vejación injusta, en los términos del art. 255 del Código penal<sup>2</sup>, y no de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los términos del art. 150 D.

Presupuesto de la tesis es una interpretación del delito de vejación injusta conforme a la que el art. 255 recoge, por regla general, lo que en el Derecho internacional de los Derechos Humanos se conoce como *tratos degradantes*, en tanto que el art. 150 D, aunque se refiere expresamente a dichos tratos, los recoge solo en la medida en que la humillación que les es característica sirve de medio o es al menos circunstancia concomitante de la irrogación de un dolor o sufrimiento equivalente a la que es propia de los tratos crueles o inhumanos<sup>3</sup>. De acuerdo con esta interpretación, los abusos de poder por parte de funcionarios que no implican ejercicio de violencia ni provocación de terror en las

<sup>1</sup> Aunque el asunto no haya sido especialmente discutido en Chile, debiera ser pacífico, como lo es en el Derecho comparado e internacional, que, bajo ciertas circunstancias, básicamente por razones de seguridad, puede ser legítimo el desnudamiento con fines de registro. Los casos problemáticos son aquellos en que la conducta no persigue ningún fin legítimo, reservándose incluso en parte de la literatura la denominación desnudez forzada (*forced nudity*) para estos casos, en oposición a los registros con desnudamiento (*strip-searches*), sin perjuicio de que también estos últimos y, en general, cualquier desnudamiento impuesto con fines legítimos puede ser, no obstante, ilegítimo cuando se verifica sin satisfacer los presupuestos establecidos para ello, cfr. SJÖHOLM, 2018, p. 353.

<sup>2</sup> En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal chileno.

<sup>3</sup> La interpretación se desarrolla inicialmente en HERNÁNDEZ, 2023. Entre sus fundamentos se cuenta, por una parte, la constatación de que tanto en el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho penal internacional, a los tratos degradantes, no obstante formar junto con los tratos crueles e inhumanos una tríada que opera como alternativa menos grave frente a la tortura, se les reconoce dentro de esa tríada una menor gravedad, así como, por la otra, la necesidad de dotar de un contenido útil al delito de vejación injusta, considerando no solo que no fue suprimido por la Ley N° 20.968, sino también que esta lo reformuló como inequívoco peldaño inferior de un continuo de ilicitud que culmina con la tortura, elevando considerablemente su pena.

personas no satisfacen, por regla general, las exigencias del art. 150 D y son recogidas por el delito de vejación injusta; tal sería, precisamente, el caso en los supuestos de desnudamiento forzado *en cuanto tales*, es decir, por sí solos, en ausencia de otras formas de maltrato o circunstancias adicionales que aumenten su gravedad<sup>4</sup>.

Así formulado, pareciera que lo único decisivo sería la corrección o incorrección de esta interpretación general de la delimitación entre ambos delitos, de la que, de ser correcta, fluiría naturalmente que el desnudamiento forzado es un caso de vejación injusta, de modo que no sería necesario tematizar especialmente la conclusión respecto de este supuesto particular. Pero no es el caso. El desnudamiento forzado ha adquirido en el último tiempo una notoriedad y un peso simbólico en el debate de Derechos Humanos en el plano internacional y nacional que, al conectarse con la aplicación del Derecho penal interno, empujarían a un tratamiento más severo que el que viene sugerido por su gravedad *en cuanto tal* en comparación con otras formas de atropello estatal.

Sin ir más lejos, durante la discusión parlamentaria de lo que llegó a ser la Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que reformuló los tipos penales de tortura y de vejación injusta, junto con introducir el tipo intermedio de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>5</sup>, el desnudamiento forzado fue presentado por cierto sector como un caso paradigmático no ya de estos otros tratos, sino incluso de *tortura*. En efecto, ya en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados surgieron voces en favor de incluir en la definición de tortura la “desnudez forzada”<sup>6</sup>, lo que provocó posiciones encontradas entre algunos parlamentarios<sup>7</sup>, sin perjuicio de que, desde el bando favorable a dicha inclusión, se dijo que no sería necesaria una mención expresa, pues estaría comprendida en la descripción típica del delito de tortura<sup>8</sup>. Por su parte, el Ministerio de Justicia informó que el Ejecutivo no estaba a favor de incorporar una mención expresa de la desnudez forzada como parte de la definición de la tortura, “puesto que confunde una forma de comisión del delito con un elemento propio del tipo objetivo del [sic] tipo”<sup>9</sup>. En segundo trámite constitucional en el Senado se volvió

<sup>4</sup> Así, HERNÁNDEZ, 2023.

<sup>5</sup> Acerca de la Ley N° 20.968, en general, DURÁN, 2019, p. 202 ss.; HERNÁNDEZ, 2021, p. 522 ss.

<sup>6</sup> Propuesta de la representante de la Corporación Humanas, Camila Maturana, Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, de 9 de diciembre de 2015, Historia de la Ley N° 20.968, p. 52, incluyendo los “manoseos sexuales”.

<sup>7</sup> En contra, el diputado Bellolio y, tendencialmente, el diputado Boric, en cuanto llamaba a analizar el alcance de conceptos como el de desnudez forzada, “para evitar que finalmente el concepto de tortura se amplíe en exceso”; a favor el diputado Ojeda, los tres en el mismo informe, HL N° 20.968, p. 53.

<sup>8</sup> Opinión del abogado del Ministerio de Justicia, Fernando Mardones, mismo informe, HL N° 20.968, p. 50. Se refería al art. 161 bis propuesto por el proyecto, que establecía el delito de tortura como algo distinto y separado de lo previsto en los arts. 150 A y 150 B originales y definía la tortura en términos prácticamente idénticos a los del actual art. 150 A.

<sup>9</sup> Por el jefe de la División Jurídica, Ignacio Castillo, mismo informe, HL N° 20.968, p. 55, aunque lo funda en una muy problemática delimitación *subjetiva*: “Una desnudez forzada podría eventualmente constituir tortura cuando, además, se acompaña de los otros elementos subjetivos que requiere el tipo penal respectivo (la intencionalidad para lograr un fin determinado); pero también podría constituir un trato degradante: por ejemplo, si tiene por objeto buscar la humillación o vejación de quien la sufre”. En una línea similar,

a instar por un tratamiento especial de la desnudez forzada, sea haciendo notar simplemente una supuesta omisión del proyecto<sup>10</sup>, o bien proponiendo la consideración de toda forma de “violencia sexual” como constitutiva de tortura<sup>11</sup>, con lo que, en la medida en que la desnudez forzada constituye una forma de esa violencia según pronunciamientos internacionales, indirectamente se la elevaba a la categoría de tortura.

Esa visión, que, como se verá *infra* IV, no cuenta con respaldo de pronunciamientos jurisprudenciales internacionales (como, no obstante, se sugirió reiteradamente en la discusión parlamentaria), no logró imponerse legislativamente, con la consecuencia de que, en general, no se ha entendido que el desnudamiento forzado constituya *en cuanto tal* una forma de tortura en los términos del art. 150 A<sup>12</sup>. Pero es indudable que la sola existencia de ese debate puede influir, específicamente en favor de la tesis más severa en disputa, a la hora de abordar la cuestión aún no zanjada sobre si el desnudamiento forzado debe subsumirse en el art. 150 D o en el art. 255<sup>13</sup>.

Contra esa tendencia, en las páginas siguientes se procurará demostrar que tales propuestas, además de poco convincentes a la luz del sistema de la ley, carecen de respaldo tanto en el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho penal internacional, así como que dichos ordenamientos sugieren más bien que el desnudamiento forzado constituye por regla general un supuesto de *trato degradante* que, en consecuencia, de acuerdo con la interpretación del Derecho penal interno que aquí se defiende, es subsumible en el tipo de vejación injusta del art. 255.

---

la representante del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Patricia Rada, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 56, “indicó que el estándar internacional en la materia contempla que efectivamente en ciertos contextos la desnudez forzada es constitutiva de tortura”, sin indicar, lamentablemente, la fuente de ese supuesto estándar internacional.

<sup>10</sup> De nuevo, por la representante de Corporación Humanas, Camila Maturana, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 30 de agosto de 2016, HL Nº 20.968, p. 121 (en páginas previas se encuentra un extenso y documentado panorama de las fuentes internacionales en materia de violencia sexual). En esta intervención no es claro, sin embargo, que se instara por el tratamiento de la hipótesis como tortura. Destaca también un supuesto vacío provocado por la omisión la representante del INDH, Patricia Rada, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 142.

<sup>11</sup> Así, la propuesta del representante del INDH, Rodrigo Bustos, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 133 s.; y se puede entender como coincidente la propuesta del colectivo Mujeres sobrevivientes, siempre resistentes, a través de su representante Beatriz Bataszew, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 123 ss.

<sup>12</sup> Hasta la 3ª edición de su manual, MATUS y RAMÍREZ, 2019, p. 135 mantuvieron que constituía un caso de tortura “menos grave” del inciso cuarto del art. 150 A “obligar a las víctimas a desnudarse y exhibirse así frente a otros sin razón alguna”; con buen criterio han abandonado esa equiparación, entendiendo ahora que lo que podría llegar a constituir tortura sería la “exposición de prisioneros desnudos a temperatura o posiciones no naturales extremas”, MATUS y RAMÍREZ, 2021, p. 170.

<sup>13</sup> Salvo la opinión en favor del art. 255 en HERNÁNDEZ, 2023, al respecto no se conocen tomas de posición explícitas en la literatura. Los pocos pronunciamientos judiciales se analizarán *infra* V.

## II. DESPEJANDO MALENTENDIDOS

Cualquier discusión racional sobre el *status* jurídico-penal del desnudamiento forzado supone despejar previamente ciertos malentendidos que, al parecer, están incidiendo en (y distorsionando, en parte) la aproximación al asunto.

*En primer lugar*, conviene insistir en que lo que aquí está en discusión es el tratamiento que merece el desnudamiento forzado *en cuanto tal*, por su significación intrínseca y sin consideración de posibles circunstancias de maltrato adicionales. Por cierto, el desnudamiento forzado puede (y suele) dar lugar a tratos crueles o inhumanos o incluso a tortura. Más aún, puede decirse que es un estadio previo por excelencia para tratos más graves, como atestigua la abundante documentación de prácticas de tortura y otros tratos, también en Chile, donde, según da cuenta el Informe Valech, el desnudamiento y el vendaje de los ojos solían ser el paso previo común a las diversas formas de tortura y otros tratos practicados durante la dictadura militar<sup>14</sup>. Esto explica también, con seguridad, la rotunda afirmación del llamado Protocolo de Estambul en cuanto a que “[l]a tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante en las situaciones de tortura”<sup>15</sup>. Del tenor mismo de la afirmación se sigue, sin embargo y como es obvio, que el desnudamiento forzado no constituye *en sí mismo* los maltratos que le suelen seguir, sino solo una circunstancia que puede ser precedente o concomitante, y esto únicamente, como es natural, cuando tales maltratos tienen lugar de modo efectivo. Al igual que la privación de libertad, sin la cual es difícil imaginar un supuesto de maltrato de los que importan en este contexto, pero que sin duda no los constituye por sí sola, el desnudamiento forzado debe valorarse en su propio mérito, atendiendo a su gravedad intrínseca, por la sencilla razón, además, de que, como pasa con aquella, es perfectamente posible y usual que no dé pie a ningún maltrato adicional.

---

<sup>14</sup> Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura (Informe Valech), Santiago 2005, pp. 221, 226, 230 s., 233 ss., 237. p. 239. Al respecto, es oportuno destacar que el Informe emplea un concepto amplio de tortura, sin perjuicio de ello, tácitamente, hace dentro de él las distinciones que se hacen en la ley penal y en este trabajo. Es lo que explica que le dedique un apartado especial a las “humillaciones y vejámenes” (“no directamente asociados a otros métodos de tortura”), también calificados como tortura, aunque manifiestamente equivalentes a los tratos degradantes, apartado que se encuentra solo después del repaso de las formas universalmente reconocidas de tortura y de tratos crueles o inhumanos. Esto explica también que le dedique un apartado especial al desnudamiento como “un modo de tortura” (p. 241 s.), en el que, sin embargo, los testimonios recogidos refieren invariablemente maltratos adicionales inferidos mientras la persona estaba desnuda, siendo de destacar, por último, que el apartado se ubica después de aquel, ya mencionado, dedicado a las “humillaciones y vejámenes”.

<sup>15</sup> Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, § 215. Agrega: “La persona nunca es tan vulnerable como cuando se encuentra desnuda y desvalida. La desnudez aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento”.

Por cierto, la valoración jurídica del hecho habrá de ser otra, mucho más severa, si al desnudamiento forzado se agrega efectivamente el ejercicio de violencia sobre la persona, tocamientos con significación sexual, provocación de un miedo justificado de ser víctima de delitos más graves, exposición a condiciones de confinamiento inhumanas, etc. Pero si no es ese el caso, no parece sostenible atribuirle una gravedad equivalente a la de esos maltratos adicionales. La distinción no obedece, en absoluto, a una suerte de desdén por la situación de la víctima, sino a elementales consideraciones de proporcionalidad, a partir del hecho incontestable de que las víctimas pueden sufrir maltratos de muy distinta gravedad.

*En segundo lugar*, y en una línea similar, es indiscutible que el desnudamiento forzado por parte de agentes estatales es tanto una violación de los Derechos Humanos como un agravio típico y punible conforme al Derecho penal vigente. Lo único que está en discusión aquí es en qué nivel ha de ubicarse en un esquema legal que *distingue* inequívocamente entre tres niveles de gravedad a los que asigna distintas penalidades: tortura, apremios ilegítimos u otros tratos (cruels, inhumanos o degradantes, estos últimos entendidos del modo que se defiende en este trabajo, *supra* I) y vejación injusta. El Derecho internacional de los Derechos Humanos no siempre distingue en esta materia, básicamente porque la distinción no es necesaria para afirmar la responsabilidad internacional de un Estado, sino solo para ciertas consecuencias de dicha responsabilidad que, en todo caso, no están sometidas a una regulación rígida. En el plano del Derecho penal, en cambio, particularmente en el del Derecho penal nacional, las distinciones son la respuesta a un imperativo de racionalidad legislativa y de justicia<sup>16</sup>. En consecuencia, la sola afirmación enfática de estar frente a una violación de los Derechos Humanos (como si eso estuviera en duda) como argumento a favor de determinada interpretación de un Derecho penal nacional caracterizado por su elevado grado de diferenciación, representa, cuando menos, un grave error metodológico.

*En tercer y último lugar*, debe advertirse sobre la seria distorsión que puede provocar un traspaso literal del concepto de “violencia sexual” al análisis jurídico-penal. Este aspecto requiere ciertas explicaciones previas. Como se ha dicho (*supra* I), la del desnudamiento forzado ha sido presentada, no solo en Chile, como una cuestión de violencia sexual. Si bien esta calificación es discutible, cuando menos sí se pretende que tenga validez general, porque no parece que una posible connotación sexual sea inherente a la práctica, resulta indiscutible, con todo, que, en algunos o incluso en muchos casos, puede tener esa connotación, particularmente (aunque no solo) en desmedro de mujeres<sup>17</sup>. Es esta circunstancia la que conecta el desnudamiento forzado con el concepto de violencia sexual, concepto que ha sido desarrollado sobre todo en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, paradigmáticamente, para nosotros, en la Convención de Belém do

<sup>16</sup> De esto, centrado en la distinción entre tortura y otros tratos, HERNÁNDEZ, 2021, p. 535 ss.

<sup>17</sup> Acerca de la difícil cuestión de si es inherente al desnudamiento forzado una connotación sexual, así como si lo es solo respecto de mujeres o también de hombres, SJÖHOLM, 2018, p. 354 ss.

Pará<sup>18</sup>. Adicionalmente, el concepto ha sido recogido por la jurisprudencia internacional tanto en materia de Derechos Humanos como de Derecho penal internacional (sobre esto *infra* IV), siendo especialmente relevante para este trabajo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya afirmado en *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* que, en particular, la desnudez forzada constituye un caso de violencia sexual<sup>19</sup>.

Ahora bien, basta con una mirada superficial de las fuentes internacionales para comprobar que tanto el concepto de violencia contra la mujer como, en particular, el de violencia sexual exceden con creces el contenido de cualquier concepto de violencia al uso en Derecho penal. Si bien la Convención de Belém do Pará define la “violencia contra la mujer” como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer” (art. 1), se dice luego que esta incluye, además de la violencia física y psicológica, la violencia sexual, entendiéndose que esta comprende, entre otras conductas, también el *acoso sexual* en el trabajo, en establecimientos educacionales o de salud o en cualquier lugar (art. 2 b), mientras que el derecho a una vida “libre de violencia” incluye, entre otros, el derecho a ser “libre de toda forma de discriminación”, así como “a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (art. 6). Pues bien, ninguno de estos supuestos constituye violencia para el Derecho penal (tampoco un delito sexual no violento), y si bien la gravedad intrínseca de conductas de acoso sexual o de discriminación en razón del sexo es indiscutible, al mismo tiempo es obvio que, en términos relativos, en el Derecho penal nacional distan de estar en el mismo umbral de gravedad que aquel en que se encuentran, por ejemplo, la violación o los abusos sexuales, y están también muy lejos de lo que puede entenderse por tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Consecuentemente, la calificación de una conducta como violencia o violencia sexual desde esta perspectiva particular no puede ser decisiva para los efectos de su calificación jurídico-penal, particularmente para los efectos de la aplicación del Derecho penal nacional. Esto es importante, porque, en el esquema interpretativo que aquí se defiende, la regla general es que el ejercicio de violencia contra una persona por parte de un sujeto calificado debe calificarse cuando menos como “otros tratos” y no como vejación injusta (*supra* I), de modo que una asunción acrítica de la calificación del desnudamiento forzado como violencia sexual llevaría sin más a entender satisfechas las exigencias del art. 150 D, lo que sería un error.

Con estas prevenciones en mente, se puede abordar ahora la comprobación de que el desnudamiento forzado “puro y simple” realiza, de acuerdo con la interpretación que aquí se defiende (*supra* I), el tipo penal de vejación injusta y no el de apremios ilegítimos u “otros tratos”.

<sup>18</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 9 de junio de 1994, ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996 y publicada en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1998.

<sup>19</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 2006, § 306. El caso se analiza con más detalle *infra* IV.

### III. LO QUE SUGIERE EL SISTEMA DE LA LEY

Es indudable que el desnudamiento forzado es un comportamiento altamente reprochable, que humilla a la víctima y la pone en una situación de gran vulnerabilidad, pero es claro también que, en cuanto tal, no constituye, como se ha dicho, un ejercicio de violencia en los términos del Derecho penal, que parece ser lo propio de los apremios ilegítimos u otros tratos, en la medida en que resulta poco plausible, por ejemplo, calificar una paliza solo como una “vejación”. Esta última calificación, en cambio, parece adecuada respecto del solo desnudamiento forzado sin violencia ni provocación de terror. El ejemplo mencionado permite, además, plantear el asunto desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues resulta especialmente contraintuitivo aplicar el mismo marco penal al agente estatal que obliga a desnudarse a una persona detenida, que al funcionario que, además, le da una paliza<sup>20</sup>.

Es llamativo también que, a pesar de la significación sexual que se le atribuye con tanto énfasis en el debate y que, por cierto, parece indudable en algunos casos, el desnudamiento forzado no constituye por sí mismo una interacción sexual jurídico-penalmente relevante en el Derecho penal común, es decir, fuera del ámbito de los abusos calificados por la calidad de funcionario del agente. Esto último merece comentario especial. Al respecto, es significativo recordar que, en el Derecho chileno, la misma conducta realizada por un particular puede calificarse ciertamente como un delito contra la libertad (amenazas condicionales, de los arts. 296 o 297, según si el mal amenazado tiene carácter delictivo o no) y eventualmente como un delito contra el honor (injurias de obra, por autoría mediata, probablemente graves, del art. 417 N° 4), pero no como un delito “sexual”. Y esto con independencia del efecto que en definitiva se le reconozca a la existencia del tipo penal específico del inciso segundo del art. 366 quáter sobre la posibilidad de apreciar la realización de un abuso sexual por autoría mediata mediante la instrumentalización de la propia víctima<sup>21</sup>. Porque incluso si se acepta que determinar

---

<sup>20</sup> Si no se provocan lesiones graves, lo normal será que las lesiones se entiendan absorbidas en un tipo penal que, como el del art. 150 D, presupone ejercicio de violencia como regla general (en cuanto irrogación de dolor o sufrimiento físico, entre otras posibilidades). La posible absorción de otros delitos es más discutible.

<sup>21</sup> Si bien durante la tramitación de la Ley N° 19.617 de 1999 se entendió que la formulación legal del abuso sexual incluía los casos de autoría mediata por instrumentalización de la propia víctima, haciendo que ella realizara sobre sí misma una acción sexual (Informe de la Comisión Mixta, de 5 de noviembre de 1998, Historia de la Ley N° 19.617, p. 442), lo que conceptualmente merecería aprobación, se puede sostener que el inciso segundo del art. 366 quáter tiene un efecto de “bloqueo” del castigo de las conductas tipificadas cometidas mediante la instrumentalización de la víctima. Si se asume que la ley ha querido prodigarles más y no menos protección a los menores de edad, particularmente a los impúberes, no tiene sentido que haya establecido un tipo penal *privilegiado* de abuso sexual a su respecto, porque la conducta directamente tipificada en el inciso segundo del art. 366 quáter acarrea menos pena (presidio menor en su grado máximo) que los abusos sexuales en su contra (art. 366 bis) en autoría mediata (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo). Más bien, por coherencia valorativa, habría que asumir que en este contexto la ley descarta una autoría mediata por instrumentalización de la víctima, y si esto es así respecto de impúberes, debiera serlo también respecto de púberes y adultos, sin perjuicio de que respecto de los primeros sea aplicable (ahí sin distorsión de pena) el tipo específico del inciso tercero del art. 366 quáter.

coactivamente a una persona “a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro” es punible bajo el tipo de abusos sexuales por autoría mediata, parece existir consenso en la literatura en cuanto a que el solo desnudamiento, sin conductas o circunstancias adicionales, no constituye una “acción de significación sexual” en los términos del inciso segundo del art. 366 quáter<sup>22</sup>, de modo que tampoco debiera constituir una “acción sexual” en los términos del art. 366 ter, para los efectos de los art. 366 y 366 bis.

Así pues, lo normal será que el desnudamiento forzado puro y simple solo constituya amenazas condicionales e injurias de obra, configurándose, en consecuencia, un hecho en el que sobresalen el *sometimiento* y la *humillación* de la víctima por sobre la irrogación de dolor o sufrimiento, precisamente los factores característicos de la vejación injusta (o tratos degradantes genéricos, en los términos que se han defendido aquí, *supra* I), no de los apremios ilegítimos u otros tratos.

#### IV. ¿QUÉ SE PUEDE EXTRAER REALMENTE DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL?

Como se ha dicho, la invocación de “estándares internacionales” ha sido constante entre los partidarios del tratamiento más severo posible del desnudamiento forzado. En ausencia de normas internacionales referidas específicamente a la materia, ha de entenderse que tales estándares se expresan en la jurisprudencia internacional, tanto de Derechos Humanos como en sede penal. Pues bien, una revisión de dicha jurisprudencia muestra que la tesis que aquí se defiende no solo no se ve contradicha por ella, sino que más bien parece recibir su respaldo.

Para evitar posibles malentendidos, debe aclararse que aquí no se entiende que dicha jurisprudencia, que, desde luego es solo puntualmente vinculante y versa en parte solo respecto de la responsabilidad internacional del Estado, determine de algún modo lo que debe ser la interpretación del Derecho penal chileno, sino simplemente que ofrece un panorama conceptual relativamente concordante con la interpretación esbozada en las páginas precedentes. Con ello, en todo caso, pierde sustento su invocación por parte de la tesis contraria.

---

<sup>22</sup> Así, RODRÍGUEZ, 2022, p. 278 descarta tajantemente que el desnudamiento sea en sí mismo un acto de significación sexual y exige que vaya acompañado de alguna conducta que sí sea susceptible de tal calificación. Parece coincidir GARRIDO, 2010, p. 336, cuando ejemplifica con lo que parece ser una conducta compleja de “obligar a alguien a desvestirse frente a terceros y realizar movimientos lascivos”. Similar resulta el planteamiento de COX, 2003, p. 192, quien, si bien se refiere sin más al hecho de obligar a la víctima a desvestirse, parece vincularlo a conductas adicionales, como “obligarla a realizar cierto tipo de bailes o movimientos de connotación sexual”. Más claros MATUS y RAMÍREZ, 2021, p. 218, quienes, al referirse a esta figura, mencionan la realización de actos impúdicos por parte del menor y, a propósito del exhibicionismo del inciso primero, recalcan que la sola exhibición del cuerpo desnudo no es una acción de significación sexual (que es lo que también exige el inciso segundo cuando es el menor el que es determinado a exhibirse desnudo). Esto sin contar con la exigencia adicional del art. 366 quáter en cuanto a que el agente obre con el fin de “procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro”.

Lo primero por destacar es que, hasta donde se alcanza a ver, *nunca* se ha calificado en alguna jurisdicción internacional el solo desnudamiento forzado como *tortura*. Más aún, puede apreciarse una clara tendencia a considerarlo, al menos en principio, como un trato *degradante*, más que como uno cruel o inhumano.

Así, por ejemplo, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, cuando afirman una violación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes, aunque no tienen necesidad de distinguir, afirman invariablemente la presencia de un trato degradante. Entre muchos, se puede citar el caso *El Shennawy v. Francia*<sup>23</sup>, en el que el tribunal determinó que constituía un trato degradante el régimen de registros corporales completos a que era sometido un preso peligroso, que incluían la observación de su ano (para lo que debía agacharse y toser), practicado por guardias encapuchados, varias veces al día (entre cuatro y ocho veces) y objeto de filmación. El tribunal reprochó básicamente la falta de justificación en términos de frecuencia, de uso de capuchas (que paradigmáticamente sirven para que no se pueda identificar al funcionario en caso de maltratos) y de filmación, pues son esas circunstancias excesivas e injustificadas las que tornan ilegítimo un procedimiento que, al menos *prima facie*, puede ser compatible con el art. 3 del Convenio, a pesar de ser intrínsecamente humillante (§§ 38, 42 a 46)<sup>24</sup>.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el marco de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el caso *Abramova v. Bielorrusia*<sup>25</sup>, si bien afirma que el trato dado a la víctima constituyó “trato *inhumano* y degradante” y, lo relevante para la competencia del Comité, “discriminación sobre la base de su sexo”, lo hace considerando que fue sometida a la sanción de arresto administrativo por 5 días en condiciones miserables, antihigiénicas y degradantes, en un recinto donde todos los guardias eran hombres, y donde fue sometida a un “trato humillante” (§ 7.2), que a la vez califica como “acoso sexual” (§ 7.7). Este trato humillante (como algo distinto de las condiciones de encierro) consistió en que fue tocada indebidamente, amenazada con ser desnudada, posiblemente observada mientras usaba el baño que se ubicaba en la misma celda (pues no había obstáculo visual suficiente) y llamada despectivamente

<sup>23</sup> Sentencia de 20 de enero de 2011 (solicitud Nº 51246/08).

<sup>24</sup> Entre muchos otros fallos del TEDH en la misma línea se pueden citar: *Frérot v. Francia*, de 12 de junio de 2007 (solicitud Nº 70204/01), §§ 35 ss., 48 (termina afirmando trato degradante, no inhumano, luego de una larga ponderación); *Valašinas v. Lituania*, de 24 de julio de 2001 (solicitud Nº 44558/98), § 117 (constituye tratamiento degradante obligar al preso a desnudarse para registro frente a una mujer y que, luego de revisársele los testículos sin guantes, se registraran sin previo lavado de manos los alimentos que había recibido de sus visitas); *Iwańczuk v. Polonia*, de 15 de noviembre de 2001 (solicitud Nº 25196/94), § 59 (un preso que para ejercer su derecho a voto fue obligado a desnudarse para ser sometido a un registro, sin ninguna justificación, con el único propósito de humillarlo); *Van der Ven v. Países Bajos*, de 4 de febrero de 2003 (solicitud Nº 50901/99), § 61 s. (desnudamientos sistemáticos sin justificación desde una perspectiva de seguridad); *Yankov v. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003 (solicitud Nº 39084/97), § 110 (desnudamientos semanales sin una clara justificación); *Wieser v. Austria*, de 22 de febrero de 2007 (solicitud Nº 2293/03), §§ 39 a 41 (desnudamiento innecesario desde un punto de vista de seguridad).

<sup>25</sup> Decisión de 25 de julio de 2001, Comunicación Nº 23/2009 (CEDAW/C/49/D/23/2009).

por el número de su celda (§ 7.7). Es posible sostener, en consecuencia, que el Comité reserva la calificación de trato inhumano para las miserables condiciones de encierro (frío intenso, insuficiente iluminación, suciedad, escasa ventilación, etc.), lo único que la propia víctima calificó como tortura (§§ 2.4, 3.1), y la de trato degradante para los aspectos recién mencionados.

En nuestro medio, la Corte Interamericana, en su sentencia recaída en el ya citado caso *Castro Castro*, si bien, como se dijo, le asigna al desnudamiento forzado de prisioneras la calidad de “violencia sexual”, a los efectos de aplicar las normas específicas de agravios contra las personas (art. 5.2 de la Convención Americana), lo califica como “tratos crueles” (§ 308), reservando la calificación como tortura para el caso documentado de “inspección” vaginal dactilar (calificada a su vez como violación), realizada simultáneamente por varias personas encapuchadas y con suma brusquedad (§§ 197.50, 309 a 312). Y, lo que es especialmente decidor, respecto de prisioneros varones, el desnudamiento en cuanto tal solo se califica como “trato violatorio de su dignidad personal” (§ 305).

Si se considera ahora la jurisprudencia penal internacional, la resolución más importante es la sentencia de juicio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Akayesu*<sup>26</sup>, donde el hecho del desnudamiento forzado no se calificó como tortura (aunque sí, también, como “violencia sexual”), sino como “otros actos inhumanos” del Art. 3(i), “ultrajes a la dignidad personal” del Art. 4(e) o “daño corporal o mental serio” del Art. 2(2)(b) del Estatuto del Tribunal (§ 688). Por su parte, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia recaído sobre el caso *Kunarac et al.*<sup>27</sup>, se declaró la responsabilidad penal por “ultrajes a la dignidad personal” de uno de los imputados en un caso de desnudez forzada (§§ 766 ss., 782), en tanto que el mismo tribunal, en el fallo recaído en el caso *Brđanin*<sup>28</sup>, acogió los cargos por “tortura, violencia física, violación, agresión sexual [*assault*], humillación y degradación constante de bosnios musulmanes y croatas”, contando como agresión sexual (no como tortura), entre otras conductas, un caso de desnudamiento forzado (§ 1013).

Dicho esto, se podría colegir que la demostración de la tesis de que el desnudamiento forzado en cuanto tal no constituye *tortura* para las jurisdicciones internacionales mencionadas, prueba al mismo tiempo que, contra lo que se sostiene aquí, puede, sin embargo, constituir *tratos crueles o inhumanos* y no solo tratos degradantes, precisamente porque también se traen a colación casos en que así lo afirmaron los tribunales de dichas jurisdicciones.

Pero, si bien se mira, esto solo se afirma en casos calificados, en los que, en rigor, se puede negar que se trate de un caso de desnudamiento forzado “puro y simple”. La cuestión es en qué consiste la diferencia que media entre, por ejemplo, el caso *El Shennawy* (trato degradante) y otros como *Castro Castro*, *Kunarac* o *Brđanin* (tratos crueles

<sup>26</sup> *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu* (caso N° ICTR-96-4-T), sentencia de 2 de diciembre de 1998, Sala I.

<sup>27</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (casos N° IT-96-23-T y N° IT-96-23/1-T), sentencia de juicio, de 22 de febrero de 2001, Sala II.

<sup>28</sup> *Prosecutor v. Radoslav Brđanin* (caso IT-99-36), sentencia de juicio, de 1 de septiembre de 2004, Sala II.

o inhumanos), y la respuesta es relativamente clara si se consultan los hechos concretos en los que recayeron: son decisivos el *contexto* y *las circunstancias concomitantes*.

Piénsese en *Castro Castro*. El caso concierne principalmente a la masacre que tuvo lugar entre el 6 y el 9 de mayo de 1992 en el centro penitenciario ubicado al este de Lima y que le da su nombre, en el contexto de la llamada Operación Mudanza 1, en el que fuerzas policiales y militares atacaron ferozmente con armamento pesado dos módulos reservados para presos que habrían estado vinculados al grupo terrorista Sendero Luminoso, uno de ellos para mujeres<sup>29</sup>. La operación, que se habría llevado a cabo con claro propósito de exterminio, pues no se condice con el nivel de resistencia por parte de los presos, dejó un saldo de 41 presos muertos y al menos otros 175 heridos (habría muerto un policía y resultado heridos 9 funcionarios), además de la destrucción de los módulos en cuestión. Con posterioridad a la operación, se registraron distintos vejámenes contra sobrevivientes, como obligarlos a yacer boca abajo a la intemperie y sobre la tierra por varios días, sin abrigo y apenas alimentación, recibiendo constantes golpes y agresiones, u obligarlos a pasar desnudos por un “callejón oscuro”, recibiendo golpes con objetos contundentes en distintas partes del cuerpo, traslados en condiciones inhumanas, falta de atención médica adecuada, entre muchos otros agravios. Para los efectos de este trabajo, el párrafo decisivo del capítulo de “hechos probados” es el siguiente:

“Algunas internas e internos [sic] heridas fueron trasladadas al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. En algunos casos les dieron una bata luego de quince días, al momento de trasladarlas a los penales donde fueron reubicadas. En el Hospital se encontraban rodeados de individuos armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas” (§ 197.49).

La Corte declaró que todas las personas mantenidas desnudas fueron “víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal” (§ 305), pero, tratándose de mujeres, agregó que ese tratamiento las hacía, además,

“víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres” (§ 306).

---

<sup>29</sup> La descripción de los hechos puede verse en los §§ 197.18 ss. de la sentencia.

Y agrega, para justificar su decisión, precisamente el contexto excepcional:

“La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad” (§ 307).

“El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres” (§ 308).

No viene al caso discutir aquí la pertinencia y fuerza persuasiva del recurso de la Corte al concepto de violencia sexual en este caso particular (considerando, sobre todo, la existencia de casos posteriores mucho más nítidos)<sup>30</sup>, sino simplemente destacar que las circunstancias del caso, al margen de permitir incluso disputar que se tratara de un desnudamiento forzado puro y simple, en todo caso le confieren al desnudamiento a que son sometidas personas sobrevivientes de una masacre, heridas, sometidas a un actuar policial y militar ostensiblemente descontrolado o incluso instruido para cualquier desmán, una gravedad que supera con largueza su sentido de simple humillación. Como afirma la Corte en el último apartado recién citado, las circunstancias descritas, comprensiblemente, tuvieron a las víctimas en un temor constante de agresiones más violentas, agregando al sufrimiento físico por las heridas, un grave sufrimiento psicológico.

---

<sup>30</sup> Considérese, por ejemplo, entre otras, la sentencia en *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, de 28 de noviembre de 2018, §§ 177 ss. Es oportuno mencionar que en este caso el desnudamiento forzado, calificado como violencia sexual bajo invocación a *Castro Castro* (§ 188 con nota al pie 285), fue una constante, pero nunca un hecho aislado, sino que circunstancia concomitante a casos de violación, manoseos y agresiones de diverso tipo (cfr. § 187), que es lo que explica que se haya afirmado la existencia de tortura (§§ 191 ss., 198). También se podría mencionar *López Soto y otros vs. Venezuela*, de 26 de septiembre de 2018, caso en el que la víctima, privada de libertad por casi 4 años, “fue sometida de manera continua a diversos actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual, incluyendo ingesta forzada de alcohol, drogas y medicamentos, golpes que le provocaron traumatismos contusos y hematomas en el rostro, los pabellones auriculares, el tórax y el abdomen, fractura de la nariz y la mandíbula, mordeduras en los labios, mamas y pezones, quemaduras con cigarrillos en la cara y el cuerpo, desnudez forzada, violaciones reiteradas vaginales, anales y con objetos, amenazas y humillaciones, privación de alimentos, entre otras”. Luego de rescatada tuvo que pasar casi un año hospitalizada y someterse a 15 cirugías, incluidas la reconstrucción de los labios, de la nariz, del pabellón auricular izquierdo y de la vagina (§ 114). Como es obvio, la desnudez forzada no es más que una circunstancia concomitante del caso, calificado como tortura (§ 258).

O en *Akayesu*<sup>31</sup>, se consideró que el hecho de que el acusado ordenara a miembros de la milicia paramilitar *Interahamwe*, responsable de las más atroces tropelías imaginables en la época de los hechos, “desvestir a una estudiante y forzarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina municipal frente a una multitud” constituía violencia sexual, lo que, como se dijo, sería subsumible en los “otros actos inhumanos” del Art. 3(i), en los “ultrajes a la dignidad personal” del Art. 4(e) y en el “daño corporal o mental serio” del Art. 2(2)(b) del Estatuto del Tribunal (§ 688). También aquí, es manifiesta la importancia que el tribunal le asigna al contexto:

“circunstancias coercitivas no necesitan evidenciarse mostrando fuerza física. Amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que hagan presa de miedo o desesperación pueden constituir coerción, y *coerción puede ser inherente en ciertas circunstancias, tales como conflicto armado o la presencia militar de Interahamwe entre mujeres Tutsi refugiadas en la oficina comunal*” (§ 688, énfasis agregado).

En *Kunarac*, el tribunal declaró la responsabilidad penal de uno de los imputados (*Kovač*) por haber obligado a desvestirse y a bailar para él arriba de una mesa, mientras las apuntaba con un arma de fuego, a tres muchachas (una de ellas de 12 años) que mantenía esclavizadas en su departamento (§§ 766 ss.), siendo de destacar que las muchachas fueron violadas reiteradamente (§§ 747 ss.) y que dos de ellas fueron luego vendidas por el imputado a dos soldados montenegrinos no identificados (§§ 775 ss.). Como se ve, difícilmente se puede hablar de un desnudamiento forzado puro y simple; aun así, se condenó por este cargo a título de “ultrajes a la dignidad personal”.

El mismo tribunal, en *Brđanin*, acogió los cargos por “tortura, violencia física, violación, agresión sexual [*assault*], humillación y degradación constante de bosnios musulmanes y croatas”, contando como agresión sexual (esto es, como algo distinto de las violaciones y asesinatos, que eran pan de cada día en aquel tiempo y lugar), entre otras conductas (como pasar un cuchillo por los pechos de una mujer bosnia musulmana o exigirles a detenidos que realizaran acciones sexuales entre ellos), el caso de “una mujer bosnia croata que fue forzada a desvestirse frente a enfervorizados policías y soldados bosnios serbios” (§ 1013).

La importancia crucial del contexto se ve confirmada, por último, en la decisión de la Corte Penal Internacional relativa a la orden de arresto contra el imputado Jean-Pierre Bemba Gombo<sup>32</sup>, a quien se le atribuían crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra perpetrados en la República Centroafricana. La Sala que conoció de este asunto preliminar tuvo por razonablemente fundados varios de los cargos contra el imputado (violaciones, etc.), pero no compartió el criterio del fiscal en cuanto a que el hecho de

<sup>31</sup> De donde proviene una muy citada definición de “violencia sexual”, como “cualquier acto de naturaleza sexual que es cometido sobre una persona bajo circunstancias que sean coercitivas”, que “no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no envuelvan penetración o incluso contacto físico” (§ 688).

<sup>32</sup> *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Caso ICC-01/05-01/08), decisión de 10 de junio de 2008, Sala III.

que “miembros del MLC ordenaron a personas desvestirse en público para humillarlas” constituía otra forma de violencia sexual contra civiles, punible conforme al Art. 7(1)(g) del Estatuto de Roma. La Sala afirmó rotundamente que las conductas presentadas por el fiscal “no constituyen formas de violencia sexual *de gravedad comparable* a la de otros crímenes descritos en el artículo 7(1)(g) del Estatuto”, que es lo que exige el precepto (§§ 39 y 40, énfasis agregado)<sup>33</sup>.

La revisión precedente parece confirmar que la valoración del desnudamiento forzado depende de las circunstancias concretas. Por regla general, constituye un *trato degradante* (o su equivalente conceptual), pero cuando se da en contextos o bajo circunstancias excepcionales puede exhibir una gravedad mucho mayor que conduce a una calificación diferente (como trato cruel o inhumano). Lo que podría leerse entre líneas es que lo decisivo sería un contexto y circunstancias que, en conexión con el desnudamiento, provoquen un temor justificado y concreto (es decir, no meramente teórico, sino fundado en circunstancias particulares del caso concreto) de ser víctima de una agresión física, eventualmente sexual, con independencia del comportamiento que se adopte<sup>34</sup>.

Llevado esto al esquema de interpretación del Derecho penal vigente en Chile que se ha defendido (*supra* I), el desnudamiento forzado, en cuanto constituye por regla general un trato degradante, realiza, también por regla general, el tipo de vejación injusta del art. 255. Pero si el caso concreto exhibe circunstancias extraordinarias que aumentan su gravedad, tales como agresiones concomitantes o un contexto que provoque el aludido temor justificado de ser víctima de tales agresiones, esto es, cuando, más allá de su natural efecto de humillación, conlleve un sufrimiento o dolor equiparable al de los tratos crueles o inhumanos, puede considerarse uno de ellos y, en consecuencia, realizar el tipo penal del art. 150 D.

## V. EL ASUNTO EN LAS ESCASAS SENTENCIAS CHILENAS

Son muy escasas las sentencias que tratan del desnudamiento forzado en cuanto tal en nuestro medio. Sin embargo, se aprecia en los hechos sobre las que recaen tipologías de gravedad diversa que permitirían calificaciones igualmente diversas, tal como hacen las jurisdicciones internacionales (*supra* IV) y tal como se ha propuesto hacer aquí. A continuación, se ofrece un breve análisis crítico de este puñado de sentencias<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> La resolución confirma que, como se desprende de la sola lectura de las normas, el desnudamiento forzado en cuanto tal no está tipificado como crimen en el Estatuto de Roma; así, no obstante, SJÖHOLM, 2018, p. 345 con nota 3.

<sup>34</sup> Es explícito, como se vio, en *Castro Castro*, implícito al menos en *Akayesu*, *Kunarac* y *Brđanin*

<sup>35</sup> Con posterioridad al cierre de este trabajo se tomó conocimiento, sin poder incluir su análisis en él, de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, de 8 de mayo de 2023 (RIT N° 634-2022; RUC N° 2000023720-6), que condena por el delito del art. 150 D en un caso de simple desnudamiento, sin mayor debate de los alcances de ese tipo penal ni su delimitación con el del art. 255.

Antes de la Ley N° 20.968 se conoce un caso ocurrido a comienzos de 2006 en un recinto penitenciario, en que, en el contexto de un allanamiento, una veintena de internas fue obligada, con fines de registro, a “subirse la parte superior de sus vestimentas y bajarse la parte inferior, mostrando sus pechos y genitales”, debiendo luego “agacharse y girar en cuclillas con el fin de verificar si les caía algo desde sus vaginas”, todo esto con la intervención de tres gendarmes varones que pudieron presenciar el registro, uno de estos hizo una filmación que luego fue exhibida a otros gendarmes en la sala de abogados del recinto, provocando risas y burlas de su parte<sup>36</sup>. Es de destacar que, en rigor, no se vio delito en el desnudamiento mismo, sino que en la observación del procedimiento por parte de funcionarios varones y, sobre todo, en su filmación y posterior exhibición. Los hechos fueron calificados como vejación injusta del art. 255 y no como aplicación de tormentos o apremios ilegítimos del art. 150 A original<sup>37</sup>, lo que, al margen de parecer correcto, atendida la exigencia legal de distinguir ya entonces entre niveles de gravedad y la menor significación relativa del hecho, coincide con la tendencia internacional (*supra* IV) de ver en estos casos de *strip-searchs* abusivos una conducta menos grave en comparación con la tortura y los tratos crueles o inhumanos.

Luego del cambio legal destaca una sentencia de juicio oral de Angol<sup>38</sup>, recaída en el caso de dos menores de 14 años que fueron “retenidos” sin motivo justificado por funcionarios policiales, llevados a un sitio eriazo, donde se registraron sus vestimentas y sus mochilas, arrojándose el contenido de estas al suelo, y se les ordenó bajarse los pantalones bajo amenaza de muerte en caso de negarse, orden que uno de ellos cumplió, a pesar de temer que lo iban a violar (algo similar ocurrió con un tercer menor, de 12 años y con una discapacidad intelectual moderada, que llegó al sitio eriazo y al que, luego del registro de su mochila, se le obligó a bajarse los pantalones, también bajo amenaza de muerte), constatándose las consecuencias psicológicas del pánico experimentado (cons. 17°).

El tribunal califica los desnudamientos bajo amenaza de muerte como apremios ilegítimos en los términos del art. 150 D, calificación que merece aprobación. Si bien el fallo incurre innecesariamente en varias imprecisiones que, como se ha dicho *supra* I y II, son, por desgracia, habituales en el debate respecto de la materia en nuestro medio (como afirmar que, a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos, los desnudamientos forzados constituyen sin más un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso, sobre la base del ya citado pasaje del Protocolo de Estambul, un caso de tortura; o invocar como prueba de esto algunos pronunciamientos generales de la Corte Interamericana y del Relator especial sobre la tortura en materia de violencia sexual,

<sup>36</sup> Sentencia del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, de 31 de diciembre de 2007 (RIT N° 926-2006; RUC N° 0610003870-4), se puede consultar en MORALES (2008), p. 103 ss. Los hechos, ocurridos la noche del 2 de febrero de 2006 en una sección para reclusas definidas como de baja peligrosidad del CDP Femenino de Santiago, se detallan en el considerando 7°; la calificación jurídica se desarrolla en el considerando 8°.

<sup>37</sup> De la situación legal al tiempo de los hechos, BASCUÑÁN, 1998, p. 55 ss.; HERNÁNDEZ, 2021, p. 519 ss.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, de 24 de enero de 2022 (RIT N° 31-2021; RUC N° 1810027046-K).

pero no referidos específicamente al desnudamiento forzado en cuanto tal<sup>39</sup>), lo cierto es que no se trata de un caso puro y simple de desnudamiento forzado, sino de uno donde, como el propio tribunal destaca una y otra vez, el desnudamiento se verifica bajo una amenaza verosímil de muerte, dirigida contra personas especialmente vulnerables. Si a eso se agrega que las víctimas deliberadamente no fueron conducidas a una dependencia oficial, sino que a un lugar apartado que aumentaba su vulnerabilidad, y que el desnudamiento no obedecía a ningún propósito “funcionario” aparente (los menores ya habían sido registrados), lo que hacía plausible que fuera la antesala de una agresión sexual o de otro tipo, el resultado concuerda plenamente con la interpretación que aquí se ha sustentado: el contexto y las circunstancias adicionales le confieren al desnudamiento forzado una gravedad excepcional que justifica su consideración bajo el art. 150 D.

Distinto es el caso, por último, de una sentencia de juicio oral de Arica<sup>40</sup>. El caso versa de la situación de dos mujeres detenidas por una falta en la vía pública que, una vez en la comisaría, por separado y consecutivamente, fueron llevadas por una funcionaria a un baño adyacente a los calabozos para someterlas a registro, instruyéndoles, primero, que se desprendieran de la parte superior de su ropa y, después, que se bajaran el pantalón y la ropa interior, luego de ello debieron agacharse o hincarse, quedando su zona genital y anal desnuda y a vista de la funcionaria (cons. 13°). Como se ve, se trata de un caso de *strip-search* ejecutado asépticamente, sin factores humillantes adicionales tales como su práctica por funcionario de otro sexo, ante varias personas, con filmación, con burlas, etc., al punto que lo indebido en él radica en la prohibición absoluta de desnudamiento de detenidos prevista en la normativa pertinente<sup>41</sup>, dando lugar a un caso leve de lo que en jurisdicciones internacionales se califica como trato degradante (*supra* IV). No obstante, la mayoría del tribunal calificó los hechos como apremios ilegítimos en los términos del art. 150 D, calificación que aquí se considera errónea.

A diferencia de lo ocurrido en Angol, en ausencia de elementos adicionales, el voto de mayoría solo puede apoyarse en la consideración del desnudamiento forzado como una forma de “violencia sexual”, de donde, al parecer, se seguiría sin más que siempre y en

---

<sup>39</sup> Se citan las sentencias en los casos *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, de 16 de febrero de 2017, y en el ya citado *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco*, referidos, como se sabe, a múltiples agresiones sexuales contra mujeres, en los que el desnudamiento era solo una circunstancia concomitante, así como en *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, de 14 de noviembre de 2014, donde se da cuenta, entre múltiples otros hechos, de la aplicación de choques eléctricos en los genitales de un varón. Por su parte, el apartado que se cita del Adendum del Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, de 5 de febrero de 2010 (A/HRC/13/39/Add.5), se refiere a la violencia sexual como tortura, aludiendo en particular a la violación y otros abusos sexuales (§ 53), no al desnudamiento forzado, que solo se menciona tangencialmente, a propósito de torturas que, por cierto, no consisten en tal desnudamiento (§§ 51, 69 y 223).

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de 22 de septiembre de 2022 (RIT N° 176-2022; RUC N° 1901155205-9).

<sup>41</sup> Circular (Interior) N° 1832, de 4 de 2019, sobre uso de la fuerza por parte de Carabineros, Protocolo 4.5 (Registro de personas privadas de libertad), Obligación General N° 4: “Se prohíbe estrictamente desnudar a las personas sometidas al registro”. Sin perjuicio de esto, con seguridad también debía entenderse indebido en cuanto desproporcionado, atendida la escasa entidad del hecho imputado.

todo caso se realiza el tipo de apremios ilegítimos (cons. 15°). Como se explicó *supra* II, atendida la manifiesta divergencia entre el concepto de “violencia” empleado en parte por el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el propio del Derecho penal, esta conclusión no puede ser de recibo, al menos no en términos generales. Es de destacar, además, que la jurisprudencia citada de la Corte Interamericana, la misma que cita el tribunal de Angol, no es pertinente, en la medida en que, como ya se dijo, no versa sobre el desnudamiento en cuanto tal<sup>42</sup>, mientras que la invocación de *Akayesu*, que sí es pertinente, no se hace cargo, sin embargo, de la descomunal diferencia de contexto que media entre los hechos de uno y otro caso (sobre esto, *supra* IV).

Por su parte, concordando con la calificación jurídica del Ministerio Público, el voto de minoría solo aprecia una vejación injusta en los términos del art. 255 (reconocido como el peldaño más bajo de una escala de gravedad creciente que culmina en la tortura), considerando que las circunstancias algo anodinas del desnudamiento en el caso concreto y los efectos poco significativos que habría tenido en las víctimas (luego del registro, la primera le habría dicho a la segunda que no se preocupara, que no era “para tanto”; después se habrían quedado conversando unos 15 minutos en el lugar; su único reclamo inicial se habría dirigido al parecer contra la detención misma y solo con el propósito de no ser multadas) no justificaban un reproche mayor. Conforme con lo expuesto aquí, la jueza disidente tenía razón.

## VI. CONCLUSIONES

Como se ve, la discusión pertinente a la calificación jurídica del desnudamiento forzado está en pleno desarrollo. Las páginas precedentes han querido contribuir al debate, fundando la tesis de que, por regla general, el desnudamiento forzado debe calificarse como vejación injusta en los términos del art. 255, sin perjuicio de que, excepcionalmente, cuando se den circunstancias que lo hagan equiparable al dolor o sufrimiento propio de los tratos crueles o inhumanos del art. 150 D, se pueda aplicar este último artículo. Esta interpretación se aviene mejor con las diferencias valorativas que impone la ley, en particular con la necesidad de asegurarle un espacio de aplicación relevante al delito que ocupa el peldaño más bajo en el sistema escalonado de agravios cometidos por agentes del Estado contra particulares y al reconocimiento de la relativa menor entidad del supuesto en comparación con atropellos mucho más graves, a la vez que coincide con la distinción observable en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho penal internacional entre tratos crueles o inhumanos, por una parte, y tratos degradantes, por la otra.

---

<sup>42</sup> Llama la atención que no se cite *Castro Castro*, que, como se ha dicho *supra* II y IV, sí califica específicamente el desnudamiento forzado como violencia sexual y como tratos crueles o inhumanos, aunque sobre la base de un contexto y circunstancias muy particulares, que en este caso no se daban ni remotamente.

## BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN, Antonio, 1998: *Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución* [Materiales de estudio], Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- COX, Juan Pablo, 2003: *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*, Santiago, LexisNexis.
- DURÁN, Mario, 2019: “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, *Política Criminal*, Vol. 14, N° 27, pp. 202-241.
- GARRIDO, Mario, 2010: *Derecho penal. T. III* (4° edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2023: “El delito de vejación injusta como límite inferior de los agravios contra las personas infligidos por empleados públicos”, en Laura Mayer, Guillermo Oliver y Jaime Vera (editores), *Un Derecho penal centrado en la persona. Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, en prensa.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2021: “La tortura en el Derecho penal chileno y el riesgo de su banalización”, en Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 511-564.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2021: *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (4° edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2019: *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (3° edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORALES, Roberto, 2008: “Comentario a sentencia de vejación injusta”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, pp. 101-125.
- RODRÍGUEZ, Luis, 2022: *Delitos sexuales* (3° edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SJÖHOLM, Maria, 2018: *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff.

*Normativa citada*

- CÓDIGO penal de Chile.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969
- CONVENCIÓN Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de 9 de junio de 1994
- CONVENIO Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950
- ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998
- ESTATUTO del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU), de 8 de noviembre de 1994.
- CIRCULAR N° 1832 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría de Interior, Sección Carabineros, de 1 de marzo de 2019 (publicada en 4 de marzo de 2019), sobre uso de la fuerza por parte de Carabineros

*Jurisprudencia citada*

## Tribunales chilenos

- 12° JUZGADO de Garantía de Santiago, sentencia de 31 de diciembre de 2007 (RIT Nº 926-2006; RUC Nº 0610003870-4).
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Angol, sentencia de 24 de enero de 2022 (RIT Nº 31-2021; RUC Nº 1810027046-K).
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Arica, sentencia de 22 de septiembre de 2022 (RIT Nº 176-2022; RUC Nº 1901155205-9).
- TRIBUNAL Oral en lo Penal de Viña del Mar, sentencia de 8 de mayo de 2023 (RIT Nº 634-2022; RUC Nº 2000023720-6).

## Corte Interamericana de Derechos Humanos

- PENAL Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- RODRIGUEZ Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014.
- FAVELA Nova Brasilia vs. Brasil*, sentencia de 16 de febrero de 2017.
- LÓPEZ Soto y otros vs. Venezuela*, sentencia de 26 de septiembre de 2018.
- MUJERES víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, sentencia de 28 de noviembre de 2018.

## Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- VALAŠINAS v. Lituania*, sentencia de 24 de julio de 2001 (solicitud Nº 44558/98).
- IWAŃCZUK v. Polonia*, sentencia de 15 de noviembre de 2001 (solicitud Nº 25196/94).
- VAN der Ven v. Países Bajos*, sentencia de 4 de febrero de 2003 (solicitud Nº 50901/99).
- YANKOV v. Bulgaria*, sentencia de 11 de diciembre de 2003 (solicitud Nº 39084/97).
- WIESER v. Austria*, de 22 de febrero de 2007 (solicitud Nº 2293/03).
- FRÉROT v. Francia*, sentencia de 12 de junio de 2007 (solicitud Nº 70204/01).
- EL Shennawy v. Francia*, sentencia de 20 de enero de 2011 (solicitud Nº 51246/08).

## Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

- ABRAMOVA v. Bielorrusia*, decisión de 25 de julio de 2001, comunicación Nº 23/2009 (CEDAW/C/49/D/23/2009).

## Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- PROSECUTOR vs. Jean-Paul Akayesu* (caso Nº ICTR-96-4-T), sentencia de 2 de diciembre de 1998, Sala I.

## Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

- PROSECUTOR v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (casos Nº IT-96-23-T y Nº IT-96-23/1-T), sentencia de juicio, de 22 de febrero de 2001, Sala II.
- PROSECUTOR v. Radoslav Brđanin* (caso IT-99-36), sentencia de juicio, de 1 de septiembre de 2004, Sala II.

## Corte Penal Internacional

- PROSECUTOR v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Caso ICC-01/05-01/08), decisión de 10 de junio de 2008, Sala III.

# **JURISPRUDENCIA COMENTADA**



## ¿Herencia yacente o vacante? (Corte Suprema)

### *Inheritance in abeyance or vacant inheritance? (Supreme Court)*

*Jaime Ramírez Cifuentes\**

Santiago, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

#### VISTO:

En este procedimiento ordinario de acción de petición de herencia tramitado ante el Primer Juzgado Civil de San Miguel bajo el Rol C-37-2019, caratulada “Jerez con Consejo de Defensa del Estado de Chile-Fisco de Chile”, por sentencia de fecha nueve de diciembre de dos mil diecinueve se rechazó la demanda, con costas.

Apelada esta decisión por el demandante, una Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel mediante sentencia de catorce de agosto de dos mil veinte, la revocó, sólo en cuanto por ella se condenó en costas al actor y, en su lugar, se le eximió del pago de éstas; confirmando, en lo demás, el referido fallo.

Contra este último pronunciamiento, el demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

#### Y TENIENDO EN CONSIDERACIÓN:

PRIMERO: Que el recurrente, en primer lugar, acusa infringido el artículo 1264 del Código Civil, argumentando que la sentencia impugnada incurriría en un error de derecho al considerar que su parte no habría probado su derecho a la herencia, exigiendo para este efecto un requisito no contemplado en la norma, cual es que el demandante la hubiere aceptado previamente.

En segundo lugar, el impugnante denuncia la transgresión al artículo 1241 del Código Civil, al reprochar al actor el no haber solicitado la posesión efectiva de la herencia hasta la fecha en que lo hizo el Fisco de Chile, puesto que la aceptación de la herencia no está sujeta a plazo alguno en nuestra legislación y sólo puede estar limitada

---

\* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Magíster en Derecho Privado, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo, sede Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6177-0621>. Correo electrónico: [jaime.ramirez@udd.cl](mailto:jaime.ramirez@udd.cl).

por la prescripción adquisitiva que eventualmente haya podido ganar el tercer poseedor de los efectos hereditarios. Agrega como fundamento que tampoco puede decirse que haya expirado el plazo que fija el artículo 1269 del mismo cuerpo legal, para ejercer el derecho de petición de herencia, que es de diez años, pues este tiempo se computa desde que el tercero ocupó la herencia sin ser verdadero heredero, no desde la delación de la herencia y en el caso de autos, desde la fecha en que el Fisco obtuvo la posesión efectiva hasta que se le notificó la demanda sólo transcurrieron cuatro años, de manera que ni siquiera se cumplió los cinco años para que operara la prescripción del heredero putativo.

En tercer lugar, alega que los sentenciadores aplicaron erróneamente la norma del artículo 1240 del Código Civil, toda vez que en el caso de autos jamás se solicitó la declaración de herencia yacente, de manera que el demandante no se vio en la necesidad de aceptar o repudiar la herencia a petición de un tercero, como parece sugerir el juez a quo. Añade que asimismo, los jueces yerran al aplicar el artículo 1241 del Código de Bello al estimar que la herencia no había sido aceptada expresa ni tácitamente, dado que es un hecho no disputado en estos autos que el actor ostenta la posesión material del inmueble en cuestión desde hace varios años y que lo arrienda a terceros, lo cual fue constatado por la Seremi de Bienes Nacionales, como lo informara el Fisco en la contestación de la demanda; hecho que constituye inequívocamente una aceptación tácita de la herencia en los términos previstos en el citado artículo 1241.

En virtud de lo expuesto, concluye señalando que, de haberse aplicado correctamente la ley, los jueces debieron haber acogido la demanda. Finaliza solicitando que se invalide el fallo y se dicte uno de reemplazo que acoja la demanda en todas sus partes, con costas.

SEGUNDO: Que para una adecuada comprensión y estudio de las alegaciones que plantea el recurrente, resulta conveniente destacar las siguientes actuaciones del proceso:

- a) Con fecha 3 de enero de 2019, Ramón Jerez Poblete dedujo demanda de petición de herencia en contra del Fisco de Chile, con el objeto de que se le reconozca como heredero de María de las Nieves Poblete Araya y, en consecuencia, se le adjudique la herencia y se le restituya las cosas hereditarias tanto corporales como incorpóreas, incluido el inmueble ubicado en calle Tegalda N°1675 de la comuna de Ñuñoa.
- b) El demandado contestó la demanda solicitando su total rechazo, señalando que es heredero de la herencia quedada al fallecimiento de la Sra. Poblete Araya, en virtud del otorgamiento de la posesión efectiva en el marco de un procedimiento de herencia vacante, la que se sustentó en los informes del Servicio del Registro Civil e Identificación que dio cuenta de la inexistencia de pariente con derecho a suceder, lo que posteriormente fue reafirmado mediante Ordinario N°3355 de 15 de enero de 2015, del mismo organismo.

TERCERO: Que la sentencia de primer grado, confirmada por el tribunal de alzada, de conformidad a la prueba rendida en autos estableció como hechos de la causa los siguientes:

- 1.- Que con fecha 20 de septiembre de 1985, falleció doña María de las Nieves Poblete Araya, según se desprende del respectivo certificado de posesión efectiva aparejado en autos.
- 2.- Que con fecha 2 de noviembre de 2015, se concedió la posesión efectiva de la causante doña María de las Nieves Poblete Araya, al Fisco de Chile, según da cuenta el certificado de posesión efectiva acompañado en autos, el que dio origen a la inscripción de fojas 4145, número 6024, año 2016 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago.
- 3.- Que don Ramón Eduardo y don Fernando, ambos de apellidos Jerez Poblete, son hijos de doña María de las Nieves Poblete Araya.
- 4.- Que con fecha 8 de junio de 2016, se celebró escritura pública de cesión de derechos hereditarios, ante el Notario Público de Santiago don Luis Poza, entre don Fernando Jerez Poblete y don Ramón Eduardo Jerez Poblete.

Bajo tales supuestos fácticos y luego de señalar que el marco jurídico aplicable al caso de autos, son los artículos 1264, 1240, 1241 y 995 del Código Civil, los jueces concluyen que a la data en que el Servicio de Registro Civil e Identificación concedió la posesión efectiva al Fisco de Chile —quien reviste la calidad de heredero conforme lo dispone el artículo 995 del Código Civil—, esto es, el 2 de noviembre de 2015, los hijos de la causante doña María de las Nieves Poblete Araya, quien falleció con fecha 20 de septiembre de 1985, no habían manifestado su voluntad de aceptar su herencia, constatándose recién con fecha 8 de junio de 2016, un acto positivo consistente en la celebración de una cesión de derechos hereditarios, ante el Notario Público de Santiago don Luis Poza, entre don Fernando Jerez Poblete y don Ramón Eduardo Jerez Poblete. En consecuencia, detentando el Fisco de Chile la calidad de heredero en el quinto orden de sucesión y siendo latente la falta o ausencia del actor que previene el artículo 995 del Código Civil, resulta manifiesta la improcedencia de la presente acción, la que por lo demás no ha sido intentada en contra de un falso heredero, sino por el contrario de un asignatario en el quinto orden de sucesión, motivos por los cuales, el fallo en estudio rechaza la demanda.

CUARTO: Que de lo consignado precedentemente y de los términos del recurso, se colige que el reproche jurídico a partir del cual éste se estructura se basa en la aplicación que tendrían los artículos 1264, 1269, 1240 y 1241 del Código Civil, al haber rechazado los jueces la acción de petición de herencia, por haber estimado que al no haber aceptado la herencia el actor en su oportunidad, el Fisco de Chile es el legítimo heredero.

QUINTO: Que el artículo 1240 inciso primero del Código de Bello, expresa “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello,

o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente”.

A su vez, el artículo 1241 del mismo cuerpo normativo, indica “La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero”.

**SEXTO:** Que para resolver el asunto, cabe precisar que nuestro derecho sucesorio, distingue entre la herencia yacente y la herencia vacante. La primera es la que se declara judicialmente, cuando no hay quien administre los bienes hereditarios y han transcurrido más de 15 días desde la apertura de la sucesión.

En cambio, la herencia vacante es la que corresponde al Fisco de Chile, a falta de todo otro heredero en el quinto orden de conformidad al artículo 995 del Código Civil.

En efecto, el Código de Bello otorga algunas reglas especiales relativas a la aceptación de las herencias, que se refieren a la herencia yacente, en el Párrafo II del Título VII del Libro III. Así, el artículo 1240 trata de la herencia yacente, entendiendo por tal la que se declara judicialmente, a petición de parte interesada o de oficio, cuando han transcurrido más de quince días desde que se abre una sucesión, sin que exista albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el encargo o sin que se haya aceptado la herencia por alguno de los herederos. Esta institución tiene por objeto, el cuidado y administración de los bienes hereditarios, que haya quien atienda el pago de las deudas del difunto y a la cobranza de sus créditos, mientras no se presenta algún heredero que acepte la herencia. Para ello, declarada la herencia yacente, el tribunal debe proceder a nombrar a un curador de la herencia para que cumpla esas funciones, que durar en el cargo hasta que algunos de los herederos á la acepte (René Ramos Pazos, “Sucesión por causa de muerte”, Editorial Jurídica, 2007, pp. 140-141).

**SÉPTIMO:** Que de acuerdo a lo manifestado por el propio demandado –Fisco de Chile– en su contestación, se le confirió la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de María de Las Nieves Poblete Araya, en virtud del procedimiento administrativo sobre denuncia de herencia vacante, seguido ante la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, Región Metropolitana.

**OCTAVO:** Que, de este modo no es aplicable en el caso sub lite los artículos 1240 y 1241 del Código Civil, desde que no ha existido declaración judicial de herencia yacente, por lo que los sentenciadores han aplicado erróneamente las mencionadas normas, que influyen sustancialmente en lo decidido al exigir al actor la aceptación de la herencia en un plazo determinado para un procedimiento que no se ha tramitado, como es, el de declaración judicial de herencia yacente, motivo suficiente para acoger al recurso de casación interpuesto. Por lo mismo, resulta inoficioso referirse a la vulneración de las otras normas legales que el recurrente expresa han sido conculcadas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Ernesto Soza Ried, en representación del demandante, contra la sentencia de catorce de agosto de dos mil veinte dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel en el ingreso Rol N°113-2020, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que la Abogada Integrante Sra. Etcheberry, concurra a la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante, solo teniendo en consideración que existió vulneración al artículo 1240 del Código Civil y no así al artículo 1241 del mismo cuerpo normativo, por cuanto los sentenciadores no aplicaron erróneamente esta última norma al resolver el asunto, ya que el yerro estuvo en establecer que el Fisco de Chile había tramitado un procedimiento de herencia yacente, habiendo existido en realidad una declaración de herencia vacante.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. María Soledad Melo, la prevención de su autora.  
Rol N°104.268-2020

## COMENTARIO

El fallo es destacable desde tres vertientes: el rol que cumple la aceptación de una asignación hereditaria en el sistema sucesoral chileno (I); la legitimación en la acción de petición de herencia (II) y la diferenciación entre la herencia vacante y la herencia yacente (III). Luego, se efectuarán breves conclusiones (IV).

### I. LA ACEPTACIÓN DE UNA ASIGNACIÓN HEREDITARIA

Existen dos sistemas que determinan el momento y la forma en que se produce la adquisición de la asignación. En el primero de ellos, denominado *romano*, la sola delación no importa la inmediata adquisición de la herencia, es decir, para este sistema la delación se desliga de la adquisición de la herencia, pues esta requiere una aceptación. El sistema germánico, por su parte, no desliga la delación de la adquisición de la herencia. El heredero adquiere por el solo hecho de la delación, la adquisición se produce *ipso iure* por el hecho de la delación<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, 2011: *Derecho Sucesorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile., pp. 179-180. Los autores precisan que el sistema que se califica como romano refiere a un precedente romano más reciente. En efecto, en el derecho romano primitivo, no se conocían los herederos necesarios (*heredes sui et necessarii*), que recogían obligatoriamente los derechos y obligaciones del difunto. Para ellos no existía la opción sucesoral, pues tenían que ser herederos, aún contra su voluntad, con tal que lo quisiese el causante. Estos eran los únicos herederos que existieron primitivamente. Luego surgen

De la sola regulación que el Código Civil hace de la aceptación y la repudiación en los arts. 1225 y siguientes, así como del derecho de transmisión previsto en el art. 957, se infiere que la delación no es suficiente para adquirir la herencia; es decir, el codificador se decantó por el sistema romano. Por tanto, mientras no haya un acto de aceptación, el patrimonio hereditario no pertenece al heredero. No puede, en consecuencia, ser demandado en calidad de tal y deberá dirigirse la acción en contra de la herencia yacente<sup>2</sup>.

El fallo invalida la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones por haber aplicado los arts. 1240 y 1241, en circunstancias que no existió en la especie una declaración judicial de herencia yacente, ello influye en lo decidido por cuanto le exige al actor la aceptación de la herencia en un plazo determinado para un procedimiento que no se ha tramitado. Estimamos, no obstante, que la infracción se produce solo por la aplicación del art. 1240 que refiere expresamente a la tramitación de la herencia yacente, tal como señala la prevención.

Respecto del art. 1241, la infracción de los tribunales del fondo no discurre en su mera aplicación —se trata de una regla que se circunscribe a la forma en que puede aceptarse la herencia y no a la herencia yacente—, sino a su aplicación errónea. Si bien es cierto que las reglas relativas a la acción de petición de herencia no exigen explícitamente que el heredero haya aceptado la asignación, por el sistema romano que impera en nuestros textos pareciera ser que sí es necesaria.

El fallo de primera instancia reprocha al actor el hecho que él y su hermano no habían manifestado su voluntad de aceptar su herencia, constatándose recién el 8 de junio de 2016 un acto positivo consistente en la celebración de una cesión de derechos hereditarios. Es en este punto donde se aprecia un cambio en la estrategia del actor. Tanto en su demanda como en el recurso de apelación se arguye que la aceptación de la herencia no es un requisito de la acción de petición. Luego, en el recurso de casación en el fondo, se alega una aplicación errónea del art. 1241 al reprochar al actor el no haber solicitado la posesión efectiva de la herencia hasta la fecha en que lo hizo el Fisco, ya que la aceptación de la herencia no está sujeta a plazo alguno, y solo puede estar limitada por la prescripción adquisitiva. Abunda en esta nueva estrategia al sostener que es un hecho no disputado que el actor ostenta la posesión material del inmueble en cuestión desde hace muchos años, y que lo arrienda a terceros, siendo este hecho una aceptación tácita según el art. 1241.

## II. LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

La acción de petición de herencia, regulada en los arts. 1264 y siguientes del Código Civil, es una de las instituciones más enigmáticas y que suscita más dudas e

---

los denominados *heredes extranei*, quienes, como no formaban parte de la familia agnaticia del *de cuius*, recibían la herencia previa aceptación. Mientras no se produjere esa aceptación (*aditio*), la herencia permanecía yacente (*hereditas iacens*), como un patrimonio sin titular.

<sup>2</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 184.

incertidumbres de todo el derecho civil. Una de esas interrogantes, en lo que nos incumbe, es la legitimación activa.

Desde el derecho romano se ha entendido que el legitimado para su ejercicio es a quien le corresponde la herencia con arreglo a la ley de la XII Tablas o en virtud de un testamento hecho conforme a derecho, es decir, al *heres*, ya sea testamentario, contra testamento o intestado, ya necesario o voluntario, siempre que sea heredero único<sup>3</sup>. Pothier indica que la acción de petición corresponde al heredero a quien la sucesión pertenece, sea en su totalidad, sea en una parte, tiene esta acción contra aquellos que se la disputan y que rehúsan, con este pretexto, entregar las cosas que tienen en su poder dependientes de dicha sucesión o que provienen de ella; o de pagarle lo que deben dicha sucesión. La cuestión que hay que fallar es saber si el demandante ha establecido bien su calidad de heredero, y si, en consecuencia, la sucesión le pertenece<sup>4</sup>.

En nuestro medio, hay consenso en la doctrina de que la acción de petición de herencia corresponde, entre otros, al que probare un derecho en la herencia, quedando comprendidos solamente los que tengan la calidad de herederos; sean ellos universales o de cuota, testamentarios o abintestato; incluso al heredero que haya sucedido por derecho de representación, transmisión, acrecimiento o sustitución y aun cuando no se hayan practicado las inscripciones que ordena el art. 688 del Código.

En este orden de ideas, pareciera que no es un requisito de la acción la circunstancia de que la asignación haya sido aceptada para que la acción prospere, bastando que el actor simplemente pruebe su derecho a la herencia en el mismo litigio. No fue este el razonamiento compartido por los tribunales en el caso de estudio. Los tribunales del fondo desecharon la acción por no haber existido una aceptación de la asignación (de ahí la aplicación del art. 1240) y la Corte Suprema acogió la demanda sosteniendo que había mediado una aceptación tácita (el hecho de que el actor detentaba materialmente un inmueble y que lo arrienda a terceros).

Asimismo, estimamos que aun en ausencia de dichas circunstancias la acción es plenamente procedente, pues el ejercicio mismo de la acción de petición de herencia implica una aceptación tácita<sup>5</sup>.

En este orden de ideas, en ningún caso podría desestimarse la acción a pretexto de que la herencia no haya sido aceptada, pues en última instancia la interposición misma de la acción cumple el requisito de la aceptación.

---

<sup>3</sup> ANDRÉS, Francisco, 2020: "La acción de petición de herencia en el derecho romano clásico: Estado de la cuestión y perspectivas", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección derecho romano)* XLII, Valparaíso, p. 114.

<sup>4</sup> POTHIER, Robert Joseph, 1807: *Traité du droit de domaine de propriété*, parte 2ª, capítulo II, N° 365, p. 281.

<sup>5</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 183. Más adelante, para reafirmar el punto, los autores citan a De Ruggiero: "no hay necesidad de que el actor pruebe que aceptó la herencia, porque el ejercicio de la *petitio* implica aceptación"; a Polacco: "Pacific-Mazzoni dice que debe probar (el actor) también que ha aceptado la herencia deferida a él. Esto, en principio, es un error, toda vez que la aceptación va implícita en el solo hecho de ejercer la petición de herencia" y a De Diego: "no hace falta que pruebe la aceptación de la herencia, porque el ejercicio de la *petitio* la implica" (p. 1155).

### III. HERENCIA VACANTE Y HERENCIA YACENTE

Cuando no existen otros herederos abintestato distintos del Fisco, se habla de herencias vacantes. En la especie, la Corte Suprema la definió como aquella que le corresponde al Fisco de Chile, a falta de todo otro heredero en el quinto orden de conformidad con el art. 995 del Código Civil. Si bien se ha discutido cuál es la naturaleza de los derechos del Fisco, predomina la idea de que el Fisco es llamado como heredero del causante.

Se ha entendido que, frente a una disputa con otros pretendientes que aleguen mejor derecho de una herencia, los últimos deben cargar con el peso de la prueba<sup>6</sup>. Esto es lo que ocurrió en el caso en comento, donde el Fisco obtuvo la posesión efectiva en el marco de un procedimiento de herencia vacante, la que se sustentó en los informes del Servicio de Registro Civil e Identificación que dio cuenta de la inexistencia de parientes con derecho a suceder, lo que posteriormente fue reafirmado mediante Ordinario N° 3555 de 15 de enero de 2015. Pese a ello, la Corte dejó constancia de que la sentencia de primer grado estableció como hechos de la causa, entre otros, que el demandante y su hermano eran hijos de la causante.

Por su parte, la herencia yacente ha sido definida como aquella que no ha sido aceptada en el plazo de quince días por algún heredero, siempre que no exista albacea con tenencia de bienes designado en el testamento, o si lo hay, no ha aceptado el albacea el cargo<sup>7</sup>. Así, para hablar de herencia yacente no se hace necesario la existencia de una declaración judicial, el sentido de esta es solo la protección de los acreedores hereditarios y testamentarios, ya que salvo en los casos del art. 1232 del Código Civil, los herederos no tienen plazo para aceptar o repudiar y, por ello, pueden tomarse todo el tiempo que estimen oportuno para aceptar o repudiar<sup>8</sup>.

Refuerza este postulado el origen mismo del concepto “yacente”. Como recalca Guzmán, en el derecho romano se entendía que “desde que muere el causante, y mientras un sucesor no haya adquirido su patrimonio hereditario, en otras palabras, entre la delación y la adición de la herencia, de esta se dice que ‘yace’ (*iacet*); los juristas, pues, hablan de que la *hereditas iacet* o de que los *bona iacet*, tradicionalmente empleamos la expresión ‘herencia yacente’”<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 716. En el mismo sentido Somarriva, quien cita un fallo de la Corte Suprema en que determinó que, disputada una herencia entre el Fisco y los colaterales, estos deben acreditar su parentesco. SOMARRIVA, Manuel, 2005, *Derecho Sucesorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 181.

<sup>7</sup> SOMARRIVA, Manuel, 2005, p. 480. Rodríguez Grez la define como un patrimonio sucesorial de titularidad incierta, al que la ley da un curador especial en espera de que se fije su destino definitivo. RODRÍGUEZ, Pablo, 2006: *Instituciones de Derecho Sucesorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile p. 64. Corral postula que del inciso 1° del artículo 481 del Código Civil puede extraerse una definición de herencia yacente. CORRAL, Hernán, 2020: *Curso de Derecho Civil, Bienes*. Santiago: Legal Publishing, p. 13.

<sup>8</sup> CABALLERO, Guillermo y ESPADA, Susana, 2020: “El concurso *post mortem* de la herencia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIII N° 1, junio, Valdivia, p. 103.

<sup>9</sup> GUZMÁN, Alejandro, 2013: *Derecho Privado Romano*. Santiago: Legal Publishing, p. 577.

No cabe duda, entonces, que los términos de herencia vacante y herencia yacente no son sinónimos. Sin embargo, existe estrecha correlación entre ambas, porque la declaración de herencia yacente es la antesala de la herencia vacante. Porque yacente la herencia, si no se presentan herederos, entra a funcionar el último orden de sucesión intestada y el Fisco pasará a ser heredero abintestato<sup>10</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Por la tradición romana de la que es tributaria el Código Civil respecto de la adquisición de una herencia, para el ejercicio de la acción de petición de herencia es menester que se haya aceptado la asignación. En caso que no exista aceptación, sea de forma expresa o tácita al tenor del art. 1241, el ejercicio mismo de la acción implica una aceptación tácita y de ahí que mal podría desecharse esta acción por ausencia de aceptación.
2. Para que la herencia se estime yacente no es necesario una resolución judicial. Se trata de una situación que se configura siempre que no haya aceptación de algún heredero en el plazo de quince días, que no se haya designado albacea o que este no haya aceptado el cargo. Empero, la consideración de la herencia como yacente no implica necesariamente un plazo para que los herederos deban pronunciarse acerca de la herencia. La única regla que establece un periodo perentorio de pronunciamiento es la del art. 1232, que contiene la denominada “conminación a optar”; precepto que debió haber utilizado el Fisco para dilucidar si efectivamente la herencia se encontraba vacante.
3. Debido a lo anterior, no porque se configure una situación de herencia yacente estaremos necesariamente en presencia de una herencia vacante. No son situaciones simultáneas sino más bien subsecuentes.

---

<sup>10</sup> SOMARRIVA, Manuel, 2005, p. 485. El autor alude a un fallo en que se declara que no procede declarar yacente la herencia y nombrarle curador si el Fisco la ha aceptado, ello porque no procede declarar yacente la herencia si un heredero la aceptó, y el Fisco en nuestro Código es heredero.



## Comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios (Sentencia Rol 122.925-2022 de la Corte Suprema chilena)

*Communicability of the Status of Public Officer in Special Offences  
(Comment on Judgment Rol 122.925-2022 of the Chilean Supreme Court)*

*Comentario de Javier Escobar Veas\**

### 1. DECISIÓN CONDENATORIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA Y RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA DEL IMPUTADO RAVANAL

“Santiago, veintinueve de mayo de dos mil veintitrés.

VISTOS: El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por sentencia de treinta de septiembre de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 1.900.571.226-5, RIT 96-2022, condenó a (...) Ravanal a la pena única de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias legales, en calidad de autor de ochenta y seis delitos consumados de malversación de caudales públicos, en calidad de reiterados, cometidos entre los meses de octubre de 2017 y marzo de 2019 en la comuna de Talcahuano (...).

En contra de dicho fallo, las defensas de los sentenciados dedujeron sendos recursos de nulidad (...).

Respecto del acusado Ravanal Mellado, el tipo penal descrito no resulta aplicable pues no reviste la calidad de funcionario público, siendo un “extraneus”, razón por la cual pide anular el juicio oral y la sentencia, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado (...).

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi, Italia. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9266-0396>. Correo electrónico: [jiescobarveas@gmail.com](mailto:jiescobarveas@gmail.com).

## 2. LA CORTE SUPREMA CALIFICA EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES COMO UN DELITO ESPECIAL IMPROPIO Y ADSCRIBE A LA TESIS DE LA INCOMUNICABILIDAD DE LA CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO

“NOVENO: Que, el delito de malversación de caudales público, también conocido como peculado, consiste en la conducta del empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraere o consintiere que otro los sustraiga. Dos figuras contempla el artículo 233 del código de castigo con idéntica penalidad: i) La sustracción para sí, que hace el empleado público; y ii) La participación del empleado en la sustracción que un tercero hace de esos fondos. Debe ser, en principio, un empleado público. La segunda modalidad del delito (consentir en la sustracción) permite obviar la discusión acerca del actuar del funcionario como autor mediato con agente doloso: se castiga con la pena del autor al empleado público que utiliza a otro que no posee tal calidad en la sustracción de los bienes a su cargo, porque evidentemente consiente en ella (...).

Por su parte, la incomunicabilidad de la calidad funcionaria a los extraños que toman parte en el ilícito, se encuentra directamente vinculada a un tema controversial de la teoría de los delitos de índole patrimonial cometidos en perjuicio de la Administración Pública.

Si bien la doctrina y jurisprudencia nacionales hace ya mucho tiempo que se unificaron en torno a la incomunicabilidad del vínculo personal en el parricidio, debiendo responder el extraneus como culpable de homicidio, no ha sucedido igual cosa con ciertos delitos funcionarios, en especial, malversación de caudales públicos y fraude al Fisco.

La disputa acerca de la comunicabilidad o incomunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa).

En las recientes decisiones de esta Sala Penal, se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que en ausencia de la calidad funcionaria, es aplicable a los extraneus la figura de hurto o estafa común, cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la administración (...).

UNDÉCIMO: Que, existen estudios que, con gran profundidad, han abordado el tema de la comunicabilidad o incomunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Francisco Grisolia, Revista de Ciencias Penales, 3a época, Enero-Junio 1975, N° 1, T.XXX), evidenciando que el artículo 64, inciso 1° del Código Penal resuelve negativamente el caso de los partícipes extraneus en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al particular que co-delinque con el empleado público, toda vez que la calidad

funcionaria es una circunstancia de carácter personal, que, al tenor del artículo 64 del Código Penal, sólo puede afectar a aquel en quien concurre (...).

DECIMOTERCERO: Que, distinto es el caso de Ravanal Mellado, pues el carácter de funcionario público es una circunstancia de carácter personal respecto al ilícito en estudio, no siendo procedente su castigo a través de la figura materia de la acusación, que solo resulta aplicable a aquel personal que revista dicha calidad, debiendo entonces responder por el delito de hurto y no de malversación de caudales públicos, de concurrir en la especie los requisitos del ilícito común, por lo que cabe ahora discernir si es posible emitir una condena en este caso.

DECIMOQUINTO: Que, por lo razonado, se acogerá la tercera causal subsidiaria de nulidad propuesta por la defensa de Ravanal (...)."

### 3. COMENTARIO

La sentencia de la Corte Suprema que aquí se comenta, de 29 de mayo de 2023, aborda el problema de la comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos funcionarios, temática que la doctrina y la jurisprudencia han discutido ya por demasiado tiempo.

Las distintas posturas respecto de la materia, algunas defendiendo la comunicabilidad de las circunstancias personales, otras propugnando la incommutabilidad de estas, y otras finalmente proponiendo una suerte de comunicabilidad limitada<sup>1</sup>, han generado una situación de grave incertidumbre jurídica.

La importancia de la sentencia de la Corte Suprema radica en el hecho de que en ella se rechaza la posibilidad de comunicar la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios, propugnándose, en cambio, la tesis de la incomunicabilidad de la calidad personal especial.

Conforme con la opinión mayoritaria, los delitos funcionarios constituyen delitos especiales, pues exigen para su configuración que la persona responsable haya ostentado una específica posición jurídica, a saber, la calidad de empleado público. Así, por ejemplo, el artículo 233 del Código Penal requiere que el autor del delito sea un empleado público que tenga los caudales o efectos públicos a su cargo<sup>2</sup>. Como consecuencia de lo

---

<sup>1</sup> Para una revisión de las principales posturas, ver CURY, Enrique, 2011: *Derecho Penal. Parte General* (10° edición), Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 643 y siguientes; BALMACEDA, Gustavo, 2012: "Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 19, N° 2, pp. 45-81, pp. 58 y siguientes.

<sup>2</sup> BALMACEDA, Gustavo, 2014: "La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el Derecho Penal Chileno", en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, N° 20, pp. 77-120, p. 103; Corte Suprema, Rol 38490-2017, Considerando 6 (sentencia de reemplazo).

anterior, si una persona no cuenta con dicha calidad, no será posible sancionarla por el delito mencionado.

Los delitos especiales han sido tradicionalmente divididos en delitos especiales propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la condición especial exigida por la ley funda el injusto, no existiendo un tipo penal común correlativo (así ocurre, por ejemplo, con el delito de prevaricación del artículo 223). Por el contrario, los delitos especiales impropios son aquellos en que la calidad personal exigida por el respectivo tipo penal solamente produce el efecto de agravar el juicio de reproche, de modo tal que, si dicho tipo penal no existiera, las personas que hubieren cometido la conducta ilícita serían de todas formas sancionadas por un tipo penal común (un ejemplo de delito especial impropio es el delito de malversación de caudales públicos). En efecto, tal como ha reconocido la Corte Suprema, el resultado de remover de consideración la especial calidad exigida por el artículo 233 no es la absolución de quien ha sustraído los caudales públicos, sino el reencuadre del hecho punible en un delito común contra la propiedad o el patrimonio, usualmente hurto o apropiación indebida, dependiendo de si el autor tenía o no los caudales públicos dentro de su esfera de custodia<sup>3</sup>.

Un sector minoritario de la doctrina defiende la comunicabilidad absoluta de la calidad especial en casos de delitos especiales impropios, señalando que todas las personas que hayan intervenido en la ejecución del delito especial debiesen ser sancionadas bajo ese título, siempre y cuando, por supuesto, al menos una de ellas haya reunido la calidad especial exigida por el tipo penal<sup>4</sup>.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, rechaza el anterior planteamiento, y defiende que, en el caso de delitos especiales impropios, solamente el *intraneus* puede ser sancionado por el delito especial, en tanto el *extraneus* deberá responder por el delito común que corresponda aplicar ante la imposibilidad de recurrir al delito especial<sup>5</sup>.

Respecto de la postura de la jurisprudencia, si bien existen algunas sentencias en que los tribunales adoptaron la tesis de la comunicabilidad absoluta, actualmente es posible afirmar que la Corte Suprema adscribe a la postura mayoritaria en doctrina. Como consecuencia de lo anterior, en el caso de delitos especiales impropios, no corresponde

---

<sup>3</sup> Corte Suprema, Rol 3799-2013, Considerando 5; Corte Suprema, Rol 38490-2017, Considerando 6 (sentencia de reemplazo).

<sup>4</sup> NOVOA, Eduardo, 2005: *Curso de Derecho Penal Chileno* (2° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 248 y siguientes; GARRIDO, Mario, 2003: *Derecho Penal. Parte General* (3° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 332 y siguientes.

<sup>5</sup> CURY, Enrique, 2011, pp. 646 y siguientes; ETCHEBERRY, Alfredo, 1998: *Derecho Penal* (3° edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 81 y siguientes; NÁQUIRA, Jaime, 2017: *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo II, Thomson Reuters, p. 272; GRISOLÍA, Francisco, 1975: "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XXXIV, N° 1, pp. 3-47, pp. 23 y siguientes; BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John, 2007: *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Legal Publishing, p. 177; VAN WEELZEL, Alex, 2007: *Delitos Tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 114-115; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, 2021: *Delitos contra la función pública* (3° edición), Editorial Jurídica de Chile, p. 140; ESCOBAR, Javier y CASTILLO, Ignacio, 2023: "Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 1700358131-0)", en *Política Criminal*, Vol. 18, N° 35, pp. 490-511, pp. 58 y siguientes.

sancionar a las personas *extraneus* bajo dicho título, sino que ellas deben ser sancionadas por el delito común que sea aplicable. Como lo señala la Corte Suprema en la sentencia aquí comentada: “no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa”<sup>6</sup>.

Así, por ejemplo, en sentencia Rol 3799-2013, de fecha 30 de septiembre de 2013, la Corte Suprema sostuvo: “en delitos especiales impropios, como la malversación de caudales públicos, la calidad personal solo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación, aunque sea a otro título. Esta distinción entre delitos especiales propios e impropios, es hoy aceptada y tratada –con matices– en la doctrina nacional, especialmente en materia de comunicabilidad en la participación criminal (...). Así las cosas, la cualidad personal del sujeto activo en el delito de peculado, no funda el injusto de la sustracción, sino solo lo incrementa, de manera que separada hipotéticamente dicha cualidad de los hechos fijados en el fallo, es posible aún subsumir y castigar la conducta en otro tipo de carácter general, en el presente caso, en el delito común de hurto del artículo 446 N° 2 del Código Penal”<sup>7</sup>.

La misma postura ha adoptado recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol 4691-2020, de octubre de 2020. En este caso, un imputado trabajaba como empleado público en CENABAST, mientras que otra imputada trabajaba en una empresa privada. Ambas personas, concertadas previamente, cobraron a CENABAST facturas falsas por servicios inexistentes. A pesar de que el Ministerio Público acusó a ambas personas por el delito de fraude al fisco, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago descartó condenar a la imputada *extraneus* por el mencionado delito, al no reunir la calidad especial de empleado público, condenándola, en cambio, por el delito de fraude de subvenciones del artículo 470 N° 8. En contra de esta sentencia, tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado interpusieron recursos de apelación.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que el delito de fraude al fisco “es de los denominados por la doctrina como delitos especiales impropios, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto, pero en los que la calidad especial del partícipe (*intraneus*) agrava la penalidad, existiendo un tipo residual aplicable a los que

---

<sup>6</sup> Corte Suprema, Rol 122925-2022, Considerando 9.

<sup>7</sup> Corte Suprema, Rol 3799-2013, Considerando Quinto. Resulta fundamental destacar que, en su sentencia, la Corte Suprema se encarga de citar jurisprudencia pasada (Rol 2321-2007 y 4507-2007). En términos similares, en sentencia Rol 59856-2022, de mayo de 2023, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad interpuesto por una persona *extraneus* que había sido condenada por el delito de fraude al fisco del artículo 239. En particular, la Corte Suprema sostuvo que “la figura de fraude al Fisco es calificada como delito especial impropio, pues tiene su correlato en las diversas formas de defraudación que se sancionan entre los delitos contra la propiedad. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas generales, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad”. Corte Suprema, Rol 59856-2022, Considerando 9 y 10.

no posean dicha cualidad (*extraneus*)”<sup>8</sup>. A continuación, la Corte de Apelaciones agregó: “Que justamente por revestir el delito antes mencionado la calidad indicada en el motivo anterior, en que existe un tipo penal especial para sancionar a los partícipes que no revisten la cualidad de funcionarios públicos (cuyo es el caso de los apelados), cual es la figura contemplada en el artículo 470 N° 8 del Código Penal, debe precisamente aplicárseles y sancionárseles de acuerdo a ella, por cuanto dicha cualidad especial no se comunica al *extraneus*, quien debe responder, como ya se dijo, por el tipo residual que fuere aplicable”<sup>9</sup>.

En conclusión, la sentencia Rol 122925-2022, de mayo de 2023, permite afirmar que actualmente la Corte Suprema estima que, en el caso de delitos especiales impropios, la calidad personal especial exigida por el respectivo tipo penal no se comunica desde el *intraneus* al *extraneus*. Por consiguiente, solamente aquellas personas que reúnan la condición especial exigida por el delito especial impropio podrán ser sancionadas bajo ese título. Por el contrario, las personas que no ostenten dicha calidad deberán ser sancionadas por el tipo penal común que corresponda.

Este comentario no ha tenido por finalidad criticar la decisión de la Corte Suprema, sino que todo lo contrario. La reciente sentencia de la Corte debe celebrarse, pues se alinea con la postura mayoritaria en doctrina, contribuyendo, de esta forma, a poner fin a una discusión que, por razones difíciles de entender, todavía se encuentra abierta.

A pesar de las limitaciones que un comentario de jurisprudencia impone, corresponde señalar que la postura de la incomunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios debe preferirse por razones de proporcionalidad. Si los delitos especiales impropios tienen una pena superior a los respectivos delitos comunes, ello únicamente se explica por la especial calidad personal que el tipo penal exige. Pues bien, si una persona no reúne dicha condición, ¿qué razón existiría para imponerle la pena aumentada del delito especial impropio en lugar de aquella del delito común? Como señalaba Cury, “parece a primera vista injusto castigar como cómplice de parricidio al tercero extraño (*extraneus*) que coopera con el hijo (*intraneus*) que da muerte a su padre (...), puesto que si el hecho estuviere despojado de calificantes y el *extraneus* fuese su autor único de propia mano”, se le debería condenar por un delito de homicidio simple<sup>10</sup>.

Los organismos encargados de la persecución penal en Chile debiesen tomar nota del actual criterio de la Corte Suprema, y adecuar sus prácticas y decisiones de persecución.

La importancia práctica que tiene la sentencia de la Corte Suprema aquí comentada es manifiesta. Basta considerar, a este respecto, que el imputado Ravanal había sido condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de 86 delitos consumados de malversación de caudales del artículo 233, a pesar de no haber reunido nunca la calidad de empleado

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4691-2020, Considerando 3. 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 1116-2017, Considerando Séptimo.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4691-2020, Considerando 3 y 4. La sentencia de primera instancia corresponde a la Rit 1116-2017, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

<sup>10</sup> CURY, Enrique, 2011, p. 643.

público, circunstancia que fue incluso expresamente reconocida por el tribunal, el que reconoció que el acusado no ostentaba a la fecha de los hechos imputados la calidad de funcionario público en los términos exigidos por el artículo 260 del Código Penal, ni bajo ninguna otra circunstancia. A pesar de lo anterior, el tribunal de instancia decide adoptar la tesis de la comunicabilidad de la calidad de empleado público, condenando al imputado *extraneus* por el delito de malversación de caudales del artículo 233.

Si el tribunal de instancia hubiere acogido desde un comienzo la actual postura de la Corte Suprema, el imputado Ravanal habría sido condenado por el delito de hurto, con la consecuente rebaja penológica. En efecto, si en lugar de haber sido condenado por 86 delitos de malversación, el imputado mencionado hubiere sido condenado por 86 delitos de hurto, muy probablemente la pena impuesta no habría superado la de presidio menor en su grado máximo. Esto por cuanto el tribunal, si bien aplicó el régimen de acumulación jurídica del artículo 351 del Código Procesal Penal, reconoció, en favor del imputado, tres circunstancias atenuantes de responsabilidad penal (números 6, 7 y 9 del artículo 11).



# **RECENSIONES**



## Recensiones

DANIEL MENDONCA, *El lenguaje del derecho*, España, Marcial Pons, 2023, 150 páginas.

Desde una perspectiva analítica, Daniel Mendonca es un autor que permite una grata aproximación a la teoría del derecho. Por medio de un lenguaje claro, que no pierde profundidad, y su gran capacidad explicativa, logra presentar importantes discusiones de la teoría del derecho. Estas habilidades las demuestra no solo en obras como *Las claves del derecho*, o *La odisea constitucional*, sino que también en conferencias donde refiere al pensamiento de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin; u otra, en donde desarrolla la noción de empujones legales, mediante los dos sistemas de pensamiento de Daniel Kahneman. Sin duda, la lectura y escucha de Daniel Mendonca logra captar la atención e incentiva la búsqueda de conocimiento y respuestas teóricas.

Un tema complejo, interesante y atractivo dentro de la teoría del derecho es el relacionado con las normas jurídicas, su clasificación y ontología. Este tema fue abordado en *Las claves del derecho*, en donde Daniel Mendonca ocupa ocho de doce capítulos de la obra para referirse a distintos aspectos de las normas jurídicas. En los cuatro restantes se refiere a la dinámica de los sistemas jurídicos.

Este año se publica *El lenguaje del derecho*. En este trabajo, Daniel Mendonca fiel a su postura normativista, se refiere nuevamente a las normas jurídicas como elemento esencial del discurso jurídico. Presenta una tipología de normas para elaborar un instrumental teórico que permita aproximarse a una teoría general de las normas. Con ello, continúa el trabajo realizado en *Exploraciones normativas*.

Cada capítulo se presenta como independiente, sin embargo, se puede ver un tránsito desde la conceptualización e identificación de las normas, hasta su aplicación por medio de la decisión judicial. Los primeros tres capítulos configuran una noción general de normas. A partir del capítulo 3 se explicita la importancia de las normas en la actividad jurisdiccional, importancia que se retoma en los capítulos 7 y 8 con énfasis en el razonamiento práctico y razonamiento probatorio. Los capítulos 4, 5 y 6 permiten dar cuenta de la dinámica del derecho por medio de comportamientos normativos. Por último, por medio del capítulo 9 se ve un aspecto social del derecho, y el capítulo 10 representa el término del proceso judicial y la decisión. A modo de síntesis:

En el capítulo 1, *Competencias*, Daniel Mendonca, consciente del problema de categorizar las normas de competencia, revisa algunas alternativas y las concibe como normas constitutivas. Desde ahí, desarrolla su carácter realizativo y su relación con las instituciones. Esto le permite abordar la dinámica de los sistemas jurídicos. Aborda los procesos de promulgación y derogación, y distingue entre la orden de derogar y la derogación de una norma. Culmina considerando a las denominadas normas derogatorias como normas constitutivas, y por tanto normas de competencia.

Luego, con base en la tipología de Von Wright, en el capítulo 2, *Prescripciones*, desarrolla las normas prescriptivas. Presenta la norma como una entidad susceptible de

análisis por medio de una teoría semántica, y desde allí se refiere al problema ontológico de las normas. Finalmente, alude a la posibilidad de concebir una lógica de normas como una cuestión aún en desarrollo. Asimismo, en el capítulo 3, *Principios*, acude a los conflictos morales para abordar el papel de los principios en el razonamiento jurídico. Presenta alternativas frente a conflictos de principios, y un modelo de ponderación. Esto último le entrega un claro carácter práctico a este capítulo. Finalmente, termina con un comentario acerca de la discrecionalidad judicial.

Vinculado con la noción de discrecionalidad, en el capítulo 4, *Permisos*, distingue entre permiso fuerte y permiso débil. Relaciona la capacidad de mandar y la de permitir, como también la noción de tolerancia en relación con los permisos como actos de habla. El capítulo termina con una presentación de las funciones de los permisos y de los permisos protegidos. Esto permite conectar con uno de los sentidos de la noción de derecho subjetivo, por tanto, pasar al siguiente capítulo. En el capítulo 5, *Derechos*, enumera siete acepciones de derecho subjetivo (libertad, pretensión justificada, derecho protegido, facultad, obligación correlativa, potestad, e inmunidad). Finaliza con la incorporación de la noción de conglomerados de acepciones de derecho, y así desarrolla dos sentidos de la expresión “tener un derecho”.

Quienes creen tener un derecho suelen accionar para la protección de sus intereses ante tribunales de justicia, en ese contexto, parte importante de la aplicabilidad de las normas depende de definiciones normativas. En el capítulo 6, *Definiciones*, trata a las definiciones normativas como normas definitorias, esto es, reglas semánticas estipulativas. Respecto de ello, desarrolla la función estipulativa del lenguaje y la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje. Finalmente, se refiere a la labor interpretativa y clasificadora de los textos legales que, tanto para definir como para clasificar, se utiliza la fórmula searlina de reglas constitutivas.

Como parte del ejercicio jurisdiccional y del razonamiento práctico, en el capítulo 7, *Presunciones*, el autor analiza semánticamente una noción de presunción. Presenta la estructura lógica de las presunciones, la función de la presunción legal en el razonamiento práctico, y sus problemas. Continúa con aspectos probatorios de la presunción y las nociones de bloqueo y destrucción de presunciones. Luego, en el capítulo 8, *Ficciones*, aborda las ficciones de origen legislativo como normas constitutivas. Vuelve al razonamiento práctico e indica que las ficciones implican un razonamiento similar al razonamiento por analogía y a la extensión de consecuencias. Finaliza con una presentación de la relación entre las nociones de verdad, falsedad, probabilidad y valoración, como criterios que permiten distinguir entre ficciones y presunciones.

En el capítulo 9, *Costumbres*, se refiere a la noción de convención, el surgimiento y conservación de una convención, la relación con teoría de juegos y equilibrios de coordinación. Señala que las convenciones, sin ser normas, ejercen presión normativa y, por tanto, es posible identificar convenciones regulativas y convenciones constitutivas. Termina el capítulo desarrollando, y comentado, la distinción entre costumbre-regularidad y costumbre-norma propuesta por Celano.

Finalmente, para terminar, en el capítulo 10, *Sanciones*, Daniel Mendonca se encamina a una reconstrucción teórica de los enunciados que contemplan una aplicación de

sanción, las que denomina normas penales. Presenta distintas caracterizaciones de ellas y señala que han de ser consideradas como normas de prohibición. Luego, por medio de la teoría de los actos de habla analiza estos enunciados e indica que entregan, al menos, una doble información. Finalmente, se refiere a la idea de normas respaldadas por amenaza y culmina distinguiendo entre “sancionar”, “amenazar” y “castigar”.

Los distintos tipos de normas presentados permiten reconstruir la realidad jurídica desde distintas perspectivas. De forma sutil pero precisa, el texto aborda las normas desde la promulgación como acto de autoridad legislativa; su aplicación, por medio de la labor jurisdiccional; y su derogación. Logra explicitar por qué las normas constituyen el elemento básico del derecho y entrega un instrumental teórico para su estudio.

Daniel Mendonca explica y desarrolla de una manera clara y precisa conceptos altamente complejos. *El lenguaje del derecho* es un texto imprescindible para quienes nos encontramos interesados en la teoría y filosofía jurídica de corte analítico, y sobre todo para quienes busquen construir un mapa mental suficiente para iniciarse en estos temas.

El estudio de cualquiera de los capítulos permitirá acceder a una inmensidad de temas y discusiones interesantes. Por medio de su amigable y clara escritura, Daniel Mendonca posibilita una lectura cómoda de los distintos problemas teóricos abordados. Nos lleva a través de ellos y da cuenta de las diversas alternativas que se han planteado. Esto permite al lector adquirir un punto de partida firme para adentrarse en los temas de su interés. Por lo demás, Daniel Mendonca nos reenvía a los temas no abordados, o no profundizados, por medio de adecuadas referencias bibliográficas.

La lectura de *El lenguaje del derecho*, impulsa al lector a seguir transitando con, y por medio de, la teoría del derecho. Es un texto cuya lectura entrega herramientas que permiten ver y analizar el fenómeno jurídico con una mayor claridad. Solo se extrañan dos cosas: 1) un capítulo que aborde la distinción entre normas constitutivas, regulativas y la relación con las normas técnicas, sobre todo considerando su utilización a lo largo del texto; y 2) un capítulo final que, a modo de conclusión, cierre o conecte los demás capítulos con la introducción; por ejemplo, mediante una reflexión del conjunto de capítulos, o una mención más precisa de lo que el autor entiende cuando se refiere a una teoría general de las normas.

*Francisco Pérez Vargas\**

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ORCID: 0009-0003-4151-9335. Correo electrónico: francisco.pzvs@gmail.com.



## 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 Grueter & 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 (2ª 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 PRIVADO

Huelga y reemplazo: un estudio jurisprudencial en materia de reemplazo de trabajadores en huelga. Karla Varas Marchant

Aspectos generales de las acciones colectivas de la Ley N° 19.496: desde la compensación a la regulación. Matías Ponce Márquez, Bernardo Aylwin Correa

Distanciamiento contractual y el valor intrínseco del contrato. Esteban Pereira Fredes

Más allá de los límites de la reparación integral del daño: legitimación activa y daño moral por rebote. Yerko Sagredo Srdanovic

La vulneración de la dignidad humana como causal agravante de la responsabilidad civil extracontractual. Alberto Pino-Emhart, Sergio Gamonal Contreras

### DERECHO PÚBLICO

Los ajustes razonables para personas con discapacidad en el derecho chileno: una caracterización y evaluación inicial de la situación actual. Eduardo Marchant Vivanco

Transparencia en perspectiva del gobierno abierto: aproximaciones y mapa conceptual. Lorayne Finol Romero

La tutela de derechos fundamentales: estudio de demandas por acoso moral de mujeres en cuatro tribunales del Trabajo de Chile. Lidia Casas Becerra

Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios. María de los Ángeles González Coulon

### DERECHO PENAL

Delitos odiosos y el valor normativo de la repugnancia. María Laura Manrique

La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica. Alejandra Castillo Ara

Desnudamiento forzado como vejación injusta. Héctor Hernández Basualto

---

## JURISPRUDENCIA

---

¿Herencia yacente o vacante? (Corte Suprema). Comentario de Jaime Ramírez Cifuentes

Comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios (Corte Suprema). Comentario de Javier Escobar Veas

---

## RECENSIONES

---

Daniel Mendonca, *El lenguaje del derecho*. Recensión de Francisco Pérez Vargas