

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXIX - N° 1 • Junio 2026

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
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
EGON MONTECINOS MONTECINOS

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE
DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI
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

FELIPE PAREDES PAREDES
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
SEBASTIÁN AGÜERO SAN JUAN
Director Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
Director Instituto de Derecho Público
MARÍA PAZ GATICA RODRÍGUEZ
Directora 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 XXXIX - N° 1 (Junio 2026)

INVESTIGACIONES

<i>La teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Influencia, desarrollo y aplicación.</i> Felipe Valenzuela Quiros	9
<i>La imposibilidad jurídica de la donación irrevocable entre cónyuges: estatuto de los acreedores y protección de los terceros legitimarios.</i> Francisco Cabello Vargas	33
<i>El principio de igualdad de remuneraciones en Chile: una nueva interpretación del artículo 62 bis del Código del Trabajo desde la perspectiva de género.</i> Óscar Olivares Jatib, Fernando Pérez Godoy	53
<i>Los desafíos del derecho laboral ante las transformaciones tecnológicas y organizativas.</i> Juan Pablo Severin Concha	73
<i>El derecho al trabajo y su realización, a propósito de la Ley 3/2023 de Empleo española.</i> Claudia Rodrigo Silva	89
<i>“No hay derechos sin deberes”: El rol de los deberes humanos en instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos.</i> Álvaro Paúl Díaz	111
<i>Familias y constitución: influencias mutuas en cuidados e infancia.</i> María José Jara Leiva, Victoria Martínez Placencia	133
<i>Las actuaciones materiales de la administración. Una aproximación.</i> Tomás Izquierdo Serrano	155
<i>Intención del legislador y elusión tributaria: una visión desde la doctrina anglosajona del derecho tributario.</i> Ricardo Guerrero Fernández, Francisco Saffie Gatica	181
<i>La posición adoptada por la Corte Suprema respecto del recurso de casación en materia ambiental.</i> Francisco Sepúlveda Muñoz	203
<i>Muertes violentas de mujeres en contexto de crimen organizado en Chile: ¿homicidio calificado o femicidio en razón de género?</i> Fabiola Girao Montecontrado Ghidalevich	227

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La imparcialidad administrativa: propia y distinta de aquella que rige para el ejercicio de la función jurisdiccional (Tribunal Constitucional). Cristian Pino Prieto 251

Críticas a la aplicación de penas sustitutivas a personas mayores condenadas por crímenes de lesa humanidad (Corte Suprema). Pietro Sferrazza Taibi, Sebastián Henríquez San Martín 261

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100009>

La teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Influencia, desarrollo y aplicación

*Felipe Valenzuela Quiros**

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la influencia, desarrollo y aplicación de la teoría del levantamiento corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. A partir de un fallo inaugural sobre la materia se advierte que la Corte Suprema de Chile ha recibido influencia del derecho estadounidense. En este trabajo se hace un breve análisis histórico del desarrollo de esta teoría en el derecho estadounidense, para dar luces de la influencia que ese derecho ha tenido en la jurisprudencia de nuestra Corte. A su vez, se hace un análisis del desarrollo de la teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, analizando las definiciones que la Corte ha realizado respecto de aquella teoría, junto con los requisitos para su procedencia, y la aplicación práctica de esta teoría en las sentencias de este tribunal.

Levantamiento del velo corporativo; jurisprudencia; Corte Suprema

The piercing the corporate veil theory in the case law of the Chilean Supreme Court. Influence, development and application

ABSTRACT

This paper addresses the influence, development and application of the piercing of the corporate veil theory in the Case Law of the Supreme Court of Chile. An inaugural ruling on the subject suggests that the Supreme Court of Chile has been influenced by United States law. This paper provides a brief historical analysis of the development of this theory in United States law, to shed light on the influence that this law has had on the jurisprudence of our Court. In turn, this paper analyzes the development of the piercing the corporate veil theory in the case law of the Supreme Court of Chile, examining the Court's definitions of this theory, along with the requirements for its admissibility, and its practical application in the rulings of this tribunal.

Piercing the corporate veil; Case Law; Supreme Court

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Gabriela Mistral, Chile. Master of Laws (LL.M), con especialización en Arbitraje Internacional y Resolución de Disputas, Georgetown University Law Center, Estados Unidos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9598-692X>. Correo electrónico: fv169@georgetown.edu.

Artículo recibido el 8.9.25 y aceptado para su publicación el 24.12.2025.

I. INTRODUCCIÓN

La alta velocidad del mercado de bienes y servicios está acompañada de velocidad en la proliferación de estructuras corporativas que facilitan ese dinamismo en el comercio. Nuestro orden jurídico permite ese dinamismo. Sin embargo, la legitimidad de las estructuras societarias es objeto de cuestionamiento cuando estas se instrumentalizan con fines ilícitos. La Corte Suprema de Chile, recibiendo la influencia de otras tradiciones jurídicas, ha incorporado la teoría del levantamiento del velo corporativo al repertorio de instituciones jurídicas que utiliza para ejercer su función pública en respuesta al abuso de las estructuras societarias¹.

No es un asunto en disputa que nuestro derecho corporativo, particularmente el societario, se sustenta sobre la base de que las sociedades son personas jurídicas distintas a sus accionistas, que son personalmente responsables, y que aquella responsabilidad afecta solo al patrimonio de la sociedad. En consecuencia, los socios de una sociedad generalmente no son responsables por los actos u omisiones atribuibles a la sociedad, al ser esta una persona jurídica distinta de los socios². La Corte Suprema sostiene que la teoría del levantamiento del velo corporativo sería una excepción a aquella máxima de derecho corporativo, proponiendo una técnica judicial que le permitiría a los tribunales desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, para hacer responsables a los dueños de la sociedad por actos u omisiones abusivos atribuibles a ella³. Sin embargo, propondremos más adelante que esta teoría no es una excepción, sino que jurisprudencialmente ha sido incorporada como una institución que gobierna nuestro derecho corporativo en general.

Durante el año 2009, mediante una sentencia, la Corte Suprema de Chile inauguró lo que sería el comienzo del desarrollo jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo corporativo⁴. En aquella sentencia, declaró que esta teoría “postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad con el fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente”⁵. ¿Cuál sería la finalidad de esta teoría? Nos señala la Corte que esta teoría “permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de

¹ Véase URBINA MOLFINO, Ignacio, 2011, pp. 163-171, y; UGARTE VIAL, Jorge, 2012, pp. 699-723.

² Véase CARMONA FONTAINE, León, 2018, pp. 281-293.

³ Véase UGARTE VIAL, Jorge, 2012, pp. 699-723.

⁴ Nótese que existen pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema en que la Corte utiliza elementos que se podrían enmarcar dentro del criterio de levantamiento del velo corporativo. Por ejemplo, véase CORTE SUPREMA 31.12.2002, rol 4.965-2002 o CORTE SUPREMA, 25.03.2008, rol 6.043-2006. Existen sentencias anteriores a estas analizadas en IRURETA URIARTE, Pedro, 2005, pp. 217-243. Sin embargo, la sentencia que señalamos aquí constituye el primer pronunciamiento jurisprudencialmente denso sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ámbito del derecho civil, y que conforma el principal precedente utilizado por la Corte Suprema para el posterior desarrollo jurisprudencial que llevará adelante sobre esta materia.

⁵ CORTE SUPREMA, 02.06.2009, rol 1.527-2008. En este mismo sentido véase CORTE SUPREMA, 22.06.2021, rol 99.487-2020; CORTE SUPREMA, 07.03.2022, rol 129.451-2020.

la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el *alter ego* de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico”⁶. En consecuencia, esta teoría buscaría prevenir “abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe”⁷. Esta primera definición permite a la Corte Suprema articular jurisprudencialmente importantes elementos de esta teoría, los que analizaremos en este artículo⁸.

En el capítulo II haremos un breve análisis histórico de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho estadounidense. Lo anterior, debido a que es la propia Corte Suprema de Chile la que reconoce influencia de ese derecho en su concepción de la teoría del levantamiento del velo corporativo. En el capítulo III estudiaremos el desarrollo de la teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, analizando las definiciones que la Corte ha realizado respecto de aquella teoría, junto con los requisitos para su procedencia, y su aplicación práctica. En el capítulo IV presentaremos las conclusiones de este estudio.

II. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

En aquel fallo inaugural del año 2009, la Corte Suprema de Chile nos indica que, durante comienzos del siglo XX, en Norteamérica, se habría venido generalizando la teoría del levantamiento del velo corporativo⁹. Aunque la Corte Suprema de Chile lo menciona de manera vaga, y sin aportar evidencia al respecto, efectivamente el derecho norteamericano, particularmente el estadounidense, contiene un importante desarrollo jurisprudencial y académico acerca de la teoría del levantamiento del velo corporativo. En efecto, como estudiaremos a continuación, ha sido la propia Corte Suprema de Estados Unidos la que ha liderado el desarrollo de esta teoría por medio de su jurisprudencia. Sin embargo, la sentencia inaugural deja un vacío importante, debido a que reconoce cierta influencia del derecho estadounidense en su concepción de la teoría del levantamiento del velo corporativo, todo sin indicar fuente alguna que nos pueda permitir saber en qué la Corte Suprema de Chile se ha influenciado del derecho estadounidense respecto de esta teoría. Esto no es menor considerando la densidad y riqueza de la teoría del levantamiento

⁶ CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008.

⁷ CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008.

⁸ En este trabajo nos centraremos en la articulación de esta teoría en materia de derecho civil. Para un excelente estudio de esta teoría en el ámbito del derecho laboral, véase IRURETA URIARTE, Pedro, 2005, pp. 217-243. En el ámbito tributario, véase BOBADILLA ORELLANA, Javiera, 2013, pp. 51-85.

⁹ CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008. En el año 2017, la Corte Suprema de Chile declaró expresamente que “el levantamiento del velo es una doctrina legal iniciada en los Estados Unidos”. CORTE SUPREMA, 16.9.2017, rol 18.236-2017.

del velo corporativo en el derecho estadounidense. A causa de la imprecisión develada por la Corte Suprema de Chile, acerca de este punto, es necesario estudiar los alcances de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho estadounidense, para poder identificar su recepción en la jurisprudencia chilena¹⁰.

La teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho estadounidense no ha sido una teoría pacífica. Por el contrario, ha sido el centro de complejas disputas referentes a su aplicación, alcance, y definición¹¹. Con todo, se le ha definido como “*The judicial act of imposing personal liability on otherwise immune corporate officers, directors, and shareholders for the corporation’s wrongful acts*”¹². O como “*an equitable doctrine available to creditors as well as parties injured by a corporation whose separate existence they question. The goal is to have the shareholders held personally liable for either contractual obligations purportedly entered into by the corporation, or for tortious injuries to a plaintiff where the corporation is alleged to have been the tortfeasor*”¹³. Como se aprecia, la teoría se considera como una doctrina de equidad, mediante esta se busca cuestionar la separación entre los accionistas —o entre personas afectadas— y la sociedad, para hacer personalmente responsables a los accionistas por actos realizados por la sociedad¹⁴. La naturaleza de la responsabilidad podrá ser tanto contractual como extracontractual. Junto con lo anterior, como veremos más adelante, también el Estado puede demandar el levantamiento del velo corporativo por incumplimiento de regulaciones o de la legislación en general¹⁵.

¿Qué debemos entender por “velo corporativo” en la terminología jurídica estadounidense? *Corporate veil* se ha definido como “*The legal assumption that the acts of a corporation are not the actions of its shareholders, so that the shareholders are exempt from liability for the corporation’s actions*”¹⁶. Es decir, el velo corporativo constituye una presunción legal; de acuerdo con la cual se presume que los actos de una sociedad no son los actos de sus accionistas, y, por esta razón, los accionistas se encuentran en principio exentos de responsabilidad por actos realizados por la sociedad.

Los criterios para determinar la procedencia del levantamiento del velo son varios, entre los que se encuentran las siguientes teorías: *Agency Theory*, *Instrumentality Theory*,

¹⁰ También se menciona que la teoría del levantamiento del velo corporativo habría sido desarrollada en el derecho continental, especialmente el alemán y español. Por razones de extensión, nos enfocaremos en el derecho estadounidense. Será tarea de otras investigaciones estudiar el desarrollo de esta teoría en el derecho alemán y español, y su influencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. Véase un acabado estudio comparado sobre la materia en LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2003, pp. 155 y ss.

¹¹ MACEY, Jonathan y MITTS, Joshua, 2014, pp. 99-154. Ver también SPEER, Denise L, 1985, pp. 311-334; BOOTH, Richard A, 2016, pp. 393-404, y, DENNIS, Richard G, 1991, pp. 1367-1511; THOMPSON, Robert B, 1991, pp. 1036-1074; SMITH, Douglas G, 2008, pp. 1165-1212; HAWARD, Samuel, 2023, pp. 1799-1822; TAN, Cheng-Han, *et al.*, 2019, pp. 140-204. BAINBRIDGE, Stephen M, 2011, pp. 479-516; FIGUEROA, Dante, 2012, pp. 658-797. OH, Peter B, 2010, pp. 81-145; CHENG, Thomas K, 2010, pp. 497-595.

¹² GARNER, Bryan A, 1999, p. 341.

¹³ SPEER, Denise L, 1985, pp. 311-334.

¹⁴ Véase OH, Peter B, 2013, pp. 90-137.

¹⁵ Véase SMITH, Douglas G, 2008, pp. 1165-1212.

¹⁶ GARNER, Bryan A, 1999, p.1168.

Alter Ego Theory, entre otras¹⁷. El énfasis es puesto en elementos como las formalidades, dominación —o control— por parte de los accionistas, superposición del personal corporativo, y separación sustantiva¹⁸. Al centro de la teoría del levantamiento del velo corporativo se encuentra una tensión entre dos posiciones de políticas públicas que se confrontan: una posición busca reforzar la responsabilidad limitada de los accionistas respecto de la sociedad para promover el crecimiento del capital y la inversión¹⁹, y, por otro, existe una posición que busca procurar justicia cuando mantener la responsabilidad limitada produciría un resultado injusto al proteger comportamientos corporativos ilegítimos²⁰. Sin perjuicio de la aparente dispersión de criterios jurisprudenciales para la procedencia del levantamiento del velo²¹, se ha dicho que —en general— los tribunales estadounidenses priorizan una ponderación de las políticas públicas, más que un apego a factores abstractos contenidos en el cuerpo de jurisprudencia acerca de la materia, para determinar la procedencia del levantamiento del velo²².

La teoría tiene su origen como una teoría desarrollada jurisprudencialmente a comienzos del siglo XIX, con su desarrollo encontrando un auge durante el siglo XX. En efecto, dos siglos antes de la sentencia inaugural de la Corte Suprema de Chile, en febrero de 1809, la Corte Suprema de Estados Unidos ejerció una especie de levantamiento del velo corporativo, aunque con fines procesales. Un controversial y recientemente constituido banco —el *Bank of the United States*— fue demandado ante un tribunal del estado de Georgia, por un recaudador de impuestos, todo motivado por Thomas Jefferson, quien se había opuesto a la creación del banco y buscaba imponer pesados impuestos sobre él. Sin embargo, amparándose en la sección 2 del artículo III de la Constitución de Estados Unidos de América —la que otorga a los tribunales federales la competencia para conocer asuntos entre ciudadanos de distintos estados— el banco presentó una demanda ante un tribunal federal, para que fuera aquel tribunal —y, por esta razón, no el del estado de Georgia— el que conociera el asunto. Es así como la causa llegó a la Corte Suprema de Estados Unidos, la que decidió ignorar la personalidad jurídica del banco, y de esa manera, considerar a los accionistas separadamente de la sociedad, los que eran ciudadanos del estado de Pennsylvania, resolviendo que el tribunal federal tenía competencia de acuerdo con la sección 2 del artículo III de la Constitución de Estados

¹⁷ Para un estudio de estas teorías, véase SPEER, Denise L, 1985, pp. 311-334, y CHENG, Thomas K, 2010, pp. 497-595. Véase también, FIGUEROA, Dante, 2012, pp. 658-797.

¹⁸ Véase CHENG, Thomas K, 2010, pp. 497-595.

¹⁹ Véase BAINBRIDGE, Stephen M, 2004, pp. 77-106; BAINBRIDGE, Stephen M, 2011, pp. 479-516; BAINBRIDGE, Stephen M, 2014, pp. 1-21; OH, Peter B, 2010, pp. 81-145.

²⁰ Véase SPEER, Denise L, 1985, pp. 311-334. Véase también MILLON, David K, 2007, pp. 1305-1382; SMITH, Douglas G, 2008, pp. 1165-1212; BAINBRIDGE, Stephen M, 2014, pp. 1-21; GELB, Harvey, 1982, pp. 1-22.

²¹ Véase MCPHERSON, Richmond, y, RAJA, Nader, 2010, pp. 931-969.

²² Véase PETERSON, Christopher W, 2017, pp. 63-95. Véase también MILLON, David K, 2007, pp. 1305-1382.

Unidos de América²³. Aunque funcional para ese caso en concreto, este criterio sería posteriormente abandonado²⁴.

El continuo desarrollo de esta teoría durante el siglo XIX produjo que a comienzos del siglo XX ya se entendiera que las personas jurídicas eran una persona jurídica separada de sus accionistas, al mismo tiempo que se sostuvo que aquella separación podía ser descartada para hacer responsables a los accionistas. En efecto, se señalaba en 1912, en un artículo de un destacado jurista publicado en el *Columbia Law Review*, que: “*All writers on corporation law agree that in certain cases and at certain times a corporation is to be regarded as an entity quite separate and apart from the individual shareholders. Practically all writers agree, also, that in some cases this entity theory must be disregarded. Sometimes we look upon the corporation as a unit, at other times we look upon it as a collection of persons*”²⁵. Como se aprecia, elementos centrales de la teoría del levantamiento del velo corporativo eran parte del conocimiento compartido por los juristas estadounidenses de aquella época.

En 1905, un tribunal de Estados Unidos (el *U.S. District Court of the Eastern District of Wisconsin*) declaró que el uso de la personalidad jurídica puede ser abusada, y en tal caso, puede legalmente considerarse como una sociedad de personas²⁶. El lenguaje es interesante: “*If any general rule can be laid down, in the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to the contrary appears; but, when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons*”²⁷. La consecuencia de este razonamiento es que, si una sociedad es utilizada para contravenir la conveniencia pública, justificar un mal, proteger un fraude o defender un delito, puede esa sociedad ser considerada como una asociación de personas, quitándoles el beneficio de la responsabilidad limitada que otorga la estructura societaria²⁸.

Una década después, en 1915, la Corte Suprema de Estados Unidos reconocería que empresas que tuviesen accionistas y gerentes en común podrían contratar entre ellas, entendiéndose ambas sociedades como personas jurídicas distintas. Sin embargo, advirtió que “*whenever two such companies thus owned or managed make contracts which affect the interest of minority stockholders, or of third persons, or of the public, the fact of their unity of management must be considered in testing the validity and bona fides of the contracts under*

²³ Véase CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 15.03.1809, *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809). Lo resuelto en esta sentencia es una aplicación –e inauguración jurisprudencial– de la doctrina de *Diversity Jurisdiction*. Para un completo estudio concerniente a la materia, véase FALLON, Richard H. Jr, *et al.*, 2019, pp. 1415 y ss.

²⁴ Véase PARGENDLER, Mariana, 2021, pp. 717-781.

²⁵ WORMSER, Maurice, 1912, pp. 496-518.

²⁶ Véase BAINBRIDGE, Stephen M, 2014, pp. 1-21.

²⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 28.12.1905, *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247 (C.C.E.D. Wis. 1905).

²⁸ Este beneficio se ha considerado como el beneficio más importante que provee la personalidad jurídica. Véase HARDEE, Catherine A, 2019, pp. 217-274.

review"²⁹. Esto lo resuelve en un caso en que una empresa de ferrocarriles, y una empresa minera de carbón que compartían accionistas y gerentes, y habían suscrito contratos relacionados con el transporte del mineral. El tribunal sostuvo que ambas empresas, para efectos del caso, serían consideradas una sola entidad, y que en el fondo esa empresa, mediante contratos entre ambas entidades sociales, habría impedido que otras empresas participaran en el mercado. Es por esto que los contratos serían declarados ilegales al contravenir la regulación pertinente³⁰.

Durante la década de 1930, afirmaríala Corte Suprema de Estados Unidos, en línea con lo anteriormente resuelto, que el levantamiento del velo corporativo puede perseguir la protección tanto de derechos de personas privadas, como de derechos públicos. En efecto, declaró que "*the separate identity may be disregarded in exceptional situations where it otherwise would present an obstacle to the due protection or enforcement of public or private rights*"³¹. Advierte que la protección o ejecución de derechos públicos puede ser una razón para que el tribunal pueda ignorar la personalidad jurídica. En 1938 continuó el desarrollo jurisprudencial de la teoría del levantamiento del velo corporativo, reconociendo esa Corte que "*the broader equitable principle that the doctrine of corporate entity, recognized generally and for most purposes, will not be regarded when so to do would work fraud or injustice*"³². Es decir, la estructura corporativa –y, en consecuencia, la responsabilidad limitada que apareja– podría ser desestimada cuando considerarla implicaría proteger la realización de un fraude o injusticia.

Durante 1944, la Corte Suprema de Estados Unidos acogió el levantamiento del velo corporativo de una empresa *holding* respecto de una filial bancaria, haciendo responsable al *holding* de un incumplimiento de la legislación bancaria por parte de la filial bancaria del *holding*, sin perjuicio de que tanto la empresa *holding* como la filial bancaria eran dos sociedades distintas³³. Con aplicación en materia tributaria, en un fallo de 1946, sostuvo que "*corporate entities may be disregarded where they are made the implement for avoiding a clear legislative purpose*"³⁴, siguiendo la línea jurisprudencial que desconoce las estructuras sociales creadas para evadir el cumplimiento de políticas públicas contenidas en la legislación.

En 1974, el máximo tribunal estadounidense declaró un razonamiento clave acerca del levantamiento del velo: "*Although a corporation and its shareholders are deemed separate*

²⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 21.06.1915, *United States v. Delaware, Lackawanna & W. R. Co.*, 238 U.S. 516 (1915).

³⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 21.06.1915, *United States v. Delaware, Lackawanna & W. R. Co.*, 238 U.S. 516 (1915).

³¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 28.05.1934, *New Colonial Ice Co., Inc. v. Helvering*, 292 U.S. 435 (1934).

³² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 27.02.1939, *Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 U. S. 307, 322 (1939).

³³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 06.03.1944, *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349 (1944).

³⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 02.01.1946, *Schenley Distilleries Corp. v. United States*, 326 U.S. 432 (1946).

*entities for most purposes, the corporate form may be disregarded in the interests of justice*³⁵. Es decir, si bien la sociedad y los socios se deben considerar generalmente como personas distintas, esta separación puede ser desestimada para corregir una injusticia.

En una sentencia de 1983, basándose en la jurisprudencia que venía construyendo sobre la materia, la Corte estadounidense sostuvo derechamente que “*an incorporated entity –described by Chief Justice Marshall as ‘an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law’– is not to be regarded as legally separate from its owners in all circumstances*”³⁶. De lo que se colige que la estructura corporativa –y la protección patrimonial que ofrece a sus socios– no ha de considerarse como una entidad distinta de sus socios ante cualquier circunstancia, existiendo entonces casos en que el tribunal puede ignorar aquella separación jurídica.

En la siguiente década, continuando con el desarrollo de la teoría del levantamiento del velo, la Corte Suprema de Estados Unidos declararía que existe un principio fundamental del derecho corporativo, aplicable a la relación entre la empresa *holding* y sus filiales, según el cual “*the corporate veil may be pierced and the shareholder held liable for the corporation’s conduct when, inter alia, the corporate form would otherwise be misused to accomplish certain wrongful purposes, most notably fraud, on the shareholder’s behalf*”³⁷. De ahí que los accionistas de una sociedad serán responsables por la conducta de la empresa cuando la estructura societaria es utilizada para fines injustos. Esto para la Corte estadounidense es un principio fundamental del derecho corporativo. Es importante notar que, en este caso, como en muchos otros³⁸, es el Estado el que demanda el levantamiento del velo corporativo, por incumplimiento de una regulación en particular. En *United States v. Bestfoods*, el quid de la disputa consistía en determinar si una empresa *holding* podía ser responsable por los incumplimientos medioambientales realizados por una empresa filial de propiedad del *holding*³⁹.

Sin embargo, el mismo tribunal posteriormente en el 2003 sostuvo que el levantamiento del velo corporativo es excepcional, sentenciando que “*The veil separating corporations and their shareholders may be pierced in certain exceptional circumstances*”⁴⁰; a lo que agregó que esta teoría no se puede ampliar al punto de considerar que “*as a categorical matter, all subsidiaries are deemed to be the same as the parent corporation*”⁴¹. Es decir, resguarda la estructura jurídica de empresa matriz con empresa filial, procurando establecer que, por regla general, ambas sociedades se deben considerar personas jurídicas distintas

³⁵ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 19.6.1974, *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & A. R. Co.*, 417 U.S. 703 (1974).

³⁶ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 17.6.1983, *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. 611 (1983).

³⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 8.6.1998, *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998)

³⁸ Véase BOOTH, Richard A, 2016, pp. 393-404.

³⁹ Véase BOOTH, Richard A, 2016, pp. 393-404, Véase también DENNIS, Richard G, 1991, pp. 1367-1511.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 22.4.2003, *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468 (2003).

⁴¹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 22.4.2003, *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468 (2003).

—y separadas— unas de otras, sin perjuicio de la relación patrimonial o de control que pueda existir entre ellas.

Recientemente, nuevos pronunciamientos han fortalecido las bases de esta teoría. En 2020, la Corte Suprema de Estados Unidos, reafirmando el principio de que la sociedad es una persona jurídica distinta de sus socios, declaró: “[I]t is long settled as a matter of American corporate law that separately incorporated organizations are separate legal units with distinct legal rights and obligations”⁴². Durante el 2025, este tribunal reiteraría que aquella separación entre personas jurídicas es aplicable “even if the entities are affiliated”⁴³, precaviendo siempre el principio general de la teoría del levantamiento del velo corporativo según el cual el velo corporativo puede ser levantado bajo ciertas circunstancias para prevenir “corporate formalities from shielding fraudulent conduct”⁴⁴. Esta declaración encapsula la finalidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho estadounidense.

Más de dos siglos de jurisprudencia acerca de la teoría del levantamiento del velo corporativo le han permitido a la Corte Suprema de Estados Unidos contar con un sólido cuerpo de jurisprudencia sobre la materia, cuerpo jurisprudencial que informa el derecho corporativo de ese país, y que se ha consolidado como un bien común⁴⁵. Sin perjuicio de que las circunstancias que justifican —y las formas en que se debe realizar— el levantamiento del velo corporativo son un asunto discutido en la jurisprudencia y academia estadounidense, las bases y finalidades públicas de la teoría se encuentran plenamente vigentes, contando el orden jurídico estadounidense con una teoría —que efectivamente es una institución jurídica— disponible para ser aplicada por los tribunales de justicia de ese país.

La influencia que ha tenido en la Corte Suprema de Chile el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Estados Unidos, como veremos más adelante, se centra principalmente en la instrumentalización de la estructura societaria para fines injustos. Podemos advertir que, en el ámbito estadounidense, la aplicación de esta teoría se realiza especialmente —aunque no solamente— en el ámbito regulatorio, siendo el Estado quien judicialmente solicita al tribunal que se levante el velo corporativo para hacer responsables a los socios por contravenciones contractuales, legales, o regulatorias, realizadas por una empresa de la que son dueños o controladores, o ambos. Como veremos a continuación, en la jurisprudencia que analizaremos, la Corte Suprema de Chile utiliza esta teoría en el contexto de disputas de orden patrimonial, y no en disputas regulatorias. Además,

⁴² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 13.12.2019, *Agency for Int’l Development v. Alliance for Open Society Int’l Inc.*, 591 U. S. 430, 435 (2020)

⁴³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.2.2025, *Dewberry Group, Inc. v. Dewberry Engineers Inc.*, 604 U.S. ____ (2025) [A la fecha de consulta de esta sentencia, el 31 de julio de 2025, el número de identificación de esta sentencia todavía no ha sido creado. Sin embargo, puede encontrarse digitalmente en https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/23-900_19m1.pdf].

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.2.2025, *Dewberry Group, Inc. v. Dewberry Engineers Inc.*, 604 U.S. (2025).

⁴⁵ Véase VALENZUELA QUIROS (2024) Volumen II, pp. 15 y ss.

la teoría será recibida por la Corte Suprema de Chile principalmente por medio del principio de buena fe⁴⁶.

III. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

En una obra pionera sobre la materia, de Patricia López Díaz, publicada en 2003, se criticaba la escasa aplicación judicial de la teoría del levantamiento del velo por parte de los tribunales en el ámbito comercial. Un par de décadas después de aquella notable publicación, la tendencia jurisprudencial ha cambiado en favor de la posición de López Díaz, quien sugiriera que la teoría del velo corporativo podía ser aplicada por los jueces chilenos a partir de principios generales del Derecho⁴⁷.

Nuestra Corte Suprema ha reconocido la importancia de la personalidad jurídica –y la responsabilidad limitada que aparece– como institución central dentro del orden público económico chileno. En efecto, ha declarado que “conviene tener presente que la personalidad jurídica, como sujeto de derechos distinto de las personas naturales, constituye una institución jurídica fundamental que ha contribuido [*sic*] substancialmente al desarrollo de la economía moderna”⁴⁸. Sin embargo, ha advertido que “en la práctica, suelen surgir situaciones abusivas o de fraude en su creación y funcionamiento, para lograr fines reprobables, perjudicando derechos de terceros”⁴⁹. Es para estos efectos que la teoría del levantamiento del velo corporativo encontraría una especial relevancia como institución jurídica que permitiría al juez “en un caso concreto excepcionalmente prescindir de la personalidad jurídica y separación de patrimonios, en términos tales que los derechos u obligaciones que se ha tratado de perjudicar o evadir sean restablecidos en sus verdaderas y efectivas titularidades, que yacen tras la apariencia creada para lograr el designio reprochable”⁵⁰. O en otras palabras “permite a los tribunales de justicia prescindir de la forma externa de la persona jurídica y alcanzar a las personas que se encuentran detrás”⁵¹. En el fondo, sanciona que las estructuras societarias que provee nuestro derecho corporativo sean utilizadas no como “un mecanismo idóneo para el desarrollo de empresas, sino como un medio para burlar la ley y defraudar los derechos

⁴⁶ Véase VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, 2014, pp. 105-132. También se ha planteado que ha sido integrada a través de los principios generales del Derecho. Véase IRURETA URIARTE, Pedro, 2005, pp. 217-243. Véase también LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2016, pp. 237-248.

⁴⁷ Véase LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2003, pp. 467 y ss.

⁴⁸ CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 6.8.2016, rol 25.887-2016.

⁴⁹ CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015. Véase también, CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁵⁰ CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 6.8.2016, rol 25.887-2016. La excepcionalidad es enfatizada en CORTE SUPREMA, 11.7.2024, rol 147.803-2022, véase también CORTE SUPREMA, 18.1.2023, rol 150.220-2020.

⁵¹ CORTE SUPREMA, 12.3.2017, rol 35.542-2016.

de otros”⁵². Aunque de elaboración foránea, nuestra Corte nos indica que esta teoría encontraría asidero en “el principio general del derecho de la buena fe que debe informar los actos de las personas”⁵³, principio que es cardinal en nuestra tradición jurídica⁵⁴.

Sin embargo, la Corte ha sostenido que sigue constituyendo un principio general el que “siendo la sociedad una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, los bienes que forman parte de la sociedad comercial forman parte del patrimonio propio de esta y no del socio”⁵⁵. En efecto, este alcance conceptual lo sustenta la Corte al afirmar que la teoría “supone una excepción a la regla general del derecho de limitación de responsabilidad de los socios con respecto a las deudas de la sociedad de la que son partícipes (limitada al monto de sus aportes)”⁵⁶. Asimismo, la Corte Suprema previene que “la técnica del levantamiento del velo no pretende de modo alguno debilitar la seguridad jurídica de las instituciones societarias que las personas crean en el uso de sus derechos legítimos, sino que prohíbe el uso en beneficio propio de quienes utilizan la forma societaria para fines extraños o contrarios a los que justifican la figura jurídica”⁵⁷.

Si bien la Corte Suprema sostiene que la aplicación de esta teoría constituiría una excepción a los efectos patrimoniales del régimen de responsabilidad limitada que gobierna nuestro derecho corporativo, de cierta jurisprudencia se puede concluir que esta excepción sería más intensa de lo que parece a primera vista⁵⁸. En efecto, utilizando la acción de inoponibilidad como institución articuladora mediante la cual se aplicaría judicialmente la teoría del levantamiento del velo, la Corte Suprema sostiene que “la consecuente acción de inoponibilidad por abuso de la personalidad jurídica debe entenderse incluida en todas las acciones judiciales que persiguen el cumplimiento de una obligación que el deudor ha intentado evadir mediante la instrumentalización abusiva de una sociedad”⁵⁹. Más que una excepción, la Corte pareciera entender que la teoría del levantamiento del velo corporativo, articulada mediante la acción de inoponibilidad, constituiría una delimitación general de la separabilidad y responsabilidad limitada que provee nuestro derecho corporativo. Una correcta conceptualización de los criterios jurisprudenciales acerca de esta teoría, en este punto, nos lleva a concluir que la Corte Suprema considera que la teoría del levantamiento corporativo, como

⁵² CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁵³ CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013. En este mismo sentido véase, CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017.

⁵⁴ Véase SALAZAR SANTANDER, Arturo Alejandro, 2025, pp. 39-78; CARVAJAL ARENAS, Lorena, 2014, pp. 345-364; SCHOPF OLEA, Adrián, 2018, pp. 109-153.

⁵⁵ CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 6.8.2016, rol 25.887-2016.

⁵⁶ CORTE SUPREMA, 12.3.2017, rol 35.542-2016.

⁵⁷ CORTE SUPREMA, 12.3.2017, rol 35.542-2016. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 31.5.2017, rol 49.961-2016; CORTE SUPREMA, 7.3.2022, rol 129.451-2020.

⁵⁸ Véase JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2014, pp. 121-152.

⁵⁹ CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017. Véase UGARTE VIAL, Jorge, 2012, pp. 699-723, que es citado por la Corte Suprema para fundamentar esta posición.

institución jurídica que, al igual que en la tradición estadounidense, forma parte de las instituciones que gobiernan el derecho corporativo chileno en general. En este sentido, la teoría del levantamiento corporativo no es una excepción a la norma de nuestro derecho corporativo. Por el contrario, forma parte de la regla general, regla que incluye una sanción a instrumentalizaciones abusivas de estructuras societarias, que permite a los jueces ignorar la separación entre socios y sociedad, y la responsabilidad limitada de los socios, cuando han utilizado las estructuras societarias para fines injustos que nuestro derecho, como un bien común, no puede permitir⁶⁰.

Para reforzar la eficacia de esta institución, la Corte sostiene que la teoría del levantamiento del velo corporativo tiene aplicación directa, es decir, que no requiere declaración por medio de un juicio de lato conocimiento donde se solicite una declaración de simulación, fraude paulino u otras acciones de similar naturaleza. La inoponibilidad por abuso de la personalidad jurídica permite prescindir de los atributos de la personalidad jurídica de personas estructuras societarias que han sido utilizadas abusivamente, “sin que le exija al acreedor iniciar acciones para obtener la declaración de simulación, fraude pauliano o cualquier otra encaminada a salvaguardar sus intereses”⁶¹. La Corte Suprema sustenta esta posición sobre la base de considerar que la exigencia de un juicio de lato conocimiento para aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo, mediante la declaración de simulación, fraude paulino, y otras acciones de esta naturaleza, “implicaría de algún modo imponer dificultades adicionales al acreedor y facilitar la comisión de un fraude, dando tiempo al deudor para perpetrar maniobras abusivas que impidan o dificulten gravemente el ejercicio de los legítimos derechos del acreedor”⁶².

Determinado los requisitos para que el tribunal pueda aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo, ha sostenido la Corte Suprema que deben concurrir dos supuestos copulativos: “primero, la real identidad patrimonial entre una sociedad y uno o más de sus socios, administradores o sociedades relacionadas; y, segundo, la instrumentalización abusiva de tal sociedad para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros”⁶³. Agrega la Corte que “Reunidos que sean estos requisitos, procede la aplicación de la teoría del levantamiento del velo”⁶⁴. Detengámonos a continuación en qué ha entendido la Corte Suprema de Chile por cada uno de esos requisitos, examinando algunos criterios llevados adelante por la Corte.

⁶⁰ Véase VALENZUELA QUIROS, 2024, pp. 1 y ss.

⁶¹ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023.

⁶² CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023. En este mismo sentido, CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁶³ CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015. En este mismo sentido CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015; CORTE SUPREMA, 6.8.2016, rol 25.887-2016; CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017; CORTE SUPREMA, 5.5.2021, rol 41.159-2019; CORTE SUPREMA, 18.1.2023, rol 150.220-2020. Con algunas modificaciones, véase CORTE SUPREMA, 20/11/2025, rol 835-2024.

⁶⁴ CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015. La instrumentalización abusiva de la sociedad es considerada como un requisito *sine qua non* para su aplicación en CORTE SUPREMA, 20/11/2025, rol 835-2024.

1. *Real identidad patrimonial entre una sociedad y uno o más de sus socios, administradores o sociedades relacionadas*

Respecto de este punto, la Corte Suprema requiere que exista identidad entre personas —generalmente, aunque no solamente— jurídicas formalmente distintas⁶⁵. Para esto, requiere que los accionistas de una sociedad sean socios, controladores o relacionados de otra sociedad⁶⁶. Las sociedades deben “responder a una misma unidad económica y de organización”⁶⁷, de modo que exista un control de una sobre las otras, aun cuando formalmente se muestren como “aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente”⁶⁸. Agrega la Corte que el control debe ser tan intenso “que esta o estas últimas no son sino el *alter ego* de la dominante”⁶⁹. En consecuencia, “no obstante que desde el punto de vista de las formalidades legales exteriores podrían considerarse personas jurídicas distintas, en la práctica carecen de autonomía económica y funcional”⁷⁰. El fondo de la actividad judicial acerca de este punto consistirá en determinar la “real identidad personal o patrimonial entre la sociedad y la socia (...) que implique una utilización abusiva de la personalidad jurídica”⁷¹.

Para ejemplificar el requisito de identidad personal o patrimonial, la Corte Suprema identifica este supuesto con los grupos de empresas u *holding* considerándolos como “una reunión en una unidad económica de dos o más sociedades o, con más precisión, una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a una dirección única o sometimiento a un poder único”⁷². O como “una forma de integración empresarial compuesta por una sociedad dominante en el grupo que controla a las filiales”⁷³. Es importante notar que la Corte Suprema considera a las empresas *holding* de acuerdo con la definición de grupo empresarial contenida en el artículo 96 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores⁷⁴. Esta identificación de la identidad personal o patrimonial con las empresas *holding*, sin embargo, no es excluyente, porque la Corte Suprema aplicará un criterio de levantamiento del velo corporativo a personas relacionadas pero que no necesariamente componen un *holding*, como ocurre —por ejemplo— entre una persona natural y una empresa individual de responsabilidad limitada (en adelante EIRL), o entre sociedades de responsabilidad limitada, o sociedades anónimas, o sociedades por acciones, u otras estructuras societarias. Sin embargo, el criterio de unidad económica y funcional es el que prevalece en el criterio de la Corte, es decir, el tribunal deberá

⁶⁵ Véase CORTE SUPREMA, 25.3.2008, rol 6.043-2006.

⁶⁶ Véase CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013.

⁶⁷ CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008.

⁶⁸ CORTE SUPREMA, 8.3.2012, rol 2.208-2011. Véase voto en contra.

⁶⁹ CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008.

⁷⁰ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁷¹ CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015.

⁷² CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁷³ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁷⁴ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

verificar que exista unidad económica y funcional, como primer requisito, para posteriormente verificar la instrumentalización abusiva de esta unidad, para efectos de aplicar –o no– el levantamiento del velo.

Respecto de las EIRL, la aplicación de la teoría del levantamiento adquiere una especial relevancia, porque generalmente las EIRL están constituidas por una sola persona natural que constituye este tipo de sociedades precisamente para obtener el beneficio de la responsabilidad limitada. No obstante, como se viene comentando, no basta solamente una identidad patrimonial entre la sociedad y los socios, ya que la conducta sancionada es la instrumentalización abusiva de alguna estructura societaria para fines injustos⁷⁵.

Este elemento tiene importancia a su vez por su aplicación en el ámbito procesal. Puede, por ejemplo, un demandado con un tercerista, que formalmente son dos personas jurídicas distintas, formar una sola unidad. La Corte Suprema ha resuelto que dos empresas pueden ser relacionadas –y por esta razón consideradas como una unidad al aplicar un criterio de levantamiento del velo corporativo– “al reconocer la tercerista que su parte y la demandada son empresas relacionadas y que la primera ha jugado por años el rol de financista de la segunda”⁷⁶. Volveremos sobre esta hipótesis de instrumentalización más adelante.

2. *Instrumentalización abusiva de tal sociedad para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros*

Nuestra Corte Suprema articula ampliamente las hipótesis de instrumentalización abusiva que pueden realizar las personas, entregando un criterio abierto que permite a los tribunales ejercer sus competencias prudencialmente para definir las hipótesis de instrumentalización en el caso concreto. Sin perjuicio de que la creación de una estructura societaria como instrumento para conseguir un fraude a la ley o de derechos de terceros es una hipótesis en sí misma, no es necesario que las sociedades hayan sido creadas con esa motivación originalmente, sino que basta con que aquellas sean utilizadas para esos fines. Del estudio de la jurisprudencia sobre la materia, es posible presentar las siguientes hipótesis de instrumentalización abusiva de la estructura social, las que si bien no son taxativas –por la apertura que entrega la Corte Suprema a la determinación que pueden realizar los tribunales de estas hipótesis en el caso concreto–, sí nos permiten entender cómo, en la práctica, la Corte Suprema aplica el criterio de levantamiento del velo corporativo:

⁷⁵ Véase CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023, donde se aplica un criterio de levantamiento del velo corporativo a una EIRL.

⁷⁶ CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013.

a) Instrumentalización abusiva de sociedades para transferir inmuebles

Una hipótesis se encuentra en el caso de que una sociedad (o grupo de sociedades) constituyan una tercera sociedad para efectos de transferirle –a título de aporte como capital social– un inmueble para defraudar créditos de terceros, particularmente acreedores hipotecarios. La Corte articula este criterio al sostener que “la demandada no es un tercero extraño a la hipoteca constituida sobre los bienes materia de la ejecución, pues sus socios constituyentes son precisamente quienes intervinieron en la suscripción del contrato de transacción en el cual se constituye dicha garantía legal (...) en los bienes que luego le son aportados a su constitución”⁷⁷. Como se aprecia, la Corte considera la realidad que subyace a la operación patrimonial societaria, para incorporar aquella realidad como un elemento del proceso que informará su decisión jurisdiccional.

La anterior figura de constitución de sociedades para aportar inmuebles –incluso después de notificada y contestada una demanda⁷⁸– con el objeto que que los socios constituyentes eludan obligaciones con terceros es una hipótesis que la Corte ha resuelto con criterio de levantamiento del velo en otras ocasiones. Téngase en cuenta el siguiente razonamiento de la Corte: “destaca el hecho de ser los demandados los únicos tres socios de la sociedad (...) y que esta solo exhibe como patrimonio los tres inmuebles aportados en dinero por sus componentes–, es concordante presumir que la entidad aludida fue constituida con el solo objeto de evadir eventuales responsabilidades de los socios en relación con los bienes inmuebles aportados”⁷⁹. Considerando esta realidad patrimonial societaria –que incluye la relación que existe entre los socios, la sociedad, y los inmuebles aportados–, aplicando un criterio de levantamiento del velo, la Corte concluye que “la sociedad (...) resulta ser más aparente que real y solo difiere nominalmente de sus socios”⁸⁰. Sin embargo, no hay que perder de vista que aquella conducta es considerada injusta por el hecho de que fue realizada contra la buena fe⁸¹. Así lo estima la Corte: “La concatenación de los sucesos antes descritos da cuenta de manera ostensible del despliegue de una conducta apartada de la buena fe, y más allá de eso, contraria a la buena fe, cuya finalidad solo puede ser visualizada desde la perspectiva de burlar los derechos de terceros, modalidad que el ordenamiento jurídico no puede admitir”⁸². La actividad jurisdiccional probatoria se centrará en determinar que la actividad realizada “se haya efectuado con la intención de evadir el pago de las indemnizaciones y, por tanto, una utilización abusiva de la forma societaria, destinada a la producción de un fraude a los derechos de los demandantes”⁸³.

⁷⁷ CORTE SUPREMA, 12.3.2017, rol 35.542-2016. En este mismo sentido, véase CORTE SUPREMA, 7.3.2022, rol 129.451-2020.

⁷⁸ Véase CORTE SUPREMA, 5.5.2021, rol 41.159-2019.

⁷⁹ CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017.

⁸⁰ CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017.

⁸¹ Véase CORTE SUPREMA, 20/11/2025, rol 835-2024.

⁸² CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017.

⁸³ CORTE SUPREMA, 11.4.2023, rol 76.136-2021.

b) Instrumentalización abusiva de una EIRL

Siguiendo la línea de la hipótesis anterior, se encuentra aquella figura en la que una persona adquiere un inmueble mediante un crédito hipotecario, luego constituye una EIRL para transferirle aquel bien, y posteriormente modifica la EIRL a una sociedad de responsabilidad limitada, incorporando nuevos socios (aunque manteniendo una participación social mayoritaria) y designando un administrador nuevo, todo para evitar fraudulentamente cumplir con sus obligaciones. La Corte, aplicando un criterio de levantamiento del velo corporativo, ha sostenido que la conducta desplegada por la persona natural en esta hipótesis consistiría en “la utilización de una personalidad jurídica diversa a la que ha sido demandada y emplazada, a objeto de impedir la realización del bien hipotecado, para un cumplimiento de una obligación constituida por el mismo [X], como persona natural”⁸⁴.

Advierte la Corte que el artículo 14 inciso 2° de la Ley N° 19.857 expresa que las sociedades de responsabilidad limitada se pueden transformar en sociedades de cualquier tipo, cumpliendo con los requisitos y formalidades legales, lo que produce como consecuencia que “transformada la E.I.R.L, existe una continuidad en el goce de la personalidad jurídica, de modo que las obligaciones suscritas por la sociedad original no se extinguen y continúan vigentes”⁸⁵. En este sentido, la Corte concluye que “la transformación social no extingue o modifica el sujeto de la acción –de desposeimiento en este caso–, evitándose el abuso de la personalidad jurídica de una sociedad”⁸⁶. Como se aprecia, la Corte Suprema aplica un criterio de levantamiento del velo corporativo articulándolo por medio de las disposiciones legales que regulan este tipo de sociedad.

c) Instrumentalización abusiva de un *holding*

Dentro de las hipótesis articuladas jurisprudencialmente por la Corte Suprema, aparece la instrumentalización abusiva de un grupo de empresas, o un *holding*. Como hemos mencionado, la Corte considera la estructura societaria de grupo empresarial que se contiene en el artículo 96 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores. De acuerdo con esa definición, la Corte ha hecho responsable a una empresa controladora de una filial de un *holding*, por las acciones de la filial, aplicando un criterio de levantamiento del velo corporativo. Resuelve que “no obstante que desde el punto de vista de las formalidades legales exteriores podrían considerarse personas jurídicas distintas, en la práctica carecen de autonomía económica y funcional”⁸⁷.

En un caso, una empresa filial (en adelante la “empresa B”) de un *holding* controlado por una empresa (en adelante la “empresa A”) adquiere una deuda con una empresa (en

⁸⁴ CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023.

⁸⁵ CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023.

⁸⁶ CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023.

⁸⁷ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

adelante la “empresa X”). Posteriormente, la empresa B celebra un contrato de compraventa de activos y cesión de derechos con otra empresa filial (en adelante la empresa “C”) del *holding*, instrumento que incluiría la deuda con la empresa X. Previamente, la empresa C celebraría un contrato de reconocimiento de deuda con la empresa X, declarando que pagaría la deuda que contrajo la empresa B. Después un gerente de la empresa A incluso enviaría una carta con el compromiso de realizar el pago por parte de la empresa C, ya que la empresa A habría acordado comprar los pasivos de la empresa C. Sin embargo, una vez que la empresa X demanda a la empresa A, esta presenta excepción de falta de legitimación pasiva, sosteniendo que es una persona jurídica distinta de la persona deudora. La Corte Suprema, aplicando un criterio de levantamiento del velo corporativo, resuelve:

“...que la circunstancia de haber comparecido en actos preparatorios precontractuales [la empresa A] reconociendo la existencia de la deuda y asumiendo su obligación en virtud de un contrato de compraventa de activos y pasivos que celebraría con [la empresa B], para luego proceder a celebrar esta última convención con una filial que controla, vulnera los principios de buena fe que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, [la empresa A] ante el acuerdo de pago entre [la empresa B] y [la empresa X] se comprometió a cancelar la referida deuda, informando a [la empresa X] que celebraría un contrato de compraventa de activos y pasivos con [la empresa B], sin embargo compareció en estos autos oponiendo la falta de legitimación pasiva, argumentando que en definitiva el aludido contrato fue suscrito por una persona jurídica distinta, no obstante que se trataba de una filial que controlaba”⁸⁸.

La Corte imputa mala fe a la empresa controladora del *holding*, declarando que “En tal contexto, es posible afirmar que [la empresa A] se comprometió a pagar la obligación demandada mediante la celebración de un contrato de compraventa de pasivos, dando una falsa impresión de que intentaba ejecutar un acuerdo a pesar de que ello no era su intención”⁸⁹. Considerando todo lo anterior, la Corte procede a aplicar un criterio de levantamiento del velo corporativo, sobre la base de que tal conducta del *holding*, por medio de las distintas sociedades que controlaba y sus representantes, y la excepción de falta de legitimación pasiva en respuesta a la demanda presentada en su contra, constituiría una conducta abusiva desplegada “con el fin de evitar el cumplimiento de una deuda perjudicando al acreedor, actuación que dada su mala fe debe ser remediada”⁹⁰.

⁸⁸ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁸⁹ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

⁹⁰ CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.

d) Instrumentalización abusiva de sociedad para defraudar derechos de un cónyuge

Reconoce nuestra Corte aquella hipótesis de instrumentalización de una sociedad cuya propia creación se realiza para defraudar a derechos de terceros, es decir, que en su origen surgen como instrumentos para realizar una conducta contraria a la buena fe, y no como estructuras societarias creadas para fines empresariales legítimos.

Ha resuelto, por ejemplo, que un marido –casado en sociedad conyugal– que crea una sociedad para transferirle un inmueble de la sociedad conyugal, para defraudar los derechos de su cónyuge, lleva a cabo una instrumentalización abusiva de una estructura societaria. Así ha resuelto que:

“la sociedad se constituyó estando vigente la sociedad conyugal, de manera que los derechos sociales deberían ingresar al haber social al momento de la disolución de la sociedad conyugal, según lo dispone el artículo 1725 del Código Civil, derechos que resultarían ilusorios si el administrador estatutario realiza actuaciones abusivas mediante la instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria, como sería el caso que se analiza, donde se está produciendo el ‘vaciamiento’ de sus bienes sociales”⁹¹.

La Corte ha considerado que este tipo de instrumentalización abusiva puede incluir la constitución de un “socio de papel”, el que detentaría prácticamente nula participación en el haber social, careciendo también de incidencia en las decisiones societarias, las que quedarían reservadas al socio mayoritario, el que a su vez guardaría facultades para la totalidad de las decisiones administrativas de disposición patrimonial⁹². Lo anterior, para permitir la realización de “actuaciones abusivas mediante la instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria”⁹³. Evidenciando que una sociedad puede ser constituida para servir como “cobertura o instrumento para perjudicar fraudulentamente a la sociedad conyugal e indirectamente a su cónyuge”⁹⁴.

e) Instrumentalización abusiva procesal

Nuestra Corte aplica un criterio de levantamiento del velo corporativo respecto de sociedades que utilizan las normas sobre tercerías para defraudar a acreedores en un procedimiento ejecutivo. Así lo ha resuelto señalando que las normas procesales sobre tercerías no se pueden utilizar para perjudicar a un acreedor mediante “apariencias

⁹¹ CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015. Acerca de esta sentencia, véase LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2016, pp. 237-248.

⁹² CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015.

⁹³ CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015. En este mismo sentido CORTE SUPREMA, 21.10.2024, rol 213.086-2023

⁹⁴ CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015.

que no respondan a la real existencia de terceros con derechos verdaderos”⁹⁵. De ahí que, aunque las sociedades no fueron creadas con ese fin, en un procedimiento judicial pueden ser instrumentalizadas para defraudar a acreedores, ante ello el juez puede aplicar un criterio de levantamiento del velo corporativo, rechazando una tercería de una sociedad cuya identidad patrimonial es la misma que la del ejecutado, y cuya tercería se instrumentaliza –sobre la base de sostener que son dos personas jurídicas distintas– precisamente para evitar responder con el patrimonio por las obligaciones que se le ejecutan por vía judicial.

La Corte fundamenta esta instrumentalización procesal abusiva en “disposiciones procesales de ejecución de las obligaciones, tanto las de los artículos 231 y siguientes, como las de los artículos 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, incluidas las normas sobre tercerías, todas las cuales discurren sobre la base de que el acreedor tiene derecho al pago, sin que deba verse burlado por apariencias que no respondan a la real existencia de terceros con derechos verdaderos, que puedan verse amagados”⁹⁶. Los jueces pueden rechazar tercerías cuando se han verificado estos presupuestos. En consecuencia, resuelven correctamente los jueces, ha dicho la Corte, cuando rechazan una tercería “fundados en la existencia de una unidad funcional entre la tercerista y la ejecutada”⁹⁷.

IV. CONCLUSIÓN

La teoría del velo corporativo ha tenido un extenso y profundo desarrollo en el derecho estadounidense, que se origina en decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos de inicios del siglo XIX. Del estudio del desarrollo histórico de esta teoría en la jurisprudencia de ese país, se puede considerar a la teoría del levantamiento del velo corporativo como una doctrina de equidad que permite dejar sin efecto la separación jurídica entre la sociedad y sus accionistas –y los beneficios que esta separación provee–, para evitar fraudes o injusticias, ya sea en el ámbito contractual, extracontractual o regulatorio. Aunque se han presentado varias teorías al respecto, la jurisprudencia demuestra que los tribunales estadounidenses tienden a resolver basándose en una ponderación de principios de política pública. La teoría del levantamiento del velo corporativo se ha consolidado como un principio fundamental del derecho corporativo estadounidense, que permite enfrentar abusos de la personalidad jurídica por parte de personas que buscan eludir su responsabilidad patrimonial o regulatoria.

La Corte Suprema de Chile ha señalado que ha sido influenciada por del derecho estadounidense en su concepción acerca de la teoría del velo corporativo, sin citar fuentes precisas que permitieran entender el alcance de aquella influencia. Mientras que en

⁹⁵ CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013.

⁹⁶ CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013.

⁹⁷ CORTE SUPREMA, 28.8.2020, rol 31.991.2019.

Estados Unidos esta teoría es utilizada principalmente –aunque no solamente– en el ámbito regulatorio y promovida por el Estado para asegurar el cumplimiento normativo, en Chile se ha desarrollado principalmente en el marco de disputas patrimoniales privadas, al amparo del principio de buena fe. La Corte de Chile ha recibido la influencia del derecho estadounidense en el sentido de considerar que la teoría del velo corporativo consistiría en una institución jurídica de aplicación judicial que procedería ante la instrumentalización abusiva de una estructura societaria.

En su jurisprudencia, la Corte Suprema de Chile ha reconocido a la personalidad jurídica y a la responsabilidad limitada como pilares del orden público económico, esenciales para el desarrollo económico del país. Sin embargo, admite que aquellas instituciones –y los beneficios que provee– no son absolutas y que, frente a abusos o fraudes, procede la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo para desestimar la separación patrimonial entre sociedad y socios, o entre sociedad y persona. La Corte ha declarado que esta institución no busca erosionar la seguridad jurídica de las instituciones, sino impedir que las estructuras societarias se utilicen con fines ajenos o contrarios a su propósito legítimo, en perjuicio de terceros y en contravención al principio de buena fe. En efecto, el levantamiento del velo corporativo tiene como finalidad proteger la seguridad jurídica, al sancionar el uso injusto de las instituciones societarias contempladas en nuestro derecho corporativo, y al corregir los efectos negativos de su instrumentalización abusiva. En realidad, la seguridad jurídica de las instituciones de derecho corporativo se erosiona cuando estas son usadas para fines injusto, y aquel uso injusto no es sancionado y corregido por las instituciones públicas que están llamadas constitucionalmente a cuidar de la comunidad.

El criterio jurisprudencial acerca del levantamiento del velo corporativo refuerza su eficacia principalmente mediante dos elementos: 1) la Corte Suprema considera que la acción de inoponibilidad por abuso de la personalidad jurídica se debe entender incluida en todas las acciones judiciales que persiguen el cumplimiento de una obligación, y 2) la Corte sostiene que la teoría del levantamiento del velo corporativo tiene aplicación directa, es decir, que no requiere declaración por medio de un juicio de lato conocimiento donde se solicite una declaración de simulación, fraude paulino u otras acciones de similar naturaleza.

La aplicación de la teoría requiere la concurrencia copulativa de dos presupuestos: (i) real identidad patrimonial entre una sociedad y uno o más socios, administradores o entidades relacionadas; y (ii) la instrumentalización abusiva de aquella estructura societaria para defraudar la ley o derechos de terceros. El primer elemento se verifica cuando distintas personas jurídicas, o personas naturales y jurídicas, conforman una misma unidad económica y funcional, careciendo la sociedad controlada de autonomía real, como ocurre frecuentemente en *holdings* o grupos empresariales definidos en la Ley Nº 18.045 sobre Mercado de Valores, tipo societario que la Corte utiliza como ejemplo de unidad económica y funcional. El segundo elemento implica el uso de la sociedad –aunque no haya sido creada con ese fin– para fines fraudulentos, hipótesis que la Corte ha desarrollado en múltiples escenarios: transferencia de inmuebles a sociedades para eludir deudas; utilización de EIRL o sociedades modificadas para impedir ejecuciones;

conductas elusivas de sociedades de *holdings* para evitar obligaciones; fraude a derechos conyugales mediante “socios de papel” y vaciamiento patrimonial; y uso procesal abusivo de tercerías para frustrar créditos. En cada una de estas hipótesis, la Corte rescata la realidad económica y funcional que subyace a las conductas desplegadas por las personas –tanto jurídicas como naturales– por sobre la formalidad jurídica societaria, sancionando conductas contrarias a la buena fe, y corrigiendo sus efectos.

Advertimos que la incorporación jurisprudencial de esta institución al orden jurídico chileno dependerá, como en todos los asuntos jurisdiccionales, de jueces probos que, movidos por las virtudes necesarias para el ejercicio de la función pública judicial –prudencia, justicia, fortaleza y templanza–, puedan aplicar o desechar adecuadamente este criterio en los casos que conocen. Pesa sobre la Corte Suprema la responsabilidad de dirigir y proteger la correcta aplicación de este criterio, tanto por su propio tribunal como por los tribunales de instancia, de modo que el criterio jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo sea claro, esté exento de contradicciones, y no se realicen frecuentemente cambios a los elementos esenciales que lo definen. El resguardo de los bienes comunes jurídicos, como es la estabilidad de los criterios jurisprudenciales correctos, está al centro de la función pública ejercida por la Corte Suprema⁹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BAINBRIDGE, Stephen M, 2004: “Abolishing LLC veil piercing”, *University of Illinois Law Review*, 77, pp. 77-106.
- BAINBRIDGE, Stephen M, 2011: “Abolishing veil piercing”, *Journal of Corporation Law*, 26, pp. 479-516.
- BAINBRIDGE, Stephen M, 2014: “A Critique of the corporate law professors’ amicus brief in hobby lobby and conestoga wood”, *Virginia Law Review Online*, Vol. 100.
- BOBADILLA ORELLANA, Javiera, 2013: “¿Es posible la aplicación del principio de sustancia sobre la forma en Chile, en concordancia con el principio de legalidad tributaria?”, *Anuario de Derecho Tributario*, N° 5, Octubre 2013, pp. 51-85.
- BOOTH, Richard A, 2016: “Close encounters with piercing the corporate veil”, *Villanova Law Review*, 61, 393.
- CARMONA FONTAINE, León, 2018: “La doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado chileno. Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017, Rol N° 18.236-2017”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), 25(1), 281-293.
- CARVAJAL ARENAS, Lorena, 2014: “La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36, 345-364.
- CHENG, Thomas K, 2010: “form and substance of the doctrine of piercing the corporate veil”, *Mississippi Law Journal*, Vol. 80, No. 2, pp. 497-595.
- DENNIS, Richard G, 1991: “liability of officers, directors and stockholders under CERCLA: The Case for adopting state law”, *Villanova Law Review*, 36 1367.

⁹⁸ Véase VALENZUELA QUIROS (2024), Volumen II, pp. 15 y ss.

- FALLON, Richard H. Jr, MANNING, John F, MELTZER, Daniel J, y SHAPIRO, David L, 2019: *Hart and Wechsler's The federal courts and the federal system*, Séptima edición, St. Paul, Thomson Reuters/Foundation Press.
- FIGUEROA, Dante, 2012: "Comparative aspects of piercing the corporate veil in the United States and Latin America", *Duquesne Law Review*, 50, pp. 658-797.
- GARNER, Bryan A, 1999: *Black's Law Dictionary*. West Group.
- GELB, Harvey, 1982: "Piercing the corporate veil-the undercapitalization factor", *Chigado-Kent Law Review*, 59, pp. 1-22.
- HARDEE, Catherine A, 2019: "Veil piercing and the untapped power of state courts", *Washington Law Review*, 94, 217.
- HAWARD, Samuel, 2023: "Procedure at the intersection of law and equity: veil piercing and the seventh amendment", *Washington Law Review*, 98.
- IRURETA URIARTE, Pedro, 2005: "Aplicaciones de la doctrina del levantamiento del velo corporativo", *Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 217-243.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2014: "Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), pp. 121-152.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2016: "Procedencia del levantamiento del velo corporativo. Interés jurídico de la actora en que se declare la nulidad absoluta de un contrato de compraventa celebrado por una sociedad de responsabilidad limitada respecto de un inmueble que disminuye el patrimonio de la sociedad conyugal y su participación en el haber social al momento de su disolución. Corte Suprema, 23 de marzo de 2016, rol 2284-2015, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 27, pp. 237-248.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2003: *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, Santiago de Chile, LexisNexis, 155.
- MACEY, Jonathan y MITTS, Joshua, 2014: "Finding order in the morass: the three real justifications for piercing the corporate veil", *Cornell Law Review*, 100.
- MCPHERSON, Richmond, y, RAJA, Nader, 2010: "Corporate justice: an empirical study of piercing rates and factors courts consider when piercing the corporate veil", *Wake forest Law Review*, Vol 45, pp. 931-969.
- MILLON, David K, 2007: "Piercing the corporate veil, financial responsibility, and the limits of limited liability", *Emory Law Journal*, 56.
- OH, Peter B, 2010: "Veil-piercing", *Texas Law Review*, 89, pp. 81-145.
- OH, Peter B, 2013: "Veil-piercing unbound", *Boston University Law Review*, 93, pp. 90-137.
- PARGENDLER, Mariana, 2021: "Veil peeking: the corporation as a nexus for regulation", *University of Pennsylvania Law Review*, 169, 3.
- PETERSON, Christopher W, 2017: "Piercing the corporate veil by tort creditors", *Journal of Business and Technology Law*, 13.
- SALAZAR SANTANDER, Arturo Alejandro, 2025: "El concepto de función correctiva de la buena fe y su recepción por la jurisprudencia chilena", *Derecho Público Iberoamericano*, 26, 39-78.
- SCHOPF OLEA, Adrián, 2018: "La buena fe contractual como norma jurídica", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 31, pp. 109-153.
- SMITH, Douglas G, 2008: "Piercing the corporate veil in regulated industries", *BYU Law Review*, 2008.
- SPEER, Denise L, 1985: "Comment: 'piercing the corporate veil' in maryland: an analysis and suggested approach", *University of Baltimore Law Review*, Vol. 14: Iss. 2, Article 4.
- TAN, Cheng-Han, WANG, Jianguyu, y HOFMANN, Christian, 2019: "Piercing the corporate veil: historical, theoretical & comparative perspectives", *Berkeley Business Law Journal*, 16.

- THOMPSON, Robert B, 1991: "Piercing the corporate veil: an empirical study", *Cornell Law Review*, 76.
- UGARTE VIAL, Jorge, 2012: "Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 39, 3, pp. 699-723.
- URBINA MOLFINO, Ignacio, 2011: "Levantamiento del velo corporativo: sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009 (rol n° 1527-2008)", *Revista Chilena de Derecho*, 38, 1, pp. 163-171.
- VALENZUELA QUIROS, Felipe, 2024: *Criterios Jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia* Santiago, Thomson Reuters Chile, Volumen II.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, 2014: "Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización", *Revista de Derecho* (Valdivia), 27, 2, pp. 105-132.
- WORMSER, Maurice, 1912: "Piercing the veil of corporate entity", *Columbia Law Review*, 76.

Jurisprudencia Corte Suprema de los Estados Unidos

- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 15.03.1809, *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 28.12.1905, *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247 (C.C.E.D. Wis. 1905).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 21.06.1915, *United States v. Delaware, Lackawanna & W. R. Co.*, 238 U.S. 516 (1915).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 28.05.1934, *New Colonial Ice Co., Inc. v. Helvering*, 292 U.S. 435 (1934).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 27.02.1939, *Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 U. S. 307, 322 (1939).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 06.03.1944, *Anderson v. Abbott*, 321 U.S. 349 (1944)
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 02.01.1946, *Schenley Distilleries Corp. v. United States*, 326 U.S. 432 (1946).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 19.06.1974, *Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & A. R. Co.*, 417 U.S. 703 (1974).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 17.06.1983, *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. 611 (1983).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 08.06.1998, *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998)
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 22.04.2003, *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468 (2003).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 13.12.2019, *Agency for Int'l Development v. Alliance for Open Society Int'l Inc.*, 591 U. S. 430, 435 (2020).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 26.02.2025, *Dewberry Group, Inc. v. Dewberry Engineers Inc.*, 604 U.S. ____ (2025) [A la fecha de consulta de esta sentencia, el 31 de julio de 2025, el número de identificación de esta sentencia todavía no ha sido creado. Sin embargo, se puede encontrar digitalmente en https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/23-900_19m1.pdf].

Jurisprudencia Corte Suprema de Chile

- CORTE SUPREMA, 31.12.2002, rol 4.965-2002.
- CORTE SUPREMA, 25.3.2008, rol 6.043-2006.
- CORTE SUPREMA, 2.6.2009, rol 1.527-2008.

CORTE SUPREMA, 8.3.2012, rol 2.208-2011.
CORTE SUPREMA, 20.6.2013, rol 1.662-2013.
CORTE SUPREMA, 23.3.2016, rol 2.284-2015.
CORTE SUPREMA, 6.8.2016, rol 25.887-2016.
CORTE SUPREMA, 17.3.2017, rol 9.972-2015.
CORTE SUPREMA, 31.5.2017, rol 49.961-2016.
CORTE SUPREMA, 16.10.2017, rol 18.236-2017.
CORTE SUPREMA, 12.3.2017, rol 35.542-2016.
CORTE SUPREMA, 4.9.2018, rol 37.855-2017.
CORTE SUPREMA, 28.8.2020, rol 31.991.2019.
CORTE SUPREMA, 5.5.2021, rol 41.159-2019.
CORTE SUPREMA, 22.6.2021, rol 99.487-2020.
CORTE SUPREMA, 7.3.2022, rol 129.451-2020.
CORTE SUPREMA, 18.1.2023, rol 150.220-2020.
CORTE SUPREMA, 11.4.2023, rol 76.136-2021.
CORTE SUPREMA, 29.4.2024, rol 378-2023.
CORTE SUPREMA, 21.10.2024, rol 213.086-2023.
CORTE SUPREMA, 11.7.2024, rol 147.803-2022.
CORTE SUPREMA, 20.11.2025, rol 835-2024.

La imposibilidad jurídica de la donación irrevocable entre cónyuges: estatuto de los acreedores y protección de los terceros legitimarios

*Francisco Cabello Vargas**

RESUMEN

El presente estudio analiza el régimen jurídico de la donación entre cónyuges en el Derecho chileno, abordando su particular tratamiento legal dentro de la contratación entre cónyuges. A diferencia de otros contratos entre ellos, la donación cuenta con una regulación expresa que la admite, pero está sujeta a una imposibilidad jurídica, ya que en todo caso decantará a revocable o por causa de muerte. Esta limitación responde a la necesidad de resguardar los intereses de los asignatarios forzosos, quienes podrían ver afectada su legítima en caso de celebrarse válida y eficazmente este contrato.

Donación entre cónyuges; imposibilidad jurídica; expectativa sucesoria

The legal impossibility of irrevocable donations between spouses: the position of creditors and the protection of third parties entitled to the legitime

ABSTRACT

This study analyzes the legal regime of donations between spouses under Chilean law, focusing on its specific regulation within the broader framework of contracting between spouses. Unlike other contracts between them, donations are expressly permitted but subject to a legal impossibility, as they are in all cases deemed revocable or made in contemplation of death. This limitation responds to the need to protect the interests of forced heirs, whose legitime could be undermined if such a contract were validly and effectively executed.

Donations between spouses; legal impossibility; succession expectancy

* Licenciado en Historia con mención en Ciencia Política y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. Magíster en Historia con mención en Historia Política y de las Relaciones Internacionales, Magíster en Derecho y candidato al Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Becario ANID. Profesor de Derecho Civil e Introducción al Estudio del Derecho Positivo Chileno en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7788-034X>. Correo electrónico: francisco.cabello@pucv.cl.

Artículo recibido el 9.9.2025 y aceptado para su publicación el 29.12.2025.

I. INTRODUCCIÓN: CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES

La contratación entre los cónyuges es una cuestión compleja que siempre ha sido objeto de avatares y mutaciones legislativas, pues en esta materia están incardinados un conjunto de principios y reglas que difícilmente se pueden conciliar entre sí de un modo armónico como estable¹.

En el Derecho chileno no existe un tratamiento orgánico ni sistemático acerca de la contratación entre los cónyuges; no hay una prohibición general que los veda para celebrar contratos entre sí como tampoco una permisión absoluta que los faculte para convenirlos. Ahora bien, de esto no se sigue que el legislador sea indiferente a esta materia. En efecto, respecto de este punto, el marco positivo evidencia una técnica legislativa cautelosa y restringida, sin alcanzar el grado de integral.

En particular, tratándose de los contratos celebrados entre cónyuges dentro de la regulación patrimonial del matrimonio hay reglas desperdigadas en el Código Civil (en lo sucesivo, CC) que dan cuenta de una regulación expresa, pero exigua e inarticulada². En algunos casos se faculta de manera explícita a los cónyuges para concertar contratos, por ejemplo, el mandato; en otros, en cambio, se les prohíbe, *v.g.*, la compraventa; y otros, en fin, tienen ciertas limitaciones, como es el caso de la donación. Además, otros contratos se rigen sencillamente por el derecho común, sin contar con normas especiales.

En tal sentido, el CC “no contiene ninguna norma general que prohíba contratar entre cónyuges, sino que adopta un régimen intermedio prohibiendo específicamente algunos contratos y permitiendo otros [cuya] finalidad es la de mantener la inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio evitando perjuicios a terceros aumentando o disminuyendo la responsabilidad patrimonial de cada cónyuge”³. De esto es posible

¹ Dan cuenta de esta afirmación diversos autores que, por medio del examen de la evolución histórico-jurídica de la contratación entre los cónyuges, evidencian las sucesivas alteraciones y oscilaciones entre la prohibición, la permisión y la limitación que esta figura ha experimentado en los distintos ordenamientos jurídicos desde una perspectiva histórica-comparada, demostrando cómo ha estado permanentemente tensionada por consideraciones de orden ético, patrimonial y de tutela de terceros. *Vid.*: CABANILLAS 1985, pp. 505-527; CARBONNIER 1961, pp. 120-135; CALVO 1980, pp. 433-455; GUZMÁN 2005, pp. 276-271; LÓPEZ DE ROSA 1977, 62 y ss.; entre otros. En el caso de Chile, empero, la regulación positiva contenida en el CC se ha mantenido prácticamente inalterada desde su entrada en vigencia, conservando el sentido prístino que el legislador decimonónico quiso imprimirle.

² Que es, por cierto, incapaz de ofrecer una solución abstracta, general y concluyente a la problemática de la contratación entre los cónyuges. En efecto, se ha denunciado la ausencia de una solución integral y completa a la problemática de la contratación entre cónyuges, debido a que no se contempla una norma general que resuelva de manera definitiva las controversias que se suscitan en esta materia. Aunque la mayoría de la doctrina y jurisprudencia reconoce que estos contratos son plenamente válidos al considerar que las prohibiciones constituyen las reglas excepcionales, esta interpretación no zanja de forma satisfactoria la problemática subyacente. Véase, TOMASELLO y QUINTANILLA 1981, pp. 142-143. Comparte este juicio: TRONCOSO 2020, p. 110.

³ HERNÁNDEZ 2024, p. 128.

concluir a partir del CC una regla general de validez para la contratación entre los cónyuges, más allá de las prohibiciones expresas y limitaciones tipificadas⁴.

El análisis del presente artículo se concentrará en el contrato de donación, por las siguientes razones, a saber: (i) es un negocio jurídico celebrado entre los cónyuges que cuenta con un tratamiento legal expreso y diferenciado en la legislación; (ii) tienen una potencialidad y aptitud para incidir de manera directa en la órbita de intereses y derechos de los legitimarios, en la medida en que su reglamentación particular se enmarca dentro de un patrón común de tutela jurídica a su favor, orientada a evitar traspasos o desprendimientos patrimoniales entre los cónyuges. En efecto, el régimen jurídico aplicable a este contrato tiene como objeto impedir la lesión de la expectativa sucesoria; y (iii) es un contrato dominical o translaticio del dominio, de guisa que su función es determinante para la seguridad jurídica en cuanto ponen a la vista de todos el estado y titularidad de la propiedad de los bienes.

El problema que aquí se aborda consiste en determinar cuál es el fundamento dogmático específico de la regla del artículo 1138 del CC, conforme a ello, toda donación entre cónyuges vale únicamente como donación revocable, y qué lugar ocupa en ella la protección de los terceros. La dogmática y la jurisprudencia han invocado, de manera fragmentaria, razones vinculadas a la tutela de los acreedores del donante, a la preservación del patrimonio conyugal o a consideraciones morales e históricas, sin articular un criterio sistemático que explique de forma suficiente esta opción legislativa.

La hipótesis de trabajo que se propone es que la imposibilidad jurídica de celebrar donaciones irrevocables entre cónyuges no encuentra su justificación principal en la protección de los terceros acreedores, los que disponen ya de un conjunto robusto de acciones generales y especiales frente a las liberalidades del deudor. Su fundamento se sitúa, más bien, en la tutela anticipada de los terceros legitimarios y en la salvaguardia de la intangibilidad de sus legítimas y la expectativa sucesoria que eventualmente verán radicadas en su patrimonio como derecho adquirido.

Desde esta perspectiva, el hilo conductor del trabajo es el siguiente: en primer lugar, se expone el marco normativo general de la donación y de la donación entre cónyuges,

⁴ A mayor abundamiento, Arturo Alessandri concluye que “podemos decir que no es la regla general que la ley prohíba todo contrato entre los cónyuges. Están prohibidos aquellos que expresamente declara tales. Eso sí que para saber en cada caso si el acto es nulo o no, tratándose de los no prohibidos expresamente, se atenderá a si el contrato modifica o no el régimen de bienes del matrimonio [...] podemos sentar, por consiguiente, como regla general que nuestro Código permite los contratos entre cónyuges. Aunque esta es la regla general no es, sin embargo, tan absoluta. Tiene algunas excepciones fundadas en el interés de los terceros [en síntesis] permite los contratos a título oneroso entre ellos, a menos: 1) Que expresamente los haya prohibido, como ocurre con la venta del artículo 1796 y con la permitida en el artículo 1900 [...] 2) Que modifiquen en cualquiera forma las capitulaciones matrimoniales; y 3) Que las convenciones entre los cónyuges vayan contra el orden público o contra los derechos del marido como jefe de la sociedad conyugal o contra los del padre sobre los hijos (arts. 1717 y 1720)”. Cfr.: ALESSANDRI 1917, pp. 412 y ss.; ALESSANDRI 1940, pp. 66-67. En el mismo sentido: CLARO 1979, p. 130. En contra de esta tesis, Leopoldo Urrutia afirma que la ley, como garantía de los derechos de los terceros, establece que en la medida en que existe matrimonio entre los cónyuges, no hay contratos lícitos entre marido y mujer, salvo las excepciones especialmente tipificadas por la ley, ni aun autorizados por la judicatura. *Vid.:* URRUTIA 1907, p. 213.

destacando su inserción en el sistema de liberalidades *inter vivos* y *mortis causa* (II). En segundo lugar, mostrando las donaciones entre cónyuges no añade, en lo sustancial, un plus de tutela a favor de los acreedores que permita explicar por sí sola la regla del artículo 1138 (III). En tercer lugar, se examina la posición de los legitimarios, en particular del cónyuge sobreviviente, y se interpreta la donación entre cónyuges como un anticipo sometido al régimen de las asignaciones forzosas, lo que permite justificar dogmáticamente la imposibilidad jurídica de la donación irrevocable (IV). Finalmente, se sintetizan las principales conclusiones (V).

II. MARCO NORMATIVO DE LA DONACIÓN Y DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES

La donación se encuentra regulada principalmente en el *Título IV De las asignaciones testamentarias* párrafo 7. *De las donaciones revocables* del Libro III intitulado *De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos* y en el *Título XIII De las donaciones entre vivos* del mismo libro. En ambos casos, se trata de actos de liberalidad o gratuidad efectuados en vida del donante, lo que justifica el tratamiento conjunto con la sucesión por causa de muerte. Esto se explica por la asimilación entre ambas figuras, reforzadas además por razones sistemáticas, debido a la presencia de elementos comunes, una regulación homogénea y una frecuente concordancia normativa⁵.

En el tratamiento legal de la donación⁶ se emplea una clasificación de esta y se distingue entre aquella por causa de muerte o revocable y otra entre vivos o irrevocable. El art. 1136 prevé que “donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio. Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable”. Posteriormente, sin señalarlo expresamente ni prohibir la donación entre cónyuges, el art. 1138 limita la libertad de los cónyuges al vedarles la posibilidad de celebrar una donación entre vivos o irrevocable entre ellos⁷. En efecto, dicho precepto ordena que “son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos de una de otra. Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”.

⁵ GUZMÁN 2005, p. 13. Según él, Andrés Bello optó, en efecto, por unir dos masas o materias jurídicas diversas con un objeto propio en un mismo libro, pudiendo haberlas tratado de forma disímil en otros libros.

⁶ El art. 1386 define la donación como *un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta*. Desde la perspectiva doctrinal, Alejandro Guzmán ofrece una conceptualización más elaborada, entendiendo la donación como “la atribución convencional dispositiva entre vivos, no debida, gratuita y lucrativa de una cosa corporal o incorporeal o de un valor que, disminuyendo el patrimonio del donante aumenta el del donatario”. Cfr.: GUZMÁN 2005, pp. 35-36.

⁷ En esta línea, Hernán Troncoso se limita a señalar que varias disposiciones niegan validez a las donaciones irrevocables entre cónyuges y, para tal efecto, señala los arts. 1137, 1138 y 1000, sin proporcionar mayores argumentos ni aportar bases para una discusión ulterior. *Vid.*: TRONCOSO 2020, p. 132.

En general, tratándose de los actos de mera liberalidad en que se produce una disminución patrimonial por parte de un sujeto y un enriquecimiento por parte de otro, se genera cierta suspicacia en la mirada legislativa, toda vez que el donante eroga bienes de su propiedad, merma su caudal y genera el aumento de otro que no padece gravamen alguno, máxime si los sujetos partícipes de este negocio convencional son cónyuges, lo que exige que el legislador efectúe un pronunciamiento acerca de esta hipótesis⁸.

La donación entre cónyuges no tiene una tipicidad novedosa o distintiva, como tampoco es una clase especial de donación ni está compuesta por una estructura diferenciada, sino que es un contrato⁹ permitido por el CC, sujeto, empero, a una limitación sustantiva cuyos principales fundamentos se erigen merced de la protección de múltiples intereses que no siempre convergen entre sí¹⁰, tales como los de los cónyuges, terceros acreedores y herederos.

A partir del marco legal aplicable, podemos evidenciar que la donación entre cónyuges no es contrato prohibido por las leyes¹¹, sino que una convención con un alcance limitado, pues el disciplinamiento legislativo autoriza la celebración de este negocio entre los cónyuges, pero siempre y en todo caso reducido a una donación revocable o por causa de muerte, por lo que la sola declaración de voluntad unilateral del donante es

⁸ Esto evidencia la conexión de diversos ámbitos del derecho civil como un sistema aplicado en un caso concreto. En efecto, “los contratos entre cónyuges que provocan un desplazamiento de bienes entre los distintos patrimonios en juegos están aceptados en numerosos ordenamientos, de forma que hoy no se pone obstáculo alguno a los contratos entre cónyuges, quienes pueden liquidar el consorcio como tengan por conveniente. Aplicar en estos casos la ley rectora de los efectos del matrimonio no parece dar problemas, hasta que no enfrentamos con la donación inter-cónyuges [...] estamos ante contratos que participan el Derecho matrimonial, de propiedad, de los regímenes matrimoniales, de las sucesiones y de los actos jurídicos, lo que reclama un tratamiento más detallado”. *Vid.*: GÓMEZ 2008, pp. 46-47.

⁹ Aunque se ha discutido su naturaleza jurídica contractual, convencional o de negocio jurídico unilateral. *Cfr.*: CORRAL 1999, pp. 351 y ss., como también, GUZMÁN 2005, pp. 101 y ss.

¹⁰ Subyace detrás de esta concepción “la idea general no explicitada en norma alguna de que después de la celebración del matrimonio los cónyuges no pueden celebrar contratos que impliquen un enriquecimiento del uno expensas de otros”. Véase, HERNÁNDEZ 2024, p. 128.

¹¹ De este modo, Andrés Bello decidió apartarse de la tradición romanística y del derecho común. En efecto, Alejandro Guzmán nos informa que “en el derecho clásico las donaciones entre marido y mujer están prohibidas [...] los juristas atribuían el origen de esta prohibición a los *mores maiorum*, y la explicaban con base en el carácter desinteresado que debe tener el matrimonio y en la necesidad de proteger a los cónyuges de donaciones a que el amor podía impulsarlos [...] en lo inmediato de lo que se trata es evitar el enriquecimiento de un cónyuge a costa de otro; atendido que cada cual tiene diversos herederos, lo anterior significa impedir eventualmente el enriquecimiento de la familia del marido o la mujer en detrimento de la del donante”. *Cfr.*: GUZMÁN 1996, pp. 603-604. Complemento de lo anterior, por el mismo autor, quien declara que “en estas circunstancias, la manera exacta de decir es que el derecho romano anulaba todo acto que implicara el enriquecimiento de un cónyuge a costa del otro, y que sería lícito y válido de no ser cónyuges las partes; y que solo consecuencialmente anulaba en primer lugar la donación, porque en ella normalmente hay tales efectos, salvo que en el caso concreto no los hubiera”. Véase, GUZMÁN 2005, p. 269. Por su parte, José Calvo considera que los motivos de la prohibición de donación entre los cónyuges descansan en que “la ley teme la falta de libertad de cualquiera de los cónyuges, quiere impedir que uno se enriquezca a expensas de la fortuna del otro, que la facilidad de donar conduzca a una insolvencia real o falsa en perjuicios de terceros, defraudando los intereses de los acreedores legítimos, y cree deber intervenir prohibiendo entre los cónyuges durante el matrimonio toda donación”. *Vid.*: CALVO 1980, p. 458.

apta para dejar por sí sola sin efecto la donación¹². De esta suerte, las donaciones entre cónyuges y durante el matrimonio, valen, “pero son revocables, y solo se confirman si el donante muere antes de haberlas revocado”¹³, de lo que se sigue que los herederos del donante no pueden revocarlas por haberse confirmado o consolidado, como también que se pueden revocar o caducan si el cónyuge donatario premuere¹⁴.

Además, de acuerdo con el art. 1140, si en vida del cónyuge donante se produjo la entrega de la cosa donada al cónyuge donatario, merced del efecto jurídico de la tradición, este último adquiere “los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario” que con la muerte del donante “sin previa revocación y con confirmación cuando este se exige, se convierte en atribución definitiva del dominio”¹⁵ de guisa que esta entrega no constituye en vida del cónyuge donante un acto dispositivo.

Desde el punto de vista histórico-dogmático, las razones tradicionalmente esgrimidas para justificar la prohibición de la donación entre los cónyuges, y su consecuente nulidad, han sido diversas y de múltiple naturaleza, especialmente en el derecho romano y derecho común¹⁶. Sin embargo, como hemos señalado, esta no ha sido la elección del legislador, sino que se ha decantado por una técnica legislativa intermedia que consagra

¹² Una solución diversa expone que “la prohibición de donar entre cónyuges fue acogida, aunque no existe una declaración expresa en tal sentido. En verdad, ninguna norma establece que la donación entre cónyuges esté prohibida o sea nula. Pero que ello es así es algo presupuesto en el sistema, pues se deduce de lo dispuesto en varios arts. del CC [...], de esta manera, los cónyuges, según nuestro Código Civil, solo pueden otorgarse donaciones por causa de muerte, no donaciones entre vivos o irrevocables. Pero si de hecho las hacen, estas donaciones, inválidas en cuanto irrevocables, valen como revocables, esto es, como verdaderas donaciones *mortis causa*”. Véase, CORRAL 1999, p. 353. En verdad, afirmar que las donaciones entre cónyuges están prohibidas no es algo técnicamente correcto, ya que “si lo estuvieran, serían absolutamente nulas, pero con presunción de validez mientras no se declarara la nulidad, y, una vez declarada, tendría que procederse a las restituciones usuales. Pero el hecho cierto es que los cónyuges no se pueden donar entre vivos. Ahora bien, lo que sucede es que si los cónyuges celebran tal género de donaciones, ellas se convierten en revocables por el solo ministerio de la ley. Así que, más que de prohibición, hay que hablar de imposibilidad jurídica”. Cfr.: GUZMÁN 2005, p. 270. De este modo, debido a que hay una imposibilidad jurídica de celebrar una donación irrevocable entre cónyuges, si de hecho se celebra, degenera o muta en una donación revocable.

¹³ GUZMÁN 2005, p. 270.

¹⁴ Como observa Ignacio Gomá, la revocación es una modalidad de ineficacia que se produce “por un cambio de la voluntad del donante acaecido después de haberse consumado la donación y que esté fundamentado en alguna de las causas establecidas por el Código Civil”, de modo que constituye una excepción al principio de irrevocabilidad contractual, basada en presupuestos legales como la superveniencia de hijos, la ingratitud o el incumplimiento de cargas. *Vid.*: GOMÁ 2023, p. 139.

¹⁵ GUZMÁN 2005, p. 263; en el mismo sentido: ELORRIAGA 2015, p. 503.

¹⁶ De acuerdo con Hernán Corral, las prohibiciones a las donaciones irrevocables entre cónyuges tienen su origen en el derecho romano, donde se fundaban por razones morales, familiares y patrimoniales, tales como evitar el despojo recíproco motivado por el afecto excesivo, proteger la educación de los hijos, prevenir disputas entre los cónyuges y resguardar la pureza desinteresada del vínculo afectivo frente a motivaciones interesadas. Estas razones fueron recogidas por el derecho común y el moderno codificado, reforzadas por preocupaciones de orden público y equilibrio familiar. Aún más, en el derecho consuetudinario francés, se sumó la inquietud por el traspaso patrimonial entre familias sin descendencias, aunque los codificadores franceses privilegiaron la libre voluntad de los cónyuges frente a las pasiones e impulsos del afecto. En Chile, empero, la principal razón invocada es la prevención del fraude a terceros. Cfr.: CORRAL 1999, p. 363. Maricruz Gómez de la Torre agrega también que, mediante esta restricción, se obtiene un resguardo para

una limitación o imposibilidad jurídica de celebrar donaciones irrevocables entre cónyuges, permitiendo únicamente aquellas que sean revocables o por causa de muerte¹⁷.

III. DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y LA TUTELA DE LOS ACREEDORES DEL DONANTE

La limitación para poder celebrar única y exclusivamente donaciones revocables o por causa de muerte entre los cónyuges, implica, en lo inmediato, un cercenamiento para la libertad de contratación entre ellos y, en lo mediato, una restricción de las facultades de disposición sobre los bienes que son propiedad del donante, pues no puede erogarlos según su voluntad. De esta suerte, coexiste una especie de límite a la donación por parte del cónyuge donante que convive con su libertad dispositiva¹⁸.

La causa de esta limitación se encuentra íntimamente ligada a la protección del patrimonio familiar del donante, en especial, el correspondiente a los asignatarios forzosos de él, bajo la lógica de evitar la sustracción de bienes del patrimonio del donante y el subsecuente ingreso de estos al patrimonio del donatario en perjuicio de los asignatarios forzosos; y no en la protección de terceros acreedores, como se podría sostener.

No resulta ser un argumento eficaz de esta limitación la tutela crediticia de los terceros acreedores, en la medida en que si bien una liberalidad o el traspaso de bienes a título gratuito de un cónyuge a otro podría producir, *a priori*, la insolvencia del patrimonio del cónyuge donante como el entorpecimiento o la imposibilidad de ejercitar el derecho de garantía general sobre sus bienes, lo cierto es que los terceros acreedores disponen no solo de las acciones generales del derecho común, sino que también de mecanismos y reglas especiales previstas expresamente en materia de donación que han sido establecidas en su beneficio (arts. 1418, 1419, 1420, 1421, etc.), tendientes a neutralizar el riesgo o el perjuicio que podría envolver la transferencia causada por la donación¹⁹, como lo explicaremos posteriormente.

la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal, con la finalidad de prevenir una eventual inducción para la celebración de donaciones irrevocables en perjuicio de ella. *Vid.*: GÓMEZ DE LA TORRE 2022, p. 361.

¹⁷ De lo anterior se sigue que “las liberalidades que, por causa de muerte, haya dispuesto uno de los cónyuges a favor del otro y a través de una disposición testamentaria son esencialmente revocables por constituir la revocabilidad uno de los rasgos distintivos del testamento. En cambio, las donaciones –irrevocables en principio– quedan sujetas a revocación cuando hayan tenido lugar entre cónyuges y durante el matrimonio”. *Vid.*: CARBONNIER 1961, p. 133.

¹⁸ Ignacio Gomá subraya que, tratándose de una situación dominical consolidada, las exigencias de seguridad jurídica y de estabilidad negocial aconsejan una actitud más reticente frente a la revocación, incluso cuando se pretende actualizar las instituciones de desheredación e ingratitud a las realidades familiares actuales. Véase, GOMÁ 2023, p. 142.

¹⁹ En el derecho concursal español, Matilde Cuenca ha destacado que los instrumentos del derecho de familia se han utilizado de forma reiterada para perjudicar a los acreedores, hasta el punto de que “ha sido habitual la utilización de recursos jurídicos procedentes de este ámbito del ordenamiento jurídico con el objeto de perjudicar los intereses de los acreedores, circunstancia tenida en cuenta por nuestro legislador que, al hilo del tratamiento jurídico de tales instituciones ha intentado salvaguardar siempre los intereses

En cambio, la *ratio legis* adquiere consistencia y eficacia cuando se le armoniza con la protección del interés de los terceros legitimarios. En efecto, la imposibilidad jurídica opera como un límite *ex ante* frente a la libertad contractual de los cónyuges, orientada a preservar la expectativa sucesoria de los asignatarios forzosos y asegurar la integridad de su asignación hereditaria mediante las respectivas colaciones, evitando así el despojo anticipado del haz hereditario y garantizándoles la conservación íntegra de sus legítimas, tal como pretenderemos demostrar.

Desde esta perspectiva –y no la salvaguardia de los créditos de los terceros acreedores–, la limitación adquiere coherencia dogmática y eficacia práctica. En efecto, los terceros acreedores cuentan con acciones y medios que pueden ejercer desde el momento en que el deudor realiza la donación, en tanto que los terceros legitimarios carecen de mecanismos de tutela mientras el futuro causante vive, pues su tutela eventual adquirirá protección al momento del fallecimiento del cónyuge difunto, en especial mediante la técnica de los acervos imaginarios y de las acciones de inoficiosa donación o de reforma de testamento. La imposibilidad jurídica de la donación irrevocable entre cónyuges se presenta, así, como una garantía anticipada que refuerza esta tutela sucesoria, cuyo objeto consiste en evitar que se lesione la expectativa sucesoria y se frustre la legítima al momento del fallecimiento del causante.

Lo anterior se justifica plenamente porque el legislador, consciente y cauteloso frente al vínculo matrimonial y el desplazamiento gratuito de bienes de un patrimonio a otro, como a la mayor facilidad a que se exponen los cónyuges para defraudar a los terceros, ha tomado medidas que se anticipan a este escenario, las que se encuentran en la regulación común y general de la donación; no obstante ello, subsiste una cierta tensión porque, por otro lado, se trata de un marco normativo que convive con ciertos efectos del matrimonio que justificarían plenamente la eficacia de las donaciones entre cónyuges, como lo es la noción de comunidad de vida que implica el matrimonio, la solidaridad matrimonial o patrimonial, el deber de socorro, la ayuda mutua y la asistencia recíproca que ellos deben prestarse permanentemente²⁰.

En lo que concierne a los terceros acreedores, la donación entre cónyuges no menoscaba ni lesiona sus derechos porque²¹:

de aquellos. Tal es el caso, por ejemplo, de las modificaciones de régimen económico matrimonial realizadas por los cónyuges a través de capitulaciones matrimoniales, que no pueden perjudicar los derechos adquiridos por terceros o para la confesión de privatividad que no perjudicará los intereses de los acreedores”. Cfr.: CUENA 2012, p. 3.

²⁰ En sentido afín, Matilde Cuenca observa que la presunción muciana se justifica precisamente por la “convivencia marital de la que surge una intimidad y confianza” que favorece eventuales confabulaciones en perjuicio de los acreedores. Sin embargo, advierte que la limitación de la presunción a los matrimonios, con exclusión de las uniones de hecho, “aumenta de manera notable las posibilidades de fraude” y otorga un “trato de desfavor al matrimonio”. *Vid.*: CUENA (2023), p. 1046.

²¹ En contra, se ha sostenido que “entre las personas que no pueden recibir donaciones entre vivos una de otra se cuentan los cónyuges, por expresa prohibición de la ley establecida para evitar que los cónyuges puedan abusar con perjuicio de terceros”. Cfr.: CLARO 1979, p. 125. Además, porque “la ley prohíbe entre cónyuges estos contratos por dos razones, a saber: 1° Porque son peligrosos para los terceros acreedores, sobre todo si los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad conyugal. El marido podría burlarlos

- a) La donación revocable admite dos modos de exteriorizarse, a saber: forma testamentaria o de donación entre vivos o irrevocable. De acuerdo con el art. 1139, “el otorgamiento de las donaciones revocables se sujetará a las reglas del artículo 1000”. Luego, el precepto contenido en el art. 1000 establece que “toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúense las donaciones o promesas entre cónyuges, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos”. Estas normas justifican el tratamiento de formalidades objetivas de la donación revocable, las que están sujetas a las solemnidades del testamento. Pero, además, esta última disposición debe ser complementada con el art. 1137.²²

En efecto, la disposición citada faculta excepcionalmente a los cónyuges para adoptar el molde contractual de la donación irrevocable, de suerte que deberán sujetarse a las solemnidades que disciplinan dicha clase de donaciones. Estas últimas se pueden resumir en las siguientes: (i) de acuerdo con el art. 1401, la insinuación debe efectuarse frente al juez competente, solicitarla el donante o donatario, mediante la cual, “el juez autorizará la donación en que no se contravenga a ninguna disposición legal”; (ii) según el art. 1400, “no valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro”, y; (iii) en virtud del art. 1404, “las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. Las donaciones con causa onerosa, de que se habla en el inciso precedente, están sujetas a insinuación en los términos de los artículos 1401, 1402 y 1403”.

De todo esto se sigue que el cónyuge donante es libre para someterse a la regulación testamentaria o de las donaciones entre vivos²³, pero tanto una como la otra exigen el cumplimiento de requisitos formales cuyo propósito es resguardar los derechos de terceros acreedores mediante el establecimiento de mecanismos que son idóneos para ponerlos en conocimiento de la celebración de estos negocios, de

traspasando todo el patrimonio social por medio de donaciones irrevocables hechas a su mujer, eludiendo así las obligaciones contraídas con terceros en la gestión de los intereses de la sociedad conyugal”. Véase, SOMARRIVA 1996, p. 303. En el mismo sentido: MEZA 2007, p. 93.

²² Para Luis Claro Solar “esta regla no tiene más excepción que la donación entre cónyuges, que siendo en todo caso revocable, se puede otorgar con las solemnidades de una donación entre vivos, porque en beneficio de los cónyuges y particularmente de la mujer, que en esta clase de donaciones figurará ordinariamente como donatario, la ley no rechaza de un modo absoluto la donación; no acepta entre ellas el título de donación irrevocable; pero sin negar todo efecto a la forma de donación que uno de los cónyuges haga al otro, da expresamente a la que entre ellos se haya hecho con las formalidades de una donación entre vivos el carácter de donación revocable, confirmable con la muerte del donante”. *Vid.*: CLARO 1979, p. 126.

²³ Por esta razón, es efectivo sostener que “la donación entre cónyuges se puede celebrar con sujeción a una forma testamentaria o a la pertinente forma de una donación entre vivos, a elección de las partes, en los mismos términos que rigen para las donaciones revocables, de las cuales es una especie”. Véase, GUZMÁN 2005, p. 271.

la causa que motiva a los cónyuges para su celebración y del objeto que persiguen con tal declaración de voluntad. Dichos instrumentos incluyen el sometimiento a un control jurisdiccional *ex ante*, el otorgamiento de un instrumento público y auténtico, y la respectiva inscripción en el Registro de Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos. Tales exigencias permiten que estos negocios puedan ser exhibidos y conocidos por los terceros acreedores, quienes, de ser procedente, están legitimados para ejercer sus derechos y enderezar las acciones pertinentes;

- b) Por una suerte de efecto indirecto, la supresión práctica de las donaciones a título universal, conforme con el art. 1142, también cumple una función de tutela del interés patrimonial de los terceros. Esta protección se cristaliza no solo en cuanto la ley impone el trámite de insinuación de donaciones como vía para proteger a los futuros legitimarios, permitiendo al juez controlar y limitar el monto de lo donado y denegar la donación en caso de exceder el monto permitido por la ley, sino que también mediante la aplicación del art. 1407, disposición que establece los requisitos externos a los que queda sometida una donación a título universal, a saber: la insinuación, el otorgamiento de una escritura pública, la inscripción, si tiene por objeto un bien inmueble o un derecho real inmueble, y el otorgamiento de un inventario solemne, so pena de nulidad, de modo que el legislador, de hecho, termina por abolir la donación a título universal dentro del ordenamiento jurídico²⁴. Esta disposición debe ser complementada por lo dispuesto en el art. 1409²⁵, de modo que se verifica una nueva limitación para las donaciones a título universal; finalmente, a partir del art. 1408²⁶, se sigue, nuevamente, una limitación en orden a reservarse necesariamente una fracción de los bienes donados, o bien, excluir del inventario solemne determinados bienes para conseguir su congrua subsistencia. En virtud de estas consideraciones, es posible colegir que: (i) los acreedores del donante siempre estarán facultados para ejercitar su derecho de agresión patrimonial en los bienes del donante, pues este nunca podrá desprenderse de la totalidad de ellos; (ii) del mismo modo, si el donante indefectiblemente cuenta con una cuota o porción modesta, pero necesaria para su congrua subsistencia, se impide que él pueda devenir en insolvente; (iii) se confirma un medio indirecto de protección de las asignaciones forzosas, pues si se impide que el donante pueda desprenderse de la totalidad de los bienes que componen su patrimonio, necesariamente habrá a lo menos una porción transmisibile a estos herederos;

²⁴ GUZMÁN 2011, pp. 324-324.

²⁵ Art. 1409: "Las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque este disponga lo contrario".

²⁶ Art. 1408: "El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados".

- c) Los acreedores del donante disponen de acciones para hacer efectiva su acreencia, tanto respecto del donante como del donatario, de suerte que, pese al desplazamiento patrimonial de bienes, la responsabilidad subsiste respecto del primero y alcanza también al segundo. De no existir este tratamiento, las acciones de los acreedores serían fútiles para ejercitar su derecho de garantía general y sería un mecanismo idóneo para que los donantes puedan eludir el cumplimiento de sus obligaciones.

Por estas razones, entre los arts. 1418 y 1421 del CC, la ley configura un filón que gobierna de manera sistemática la responsabilidad tanto del donante como del donatario frente a los acreedores del primero, estableciendo reglas cuyo objeto es neutralizar el eventual perjuicio derivado de la donación y garantizar la eficacia del derecho de garantía general, mediante la subsistencia y extensión de la responsabilidad patrimonial.

El art. 1418 reza lo siguiente: “el donatario a título universal tendrá respecto de los acreedores las mismas obligaciones que los herederos; pero solo respecto de las deudas anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una suma específica, determinada por el donante en la escritura de donación”. Sin decirlo de forma explícita, la norma evidentemente está diseñada para comprender a los acreedores del donante, situación en la que asimila la responsabilidad del donatario a la de los herederos, configurando una especie de límite por el que podrán responder: solo respecto de las deudas anteriores a la donación o de las futuras que no excedan de una suma específica, determinada por el donante.

El art. 1419 establece que “la donación de todos los bienes o de una cuota de ellos o de su nuda propiedad o usufructo no priva a los acreedores del donante de las acciones que contra él tuvieren; a menos que acepten como deudor al donatario expresamente o en los términos del artículo 1380, número 1º”. Nuevamente, se trata de una disposición que tutela a los acreedores, quienes naturalmente o por defecto conservan las acciones que tuvieren en contra del donante, a pesar de que este done todos sus bienes, una cuota de ellos, la nuda propiedad o el usufructo; de este modo la donación no puede usarse por el donante para burlar o incumplir las obligaciones que tiene de cara a sus acreedores so pretexto de desprenderse de sus bienes y quedar relevado así de su condición de deudor, salvo que los acreedores acepten como nuevo deudor al donatario expresamente, por lo que liberan al antiguo deudor o donante de su calidad de sujeto pasivo, operando una substitución de un nuevo deudor por otro, teniendo aplicación lo que dice el art. 1635, ya que “la substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”, como también tiene lugar la aplicación del art. 1380, N° 1²⁷, de ahí que la aceptación del nuevo deudor substituya y libere al anterior.

²⁷ Art. 1380, N° 1: “el derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación subsiste mientras no haya prescrito su crédito; pero no tiene lugar en dos casos: 1º. Cuando el acreedor ha reconocido al heredero

El art. 1420 se encuentra estrechamente enlazado con los arts. 1418 y 1419, porque estatuye que “en la donación a título singular puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una suma determinada hasta la cual se extienda este gravamen. Los acreedores, sin embargo, conservarán sus acciones contra el primitivo deudor, como en el caso del artículo precedente”, esto con la finalidad de que las mismas razones dadas antes resulten aplicables a la donación a título singular, lo que se traduce en un gravamen para el donatario como también en la conservación de las acciones de los acreedores con las excepciones ya señaladas.

Finalmente, el art. 1421²⁸ actúa como una especie de norma de cierre o clausura con relación a la responsabilidad del donatario porque establece imperativamente un límite que las partes no pueden alterar convencionalmente. De lo anterior se desprende que el donatario es un nuevo sujeto del vínculo obligacional que puede ser responsable limitadamente en virtud de la liberalidad que le fue proporcionada, cuyo alcance es solventar las deudas que el donante tenía con sus acreedores antes de la donación. Sin embargo, como contrapartida, encuentra un límite que se corresponde hasta la concurrencia de lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas. Por consiguiente, su responsabilidad se encuentra circunscrita a una valoración específica, de modo que su posición no puede verse desmejorada o empobrecida en comparación al momento previo de la donación.

En síntesis, por lo expuesto en los párrafos a), b) y c) se colige que, por regla general, la condición de deudor respecto del donante se conserva de forma inalterada a pesar del desprendimiento y empobrecimiento patrimonial. A su vez, el donatario adquiere una posición similar a una especie de deudor limitado, cuya responsabilidad se equipara a la de los herederos y solo alcanza al valor del objeto donado al tiempo de la donación. Esta responsabilidad puede ser íntegra si el acreedor lo acepta como un nuevo deudor que sustituye al anterior, caso en el que conserva sus acciones y admite la responsabilidad patrimonial del donatario.

Todo lo anterior permite confirmar que la donación, al menos en términos teóricos y en un plano abstracto, no menoscaba ni lesiona los derechos de los terceros acreedores, en atención a la existencia de mecanismos diseñados específicamente para impedirlo. En efecto, los terceros acreedores no solo conservan sus acciones respecto del donante, sino que también pueden entablarlas en contra del donatario, aun cuando la responsabilidad de este último está circunscrita al valor de lo donado²⁹.

por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda [...]”.

²⁸ Art. 141: “la responsabilidad del donatario respecto de los acreedores del donante, no se extenderá en ningún caso sino hasta concurrencia de lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, constandingo este valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico. Lo mismo se extiende a la responsabilidad del donatario por los otros gravámenes que en la donación se le hayan impuesto”.

²⁹ De forma afín, el derecho concursal español reacciona frente a los trasvases patrimoniales entre cónyuges casados en régimen de separación de bienes mediante presunciones de donación, que operan como mecanismo de reintegración de la masa al presumir que determinados desplazamientos de recursos del deudor a su cónyuge encubren liberalidades en perjuicio de los acreedores. *Vid.*: CUENA (2012), p. 8.

El examen realizado a los mecanismos de protección previstos para los terceros acreedores, tanto en el régimen general de la donación como en el marco particular de las donaciones entre cónyuges, permite concluir que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro a partir de este criterio, de suerte que se advierte un tratamiento común que no presenta una regulación disímil que explique de forma suficiente, por sí sola, que las donaciones entre cónyuges sean siempre y en todo caso esencialmente revocables.

Por el contrario, el análisis desarrollado comprueba que no existe un interés especialmente reforzado en la protección de los terceros acreedores que permita, por sí sola, fundar esta regla excepcional respecto de la regulación general de la donación³⁰. En consecuencia, la razón de derecho que subyace a esta opción debe buscarse fuera del ámbito de la tutela crediticia y rastrear, más bien, en la protección de otros sujetos resguardados, particularmente dentro del régimen sucesorio y en la salvaguardia de la expectativa sucesoria de los legitimarios.

IV. DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y EL INTERÉS DE LOS LEGITIMARIOS

A la luz de estos antecedentes y del análisis dogmático desarrollado, a nuestro juicio, el bien jurídico protegido que podría justificar la limitación de la donación entre cónyuges, así como la imposibilidad jurídica de celebrar eficazmente una donación irrevocable entre ellos, estriba en la tutela jurídica anticipada que el derecho objetivo dispensa a la legítima futura, entendida como una expectativa sucesoria de los asignatarios forzosos. En términos estrictos, los derechos legitimarios solo surgen tras el fallecimiento del causante y a favor de los asignatarios capaces y dignos que aceptan la asignación; antes de ese momento existe únicamente una mera expectativa. Precisamente esa expectativa legitimaria, que el ordenamiento jurídico busca blindar y encapsular como una especie de enclave impermeable durante la vida del cónyuge donante, en particular de aquellos descendientes que son exclusivamente de este, explica la necesidad de conservar los bienes en la familia y justifica la restricción de la donación entre cónyuges y la imposibilidad de celebrar válidamente una donación irrevocable entre ellos.

En este marco, resulta particularmente útil aproximarse a esta materia mediante una modificación legal que se efectuó en 1998. En efecto, merced a la Ley N° 19.585, art. 1° N° 88, publicada en dicha época, se eliminó el párrafo 2. De la porción conyugal del Título V del Libro III; de ahí que, también, en virtud de la misma ley citada, el cónyuge supérstite adquiriera la condición de legitimario, según consta de acuerdo con el art. 1182, como también la calidad de asignatario concurrente o determinante en los órdenes sucesorios³¹, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 983, amén de los arts. 988³² y 989, respectivamente.

³⁰ GÓMEZ DE LA TORRE 2022, p. 361.

³¹ ELORRIAGA 2015, pp. 454-455.

³² Una problemática semejante se observa en el derecho español tras la reforma de 13 de mayo de 1981. Juan Martín subraya que la supresión de la antigua prohibición de donaciones entre cónyuges obliga a

Por tanto, el cónyuge sobreviviente es un heredero forzoso, pues en el ámbito de la sucesión intestada concurre en el primer o segundo orden sucesorio, según sea el caso, y, en el ámbito de la sucesión testada, comparece como asignatario de la legítima, en virtud de lo dicho por el art. 1181: “legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”, como por el art. 1182, que declara: “son legitimarios: [...] 3° El cónyuge sobreviviente”.

En sendas clases de sucesión hay una congruencia que deriva de la aplicación del art. 1183: “los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada” y de los arts. 1184 y ss., los que coinciden con las reglas de las asignaciones forzosas o sucesión intestada, en particular con el art. mencionado, el que dispone que “la mitad de los bienes, previas a las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresa, se dividirán por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiera a cada uno en esa división será su legítima rigorosa”.

Ahora bien, extrapolado al marco normativo de la donación entre cónyuges:

- a) Debido a que puede adquirir el molde contractual de las donaciones irrevocables, indiscutiblemente le resulta aplicable el art. 1463, inc. 2°, de suerte que se trata de un anticipo en vida que el futuro causante efectúa al cónyuge legitimario y que se le imputa al pago de su legítima;
- b) Merced al art. 1185, las donaciones entre cónyuges se descuentan por colación de lo que le corresponde al cónyuge donatario en su calidad de legitimario como medio de tutela de los derechos de los demás asignatarios forzosos para mantener el equilibrio entre ellos, en la medida en que la cosa donada le haya sido ya entregada en vida, porque corresponde a un adelanto de su porción a título de legítima o mejora y que debe acumularse imaginariamente al acervo líquido transmisible para proceder a su división³³.

De este modo, la formación de los acervos imaginarios cumple una función específica de tutela de la expectativa legitimaria. El ordenamiento jurídico reintegra al acervo líquido, de forma puramente contable, las donaciones realizadas en vida del causante –incluidas las donaciones entre cónyuges– y vincula esa suma global con el cálculo de las cuartas. El legitimario no recibe solo una porción abstracta del patrimonio del causante; cuenta además con instrumentos que permiten corregir las liberalidades que exceden la parte de libre disposición o que vulneran la igualdad entre legitimarios. La técnica de los acervos imaginarios se configura,

replantear inevitablemente la cuestión de su computación e imputación respecto de la legítima del cónyuge viudo, pues desaparece el presupuesto histórico que había justificado el silencio del Código respecto de las donaciones conyugales. *Vid.*: MARTÍN (2014), pp. 427 y ss.

³³ ELORRIAGA 2015, pp. 503-505; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ 2014, pp. 990-994; SOMARRIVA 1956, pp. 250-251; TRONCOSO 2020, pp. 157-160; RIVERA 2020, pp. 184-189; GÓMEZ DE LA TORRE 2022, pp. 89-91 y 390-397; MEZA 2007, pp. 105-111.

por tanto, como un mecanismo de protección de la legítima; al igual que los acreedores respecto de su crédito, los legitimarios sí disponen de herramientas normativas para resguardar su posición frente a las donaciones que inciden en el caudal hereditario.

En este sentido, lo establecido en el CC lleva a concluir que lo donado a un cónyuge —quien, a la sazón, desde luego detenta la calidad de legitimario— “debe presumirse hecho en razón de adelanto de legítima, a menos que el causante haya manifestado o de la liberalidad aparezca que se hizo a título de mejora [...] si nada se dijera, habrá que presumir, en todo caso, que la donación no se hace con cargo a la parte de libre disposición, y es colacionable. La igualdad entre legitimarios es el principio legal [...] por lo tanto, se entiende hecha como adelanto de legítima”³⁴;

- c) De acuerdo con los arts. 1141 y 1142, en armonía con lo preceptuado por el art. 1146, el que dispone que “las disposiciones de este párrafo [de las donaciones revocables] en cuanto conciernan a los asignatarios forzosos, están sujetas a las excepciones y modificaciones que se dirán en el título De las asignaciones forzosas”, se sigue la concordancia definitiva entre las normas de las donaciones revocables y las disposiciones relativas a la sucesión testada e intestada.

De este modo, se admite que, en vida, el cónyuge donatario adquiera el usufructo de las cosas donadas, mientras que la titularidad dominical se confirma eventualmente tras la muerte del cónyuge donante y habilita la radicación del dominio pleno en él, sin posibilidad de que los herederos del cónyuge donante puedan revocar la donación. Empero, debido a que la cosa fue entregada, las donaciones revocables son “acumulables o colacionables para formar el acervo imaginario que debe servir de cómputo de las cuartas en que se divide el patrimonio para establecer las legítimas, mejores y porción de libre disposición; y que las mismas donaciones son imputables a las legítimas para el pago de estas; etc.”³⁵;

- d) Y, en fin, por aplicación del art. 1198, “todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora [...]”, lo que permite concluir, necesariamente, que las donaciones entre cónyuges, que son siempre revocables y efectuadas a un legitimario que, en ese entonces tiene la calidad de tal, se imputan, por regla general a su legítima y, excepcionalmente, a su mejora; pero en sendos casos, a su asignación forzosa³⁶.

Por todo ello, debido a que las donaciones entre cónyuges se equiparan a las donaciones por causa de muerte, estas constituyen un anticipo en vida mediante un legado

³⁴ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ 2014, pp. 1000-1001.

³⁵ CLARO 1979, p. 135.

³⁶ ELORRIAGA 2015, p. 532; TRONCOSO 2020, p. 168; RIVERA 2020 T. II, p. 667; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2014) T. II, pp. 1056-1057; GÓMEZ DE LA TORRE 2022, pp. 404-406.

o de una institución de heredero³⁷, sujetas, pues, tanto a las condiciones de forma y fondo que se establecen para la sucesión testamentaria, o bien, al molde contractual de las donaciones irrevocables, y a las disposiciones de las asignaciones forzosas por tratarse de una convención celebrada entre una persona que debe una legítima y otra que al momento de la donación ostentaba la calidad de legitimario, como lo es el cónyuge donatario. Por ello es que estas medidas de protección del donante y de los legitimarios:

“se acompañan de específicas normas sobre la forma de la donación, que contribuyen posiblemente a evitar, en un cierto grado, el peligro de las donaciones poco meditadas en relación con las donaciones entre cónyuges [...] desde siempre la donación ha sido sometida a formas rigurosas con la finalidad de hacer consciente al donante de la trascendencia del acto que realiza y salvaguardar los derechos de acreedores y legitimarios”³⁸.

Por tanto, estas donaciones no pueden vulnerar o exceder las normas relativas a las asignaciones forzosas, en particular en lo que respecta al valor o monto del objeto donado, ya que se tutela la asignación que le corresponde a otros asignatarios, en particular los legitimarios. Esto es consistente con el imperativo de tutelar las expectativas hereditarias que les corresponden a otros legitimarios distintos del cónyuge supérstite, es decir, a los ascendientes y los descendientes –en particular si se trata del hijo exclusivo del cónyuge donante–, tanto por la limitación que le rige al monto de lo donado, como al derecho irrenunciable de revocar la donación. Esta facultad permite que “se concilien los intereses de los hijos del donante con la liberalidad de este, ejercitada en un momento de apasionamiento o de poca reflexión”³⁹.

La tutela jurídica brindada por el ordenamiento jurídico a estos terceros –sujetos de derecho que no ostentan la calidad de acreedores–, se funda en la expectativa razonable de llegar a ser herederos, en la medida en que su asignación está esencialmente sujeta a una condición. Por tanto, se trata de un interés jurídico protegido atendida su previsibilidad y alta probabilidad de consolidación en su patrimonio por derecho propio, el que es potencialmente vulnerado si la donación entre cónyuges fuera irrevocable o ascendiera el monto máximo disponible, porque permitiría la sustracción de bienes del haz hereditario objeto de la transmisión sucesoria.

En este punto, la órbita de los intereses protegidos de los asignatarios forzosos se vería lesionada y entraría en oposición la libre voluntad de los cónyuges y la protección

³⁷ De ahí que, Jean Carbonnier destaque que “las donaciones hechas por el *de cuius* a uno de sus hijos (o a cualquiera de sus presuntos herederos [incluyendo, pues, al cónyuge]) se presumen efectuadas como *anticipo de la herencia*, es decir, a cuenta de la porción hereditaria que se les ha de atribuir en su día [...] consiguientemente la donación ofrece un carácter provisional y, a la muerte del donante, debe revertir a la masa patrimonial relicta, sin que sea precisa una reintegración efectiva, pues basta con que se compute su valor al efecto de que el donatario participe en menor cuantía del resto de la herencia”. *Vid.*: CARBONNIER 1961, pp. 436-437. En el mismo sentido: GÓMEZ DE LA TORRE 2022, p. 404.

³⁸ CABANILLAS 1985, p. 560.

³⁹ CABANILLAS 1985, p. 559.

jurídica de los herederos forzosos⁴⁰; y, aunque se admite cierto grado de libertad y liberalidad con la finalidad de reconocer la solidaridad conyugal, ella entra en pugna con el amparo de los herederos, la protección de la familia y la conservación de la riqueza familiar dentro del núcleo de ella⁴¹.

Las asignaciones forzosas actúan como un límite objetivo e infranqueable para el causante, de modo que integran un orden público sucesorio que no admite supresión mediante convenciones ni disposiciones testamentarias. En otros términos, la voluntad del donante está circunscrita a un resultado cuyo delta se desprende de la computación de las liberalidades en vida; si excede ese límite, el exceso deviene en ineficaz⁴². De ello se sigue la intangibilidad de la legítima de los futuros legitimarios frente a las donaciones entre cónyuges.

Frente a esta colisión, el legislador optó por proteger a los herederos potenciales o asignatarios condicionales porque si, de hecho, los cónyuges celebraren una donación irrevocable o si esta ascendiera del monto permitido, aquellos pueden ejercitar la acción de inoficiosa donación⁴³ o la acción de reforma de testamento⁴⁴, según sea la forma que escogieron los cónyuges, amén de proceder a la formación del primer acervo imaginario; como también la acción de nulidad absoluta por objeto ilícito, ausencia de causa, e incluso la falta de voluntad si el negocio fue simulatorio⁴⁵ o cuyo velo es perjudicar la asignación futura y eventual de un heredero forzoso, siempre y cuando el cónyuge

⁴⁰ Así, pues, dentro de los argumentos alegados para reducir las donaciones entre cónyuges exclusivamente a las revocables o por causa de muerte, se ha invocado como causa motivo “la protección de los legitimarios. La norma tendría a evitar que se traspase la parte de libre disposición. Se trata de impedir que los cónyuges puedan, por medio de donaciones simuladas con la apariencia de venta [o simulación irrevocable], exceder el límite de la porción disponible, conteniendo liberalidades excesivas que pudieran perjudicar a los herederos forzosos, especialmente a los hijos”. Cfr.: CORBO 2023, pp. 66-67.

⁴¹ Por ello, se ha sostenido que el derecho no acoge muy favorablemente la posibilidad que tienen los cónyuges de hacerse liberalidades entre sí, ya que “se desvirtúa el principio de conservación de los bienes dentro del grupo familiar al pretenderse transferirlos de una familia a otra, desconociendo, en el fondo, que el matrimonio no pasa de ser un vínculo efímero entre aquellas”. Cfr.: CARBONNIER 1961, p. 132.

⁴² Esta función de freno se corresponde, en el derecho español, con lo que Juan Martín describe como una legítima del cónyuge viudo de carácter “negativo” o de contención: no opera como una atribución directa e inmediata, sino como una limitación de la libertad de testar que obliga al causante a reservar al cónyuge una porción debida “por cualquier título” (herencia, legado, donación, partición, etc.), bajo amenaza de ineficacia del exceso. Cfr.: MARTÍN (2014), p. 427.

⁴³ ELORRIAGA 2015, pp. 521-530; TRONCOSO 2020, pp. 166-167; RIVERA 2020, pp. 194-200; GÓMEZ DE LA TORRE 2022, pp. 419-422.

⁴⁴ ELORRIAGA 2015, pp. 561-570; GÓMEZ DE LA TORRE 2022, pp. 441-447.

⁴⁵ En efecto, dentro de las varias causas que justifican la simulación, una de las finalidades típicamente perseguidas por los simuladores pretende menoscabar o eludir los derechos de los legitimarios, lo que se conecta con la regulación sucesoria de las atribuciones a título gratuito a favor de los herederos forzosos. Sucede, pues, frecuentemente que se simula un acto o contrato, normalmente oneroso, que entraña una contraprestación y que encubre una donación disimulada a favor de otro heredero o un tercero. Véase, GARCÍA 2017, pp. 42-44.

donante fallezca, pues solo así se puede entender que el heredero es tal y tiene, por tanto, un interés pecuniario y actual⁴⁶.

En consecuencia, en nuestro derecho objetivo, los legitimarios –durante la vida del causante–, si bien pueden impugnar una donación entre los cónyuges, sea esta irrevocable o constitutiva de fraude, ilícito o simulación, en términos tales de experimentar un detrimento a su expectativa sucesoria, los medios de tutela solo serán eficaces si, y solo si, los legitimarios conservan tal calidad al tiempo de fallecer el causante.

V. CONCLUSIONES

A la luz del análisis realizado, es posible verificar la hipótesis planteada en la introducción. La reconstrucción del régimen general de las donaciones y de las reglas específicas de responsabilidad frente a acreedores muestra que estos últimos cuentan con acciones y garantías suficientes para neutralizar el eventual perjuicio derivado de las liberalidades del cónyuge deudor.

En cambio, la articulación de las normas sobre donaciones revocables, asignaciones forzosas y cómputo del acervo imaginario permite concluir que la calificación de las

⁴⁶ Esta ha sido, en efecto, la tendencia jurisprudencial consolidada por la Corte Suprema. Numerosas sentencias refuerzan esta corriente, a saber: “que al respecto esta Corte ha manifestado que si bien no se discute en doctrina que la legítima existe en vida del causante y la calidad de legitimario, como vínculo que genera intereses jurídicos, está reconocida y protegida legalmente desde su origen, mientras no se produzca la muerte del causante los legitimarios no tienen todavía un derecho cierto en su contra, pues solo al fallecimiento de aquel se confirmará esa prerrogativa que hasta entonces habrá tenido carácter condicional, por lo que no pueden impugnar los actos de disposición de bienes que este realice durante su vida. Solo una vez acaecida la muerte del causante, se consolida el derecho de los herederos forzosos y es por ello que la ley les confiere protección otorgándoles acciones tales como aquellas que les autorizan para pedir la reforma del testamento que perjudique sus legítimas o para solicitar la restitución de los bienes que el causante haya donado en perjuicio de tales asignaciones. Luego, en tanto no se produzca el fallecimiento de este último, no les confiere un legítimo interés de contenido patrimonial que los habilite para ejercer la acción de nulidad [absoluta], en razón de que la afectación de su legítima, mientras no se produzca la apertura de la sucesión, resulta solo eventual”. Véase, Corte Suprema, 10.11.2021, rol 40929-2021; En el mismo sentido: Corte Suprema, 7.4.2021, rol 4234-2019; Corte Suprema, 20.7.2016, rol 9699-2015; Corte Suprema, 24.11.2016, rol 2968-2016; Corte Suprema, 21.7.2014, rol 2749-2013; entre otros fallos. Esta opinión es compartida por Hernán Corral, quien se pregunta “¿qué sucede con los eventuales herederos cuando el posible causante aún está en vida?; ¿podrán pedir la nulidad de un acto de enajenación o un testamento que disminuye el posible patrimonio en el que, si no cambian las circunstancias, estarán llamados a suceder en un futuro más o menos lejano? La opinión común ha concluido que no es posible habilitar a estos eventuales herederos, porque no tendrían un interés real, sino uno de carácter hipotético o una mera expectativa [...] A nuestro juicio, no es posible considerar que exista ni un interés meramente moral ni pecuniario actual por parte de herederos futuros. Si bien la calidad de legitimario puede ser concebida durante la vida del causante, la ley la tiene en cuenta solo para protegerla con posterioridad a la muerte del causante. No creemos, por tanto, que el legitimario pueda tener interés actual para poder intervenir en los actos de disposición de su causante cuando aún este está con vida. La lesión de sus intereses bien puede cuidarse por medio de otras vías, como la acción de simulación, la colación de donaciones, o la declaración de inexistencia jurídica (para los casos de actos a los que faltan requisitos esenciales para existir)”. Véase, CORRAL 2008, p. 680. En el mismo sentido: ALCALDE 2023, p. 283.

donaciones entre cónyuges como esencialmente revocables responde a la necesidad de preservar *ex ante* la expectativa sucesoria de los legitimarios y de asegurar la intangibilidad de sus legítimas. La donación entre cónyuges opera, así, como una liberalidad condicionada al fallecimiento del donante y sometida al régimen de colación e imputación propio de las asignaciones forzosas, lo que impide que pueda ser utilizada como vía para vaciar el patrimonio transmisible en perjuicio de los herederos forzosos.

En este sentido, la protección de los legitimarios del donante se extiende al interés jurídico cubierto por la expectativa sucesoria razonable y eventual de que el tercero legitimario, en el marco ordinario de los hechos, consolide su interés protegido en un derecho hereditario, lo que acontecerá si se verifica el fallecimiento del causante como condición de eficacia de la radicación del respectivo derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Enrique, 2023: *Desacuerdos entre voluntad real y declarada. Vicios del consentimiento, simulación, fraude a la ley y causa de los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo, 1917: *De la compraventa y de la promesa de venta*, tomo I, Santiago de Chile, Sociedad Imprenta-Litografía Barcelona.
- ALESSANDRI, Arturo, 1940: *La prelación de créditos*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- ARANGUREN, Francisco, 2024: “Negocios entre cónyuges y derechos legitimarios de los hijos”, en Manuel García (coordinador), *Autonomía privada, familias y herencia*, La Coruña, Colex.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, 1985: “La contratación entre cónyuges”, *Anuario de derecho civil (Madrid)*, volumen XXXVIII, N° 3.
- CALVO, José, 1980: “Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen VII.
- CARBONNIER, Jean, 1961: *Derecho Civil. Situaciones familiares y cuasi-familiares*, tomo I, volumen II, Barcelona, Bosch.
- CLARO SOLAR, Luis, 1979: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De la sucesión*, volumen VII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- CORBO, Carlos, 2023: *Régimen patrimonial del matrimonio* (2ª edición), Buenos Aires, Nova Tesis.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2008: “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante”, en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LegalPublishing, Chile, 2008.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 1999: “Donaciones entre cónyuges: una prohibición de veinte siglos”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXVI, N° 2.
- CUENA, Matilde, 2012: “Rescisión y derecho de familia”, en *La reintegración de la masa*, VI Congreso español de derecho de la insolvencia.
- CUENA, Matilde, 2023: “Artículo 195. Presunción de donaciones”, en Pulgar, Juana (directora), *Comentario a la Ley Concursal* (3ª edición), Tomo I, Madrid, La Ley.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, 2014: *Derecho Sucesorio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ELORRIAGA, Fabián, 2015: *Derecho sucesorio*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- GARCÍA, José, 2017: *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, Thomson Reuters.

- GOMÁ, Ignacio, 2023: “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2023 (1713/2023)”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, volumen XV, pp. 135-148.
- GÓMEZ, Esther, 2008: *La normativa europea sobre los regímenes matrimoniales*, Madrid, Editorial Reus.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, 2022: *Derecho Sucesorio*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- GUZMÁN, Alejandro, 2005: *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Santiago de Chile, LexisNexis.
- GUZMÁN, Alejandro, 1996: *Derecho Privado Romano. El derecho de las obligaciones, el derecho de la sucesión por causa de muerte, el derecho de las liberalidades*, tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN, Alejandro, 2011: “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y en la hipoteca en el derecho chileno”, en Figueroa, Gonzalo *et al.* (coordinadores), *Estudios de derecho civil VI*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing.
- HERNÁNDEZ, Lidia, 2024: *Régimen jurídico de bienes en el matrimonio. Análisis legislativo y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Estudio.
- LÓPEZ DE ROSA, Ramón, 1977: *Origen y fundamento de la prohibición de donaciones ‘inter virum et uxorem’*, España, Cuadernos de Colegio Universitario de Jerez.
- MARTÍN, Juan, 2014: “La donación entre cónyuges: computación e imputación. ¿Olvido de la reforma de 1981 o intención?”, *Revista jurídica del notario*, Nº 92 y 93, pp. 425-434..
- MEZA, Ramón, 2007: *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- RIVERA, José, 2020: *Tratado de derecho civil. Derecho sucesorio*, tomos I y II, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- SAMPER, Francisco y INOSTROZA, Sonia, 2018: “De la *Quarta uxoria* a la porción conyugal: resonancias de una vieja polémica”, en Alejandro Guzmán Brito (editor académico), *Libro de amigos dedicado al profesor Carlos Salinas*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- SOMARRIVA, Manuel 1956: *Indivisión y partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- SOMARRIVA, Manuel, 1996: *Derecho sucesorio. Explicaciones de clases revisadas por el profesor*, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- TOMASELLO, Leslie y QUINTANILLA, Álvaro, 1981: *Reformas al régimen matrimonial y de filiación*, Valparaíso, Edeval.
- TRONCOSO, Hernán, 2020: *Derecho sucesorio*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- URRUTIA, Leopoldo, 1907: *Explicaciones de Código Civil*, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes.

Normas jurídicas

LEY Nº 19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, publicada el 26 de octubre de 1998.

Jurisprudencia

CORTE Suprema, sentencia de 21 de julio de 2014, rol 2749-2013.

CORTE Suprema, sentencia de 20 de julio de 2016, rol 9699-2015.

CORTE Suprema, sentencia de 24 de noviembre de 2016, rol 2968-2016.

CORTE Suprema, sentencia de 7 de abril de 2021, rol 4234-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 10 de noviembre de 2021, rol 40929-2021.

CORTE Suprema, sentencia de 4 de febrero de 2025, rol 830-2024.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100053>

El principio de igualdad de remuneraciones en Chile: una nueva interpretación del artículo 62 bis del Código del Trabajo desde la perspectiva de género

*Óscar Olivares Jatib**
*Fernando Pérez Godoy***

RESUMEN

Esta investigación plantea que existe una relación funcional entre los artículos 10 numeral 3° y 62 bis del Código del Trabajo, ya que la única manera de asegurar la efectividad del principio de igualdad retributiva es que el contrato haya determinado previamente la naturaleza de los servicios, identificando el cargo de trabajo que será objeto de comparación para efectos salariales. Asimismo, intenta demostrar que tras la dictación de la Ley Nº 21.643, conocida como Ley Karin, surge el deber de interpretar el artículo 62 bis del Código del Trabajo desde una perspectiva de género, extendiendo el principio de igualdad retributiva a los denominados “trabajos de igual valor”, reforzando así el derecho de la mujer a la misma remuneración del varón.

Igualdad retributiva; Ley Karin; paridad salarial; prestación de servicios

Pay equality in Chile: a new interpretation of article 62 bis of the Labor Code from the gender perspective

ABSTRACT

This research suggests that there is a causal link between articles 10 numeral 3 and 62 bis of the Labor Code, since the only way to ensure the effectiveness of the principle of equal pay is that the contract previously determinates the nature of the services, identifying the job position that will be the object of comparison for salary purposes. On the other hand, it tries to demonstrate that after the enactment of Act No. 21,643, known as Karin Act, article 62 bis of the Labor Code must be interpreted from a gender perspective, extending the principle of equal pay to the so-called “jobs of equal value”, thus reinforcing the right of women to the same remuneration as men.

Equal pay; Karin Act; salary parity; provision of services

* Licenciado en Historia, mención Ciencias Políticas, y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Los Andes, Chile. Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1828-138X>. Correo electrónico: oscar.olivares@uautonoma.cl

** Licenciado en Historia, mención Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor phil. Johannes Gutenberg-Universität de Mainz, Alemania. Profesor de Historia del Derecho, Universidad Autónoma de Chile, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1930-7411>. Correo electrónico: fernando.perez@uautonoma.cl

Artículo recibido el 24.10.2024 y aceptado para su publicación el 29.9.2025.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente publicación de la Ley Nº 21.643, conocida como Ley Karin, vino a reforzar la efectividad del principio de igualdad en las relaciones laborales, reconociendo la perspectiva de género como un mecanismo correctivo de la discriminación en el trabajo. El artículo 2 inciso 1º del Código del Trabajo (en adelante CT), modificado por la mencionada normativa, establece que “las relaciones laborales deben siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo”. De esta manera, dicha regulación complementa la garantía prevista en el artículo 62 bis CT, incorporada mediante la Ley Nº 20.348, del 19 de junio del año 2009, que asegura el derecho de la mujer a la “igualdad retributiva”¹. Por de pronto, es oportuno señalar que para efectos de esta investigación hablaremos indistintamente de “igualdad de remuneraciones”, “igualdad retributiva” o “paridad retributiva”.

Ahora bien, la precitada disposición establece que “el empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”. En vista de ello, se reconoce a la mujer el derecho a igual remuneración que el hombre, siempre que desempeñe el “mismo trabajo”. Por esta razón, el principio de igualdad de remuneraciones aparece condicionado normativamente a la equivalencia en la naturaleza de los servicios prestados, excluyendo aquellas labores consideradas diferentes, pero de igual valor para la organización.

Planteada la cuestión, el presente trabajo persigue dos objetivos. En primer lugar, establecer la relación funcional que existe entre los artículos 10 numeral 3º y 62 bis CT, ya que el derecho a la igualdad de remuneraciones protege a la mujer que presta el “mismo trabajo”, condición determinada por la naturaleza de los servicios descritos en el contrato de trabajo. En segundo lugar, este artículo busca demostrar que el principio de igualdad retributiva en el derecho chileno comprende también los trabajos de “igual valor”. Y es que, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley Karin al artículo 2 CT, en el sentido de que las relaciones labores se deben desarrollar con

¹ La Ley 20.348 hizo extensiva dicha garantía a las funcionarias a contrata de la administración pública, cuya remuneración quedó determinada por la importancia de la función y los méritos de la persona que sirve el cargo respectivo. Claro que para la Contraloría General de la República: “...la importancia de la función que se desempeña es solo uno de los elementos que debe tener en vista la autoridad al momento de asignarle un grado a una contrata, de modo que el solo hecho que diversos funcionarios ejerzan las mismas labores, no fuerza a la superioridad a asimilarlos a todos a un mismo nivel remuneratorio, toda vez que en ello incidirá también la capacidad, calificación e idoneidad personal del respectivo servidor, permitiéndose, de acuerdo al texto del aludido artículo 10 ley Nº 18.834, que trabajadores que ejercen iguales tareas perciban distintas remuneraciones, en tanto esa diferencia se encuentre justificada en alguno de los factores recién mencionados”. Contraloría General de la República, 17-3-2010, Nº 14.292 y Contraloría General de la República 4-6-2018, Nº 13.712.

perspectiva de género, entendemos que resulta obligatorio interpretar el artículo 62 bis CT en el modo que mejor favorezca a la mujer, eliminando todas aquellas restricciones que impidan una paridad retributiva efectiva.

Para cumplir con los objetivos propuestos se recurre al derecho vigente, a la doctrina y a la jurisprudencia nacional. Igualmente, aplicaremos normativa y doctrina comparada, ello con el afán de reforzar algunas de las ideas desarrolladas en esta comunicación. En el primer apartado abordaremos el presupuesto normativo del principio de igualdad retributiva centrado en la determinación de la naturaleza de los servicios. En el segundo, identificamos el requisito normativo de tal principio, para posteriormente en un tercer apartado abordar los trabajos de igual de valor en el derecho chileno con especial referencia a la perspectiva de género como garantía correctiva. Finalmente, concluimos con una referencia al “techo de cristal”.

II. PRESUPUESTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA: LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LOS SERVICIOS

Como anticipábamos, el artículo 62 bis CT protege retributivamente a la mujer que presta el “mismo trabajo” que el varón. Esta fórmula normativa carece de una definición positiva, pero a nuestro parecer encierra igual significado que el giro lingüístico “determinación de naturaleza de los servicios” utilizado en el artículo 10 numeral 3° CT. En vista de ello, analizaremos, primeramente, la regla legal precitada, para luego realizar un contrapunto con la expresión “mismo trabajo”.

El artículo 10 numeral 3° CT establece que el contrato de trabajo debe contener, entre otras estipulaciones, “la determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse”, pudiendo señalarse “dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias”. Antes de continuar, y atendido el objeto de esta investigación, excluirémos de nuestro análisis lo referente a locación del trabajo, centrándonos únicamente en la dimensión cualitativa del servicio prestado².

La determinación de la naturaleza de los servicios constituye una cláusula mínima del contrato de trabajo de la mayor relevancia, pues se relaciona con el principal deber patrimonial del trabajador, que es desempeñar una actividad laboral bajo subordinación y dependencia³. Esta actividad comprende una obligación de hacer o *facere* dirigida a un

² La señalización en el contrato del trabajo del lugar de trabajo constituye una medida de protección en favor del trabajador, ya que el espacio físico donde se ejecutan las labores convenidas coincide con el ámbito en que el empleador ejerce sus facultades empresariales. Asimismo, permite determinar el tribunal competente que conocerá de la demanda en un procedimiento laboral, según la regla general prevista en el artículo 423 CT. Por tales razones, la fijación del lugar de trabajo no puede quedar entregada al libre arbitrio del empleador. Para un mayor estudio de la relevancia de esta estipulación contractual, revítese GAMONAL, 2021, p. 88; LANATA, 2010, p. 116; LIZAMA PORTAL Y LIZAMA CASTRO, 2019, pp. 173-174; PIERRY VARGAS, 2018, p. 66; WALKER ERRÁZURIZ, 2003, p. 268.

³ MELIS Y SÁEZ, 2009, p. 31; THAYER Y NOVOA, 2010, p. 121; LANATA, 2010, p. 115; ETCHEVERRY, 2011, p. 75.

fin práctico que busca la satisfacción preferente del empleador y, en cuanto tal, expresa el objeto de su prestación de servicios⁴. Al igual que en todo contrato, la labor concertada debe cumplir los requisitos comunes de validez previstos en los artículos 1460 a 1461 del Código Civil: ser lícita, posible y estar determinada⁵.

Precisado lo anterior, la determinación de la naturaleza de los servicios impone en los contratantes el deber de formalizar en el contrato el cargo de trabajo concertado⁶. Siguiendo a la jurisprudencia, el artículo 10 numeral 3° CT exige determinar el tipo de labor que prestará el trabajador, la que comprende un servicio conceptualmente único que posiciona al trabajador en un puesto específico de la organización, haciéndolo responsable de su adecuado cumplimiento⁷. Este es un aspecto destacado a nivel comparado, ya que al trabajador se le contrata para realizar una actividad puntual dentro de la empresa, siendo el cargo el factor de encuadramiento que lo ubica en un área o unidad laboral específica⁸.

Además, el requisito de determinación exige describir adicionalmente en el contrato de trabajo las funciones específicas que ejecutará el trabajador en cumplimiento de su cargo. La función representa una opción jurídica de prestación que reconduce el cargo de trabajo a ciertas labores concretas que ultiman la prestación laboral⁹. Por esta razón, la jurisprudencia entiende que la función proyecta un paso lógico y necesario para el desempeño del cargo, sin el cual es poco probable obtener la ejecución del servicio

⁴ Véase ALONSO OLEA, 1974, p. 543; SOTO RIOJA, 1995, p. 17.

⁵ VIAL DEL RÍO, 1991, pp. 116. y ss. ; LEÓN HURTADO, 1983, pp. 25 y ss

⁶ Confirma lo dicho arriba el hecho de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 20.348, que introdujo el numeral 6° al artículo 154 del CT, el jefe del Departamento de Reformas Legales del Sernam explicó “que esta norma persigue generar un instrumento que proporcione un parámetro más o menos objetivo que permita evaluar las características de los distintos cargos y funciones que se cumplen al interior de la empresa. La existencia de tal registro, que consigne esta descripción general, permitirá esclarecer las definiciones de cada puesto de trabajo y resolver, ya sea al interior de la misma empresa o en sede judicial mediante el procedimiento de tutela, las dudas o controversias que surjan en esta materia, con base en una calificación previa, fundada y documentada respecto de las especificaciones y características de cada empleo”. Así también lo entendieron algunos parlamentarios, quienes, mediante una indicación propusieron incorporar, a continuación de “características técnicas esenciales”, la expresión “descripción general del cargo y las condiciones o habilidades profesionales inherentes a él”: Historia de la Ley N° 20.348, pp. 40 y 121. Precisamente por ello, existe actualmente una moción legal que modifica el CT y, entre varias reformas, propone agregar en el artículo 154, numeral 6°, a continuación de la palabra “esenciales”, la frase “entendiéndose por tales al menos, la definición general del cargo, calificación necesaria, condiciones de permanencia y trabajo requerida, responsabilidad y nivel jerárquico”. MOCIÓN 9.329-2013.

⁷ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 1.9.2023, rol 427-2022; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 7.11.2022, rit O-5083-2021; Corte de Apelaciones de San Miguel, 26.9.2023, rol 389-2023; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20.9.2023, rol 581-2023; Corte de Apelaciones de Santiago, 1.8.2023, rol 2802-2022.

⁸ PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 605. En similar sentido, véase: ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 2000, p. 299; GONZÁLEZ ORTEGA *et al.*, 2001, p. 288; GARCÍA NINET *et al.*, 2022, pp. 254 y ss; GRISOLÍA, 2022, p. 325; ACKERMAN y TOSCA, 2014, p. 348; MONEREO PÉREZ *et al.*, 2022, pp. 464 y ss.

⁹ Para un sector de la doctrina comparada la función encierra siempre parte del contenido obligacional debido, véase: VALDÉS DE LA VEGA, 1997, p. 36; ALEMÁN PÁEZ, 2017, p. 41.

debido¹⁰. En el mismo sentido, la doctrina administrativa sostiene que las funciones específicas expresan aquellas labores propias del servicio concertado y que las diferencian de los otros puestos de trabajo existentes en la empresa¹¹.

Atendidas las consideraciones expuestas, el requisito de determinación envuelve una garantía tutelar en favor del trabajador, ya que al formalizarse por escrito el cargo y la función respectiva queda delimitado el contenido de su deber de trabajar, cuya realización le otorga el derecho de exigir la remuneración asociada¹². En otras palabras, un contrato determinado protege al trabajador, pues le permite conocer los servicios que deberá prestar al empleador, clausurando el margen de acción que los hechos le conceden a este último¹³. A su vez, faculta al empleador para impartir válidamente órdenes e instrucciones respecto de tal labor y cuyo cumplimiento resulta obligatorio, *so pena* de sanción disciplinaria¹⁴. Siguiendo a Fernández Toledo en este punto, la naturaleza del trabajo convenido tiene una influencia decisiva en el tipo y frecuencia de instrucciones que puede impartir el empleador al trabajador para ejecutar sus funciones¹⁵.

En definitiva, el mandato previsto en el artículo 10 numeral 3° CT establece una garantía en favor del trabajador, ya que clausura el contenido de su obligación de trabajar, identificando la actividad laboral debida y cuyo cumplimiento autoriza a reclamar la remuneración asociada.

III. REQUISITO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA: QUE LA MUJER PRESTE EL MISMO TRABAJO QUE EL HOMBRE

La igualdad retributiva del artículo 62 bis CT asegura el derecho de la mujer a ganar igual remuneración que el hombre siempre que preste el “mismo trabajo”. Si bien el legislador no define dicha expresión, se debe entender en similares términos que la locución “determinación naturaleza de los servicios”. Las razones que justifican nuestra aseveración son las siguientes.

¹⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 12.1. 2018, rit 39-2017; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5.3.2018, rit S-128-2017; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 31.12. 2018, rit O-3932-2018; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2.4.2019, rit O-5605-2018.

¹¹ Dirección del Trabajo, 5.5.1995, Ordinario N° 2.790/133 y Dirección del Trabajo, 23.8.2018, Ordinario N° 4.437.

¹² En similar sentido GAMONAL y GUIDI, 2012, p. 52. Planteamiento parecido propone la doctrina comparada, revítese: CUENCA, 2006, p. 39; POQUET CATALÁ, 2018, p. 45; MARTÍN VALVERDE *et al.*, 2016, p. 640; MONEREO PÉREZ *et al.*, 2022, pp. 464 y ss.

¹³ CUENCA, 2006, p. 63; SIERRA HERRERO, 2013, p. 43; MARTÍNEZ ABASCAL, 1996, p. 85.

¹⁴ En el mismo sentido PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2008, p. 736; MONTTOYA MELGAR, 2008, p. 471; DIÉGUEZ y CABEZA, 2003, p. 203; FERNÁNDEZ MADRID, 2018, p. 840; CRUZ VILLALÓN, 2019, p. 223; MERCADER UGUINA, 2018, p. 370. DIÉGUEZ, 1995, p. 255.

¹⁵ FERNÁNDEZ TOLEDO, 2021, p. 350.

En primer lugar, durante la tramitación parlamentaria de la Ley Nº 20.348, iniciada en 2006¹⁶, el giro “mismo trabajo” fue asociado en reiteradas oportunidades a “naturaleza técnica del trabajo que se realiza”, expresión indicativa de cargo de trabajo¹⁷. Incluso, se daban ejemplos que ilustraban dicha idea, como el de un hombre y una mujer que prestaban labores de ingeniero, pero a ella le pagaban una remuneración inferior, en circunstancias que desempeñaba el mismo cargo¹⁸. Así, pues, el término “mismo trabajo” apunta a la identidad en la naturaleza de los servicios prestados, siendo el cargo de trabajo el factor indiciario de dicha equivalencia¹⁹.

En vista de ello, entendemos que entre el mandato previsto en el artículo 10 numeral 3º CT y la norma del artículo 62 bis CT existe una conexión instrumental, pues para poder comparar dos cargos de trabajo resulta necesario que el contrato determine el tipo de labor objeto de los servicios. Por esta razón, la única forma de asimilar las labores desarrolladas por trabajadores de diferente sexo es que el contrato describa la actividad laboral a partir de su naturaleza²⁰. Para alcanzar tal fin, las partes pueden aprovecharse del mismo signo lingüístico, señalando en el contrato, a modo ejemplar, que el trabajador se obliga a desempeñar el “cargo de gerente”, el “cargo de asistente” o el “cargo de secretario”. Con todo, resulta posible utilizar algún otro *nomen* o vocablo vinculado legalmente a la locución cargo, como, por ejemplo, que el trabajador prestará “labores”, “faenas” o “servicios” de alguna índole²¹.

De esta manera, aquellos contratos que formalizan el cargo respectivo permiten saber si estamos en presencia de “un mismo trabajo”, obligando al empleador, en caso afirmativo, a nivelar la remuneración de la mujer con la del hombre. Por consiguiente, la aplicación del principio de igualdad retributiva depende del cumplimiento del mandato legal previsto en el artículo 10 numeral 3º CT, ya que solamente los contratos que describen la prestación de trabajo a partir de la naturaleza de los servicios establecen un factor objetivo de comparación entre trabajadores de diferente sexo.

¹⁶ El proyecto de ley de igualdad retributiva fue ingresado al Congreso el 19 de julio del 2006 mediante una moción parlamentaria patrocinada por los diputados Carlos Olivares Zepeda, Jorge Sabag Villalobos, Sergio Ojeda Uribe, Patricio Walker Prieto, Eduardo Díaz del Río, Jaime Mulet Martínez, Pedro Araya Guerrero, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Mario Venegas Cárdenas y Gabriel Ascencio Mansilla: Moción Parlamentaria en Sesión Nº 51. Legislatura 354

¹⁷ Historia de la Ley Nº 20.348, pp. 36-38. Disponible también *online* en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4732/>

¹⁸ Historia de la Ley Nº 20.348, p. 50.

¹⁹ Historia de la Ley Nº 20.348, pp. 109 y 139.

²⁰ En similar sentido: ARELLANO, 2011, p. 233; NOGUEIRA, 1997, p. 238. Dicha idea ha sido recogida por un sector de la jurisprudencia, véase: Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17.2.2023, rit T-487-2022 y Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 12.4.2023, rit T-650-2022. Este último pronunciamiento precisa que “cuando la demandante es nombrada como “administradora de local”, comienza a ocupar el mismo cargo que el “administrador de local”, sin embargo, comienza a percibir una remuneración evidentemente inferior a la de él, constatándose objetivamente esta diferencia a pesar que el empleador les encargó cumplir a ambos, por contrato de trabajo, exactamente las mismas funciones. Lo anterior, a juicio de este sentenciador, constituye un indicio suficiente de la discriminación alegada”.

²¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25.6.2023, rol 115-2023.

En segundo lugar, la Ley N° 20.348 incorporó al CT el artículo 154 numeral 6°, el que ordena, en lo que interesa, que las empresas con doscientos trabajadores o más mantengan un registro de los diversos cargos y funciones existentes en la empresa, informando sus “características técnicas esenciales”²². Esta última expresión, siguiendo a la doctrina administrativa, alude a los distintivos que son propios, exclusivos, permanentes e invariables del cargo a desempeñar y que permiten diferenciarlo de otras tareas que corresponda realizar en la empresa²³.

Las características técnicas esenciales describen aquellas cualidades de un cargo de trabajo que lo hacen reconocible como tal, permitiendo distribuir en cada estructura organizacional los diferentes puestos de trabajo en unidades funcionales autónomas²⁴. Por esta razón, el registro de cargos en las grandes empresas representa un método de distribución de la fuerza de trabajo que clasifica a los trabajadores en áreas específicas, dependiendo de la naturaleza de sus servicios²⁵.

En vista de ello, la distribución de los servicios por cargo permite que toda persona encuadrada en esa unidad laboral percibirá igual remuneración, facilitando la aplicación del principio de igualdad retributiva. Sin embargo, es importante observar que el artículo 62 bis CT no asegura una paridad a nivel organizacional, ya que el principio en comento únicamente proyecta una equivalencia remuneratoria al interior de una misma categoría de cargos²⁶. Asimismo, debe tratarse de una labor prestada para un mismo empleador, ya que algunos entienden que “un mismo trabajo” se mide a nivel de mercado con prescindencia del contrato individual, lo que resulta contrario al carácter oneroso-conmutativo del vínculo laboral²⁷.

²² La precitada disposición establece que el reglamento interno deberá contener, entre otras menciones, “la designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento ante quienes los trabajadores deban plantear sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias, y en el caso de empresas de doscientos trabajadores o más, un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales”.

²³ Dirección del Trabajo, 14. 11. 1996, ORDINARIO N.º 6.307/282 y Dirección del Trabajo, 2.10.2018, ORDINARIOS N.º 5.018. Dicha definición ha sido recogida por la jurisprudencia, consúltese: Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 3.3.2017, rit I-90-2016.

²⁴ El término “estructura organizacional” hace referencia a la forma cómo se dividen, agrupan y coordinan las actividades de una empresa en lo que respecta a los individuos, en sus diferentes niveles y según sus tareas específicas. Por dicha razón, no existe un concepto unitario de “estructura organizacional”, pues para alguna encierra “el conjunto de todas las formas en que se divide el trabajo en áreas distintas, consiguiendo luego la coordinación de las mismas”. MINTZBERG, 1984, p. 79. En cambio, para otros autores consiste en el “patrón establecido de las relaciones entre los componentes de la organización”. KAST y ROSENZWEIG, 1969, p. 34.

²⁵ La obligación de registro de los puestos de trabajo para la gran empresa tuvo su origen en una indicación cuyo fundamento fue el que la mediana empresa no podría cumplir tal exigencia o que ello constituía una gran dificultad, pues las empresas cambian su estructura y organización constantemente, por que están en permanente movimiento. ROJAS MIÑO, 2022, pp. 200-202.

²⁶ En este sentido precisa la jurisprudencia “las diferencias remunerativas entre categorías de puestos de trabajo no conlleva, necesariamente, infracción al principio de igualdad retributiva”: Juzgado de Letras de Los Lagos, 1.4. 2023, rit T-9-2022.

²⁷ Se ha dicho, por ejemplo, que otra dimensión que cobra gran relevancia para analizar la brecha salarial por razones de género es la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo. La segregación

IV. LOS TRABAJOS DE IGUAL VALOR EN EL DERECHO CHILENO: ESPECIAL REFERENCIA A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO GARANTÍA CORRECTIVA

El concepto de “trabajo de igual valor” no cuenta con reconocimiento formal en nuestro ordenamiento jurídico, pero a nivel comparado apunta a aquellos servicios personales que no siendo de la misma naturaleza exigen competencias, esfuerzos y responsabilidades similares²⁸. Dicho concepto goza de gran reconocimiento y difusión en el sistema europeo porque presenta una mayor amplitud que el de “mismo trabajo”, garantizando una paridad salarial efectiva²⁹.

Volviendo al derecho chileno, el artículo 62 bis CT restringe el principio de igualdad retributiva a un “mismo trabajo” desempeñado por un hombre y una mujer, descartando aquellas labores diferentes, pero de “igual valor”. Con todo, entendemos que el derecho de la mujer a la paridad salarial comprende también a aquellos puestos de trabajo que concentran labores diferentes, pero de igual valor. Las razones que justifican nuestro planteamiento son las siguientes:

1. *Su reconocimiento implícito*

Los trabajos de igual valor aparecen consagrados en forma implícita en el artículo 62 bis CT³⁰. La moción parlamentaria que inició la tramitación de la Ley Nº 20.348 regulaba la paridad retributiva en los siguientes términos: “en materia de remuneraciones deberá aplicarse el principio de igualdad entre el trabajo masculino y femenino por un servicio de igual valor”. Sin embargo, durante el segundo trámite constitucional la

vertical, también conocida como “techo de cristal”, hace referencia al tope que enfrentan las mujeres para acceder a los estadios superiores de la estructura jerárquica en el centro de trabajo, lo que las concentra en los puestos técnicos, no estratégicos y de menor responsabilidad, por tanto, de menor remuneración. CELIBERTI Y ARDACHE, 2011, p. 9.

²⁸ PUMAR BELTRÁN *et al.*, 2015, p. 291.

²⁹ El artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”, ya que “la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. También aparece expresamente mencionado en algunas directivas comunitarias y en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores de España obliga al empresario pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, cualquiera que sea su naturaleza, y considera que un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes. Para un mayor estudio de esta materia, véase: CHICHA, 2006, pp. 3-6.

³⁰ La voz “implícita” no se debe entender en el sentido de “derechos implícitos”, ya que no está en discusión el derecho protegido, sino que el supuesto de hecho cubierto por la norma. El concepto de “derechos implícitos”, utilizado en la doctrina constitucionalista, alude a derechos que no aparecen consagrados en el texto constitucional, pero que constituyen límites al ejercicio de la soberanía por parte de los poderes del Estado. Para un mayor estudio de esta temática, revítese: CONTRERAS, 2011, p. 150.

propuesta normativa resultó modificada, atendida la complejidad que involucraba comparar trabajos distintos en su naturaleza. Al respecto, se sostuvo que, si bien el proyecto, tal como estaba planteado, apuntaba en la dirección correcta, debía ser reforzado con mecanismos que permitieran otorgarle mayor fuerza al principio de no discriminación “obligando a los empleadores a no establecer diferencias entre hombres y mujeres basándose en circunstancias ajenas a su desempeño laboral”³¹. Por lo mismo, hubo cierta resistencia al reconocimiento de trabajos de igual valor, ya que únicamente mediante metodologías comparativas objetivas, como la naturaleza del trabajo realizado, se podía asegurar una paridad efectiva³².

Adicionalmente, existía la creencia de que el concepto de “trabajo de igual valor” produciría problemas en la práctica, debido a que el proyecto no lo definía, lo que implicaría una mayor discrecionalidad judicial³³. En vista de ello, se optó por sustituir la expresión “trabajo de igual valor” por la de “un mismo trabajo”, lo que facilitaba la aplicación del principio de igualdad retributiva entre géneros³⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda demostrado que los trabajos de igual valor formaban parte del contenido preceptivo del artículo 62 bis CT, quedando excluidos por la razón de que resultaba complejo comparar labores diferentes. Sin embargo, no se puede desatender el hecho de que la causa motivadora de la igualdad retributiva

³¹ Durante la discusión en la comisión de familia, los parlamentarios se mostraron partidarios de un mecanismo claro que permitiera a los trabajadores hacer efectivos los derechos a reclamar cuando se sintieran discriminados, pero sin que pudieran influir en el desarrollo de las empresas donde laboran. Por lo mismo, se reconoció la posibilidad de que muchas veces ante iguales funciones pudieran legítimamente asignarse salarios distintos, basados en otros criterios no considerados en el proyecto, como el desempeño de cada persona, su antigüedad en el trabajo, la confianza y responsabilidades depositadas en ella o simplemente las diferentes capacidades de los diversos trabajadores. Historia de la Ley N° 20.393. Informe de la Comisión de Familia, pp. 36.

³² Historia de la Ley N° 20.393. Informe de la Comisión de Familia, pp. 36-38.

³³ El senador Allamand advirtió que “...no es menor introducir en el Código del Trabajo un concepto, como es el de trabajo de igual valor, con tal grado de indefinición. El principio general es el de igualdad de las remuneraciones entre hombres y mujeres, pero dicho principio se sustenta en la noción de trabajo de igual valor, la cual, hasta ahora, no aparece ni someramente definida. Para introducir a un cuerpo normativo un concepto actualmente inexistente en el mismo, debe haber una elaboración legislativa más acabada que permita precisar dicho concepto, máxime cuando se trata de un elemento fundante del principio general que se quiere consagrar”. Historia de la Ley N° 20.393. Primer Informe de la Comisión de Trabajo, p. 93.

³⁴ El senador Letelier expresó su disconformidad con la referida propuesta, toda vez que importaría un nuevo retroceso en la iniciativa legal. Al respecto dijo: “el proyecto de ley aprobado en general consideraba como actos de discriminación las diferencias de remuneraciones entre trabajos de igual valor. Sin embargo, tras el análisis de dicha norma, se estimó que la noción de ‘trabajo de igual valor’ significaría incorporar al Código del Trabajo un concepto complejo y difícil de aplicar, por lo tanto, se optó por transitar desde ese concepto –más moderno, pero complejo–, hacia una noción más básica conforme a la cual no podrían haber diferencias remuneracionales en razón de género tratándose de la ejecución de un ‘mismo trabajo’. Es decir, se estaría relativizando la norma, al punto de suprimir de su texto incluso la premisa básica sobre la cual se sustentaba”. Por su parte, el senador señor Allamand señaló no compartir la expresión pura y simple “que presten un mismo trabajo”, ya que sería una noción insuficiente que solo podría inducir a dudas interpretativas que terminarían alterando el verdadero sentido y alcance de la ley”. Historia de la Ley N° 20.393. Segundo Informe de la Comisión de Trabajo, p. 115.

apuntaba a la protección de labores distintas, pero de igual valor para la organización empresarial. De esta manera, el correcto sentido del mandato legal en examen exige analizar la hipótesis normativa a partir del objetivo perseguido por el legislador de la Ley Nº 20.348 que era, precisamente, asegurar una paridad de remuneraciones efectiva entre sexos ante trabajos de igual valor. Por esta razón, desde una perspectiva teleológica y finalista la protección retributiva de la mujer asegura su derecho a la igualdad salarial cuando el trabajo desempeñado se presta en condiciones equivalentes.

En este orden de ideas, y reforzando el argumento anterior, es preciso indicar que para un sector de la doctrina nacional el derecho de igual remuneración por trabajo de igual valor forma parte del ordenamiento nacional³⁵. El Estado de Chile ha ratificado los dos tratados universales que expresamente lo reconocen, el Convenio Nº 100 OIT de 1951 “sobre igualdad de remuneraciones”, y la Convención “sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979³⁶. Estos instrumentos internacionales establecen cláusulas amplias en materia retributiva, comprendiendo trabajos iguales o de igual valor, por lo que se asegura el derecho de la mujer a la igualdad de remuneraciones, independiente del tipo de actividad prestada. Por esta razón, la igualdad retributiva por trabajos de igual valor constituye un derecho esencial emanado de la naturaleza humana, obligando al Estado de Chile, en virtud del mandato previsto en el artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política (CP), a respetarlo y asegurar su correcto ejercicio en condiciones igualitarias.

Por nuestra parte, y en línea con las ideas expuestas, entendemos que los trabajos de igual valor cuentan con reconocimiento implícito en nuestro ordenamiento laboral, de modo que la igualdad retributiva aplica indistintamente a supuestos de igual trabajo o trabajos de igual valor. En este punto, coincidimos con Caamaño, quien participó de la discusión parlamentaria de la Ley Nº 20.348, en el sentido que de la relación entre los artículos 19, numeral 16, CP y 2º CT se deriva un principio general de no discriminación en materia de remuneraciones por causa de sexo, prohibiendo todo tipo de desigualdad en perjuicio de la mujer, por lo que resultan protegidos los trabajos de igual valor³⁷.

³⁵ ROJAS MIÑO, 2020, pp. 157 y ss; GAMONAL, 2021-2022, pp. 120 y ss.

³⁶ El artículo 2 del Convenio Nº 100 OIT, ratificado por Chile el 20 septiembre de 1971, establece que “todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. Por su parte, la CEDAW, ratificada por nuestro país en 1989, dispone en su artículo 11 letra d que los “Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular, el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”.

³⁷ Historia de la Ley Nº 20.393. Informe de la Comisión de Familia, p. 33.

2. *La perspectiva de género como regla o estándar hermenéutico correctivo de la igualdad retributiva*

Según venimos sosteniendo, el derecho de la mujer a la igualdad retributiva comprende, también, los trabajos de diferente naturaleza, pero de igual valor para el empleador. Refuerza aquello el que, tras las modificaciones introducidas por la Ley Karin al ordenamiento jurídico, las relaciones de trabajo se sujeten a nueva regla o estándar que reconfigura y corrige el contenido normativo de los derechos laborales de la mujer: “la perspectiva de género”³⁸. Vale recordar que el artículo 2 CT, reformado por la Ley Karin, establece que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con *perspectiva de género* (la cursiva es nuestra), lo que, para efectos de ese Código, implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo”.

Al igual que en otros sistemas jurídicos, la perspectiva de género proyecta un enfoque dualista entre lo masculino y lo femenino que permite evidenciar los modos de construir y pensar las identidades sexuales desde una concepción de heterosexualidad normativa que tiende a excluir a las mujeres en el trabajo³⁹. Sin embargo, la doctrina laboralista chilena no ha adoptado una postura unitaria respecto de la naturaleza jurídica de la perspectiva de género en el derecho laboral individual.

Por una parte, Luiz Lizama y Diego Lizama sostienen que la perspectiva de género constituye una directriz que debería ser evaluable según criterios de eficiencia de carácter gradual y, en cuanto tal, está dirigida a la “erradicación de las desigualdades de género” y a la “concreción de la igualdad sustancial entre hombres y mujeres”⁴⁰.

Estamos en desacuerdo con dicho planteamiento, principalmente porque delimita la perspectiva de género a la función de directriz, en circunstancias que se trata de una regla jurídica de aplicación obligatoria. Por lo mismo, el hecho de vincular dicho estándar a la evaluación de medidas o acciones efectuadas sobre la base de criterios de eficiencia de carácter gradual debilita la posición de la mujer al interior de la empresa, pues faculta al empleador para dotarlo de contenido normativo.

Lo dicho cobra sentido en el entendido que, eventualmente, el empleador podría definir o proponer una estructura salarial ascendente, en términos neutros, que oculta sesgos o estereotipos de género que favorecen al personal masculino, como sería, a modo ejemplar, una bonificación económica para los dependientes que registran una mayor cantidad de tiempo efectivo trabajado durante la jornada laboral⁴¹. Bajo esta hipótesis aquellas mujeres con hijos menores de dos años están en desventaja ante los hombres, debido a que el uso de la hora de permiso de alimentación les impide destinar la misma

³⁸ DÍAZ MÉNDEZ, 2024, pp. 13 y ss.; MUÑOZ, 2024, p. 2. En similar sentido, RIVAS VARGAS, 2022, p. 31.

³⁹ EAGLY y STEFFEN, 1984, pp. 735 y ss.

⁴⁰ LIZAMA PORTAL y LIZAMA CASTRO, 2024, p. 41.

⁴¹ ROJAS MIÑO, 2025b, pp. 57-58.

cantidad de tiempo efectivo trabajado que sus pares masculinos. De ello se desprende que las mujeres percibirán remuneraciones inferiores por el mismo cargo desempeñado en la empresa, lo que se traduce en una brecha salarial injustificada⁴².

Por tales consideraciones, discrepamos de la antedicha tesis, pues, en buenas cuentas, le resta eficacia a los derechos retributivos de la mujer, obstaculizando, consecuentemente, la paridad salarial ante trabajos diferentes, pero de igual valor⁴³.

A su vez, las profesoras Irene Rojas y Sofía Romero sostienen que la perspectiva de género constituye una metodología de análisis que permite entender la desigual posición de la mujer en la sociedad para el logro de la necesaria equidad, siendo aplicada por los jueces en la redacción de las sentencias⁴⁴.

Por nuestra parte, y en línea con la postura precedente, somos de la idea que la perspectiva de género constituye una metodología de interpretación y aplicación del derecho que concretiza el principio de igualdad, asegurando el derecho de la mujer a la igualdad de remuneraciones por trabajos de un mismo valor⁴⁵. Los argumentos que justifican nuestra propuesta son los siguientes.

En primer lugar, el artículo 1, inciso 1°, CP efectúa un reconocimiento expreso de la igualdad, elevándola a la categoría de principio y valor supremo de la institucionalidad chilena. Refrendando aquello, el artículo 19, numeral 16, de la carta fundamental “prohíbe –en el trabajo– cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. Por lo mismo, el empleador está obligado a otorgarles un trato igualitario a los varones y a las mujeres⁴⁶.

Como se puede observar, las precitadas normas configuran un marco jurídico general que asegura en el ámbito laboral una igualación real de derechos entre personas de diferente género, comprendiendo, dentro de su contenido preceptivo, a la paridad salarial⁴⁷.

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la Ley Karin refuerza la efectividad del principio de igualdad en las relaciones laborales, reconociendo la perspectiva de género como un mecanismo correctivo de la discriminación en el trabajo, particularmente en el trabajo remunerado⁴⁸. A partir de su dictación, el ordenamiento chileno abandona la tradicional posición neutral en materia de género que caracterizaba al sistema de relaciones labores del pasado, ya que prohíbe y sanciona cualquier tipo de práctica discriminatoria en contra de la mujer⁴⁹. En consecuencia, la perspectiva de género limita y reconfigura el poder directivo del empleador, obligándolo a adoptar todas aquellas

⁴² ROJAS MIÑO, 2025b, p. 55.

⁴³ Un análisis parecido efectúa la doctrina comparada española, revítese: RIVAS VALLEJO, 2017, pp. 162-169.

⁴⁴ ROJAS MIÑO, 2025a, p. 1; ROMERO *et al.*, 2022, p. 103 y ss.;

⁴⁵ En similar sentido: MOLL NOGUERA, 2021, p. 83.

⁴⁶ En un sentido similar; PINTO, 2023, pp. 22 y ss.

⁴⁷ Véase: DOMÍNGUEZ MONTOYA, 2021, p. 203.

⁴⁸ ROJAS MIÑO, 2025c, p. 1.

⁴⁹ Historia de la ley N° 21.643

medidas afirmativas que propendan a una igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, siendo una manifestación de aquello, la extensión del principio de igualdad salarial a los trabajos de igual valor.

En tercer lugar, nuestra cultura jurídica le asigna a la perspectiva de género la función de regla hermenéutica, obligando al intérprete a preferir aquel sentido que favorezca a la mujer, para así alcanzar una igualdad efectiva de derechos⁵⁰. Y es que, toda interpretación jurídica donde estén en juego derechos de las mujeres, derivados de su sola condición de tal, deben ser valorados con perspectiva de género, lo que implica una protección especial por la sola razón de integrar un colectivo cultural, social y económicamente discriminado⁵¹. Además, las normas jurídicas no pueden ser entendidas fuera del contexto al que pertenecen, ya que, en rigor, el sentido de un enunciado normativo resulta complementado por otros enunciados comprendidos dentro del sistema jurídico, de manera que no pueden coexistir vacíos normativos que traben su aplicación⁵². Por lo mismo, el artículo 62 bis CT se debe interpretar en función del estándar normativo previsto en el artículo 2 CT, este es, la perspectiva de género, el que complementa y corrige su contenido preceptivo.

De esta manera, resulta válido sostener que la perspectiva de género no representa una mera recomendación o directriz dirigida a la empresa, sino que envuelve un estándar de actuación que reconfigura la relación de trabajo y determina el contenido preceptivo de los derechos laborales, obligando a interpretar el artículo 62 bis CT en el sentido que mejor favorezca a la mujer⁵³.

En conclusión, la modificación del artículo 2 CT implica una reconfiguración del derecho reconocido en el artículo 62 bis CT, pues la igualdad retributiva no puede continuar aplicándose solamente a los trabajos iguales en su naturaleza, ya que ello produce discriminaciones en contra de la mujer⁵⁴.

Por todo lo dicho, el correcto sentido y alcance del principio de igualdad remuneraciones debe asegurar el goce y ejercicio del derecho a la paridad salarial, de modo que toda interpretación formalista basada únicamente en el sentido literal del precepto legal restringe la protección efectiva de la mujer, provocando desigualdades retributivas.

V. EL “TECHO DE CRISTAL”: UNA CONSECUENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE LOS TRABAJOS DE IGUAL VALOR

Llegados a este punto, es oportuno señalar que la única manera de evitar fraudes al interior de la organización empresarial es aceptando que un trabajo distinto o con

⁵⁰ SEPÚLVEDA HALES y VIVALDI MACHO, 2024, p. 88. Similar planteamiento encontramos en derecho comparado, revítese: MOLL NOGUERA, 2021, p. 83.

⁵¹ GABRIEL, 2021, p. 75.

⁵² ANCHONDO PAREDES, 2012

⁵³ En similar sentido: ROJAS MIÑO, 2020, pp. 145-151; DÍAZ, 2015, pp.29-31; ARELLANO, 2018, p. 11.

⁵⁴ Historia de la Ley N° 21.643, p. 58.

diferente denominación puede tener el mismo valor, ya que solo así resulta posible asegurar una paridad retributiva efectiva⁵⁵. Como sabemos, el artículo 62 bis del CT excluye toda referencia a los trabajos de igual valor, amparando solo a las mujeres que prestan el mismo servicio que los hombres. A partir de ello, surge el problema de que, si bien hombres y mujeres generalmente no realizan el mismo trabajo, sí prestan labores “de igual valor”, produciéndose discriminaciones infundadas en algunos sectores productivos.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la mera determinación del cargo-función en el contrato, en concordancia con el artículo 10 numeral 3° del CT, no siempre refleja las condiciones reales de trabajo asumidas por la mujer. El empleador puede verse tentado a describir la prestación de servicios variando las funciones que envuelve el puesto para así favorecer al personal masculino, en circunstancias que la naturaleza del trabajo es la misma⁵⁶. Por ejemplo, en el ámbito académico las profesoras se concentran en las categorías de asistentes e instructoras, las que corresponden a las categorías más bajas dentro de la jerarquía académica y tienen asociados menores ingresos⁵⁷. De esta manera, las mujeres que cumplen roles directivos aún en ámbitos feminizados como es la educación, representan una cantidad menor en comparación con la presencia de varones en las mismas funciones, fenómeno conocido como segregación vertical o “techo de cristal”⁵⁸.

La expresión “techo de cristal” simboliza las barreras invisibles que impiden a las mujeres llegar hasta los puestos más altos de la dirección de empresas. Siguiendo a la jurisprudencia, dicho fenómeno apunta a una barrera tan sutil que se torna transparente, pero que resulta un grave impedimento para que las mujeres puedan moverse dentro de las jerarquías corporativas, originando diferencias de remuneraciones entre sexos⁵⁹. En vista de ello, la carrera laboral de las mujeres se ve estancada en un nivel jerárquico medio o bajo, sin poder acceder a los principales puestos de trabajo de alta dirección responsables de la toma de decisiones más importantes⁶⁰.

Como se puede observar, las diferencias de remuneraciones entre sexos en el sector académico están determinadas por la responsabilidad asociadas a las funciones del puesto de trabajo, prescindiéndose del hecho que la actividad laboral es la misma. Por esta razón, la perspectiva de género representa un criterio corrector del techo de cristal, obligando al empleador a nivelar la remuneración de la mujer con la del varón ya que

⁵⁵ GAMONAL, 2021-2022, p. 120.

⁵⁶ DÍAZ, 2015, p. 106.

⁵⁷ MONTESINOS, 2001, p. 235.

⁵⁸ El “techo de cristal” es un concepto anglosajón (*glass ceiling*) comúnmente utilizado para describir el bajo grado de representación de las mujeres en los puestos jerárquicos más altos dentro de una organización. También es utilizado para reflexionar acerca de las causas que provocan habitualmente una subrepresentación femenina en dicho nivel organizacional: GAETE, 2015, p. 9. Del mismo modo, se le define como un entramado de obstáculos invisibles que impide a las mujeres cualificadas alcanzar posiciones de poder dentro de las organizaciones: CAMARENA ADAME y SAAVEDRA GARCÍA, 2018, p. 315.

⁵⁹ Consúltese las sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena, 12.04. 2021, rit T-29-2020; Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 16.08. 2017, rit T-16-2017.

⁶⁰ BALLARÍN DOMINGO, 2013, pp. 90-91. GAETE, 2015, p. 10

la actividad académica desempeñada proyecta la misma naturaleza y valor⁶¹. En vista de ello, coincidimos con Gamonal en cuanto a que la obsesión del legislador chileno por limitar la igualdad a “un mismo trabajo” en vez de hablar de “trabajos de igual valor” permite evadir fácilmente la norma⁶².

Con el objeto de solucionar dicho problema, han ingresado en los últimos años varios proyectos de ley al Congreso que buscan fortalecer el principio de igualdad retributiva⁶³. Uno de estos, persigue justamente incorporar al artículo 62 bis del CT el principio de “trabajo de igual valor, igual remuneración”, asegurando así que empleos equivalentes perciban idéntica remuneración cuando los conocimientos profesionales, capacidades, responsabilidades y cargas físicas o nerviosas asociadas al puesto de trabajo sean comparables⁶⁴.

V. CONCLUSIONES

El presente artículo se centró en el principio de igualdad de remuneraciones entre sexos regulado en el artículo 62 bis del CT. Los objetivos específicos que dirigieron la investigación buscaban establecer la relación instrumental que existe entre los artículos 10 numeral 3º y 62 bis del CT y demostrar que la paridad retributiva en el derecho chileno comprende también los trabajos de “igual valor”. Luego del análisis del derecho vigente, concluimos que la efectividad del derecho de la mujer a la igualdad salarial depende de que el contrato de trabajo determine la naturaleza de los servicios por medio de un cargo-función, ya que solamente así existirá un factor objetivo de comparación entre las labores involucradas, garantizando la paridad retributiva. Asimismo, los argumentos desarrollados en el cuerpo de esta presentación permiten sostener que la perspectiva de género constituye una regla y estándar de interpretación que determina el contenido normativo del principio de igualdad de remuneraciones, extendiendo la protección legal a los trabajos de diferente naturaleza, pero de igual valor.

⁶¹ Para un estudio del impacto del “techo de cristal” en el desempeño del cargo de trabajo en el derecho español, consúltese: ROLDÁN-GARCÍA *et al.*, 2012, pp. 45 y ss.; SARRIÓ, 2002, pp. 167 y ss.

⁶² GAMONAL, 2021, p. 197.

⁶³ Boletín N° 10.576-13, inició su tramitación en marzo del 2016; boletín N° 12.719-13, fue presentada en junio del 2019; boletín N° 14.139-34, fue presentada para su tramitación en marzo del 2021.

⁶⁴ Boletín N° 10.576-13. Este proyecto propone reemplazar el artículo 62 bis del Código del Trabajo, que en la actualidad consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, con el objeto de consagrar una mejor reglamentación de la materia, así como modificaciones a los artículos 154 y 163 del mismo cuerpo legal, con similar objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario y TOSCA, Diego: 2014: *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo 1 y 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores.
- ALEMÁN PÁEZ, Francisco, 2017: "Consideraciones teóricas sobre los elementos de clasificación y los sistemas de encuadramiento", en Amparo Garrigues Giménez (directora), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, Editorial Reus.
- ALONSO OLEA, Manuel, 1974: *Derecho del Trabajo* (3ª edición), Madrid, Universidad Complutense.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia, 2000: *Derecho del Trabajo* (18ª edición), Madrid, Editorial Thomson Civitas.
- ANCHONDO PAREDES, Víctor, 2012: "Métodos de interpretación jurídica", *Quid Iuris*, volumen XVI, pp. 33-58,
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, 2011: "Interpretación jurisprudencial del beneficio de la semana corrida: violación del principio de igualdad de remuneraciones", *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXIV, Nº 2, pp. 227-234.
- ARELLANO ORTIZ, Pablo, 2018: "Discriminación en la legislación social chilena: La necesidad de profundizar su estudio", en Pablo Arellano Ortiz (editor), *La Discriminación en la Legislación Social Chilena*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- BALLARÍN DOMINGO, Pilar, 2013: "Docencia universitaria y conocimientos en torno al género. Resistencias, creencias y prejuicios", *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, Nº 8, pp. 89-106.
- CAMARENA ADAME, María Elena y SAAVEDRA GARCÍA, María Luisa, 2018: "El techo de cristal en México", *La ventana* (online), volumen V, Nº 47, pp. 312-347.
- CELIBERTI, Lilián y ARDANCHE, Melissa, 2011: *Entre el techo de cristal y el piso pegajoso. El trabajo como herramienta de inclusión en el Uruguay de 2011*, Cotidiano Mujer, Disponible en http://www.cotidianomujer.org.uy/sitio/pdf/pub_trabajo11baja.pdf.
- CHICHA, Marie-Therese, 2008: *Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía Detallada*, Ginebra, Ed. Oficina Internacional del Trabajo.
- CONTRERAS, Pablo, 2011: "¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental", en José Ignacio Núñez (editor), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Santiago de Chile, Librotecnia, pp. 149-185.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, 2019: *Compendio de derecho de trabajo* (22ª edición), Madrid, Tecnos.
- CUENCA, Alarcón, 2006: *La determinación de la prestación del trabajo. Clasificación profesional y trabajo convenido*, Madrid, Editorial Consejo Económico y Social.
- DÍAZ, Estrella, 2015: *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley Nº 20.348 para avanzar en justicia de género*, Santiago, Dirección del Trabajo.
- DÍAZ MÉNDEZ, Marcela, 2024: *Derecho del Trabajo con perspectiva de género* (2ª edición), Santiago, Librotecnia.
- DIÉGUEZ, Gonzalo, 1995: *Lecciones de Derecho del Trabajo* (4ª edición), Madrid, Marcial Pons.
- DIÉGUEZ, Gonzalo y CABEZA, Jaime, 2003: *Derecho del Trabajo* (2ª edición), Madrid, Marcial Pons.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 2015: *La desigualdad salarial entre hombres y mujeres. Alcances y limitaciones de la Ley Nº 20.348 para avanzar en justicia de género*, Santiago.
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, 2021: *Las causales del despido disciplinario en Chile*, Santiago, Thomson Reuters.
- EAGLY, A. H., y STEFFEN, V. J., 1984: "Gender stereotypes stem from the distribution of women and men into social roles", *Journal of Personality and Social Psychology*, tomo XLVI, Nº 4, pp. 735-754. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.46.4.735>
- ETCHEVERRY, Francisco, 2011: *Derecho individual del trabajo* (2ª edición), Santiago, Legal Publishing.

- EUROPEAN COMMISSION, 2022: *Equal Pay? Time to close the gap!. Factsheet*. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu_en
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, 2018: *Ley de contrato de trabajo comentada*, Tomo II (1ª edición), Buenos Aires, Editorial Erreius.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, 2021: “El deber de obediencia del trabajador independiente: Presupuestos de la obediencia debida”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, volumen LXXXIX, N° 250, pp. 333-381.
- FRASER, Nancy, 2008: *Escalas de justicia*, Barcelona, Editorial Herder.
- FRASER, Nancy y HONNET, Axel, 2006: *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata-Fundación Paideia.
- GABRIEL, Juan 2021: “La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 31, pp. 60-89.
- GAETE, Ricardo, 2015: “El techo de cristal en las universidades estatales chilenas. Un análisis exploratorio”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, volumen VI, N° 17, pp. 3-20.
- GAMBA, Susana, 2009: “Estudios de género/perspectiva de género”, en Susana Gamba (coordinadora), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, Buenos Aires, Biblos.
- GAMONAL, Sergio 2021-2022: “La igualdad salarial en la nueva Constitución”, *Estudios Constitucionales*, número especial, pp. 110-227.
- GAMONAL, Sergio, 2021: *Derecho individual del trabajo. Doctrina, materiales y casos*, Santiago, Der Ediciones.
- GAMONAL, Sergio, y GUIDI Moggia, Caterina, 2012: *Manual del contrato de trabajo*, Santiago, Legal Publishing.
- GAMONAL, Sergio, 2022: “Género y derecho del trabajo”, en Gerardo Ruiz-Rico y Blanca Rodríguez Ruiz (coordinadores), *Género, derecho y tutela jurisdiccional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 291-309.
- GARCÍA NINET, Ignacio, GONZALEZ ORTEGA, Santiago, BALLESTER, Inmaculada y GARCÍA, Jordi, 2022: *Manual básico de Derecho del Trabajo* (2ª edición), Barcelona, Atelier.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, SEQUEIRA, Marcial y TEJEDOR, Luis, 2001: *Derecho del trabajo de la empresa*, Madrid, Editorial Colex.
- GOW, Laura y MIDDLEMISS, Sam, 2011: “Equal pay legislation and its impact on the gender pay gap”, *International Journal of Discrimination and the Law*, volumen XI, N° 4.
- GRISOLÍA, Julio Armando, 2022: *Manual de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- KAST, Fremont y ROSENZWEIG, James, 1969: *Administración en las organizaciones*, Madrid, MacGraw Hill.
- LAGARDE, Marcía, 1996: “Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia”, *Cuadernos Inacabados*, N° 25.
- LANATA, Gabriela, 2010: *Contrato individual de trabajo*, Santiago, Legal Publishing.
- LEÓN HURTADO, Avelino, 1983: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (4ª edición), Santiago, Editorial Jurídica.
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego, 2019: *Manual de Derecho Individual del Trabajo*, Santiago, Ediciones Der.
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego, 2025: *Compliance laboral en acoso y violencia en el trabajo. Convenio N° 190 y Ley N° 21.643* (2ª edición), Santiago, Ediciones Der.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio *et al.*, 2016: *Derecho del Trabajo* (25ª edición), Madrid, Tecnos.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, 1996: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Madrid, Aranzadi Editorial.

- MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, 2009: *Contrato individual de trabajo en los dictámenes de la dirección del trabajo*, Santiago, Legal Publishing.
- MERCADER UGUINA, Jesús, 2018: *Lecciones de Derecho del Trabajo* (11ª edición) Valencia, Tirant lo Blanch.
- MINTZBERG, Henry, 1984: *La estructuración de las organizaciones*, Barcelona, Ariel.
- MOLL NOGUERA, Rafael, 2021: “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más?”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, volumen II, Nº2, pp. 83-98.
- MONEREO, José, MOLINA, Cristóbal, NIEVES, María y VILA, Francisco, 2022: *Manual de Derecho del Trabajo* (20ª edición), Granada, Editorial Comares.
- MONTESINOS, Sonia, 2001: “Diversidad y desigualdad en el debate público chileno”, en Luis Riveros (editor), *La Universidad piensa a Chile. Anales de un Foro académico*, Santiago, LOM Ediciones, pp. 227-240.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, 2008: *Derecho del Trabajo* (29ª edición), Madrid, Tecnos.
- MUÑOZ MOLINA, Roxana, 2024: “Ley Karin y perspectiva de género”, *Noticias CIELO*, Nº 2, pp. 1-5.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 1997: “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Ius et Praxis*, volumen II, Nº 2, pp. 235-259.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, 2008: *Derecho del Trabajo* (16ª edición), Madrid, Universitaria.
- PINTO, Yenny, 2023: “Mujer, Seguridad Social y los Nuevos Desafíos del Trabajo”, Chile, Thomson Reuters.
- PIERRY VARGAS, Lucía, 2018: *Derecho Individual del Trabajo*, Santiago, Der Ediciones.
- POQUET CATALÁ, Raquel, 2018: *Modificaciones del contrato de trabajo. Sustanciales, geográficos y funcionales*, Navarra Thomson Reuters.
- PUMAR, Núria, PONS, Eva, RUIZ, Auida y CASTELLÀ, Pilar, 2015: *Un futuro sin brecha*, Albacete, Bomarzo.
- RIVAS VALLEJO, Pilar, 2017: “Bloque II. Servicios (Y2); actividades administrativas y servicios auxiliares. Actividades financieras, seguros e inmobiliarias. Educación, actividades sanitarias”, en Amparo Garrigues Giménez (directora), *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, REUS, Madrid, pp. 162-169.
- RIVAS VARGAS, Carola, 2022: *La Perspectiva de Género Como Método de Argumentación Jurídica en las Decisiones Judiciales*, Madrid, Ril Editores.
- ROJAS MIÑO, Irene, 2022: *El Derecho de no discriminación remunerativa por causa del sexo en Chile*, Santiago, Thompson Reuters.
- ROJAS MIÑO, Irene 2025a: “La necesaria incorporación de la perspectiva de género en la investigación jurídica”, *Revista Ius et Praxis*, Año 31, Nº 2, pp. 1-2.
- ROJAS MIÑO, Irene 2025b: “La regulación de las relaciones de trabajo en Chile frente a los desafíos de conciliación laboral y familiar”, *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXXVIII, Nº 1, junio, pp. 53-74.
- ROJAS MIÑO, Irene 2025c: “Los tiempos de trabajo en el sistema chileno frente a los desafíos de la conciliación laboral y familiar”, *Revista Trabajo y Derecho*, Nº 124, abril, Editorial La Ley, pp. 1-28.
- ROLDÁN, Elena, LEYRA, Begoña y CONTRERAS, Leticia, 2012: “Segregación laboral y techo de cristal en trabajo social: análisis del caso español”, *Portuaria*, volumen XII, Nº2, pp. 43-45.
- ROMERO, Sofía, JAQUE, Macarena, PRIETO, Lucas y ZULETA, Jaime, 2022: “La perspectiva de género en la valoración de la prueba en procedimientos laborales por acoso”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Nº 40, pp. 103-134.

- SARRIÓ, Maite, BARBERÁ, Ester, RAMOS, Amparo y CANDELA, Carlos, 2002: "El techo de cristal en la promoción profesional de las mujeres", *Revista de Psicología Social*, volumen XVII, N°2, pp. 167-182.
- SEPÚLVEDA HALES, Bárbara y VIVALDI MACHO, Lieta, 2024: "La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho* (Valdivia), volumen XXXVII, N° 2, pp. 87-109.
- SIERRA HERRERO, Alfredo, 2013: *Patentes de invención y derecho del trabajo. Régimen jurídico de las invenciones realizadas por el trabajador*, Santiago, Legal Publishing.
- SOTO RIOJA, Sebastián de, 1995: "El contenido de la prestación laboral", *Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, pp. 171-210.
- THAYER, William y NOVOA, Patricio, 2010: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica.
- VALDÉS DE LA VEGA, Berta, 1997: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Madrid, Editorial Trotta.
- VIAL DEL RÍO, Víctor, 1991: *Teoría del Acto Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, 2003: *Derecho de las Relaciones Laborales*, Santiago, Editorial Universitaria.

Jurisprudencia

- JUZGADO de Letras del Trabajo de Osorno, sentencia de 3 de marzo de 2017, rit I-90-2016.
- JUZGADO de Letras del Trabajo de San Bernardo, sentencia de 16 de agosto de 2017, rit T-16-2017.
- JUZGADO de Letras del Trabajo de Curicó, sentencia de 12 de enero de 2018, rit 39-2017.
- SEGUNDO Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 5 de marzo de 2018, rit S-128-2017.
- PRIMER Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 31 de diciembre de 2018, rit O-3932-2018.
- SEGUNDO Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 2 de abril de 2019, rit O-5605-2018.
- JUZGADO de Letras del Trabajo de La Serena, sentencia de 12 de abril de 2021, rit T-29-2020.
- SEGUNDO Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 7 de noviembre de 2022, rit O-5083-2021.
- SEGUNDO Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 17 de febrero de 2023, rit T-487-2022.
- JUZGADO de Letras de Los Lagos, sentencia de 1 de abril de 2023, rit T-9-2022.
- JUZGADO de Letras del Trabajo de Concepción, sentencia de 12 de abril de 2023, rit T-650-2022.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 25 de junio de 2023, rol 115-2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 1 de agosto de 2023, rol 2802-2022.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 1 de septiembre de 2023, rol 427-2022.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 20 de septiembre de 2023, rol 581-2023.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 26 de septiembre de 2023, rol 389-2023.

Dictámenes de la Contraloría General de la República

- 14.292, 2010.
- 13.712, 2018.

Dictámenes de la Dirección del Trabajo

- 2.790/133, 5 de mayo de 1995.
6.307/282, 14 de noviembre de 1996.
4.437, 23 de agosto de 2018.
5.018, 2 de octubre de 2018.

Otras fuentes jurídicas

- BOLETÍN Nº 10.576-13, 2016.
BOLETÍN Nº 12.719-13, 2019.
BOLETÍN Nº 14.139-34, 2021.
CARTA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Código Civil.
CÓDIGO del Trabajo.
CONSTITUCIÓN Política de Chile.
CONVENIO Nº 100 OIT de 1951 sobre igualdad de remuneraciones.
CONVENCIÓN sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979.
ESTATUTO de los Trabajadores de España.
HISTORIA de la ley Nº 20.348.
HISTORIA de la ley Nº 21.643
LEY Nº 20.348.
TRATADO de Funcionamiento de la Unión Europea.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100073>

Los desafíos del derecho laboral ante las transformaciones tecnológicas y organizativas

*Juan Pablo Severin Concha**

RESUMEN

Frente al impacto de las tecnologías en la producción de bienes y servicios, se busca revisar los criterios con los que se ha determinado la existencia del trabajo dependiente y su aplicabilidad a las nuevas formas de organización empresarial, atendiendo a la amplitud y flexibilidad de la noción de subordinación.

Tecnología; subordinación y dependencia; laboralidad

The challenges of labor law amid technological and organizational transformations

ABSTRACT

In view of the impact of technology on the production of goods and services, this paper seeks to review the legal criteria traditionally employed to establish the existence of dependent employment, as well as to assess their applicability to emerging forms of business organization, with consideration given to the expansive and flexible interpretation of the concept of subordination.

Keywords: technology, subordination and dependency, employment relationship

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de Derecho Laboral, Escuela de Derecho de Coquimbo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4002-3069>. Correo electrónico: juanpablo.severin@ucn.cl.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación el 29.9.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Existe un extendido consenso acerca de que el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación han impactado severamente la producción de bienes y servicios y han implicado para el Derecho del Trabajo la necesidad de preguntarse acerca de si determinados trabajos que se realizan mediante esas tecnologías se encuentran dentro de su ámbito de regulación o se escapan del mismo. Para responder a ello es necesario revisar cuáles son los criterios con los que se ha determinado históricamente esa pertenencia e interrogarse acerca de si se requiere flexibilizar o ampliar dichos criterios con el objeto de que queden comprendidas dentro del ámbito del Derecho del Trabajo actividades que conforme con los criterios tradicionales no lo estarían o si existen otras alternativas de protección fuera del campo de esta disciplina.

Como sabemos, el Derecho del Trabajo surge con el objeto de regular las relaciones laborales “en los países denominados capitalistas, cuya economía reposa en la libertad de comercio y de la industria”¹, y lo hace a partir de la constatación de que la aplicación a ellas del Derecho Civil, que supone igualdad entre las partes, la libertad contractual y autonomía de la voluntad, no tenía debidamente en cuenta la asimetría entre las partes, lo que, unido a otros factores, había implicado condiciones laborales injustas y circunstancias de vida miserables e impropias de la dignidad de las personas. Alejándose de la ficción de igualdad entre las partes, el Derecho del Trabajo tiene una naturaleza tutelar o protectora, en favor de la parte más débil de la relación, pero no llega a anular del todo esa asimetría, pues reconoce jurídicamente el poder del empleador. Sin embargo, podemos afirmar con Sinzheimer que, aunque este poder pueda permanecer intacto, “con la reglamentación del Derecho del trabajo se crea una consciente línea de confín en el ejercicio de ese poder social, que antes no conocía límites”².

La normativa laboral se construye y tiene sus primeros desarrollos atendiendo a las formas clásicas de organizar la producción y de prestar los servicios, donde se identifican con nitidez las figuras del empleador y del trabajador, con sus respectivos derechos y obligaciones. En ellas, también, es posible delimitar con claridad el espacio donde se efectúan las tareas y el tiempo en el que se han de realizar. Sin embargo, en el transcurso de la historia, el Derecho del Trabajo se ha visto enfrentado al desarrollo de nuevas formas de producción y de organización empresarial y a nuevas formas de prestación de servicios personales por parte de quienes trabajan, en las que aquellas figuras no aparecen con tal nitidez, el espacio y el tiempo en el que se prestan los servicios se sale de los contornos tradicionales y el ejercicio de los derechos y las obligaciones presenta caracteres diferenciados. Ante tal desafío, el Derecho Laboral se ha mostrado dúctil para brindar su protección a los trabajadores que prestan servicios con algunas particularidades que se alejaban del modelo clásico del trabajo industrial. En ciertos casos ha sido necesario introducir normativas que se hagan cargo de las características de tales actividades, sea

¹ SUPLOT, 2008, p. 9.

² SINZHEIMER, 2017, p. 108.

estableciendo normas de excepción, por ejemplo, en materia de jornadas y descansos, sea regulando más integralmente esas relaciones bajo la comprensión de ellas como contratos especiales. En otros, más complejos, se ha presentado la necesidad de determinar legalmente la figura del empleador o de establecer las responsabilidades de quienes sin serlo se benefician de algún modo con las actividades de los trabajadores o, incluso, ha existido un debate en torno a su carácter laboral del vínculo.

Frente a las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas, como, por ejemplo, respecto del trabajo mediante plataformas digitales, en la última década ha existido un intenso debate en torno a si corresponde a un trabajo autónomo o si se trata de un trabajo subordinado, con respuestas jurisprudenciales³ y normativas diversas⁴. En este marco se ha planteado la discusión en torno a la revisión de los tradicionales indicios de laboralidad y la posibilidad de incorporar nuevos indicios en relación con estas nuevas formas de trabajo.

II. LAS NOCIONES DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO DERIVADAS DE LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICAS

Históricamente, se han utilizado las expresiones de trabajo dependiente o subordinado para referirse a aquel que es objeto de protección del Derecho Laboral, distinguiéndolo del trabajo independiente o autónomo⁵. Tales expresiones, ocupadas de ese modo, se emplean como sinónimas, alternativas o de manera entrelazada⁶. A pesar de utilizar

³ Por ejemplo, en el caso de Chile se pueden mencionar la sentencia del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14.07. 2015, RIT O-1833-2015, que rechaza la existencia de relación laboral entre un conductor y una empresa de plataforma digital de transporte de pasajeros y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 15.01.2021, Rol IC-395-2020, que reconoce relación laboral entre un repartidor y una plataforma de *delivery*.

⁴ Así, mientras en España, mediante el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, se modifica el Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, estableciendo una presunción de laboralidad, en Francia los artículos L7341-1 a L7345-12 del Código del Trabajo, considera a estos trabajadores como independientes. Por su parte, en Chile la ley N° 21.431, que modificó el Código del Trabajo, regulando la relación de los trabajadores con las empresas de plataformas digitales de servicios en el territorio, contempla que puedan existir en esta actividad tanto trabajadores dependientes como autónomos. En el ámbito supranacional, la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.10.2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, considera una presunción legal de laboralidad. Actualmente la Organización Internacional del Trabajo se encuentra en proceso de adoptar normas acerca del trabajo decente en la economía de plataformas, que podría conducir a la adopción de un convenio en 2026.

⁵ Aunque debemos tener presente la advertencia de que “no es el trabajo el que –o mejor, lo que– depende, sino quien lo ejecuta y de quien aquel es inescindible, esto es el trabajador”, de modo que “[n]o hay así, en la irremediable realidad de los hechos, trabajo dependiente, sino trabajadores dependientes” (ACKERMAN, 2008, p. 15).

⁶ Así, por ejemplo, en el Código del Trabajo chileno, mientras en su artículo 3º define al trabajador como una persona natural que presta servicios personales bajo “dependencia o subordinación”, empleando

ambas nociones, la legislación no suele definir las, lo que ha supuesto un abundante debate doctrinal y la necesidad de dibujar sus contornos mediante la jurisprudencia.

Es posible aproximarse a estos términos y atribuirles significados diversos, reservando la expresión dependencia para aludir a un concepto económico, que se referiría a la relación entre el que paga y el que recibe un salario, que es su medio de vida principal o exclusivo, y dejando la expresión subordinación para aludir al vínculo jurídico entre el trabajador y su empleador, que implica la integración del primero a una organización en la que el segundo tiene un poder de mando, sometiendo al trabajador al orden establecido por el empleador⁷. Al examinar el eventual carácter laboral de las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas, estas nociones, así entendidas, deben ser tenidas en cuenta, aunque considerando que no se trata de nociones rígidas, sino flexibles, cuya presencia en un vínculo jurídico admite distintas intensidades.

Si bien se ha señalado por una parte de la doctrina que la dependencia económica podría ser el mejor criterio de calificación de las relaciones laborales, al fijar los límites de la esfera de protección del Derecho del Trabajo otorgando protección a aquel que se encuentra en una posición económica de inferioridad e indefensión, que es lo que se buscaba al momento de crear esta nueva rama del Derecho, y evitando las consecuencias que podría tener la sola consideración de la subordinación jurídica, que posibilitaría dejar fuera a quienes requieren protección y dejar adentro a quienes no la requieren, ha primado como criterio casi exclusivo de calificación laboral el de la subordinación jurídica⁸. Para Ugarte ello se explica desde la comprensión de que “la dependencia económica implica una noción de signos muy difusos, de contornos muy imprecisos, que se traduce en un sistema de indicios complejo”, mientras que la subordinación jurídica, noción abstracta y formal, se expresa “en un sistema de indicios que en la inmensa mayoría de los casos es simple”, lo que lleva a que los órganos aplicadores del derecho, especialmente a los jueces, opten decididamente por “maximizar sus resultados al menor costo posible”⁹. De algún modo, las nuevas formas de trabajo nos obligan no solo a visitar sino a revisar estas nociones y opciones, pues como se puede apreciar en el trabajo mediante plataformas digitales existe una evidente precariedad de buena parte de quienes se desempeñan en esta actividad, que convive con el carácter accesorio o complementario de ingresos para algunos de ellos.

una conjunción disyuntiva, en el artículo 7º, al conceptualizar el contrato de trabajo, señala que el trabajador se obliga a prestar esos servicios bajo “dependencia y subordinación”, ocupando una conjunción copulativa.

⁷ No obstante, debemos consignar que se suele utilizar ambos términos como sinónimos, aplicando respecto de cualquiera de ellos los calificativos que distinguen esas nociones, refiriéndose, indistintamente, por una parte, a la dependencia económica o a la subordinación económica y, por la otra, a la dependencia jurídica o subordinación jurídica.

⁸ UGARTE, 2005, pp. 34 y 35. De este modo, como afirma Montoya Melgar, “se ha producido la espiritualización o flexibilización de la noción de dependencia a través de la consideración de esta no ya como la necesaria sujeción a órdenes técnicas, y menos aún como la subordinación económica del trabajador, sino como el aspecto pasivo de los poderes de mando del empleador” (MONTROYA, 2005, p. 39).

⁹ UGARTE, 2005, pp. 36 y 37.

Recurriendo a Supiot, podemos afirmar que la subordinación jurídica, como anunciamos anteriormente, tiene a su vez dos dimensiones, porque en un sentido designa “un vínculo de pertenencia” y en otro “un vínculo de obediencia”, ya que el subordinado es quien está bajo un orden y ese orden puede ser “la estructura que identifica una organización” y puede ser, también, “el mando, la expresión de una voluntad que se impone a otro”¹⁰. Este autor nos recuerda que el contrato de trabajo “fue siempre el punto de tensión entre estos dos aspectos de la subordinación”, es decir, encontraremos “[p]or un lado, entonces la subordinación funcional, resultante de la integración a una organización; por el otro lado, una subordinación personal, resultante de la sumisión a otro”¹¹. En este último sentido, como señala Kahn-Freund, “la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*)”¹². Creemos que, en este sentido, al examinar las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas resultará ineludible preguntarse acerca de si los trabajadores que en ellas se desempeñan lo hacen integrándose a una organización, pasando a formar parte de esa estructura, y si en ella están bajo el mando de otro que detenta un poder, que se encuentra facultado para dirigir y controlar el trabajo realizado y, eventualmente, imponer sanciones, sea que lo haga directamente o se valga de herramientas tecnológicas para ello.

Ante la emergencia de nuevas formas de trabajo es posible constatar la existencia de zonas grises, en las que determinar la dependencia o independencia de quien realiza un trabajo entraña gran dificultad. Podemos estar ante situaciones en las que existiendo en la realidad una relación propiamente laboral, fraudulentamente, se ha buscado revestirlas de apariencia de trabajo independiente, con el fin de eludir el cumplimiento de las leyes protectoras de los trabajadores subordinados. Sin embargo, también es posible encontrarnos con situaciones en las que aparecen rasgos característicos del trabajo subordinado junto con otros que evidencian grados mayores de autonomía. Aunque en ambos casos será necesario dilucidar la laboralidad de la relación, en el primero de ellos la operación tiene por objeto levantar el velo que pretende ocultar el fraude, mientras que en el segundo se busca determinar la naturaleza de la relación con el objeto de establecer el estatuto aplicable.

En cualquiera de las hipótesis descritas en el párrafo precedente y siguiendo a Cardona Rubert, para efectos de determinar la existencia de subordinación jurídica es posible distinguir algunos elementos o notas definitorias (en los que es posible comprender las nociones personales y funcionales a que nos hemos referido anteriormente): la actividad consiste en un hacer o un no hacer, que implica la aceptación de órdenes; se

¹⁰ SUPIOT, 2008, pp. 71 y 72.

¹¹ SUPIOT, 2008, p. 72.

¹² KHAN-FREUND, 2019, p. 52. Agregará este autor que esta relación se origina “como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por «contrato de trabajo»” (KHAN-FREUND, 2019, p. 52).

pone a disposición la energía personal de trabajo; existe una dirección del empleador; y quien presta el servicio queda dentro del círculo rector, organizativo y disciplinario del empleador¹³. En el empeño de dilucidar si se está frente a una relación de subordinación, incluido el examen de las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas, como nos advierte la autora recién citada, no se debe confundir “la dependencia con formas de exteriorización de la misma, como sujeción a horario, establecimiento de jornada de trabajo, exclusividad en el servicio a otro, etc.”, ya que “todas ellas son notas o indicios de la existencia de la dependencia, debiendo jugar como presunciones *iuris tantum* de su presencia”¹⁴, que deben ser debidamente ponderadas. En esta última línea, se debe tener en cuenta la flexibilidad y la plasticidad de la noción de subordinación, ya que “no es sorprendente que pueda tomar rostros distintos en una misma época y pueda cambiar de rostro de una época a otra”¹⁵, flexibilidad y plasticidad que posibilita “dejar atrás toda concepción estrecha y rigorista de la subordinación”, entendiéndose que “no pueden confundirse los datos externos que pueden ser expresivos de la concurrencia del elemento de la subordinación, con la presencia misma del elemento definitorio de la relación laboral” y comprendiendo que “la subordinación puede tener sus grados, pero lo decisivo es la situación de puesta a disposición de la fuerza de trabajo para integrarla en una organización ajena”¹⁶. Esta comprensión flexible permite que, aunque no se den algunos de los indicios tradicionales, no se descarte la subordinación, por ejemplo, cuando la asignación de tareas o la supervisión no la realiza directamente el empleador o un mando intermedio, sino que se efectúan por medios tecnológicos; cuando no hay sujeción a un horario predeterminado; cuando el trabajador reciba una retribución variable, o cuando el trabajador aporte algún medio de producción¹⁷.

III. LA AJENIDAD COMO CRITERIO DE CALIFICACIÓN DEL CARÁCTER LABORAL DEL VÍNCULO

Desde la doctrina científica, en distintos tiempos y lugares, se ha presentado la noción de ajenidad como criterio distintivo básico para determinar la existencia de la relación laboral que debe ser amparada por el Derecho del Trabajo. Por ello, se ha relevado su consideración para calificación del vínculo en las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas, especialmente en lo referido al trabajo mediante plataformas digitales.

Este concepto, en su acepción primaria, alude a la ajenidad de los frutos del trabajo, que Montoya Melgar explica señalando que “el trabajo objeto del Derecho del Trabajo es ‘por cuenta ajena’ en el sentido de que la utilidad patrimonial del trabajo se

¹³ CARDONA, 2019, p. 100.

¹⁴ CARDONA, 2019, p. 101.

¹⁵ SUPLOT, 2008, p. 72.

¹⁶ CRUZ, 2019, p. 36.

¹⁷ CARDONA, 2019, pp. 101-105.

atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario”, el que a su vez, “compensa al trabajador con una parte de esa utilidad (el salario)”¹⁸. Para autores como Ackerman, esta noción adquiere la mayor importancia, resultando posible afirmar que “es la ajenidad en los frutos que tipifica el vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador”¹⁹.

Además de la ajenidad en los frutos o en la utilidad patrimonial, se han propuesto por la doctrina distintas teorías y elaborado diversas acepciones como son la ajenidad en los riesgos, la ajenidad en la titularidad de la organización o en la propiedad de los medios de producción y la ajenidad en el mercado. Para Cruz Villalón sería la ajenidad de la utilidad patrimonial “la que mejor explica el contenido de la obligación de prestación de servicios por parte del asalariado, en el sentido de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, a efectos de que este obtenga el resultado económico del trabajo ejecutado”. Será importante tener presente estas categorías, y otras vinculadas a la noción de ajenidad, en relación con la determinación de la laboralidad en las nuevas formas de organización y producción, especialmente respecto de aquellas que responden a transformaciones tecnológicas en la era digital.

Ojeda Avilés explica que, al determinar su marco de aplicación, el Estatuto de los Trabajadores español se refiere a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos “por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, optando por una solución ecléctica, “por la vía de hermanar el criterio de la ajenidad con el de la dependencia, pese a que hasta ese momento venían enfrentándose en la arena científica como elementos distintos, patrimonialista el uno, personal el otro, y que habían sido utilizados separada y sucesivamente por el legislador y la jurisprudencia”²⁰. A su vez, en Chile, la Dirección del Trabajo, por una parte, ha declarado que el principio de ajenidad es un “componente típico de la relación laboral”, en tanto, “cada trabajador realiza su labor ‘por cuenta de otro’ o ‘por cuenta ajena’, recayendo sobre el empleador el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión”²¹. Asimismo ha afirmado que la ajenidad “no es el elemento central de la relación de trabajo –como sí lo es la subordinación y dependencia– sin embargo, colabora

¹⁸ MONTOYA, 2005, p. 38. De este modo, para el citado autor, “el contrato de trabajo es un típico contrato de cambio (dicho simplificadoamente: cambio de trabajo por salario) y no el ambiguo contrato de naturaleza asociativa al que a veces se ha propendido” (MONTOYA, 2005, p. 38).

¹⁹ ACKERMAN, 2008, p. 20. Explica este autor que de este modo, “la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de estos, llevan a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una triada de poderes que, al tiempo que se legitiman recíprocamente, también se limitan en cascada”, triada compuesta, según el autor citado, por los poderes de organizar la actividad productiva, dirigir la actividad de sus dependientes y sancionar los incumplimientos de estos (ACKERMAN, 2008, p. 21).

²⁰ OJEDA, 2007, p. 375

²¹ Dirección del Trabajo, 19.10.2022, dictamen N° 1831/39. Este, a su vez cita los dictámenes N° 4.958/219, de 28.8.1992, N° 5.301/251, de 14.9.1992, N° 4.458/205, de 1.8.1994, y N° 691/12 de 29.1.2016.

en identificar a una relación bajo dicho tipo de sujeción”²². De esta manera, la doctrina de este órgano administrativo comparte la idea destacada por Ojeda Avilés, en orden a hermanar ambas nociones y entender que el examen de la ajenidad puede contribuir a la determinación del vínculo laboral subordinado.

No obstante, es preciso tener presente lo que nos advierte Ojeda Avilés respecto de la ajenidad y el contrato de trabajo, al señalarlos que sus elementos “en su mayor parte aluden a características reales de dicho contrato que, sin embargo, no son típicas o exclusivas de él”, o, en otros términos, que “la mayoría de ellos son elementos necesarios, pero no suficientes para definir a este contrato”²³. Del mismo modo, Cruz Villalón indicará que “[s]u presencia inexcusable da lugar a la exclusión del ámbito aplicativo de la legislación laboral muchas situaciones propias de la prestación de servicios de los trabajadores autónomos, es decir, aquellas prestaciones de servicios efectuadas por cuenta propia”, advirtiéndolo “que en ciertas ocasiones el trabajo autónomo también se presta por cuenta ajena”²⁴. Expresado de otra manera por el mismo autor, “la ajenidad constituye un requisito imprescindible pero no suficiente para fijar el ámbito de aplicación de la legislación laboral”, ya que sirve “como elemento negativo de contraste” (si no hay ajenidad en la utilidad patrimonial no hay contrato de trabajo), pero no “como elemento positivo de contraste” (pues hay formas de contratación civil, mercantil o administrativa en los que existe ajenidad en la utilidad patrimonial)²⁵. Estas advertencias deben ser tenidas en cuenta cuando se examinan las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas, como puede ser el trabajo mediante plataformas digitales, pues no bastará la ajenidad en los frutos para afirmar el carácter laboral de los servicios.

Conforme con lo señalado precedentemente, se ha constatado que en la jurisprudencia española “la ajenidad deja de ser el criterio mayoritariamente utilizado para ceder el paso al de la dependencia”, junto con advertir que parte de la doctrina “ha llegado a considerar las diversas teorías de la ajenidad como otras tantas manifestaciones de la dependencia”²⁶. De cierto modo, podemos decir que así se concreta la hermandad de ambas nociones, la ajenidad se sumaría a los hechos indiciarios de la subordinación. Anteriormente hemos indicado que en la jurisprudencia administrativa chilena la noción de ajenidad juega, también, un rol complementario. Entendiendo que es algo que debe estar presente para que exista una relación laboral, pero que para que esta llegue a configurarse como tal debe existir necesariamente el vínculo de subordinación o dependencia, se debe considerar a la ajenidad como un elemento a ponderar a la hora de examinar en un caso concreto la existencia de tal vínculo.

²² Dirección del Trabajo, 19.10.2022, dictamen N° 1831/39.

²³ OJEDA, 2007, p. 389

²⁴ CRUZ, 2019, p. 33.

²⁵ CRUZ, 2019, p. 34.

²⁶ OJEDA, 2007, pp. 389 y 390.

IV. LA CALIFICACIÓN DEL VÍNCULO EN LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y EL TEST INDICIARIO DE LABORALIDAD

Nos hemos referido a la necesidad de dilucidar si en ciertas situaciones nos encontramos frente a un trabajo que deba ser objeto de tutela por el Derecho del Trabajo. A dicho efecto, examinaremos el test indiciario de laboralidad, como un instrumento que permitiría, desde una noción flexible de subordinación, otorgar protección laboral no solo a las clásicas formas de trabajo asalariado, sino también a aquellas nuevas que emergen de la transformación tecnológica de la producción y del trabajo, si se les reconoce como trabajo dependiente.

A este respecto, Sanguineti nos recuerda que “la existencia de problemas de calificación y casos difíciles de encuadrar no es el resultado de una complejización de las modalidades de prestación del trabajo, ocasionada por el cambio tecnológico y las transformaciones productivas a partir de una realidad inicialmente simple y de fácil calificación, sino que están presentes desde un inicio”²⁷. Sin embargo, aunque el problema no sea nuevo, obviamente, presenta en la actualidad una intensidad importante, al tenor de la transformación digital que el mundo viene experimentando. El mismo autor sugiere el modo en que la calificación de la existencia de una subordinación laboral, en las hipótesis conflictivas de ayer y en las actuales, debe efectuarse, indicando que esta “no puede ser apreciada en casos dudosos sino a partir del examen de la concurrencia de determinados indicios o signos exteriores que suelen acompañarla”²⁸, es decir, aplicando el denominado test indiciario de laboralidad. Al respecto, si bien suele utilizarse extendidamente la expresión indicios, Carballo Mena nos propone distinguir entre indicadores, hechos indicantes e indicios, puntualizando que los indicadores “reflejan en abstracto los típicos rasgos morfológicos de la relación de trabajo”, mientras los hechos indicantes “predican acerca del modo en que los indicadores se verifican –o no– en el plano de una específica interacción”, y, finalmente, “los indicios refieren al dato tenido por cierto –existencia o inexistencia de la relación de trabajo– a partir de la articulación y ponderación de los hechos indicantes”²⁹.

La operación de establecer la existencia del vínculo subordinación en cada caso no dependerá simplemente de una lista de chequeo de la presencia o ausencia de determinadas cuestiones de hecho o manifestaciones, sino de su debida ponderación racional. En tal sentido, importa advertir que, si bien la ausencia de algunos de esos indicios podrían conducir a la exclusión de la calificación laboral de una relación, la sola ausencia de otros no implicará necesariamente tal descarte. Esto, debido precisamente al carácter flexible de la noción de subordinación, como también a la idea de que ella admite distintas intensidades. A su vez, la presencia de algunos de estos signos será indicativa de la existencia de la relación laboral, pero sin llegar a confirmarla por sí sola. El proceso para declarar

²⁷ SANGUINETI, 2023, p. 23.

²⁸ SANGUINETI, 2023, p. 23.

²⁹ CARBALLO, 2016, p. 146.

la existencia o no de una relación laboral, entonces, entraña el análisis cualitativo de hechos indiciarios, “con el objeto de destacar el grado de verificación o gravedad de las hipótesis en pugna, la concordancia de los hechos indicantes asociados en torno a las referidas hipótesis, y la convergencia o ensamblaje de estos entre sí, de tal suerte que se ofrezca una conclusión lógica y verificable que enerve la alternativa contraria”³⁰.

Ante la necesidad de calificar la existencia de un vínculo laboral en las nuevas formas de trabajo derivadas del desarrollo tecnológico digital y la utilización en dicha tarea del test de laboralidad, nos encontramos con la posibilidad de aplicarlo conforme con los indicios tradicionales, aunque atendiendo al carácter flexible de la noción de trabajo subordinado y considerando que la presencia o ausencia de los diferentes indicios puede presentar diversas intensidades, o mediante el establecimiento de nuevos indicios que permitan, haciéndose cargo de las particularidades que presentan estas nuevas formas de trabajo, entenderlas bajo el amparo del Derecho Laboral.

Aunque las legislaciones no suelen establecer un catálogo sistematizado de hechos indiciarios de una relación laboral, ellos pueden desprenderse de sus disposiciones. Así, por ejemplo, cuando el artículo 7° del Código del Trabajo chileno establece que en el contrato de trabajo el trabajador se obliga a prestar servicios personales, bajo dependencia y subordinación del empleador, y este se obliga a pagar por estos servicios una remuneración determinada, la norma nos permite identificar elementos que no pueden faltar como son el carácter personal de la prestación de los servicios³¹ y la remuneración de los mismos, de modo que su ausencia nos llevará a descartar la existencia de una relación laboral, aunque su presencia no nos permite verificarla, en tanto no podamos examinar otros indicadores. Evidente es que también el vínculo de dependencia o subordinación en sentido estricto, en los términos que lo hemos venido definiendo, es imprescindible.

Pero es necesario un examen orientado a la identificación de otros hechos indiciarios que nos permitan establecer indicios de laboralidad. En este empeño, podemos recurrir a la Recomendación núm. 198 de la OIT, acerca de la relación de trabajo, la que junto con señalar que los Estados miembros deberían considerar la definición de “indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”, nos presenta, en un catálogo no taxativo, los siguientes indicios:

- a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere

³⁰ CARBALLO, 2016, p. 184 y 185.

³¹ En el entendido que el trabajo regulado por el Derecho Laboral es aquel “a cuya realización se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales, sin que quepa posibilidad alguna de sustitución novatoria en la persona del trabajador” (MONTROYA, 2005, p.36).

- la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
- b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

A su vez, en nuestro país la Dirección del Trabajo en distintos dictámenes ha señalado que la subordinación o dependencia “se materializa a través de diversas manifestaciones concretas tales como: continuidad de los servicios prestados en el lugar de la faena, cumplimiento de un horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc.”³². Con posterioridad, la misma la Dirección del Trabajo ha identificado, aunque de manera más sistemática, elementos fácticos determinantes de la existencia del vínculo de subordinación y dependencia, entre los que ha mencionado los siguientes:

- a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.
- b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.
- c) Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.
- d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.
- e) Por último, las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador³³.

³² Dirección del Trabajo, 11.1.1995, dictamen Ord. N° 215/7. Posteriormente se reproducen las mismas expresiones en los dictámenes Ord. N° 4059/203, de 3.7.1995 y Ord. N° 6961/301, 3.11.1995.

³³ Dirección del Trabajo, 26.11.98 dictamen Ord. N° 5848/386. Se reitera este texto, entre otros, en el dictamen Ord. N° 3008/231, de 19.7.2000.

Hay autores que han criticado estos catálogos de indicios de la Dirección del Trabajo (crítica que en buena medida podría extenderse a la Recomendación núm. 198 de la OIT), señalando que ellos (o una parte de ellos) corresponderían a una noción física de la subordinación, presente en las formas más clásicas del trabajo subordinado. Estos afirman que en el nuevo escenario productivo es posible utilizar la noción funcional de la subordinación, vinculada “ya no al control y dominio físico de la relación laboral, sino al control y dominio productivo”³⁴, utilización que permitiría “la concurrencia de nuevos indicios que responden a la idea de coordinación y producción”³⁵. Ugarte señala que estos nuevos indicios pueden corresponder, entre otros, a la fijación de un marco disciplinario dentro de una relación jurídica de servicios, al control directo y pleno de la planificación y modalidad productiva donde se inserta el trabajador³⁶, a la ajenidad en la prestación de los servicios, en cualquiera de sus versiones doctrinarias y a la exclusividad de los servicios prestados por el trabajador³⁷. Esta noción de la subordinación funcional no niega la idea de una subordinación personal y, en palabras de Supiot, permite considerar la dependencia no solo desde la lógica de la sumisión sino también desde la integración a una organización. A su vez, Sanguinetti, citando una antigua sentencia del Tribunal Supremo español, centra esta comprensión de la subordinación en “la inserción del trabajador en el círculo rector y organizativo del empresario”, de modo que, “para determinar la existencia de una relación de subordinación debe atenderse, antes que a la presencia efectiva de órdenes y controles por parte del empresario, a la posibilidad jurídica de que esas órdenes y controles existan”³⁸.

Sin embargo, es importante advertir con Carballo Mena respecto de la Recomendación núm. 198 de la OIT que, al tratarse “de un catálogo de indicios –y no de presupuestos o rasgos denotativos– de la relación de trabajo, resulta obvio el carácter contingente de estos, es decir, que pueden –o no– materializarse en una concreta relación de trabajo, dependiendo –en gran medida– de la específica organización empresarial en cuya esfera se inserte dicho vínculo jurídico”³⁹. Así, mientras en una clásica empresa industrial podrán estar la mayoría o la totalidad de los indicios, “para el trabajo mediante plataformas tecnológicas –al igual que para el viejo trabajo a domicilio– suelen resultar irrelevantes o devenir atenuados los indicios de fijación de horarios, puesto de trabajo, supervisión

³⁴ UGARTE, 2005, p. 44.

³⁵ UGARTE, 2005, p. 46

³⁶ Podemos agregar que la misma Dirección del Trabajo, a propósito de una aparente subcontratación, agrega dos hechos indiciarios que en dicho caso la llevan a establecer que hay un vínculo de subordinación con la que aparecía como empresa principal: a) el control absoluto y la dirección directa y plena de la empresa sobre el proceso productivo en que se incorporan y prestan sus servicios de los trabajadores señalados y b) la facultad de alejar, sancionar o suspender a los trabajadores (Dirección del Trabajo, 13.04.2004, dictamen Ord. N° 1533/69). El primero de ellos coincide plenamente con el indicio propuesto por Ugarte.

³⁷ UGARTE, 2005, pp. 47 y 48.

³⁸ SANGUINETI, 2023, p. 29.

³⁹ CARBALLO, 2020, p. 155.

directa, facilidades de transporte o compensación por gastos derivados de la ejecución del trabajo, entre otros”⁴⁰.

La noción funcional de la subordinación, unida a la idea de que es posible redefinir o adicionar nuevos indicios de laboralidad, permitiría, de acuerdo con lo expuesto, no solo resolver los clásicos dilemas en torno a la existencia o no de subordinación en determinados casos, sino también enfrentar los desafíos que surgen a partir de las nuevas formas de organizar la producción y el trabajo humano que vienen con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

En el sentido antes indicado, y tomando nota de que la noción de subordinación ha evolucionado de la mano con la pérdida de la hegemonía social y jurídica del trabajador típico y evidenciando la tensión entre la tendencia expansiva del ámbito de aplicación de dicha noción y el fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo, Palomo Vélez y otros han planteado, desde el enfoque funcional de la subordinación, la necesidad de enfrentar el debilitamiento de la protección de los trabajadores vulnerables, redefiniendo los indicios de laboralidad, de modo de atraer plenamente hasta la protección del Derecho del Trabajo fenómenos que aparecen ubicados en una frontera difusa del mismo, como sería el trabajo en las plataformas digitales de servicios⁴¹. Entendemos que esa redefinición pasa, en mayor medida, por una adecuada comprensión de los indicios tradicionales, y, además, por la eventual identificación de nuevos indicadores que atiendan a las particularidades de las nuevas formas de trabajo.

En esa convicción, en Chile la Dirección del Trabajo ha planteado que “el correcto entendimiento de la subordinación y dependencia en el ámbito de las empresas de plataformas digitales de servicios ahora puede asociarse a nuevos indicios de laboralidad a los que se debe atender, sin necesariamente abandonar los que tradicionalmente se han reconocido”⁴². Entre esos elementos de juicio ha identificado los siguientes:

- a) La mediación de la demanda de consumidores o clientes en los pedidos que necesitan para ejecutar, y que reciben los trabajadores y trabajadoras en forma de notificaciones digitales;
- b) Se determina qué tareas tienen que ejecutar, dónde y cuándo;
- c) Se determina directa o indirectamente cuánto dinero se les pagará por la ejecución de tales tareas;
- d) Controla directa o indirectamente la ejecución del trabajo y el desempeño de un trabajador en el trabajo, y,
- e) La evaluación del trabajo realizado⁴³.

⁴⁰ CARBALLO, 2020, p. 155-156.

⁴¹ PALOMO *et al.*, 2022, pp. 62-65.

⁴² Dirección del Trabajo, 19.10.2022, dictamen N° 1831/39.

⁴³ Dirección del Trabajo, 19.10.2022, dictamen N° 1831/39.

Si bien el dictamen se orienta en el sentido comentado, en nuestro concepto los cuatro últimos no serían propiamente nuevos indicios, sino que corresponderían más bien a especificaciones en el ámbito de las plataformas digitales de signos de laboralidad a los que históricamente se ha atendido. Ello, sin perjuicio de que los hechos indiciarios presenten novedades significativas en la forma como se materializan y que, de manera general, podría señalarse que en esos aspectos de la organización se recurre intensivamente al uso de tecnologías informáticas y de algoritmos para llevar a efecto actividades que antes eran desarrolladas por la persona del empleador o algún mando intermedio. Dicho de otro modo, que el encargo de tareas, el control de su ejecución y la evaluación del desempeño del trabajo se efectúe con el auxilio de herramientas tecnológicas no hace desaparecer a la figura del empleador, quien continúa ejerciendo sus facultades.

Además, el primero de los nuevos indicios de laboralidad que se menciona por el citado dictamen, relativo a la mediación de la demanda de consumidores o clientes, puede dar lugar a un cierto debate en el contexto de la Ley Nº 21.431, toda vez que el rol intermediador de la plataforma aparece también como característico del trabajo independiente. Para una mejor comprensión se requeriría un mayor desarrollo en la caracterización del modo en que tiene lugar esa intermediación y la intensidad del rol desempeñado por la plataforma en ella. Así, mientras desde la perspectiva del cliente más relevante sea el vínculo con la plataforma y menos importante sea la persona concreta que efectúa el servicio, se estará en presencia de indicadores más fuertes de laboralidad.

En esa misma línea, a propósito de los indicios de laboralidad en el ámbito de las nuevas formas de organización y, particularmente, en lo relativo al trabajo mediante las plataformas digitales, se ha relevado la necesidad de incluir en el análisis las manifestaciones de ajenidad, integrando de ese modo los elementos que permiten caracterizar al trabajo por cuenta ajena en el haz de elementos fácticos que han de considerarse para la determinación del vínculo de subordinación. En particular, tratándose de las plataformas digitales de servicios se ha destacado un aspecto de la ajenidad que hasta ahora no habíamos mencionado: la ajenidad de la marca. En este sentido, Todolí afirma que en el trabajo mediante plataformas digitales de servicios el prestador de servicios actúa bajo una marca ajena, toda vez que “[e]l trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando –o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo–”⁴⁴, enfatizando que “las pequeñas inversiones que el trabajador deba realizar para poder prestar servicios bajo la marca ajena, serán probablemente de un valor insignificante si lo comparamos con el valor de la marca”⁴⁵. Tal ajenidad en la marca se configuraría como un indicador que, al estar presente en un caso concreto, aportaría un indicio de subordinación.

Sin embargo, debemos tener presente, como ha advertido Rosembaum, que, incluso con la noción flexible de la subordinación, el Derecho del Trabajo en algunos casos “no

⁴⁴ TODOLÍ, 2017, 54.

⁴⁵ TODOLÍ, 2017, p. 55.

ha podido asumir, con respuestas unívocas, las transformaciones del trabajo en el mundo digital”, mientras en las sociedades contemporáneas “cobra fuerza la idea de que todos quienes trabajan personalmente para obtener un ingreso como sustento, necesitan protección legal”⁴⁶. En esa línea, debemos señalar que incluso en aquellos casos de nuevas formas de trabajo frente a los que el test de indicios no permita afirmar el carácter laboral de la relación, tiene sentido establecer mecanismos legales de protección para las personas que se desempeñen en tales actividades.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. Al examinar las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas resultará ineludible preguntarse acerca de si los trabajadores que en ellas se desempeñan lo hacen en condiciones de dependencia o subordinación y, consecuentemente, son amparados por el Derecho Laboral.
2. Se ha planteado por parte de la doctrina la incorporación de nuevos indicios de laboralidad como vía para que la protección del Derecho Laboral alcance a estas nuevas formas de trabajo. Sin embargo, a la hora de identificarse esos supuestos nuevos indicios solemos encontrarnos con especificaciones de hechos indiciarios tradicionales o con afirmaciones acerca de la mayor o menor intensidad en que estos se encuentran presentes.
3. Con mayor claridad se puede lograr la aplicación del Derecho Laboral y la consecuente protección de los trabajadores mediante una adecuada comprensión de las nociones de subordinación y dependencia, que tenga en cuenta la flexibilidad de las mismas, que incorpore sus dimensiones económicas y jurídicas, que atienda especialmente a su enfoque funcional.
4. La aplicación de test indiciario de laboralidad debe incorporar en su análisis la ajenidad en sus diferentes acepciones. La ausencia de este elemento en la prestación de los servicios llevará a descartar su carácter laboral. En cambio, la ajenidad en los frutos, unida a otros hechos indicantes y, en especial, la ajenidad en la marca pueden incidir fuertemente en la calificación laboral de las nuevas formas de trabajo derivadas de las transformaciones tecnológicas.
5. No obstante, se debe tener presente que por más amplia que sea la comprensión de las nociones de subordinación y dependencia, existirán nuevas formas de trabajo que escapen al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Para quienes queden fuera de sus fronteras protectoras se abren las interrogantes respecto de otras rutas o modelos, es decir, del establecimiento de regímenes plurales de protección del trabajo o del desarrollo de un derecho de todos los trabajadores, más allá de su dependencia o autonomía⁴⁷.

⁴⁶ ROSENBAUM, 2024, p. 241.

⁴⁷ ROSENBAUM, 2024, p. 249-254.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario Eduardo, 2008: “El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”, en Ackerman (director), *Tratado de derecho del trabajo* Tomo 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 9-40.
- CARBALLO MENA, César, 2016: “Indicadores de la relación de trabajo”, en Villasmil y Carballo, *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 115-190.
- CARBALLO MENA, César, 2020: “Trabajo mediante plataformas. El espejismo de la autonomía”, en *Revista Jurídica del Trabajo*, volumen 1, Nº 1, pp. 146-164, disponible en <http://revista-juridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/9>.
- CARDONA RUBERT, María Belén, 2019: “El trabajador”, en Goerlich Peset (director), *Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 97-126.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, 2019: *Compendio de Derecho del Trabajo* (duodécima edición), Madrid, Tecnos.
- KAHN-FREUND, Otto, 2019: *Trabajo y Derecho*, Granada, Comares.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, 2005: *Derecho del Trabajo*, (vigésima edición), Madrid, Tecnos.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, 2007: “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 60, pp. 375-402.
- PALOMO VÉLEZ, R., CONTRERAS VÁSQUEZ, P., JOFRÉ BUSTOS, M.S. y SIERRA HERRERO, A., 2022: “El debate sobre la laboralidad del trabajo con plataformas digitales en Chile y algunos problemas”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº 35, pp. 59-99, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702022000200059&lng=es&nrm=iso.
- ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, 2024: “Reflexiones sobre una posible hoja de ruta para el derecho del trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, volumen 5, Nº 14, pp. 240-259, disponible en <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/209>.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, 2023: “El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía”, *Revista Laborem*, Nº 27, pp. 17-47, disponible en <https://laborem.spdtss.org.pe/index.php/laborem/article/view/28/87>.
- SINZHEIMER, Hugo, 2017: *La lucha por el nuevo Derecho del Trabajo* (trad. por Daniela Marzi), Valparaíso, Edeval.
- SUPIOT, Alain, 2008: *Derecho del Trabajo* (trad. por Patricia Rubini-Blanco), Buenos Aires, Heliasta.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, 2017: *El trabajo en la era de la economía colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- UGARTE CATALDO, José Luis, 2005: “La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”, en *Gaceta Laboral*, volumen 11, Nº 1, pp. 23-50, disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972005000100002&lng=es&nrm=iso

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100089>

El derecho al trabajo y su realización, a propósito de la Ley 3/2023 de Empleo española

*Claudia Rodrigo Silva**

RESUMEN

Este artículo analiza el derecho al trabajo mediante un ejercicio interpretativo que se sitúa en la dimensión institucional de este derecho social, centrándose en las posibilidades que para su realización entrega la Ley de Empleo 3/2023 de España. Para ello, el análisis se estructura en torno a dos ejes principales. Primero, se desarrolla el contenido del derecho al trabajo con el foco puesto en el acceso al trabajo como derecho ciudadano dentro del marco de las políticas de empleo. Segundo, se revisan ciertas instituciones de la mencionada ley española a la luz de este marco teórico, adoptando una perspectiva interdisciplinaria para el abordaje de la categoría de empleo. De este modo, se espera contribuir a la dogmática sobre el derecho al trabajo, y explorar posibilidades para su operacionalización desde un análisis crítico de la referida ley.

Derecho al trabajo; dimensión institucional del derecho al trabajo;
Ley de Empleo 3/2023 de España

*The right to work and its realization,
with reference to Spain's Employment Law 3/2023*

ABSTRACT

This article analyzes the right to work through an exercise of interpretation situated within the institutional dimension of this social right, focusing on the pathways for its effective realization provided by Spanish Employment Act 3/2023. To this end, the analysis is organized into two main parts. First, the content of the right to work is explored, with particular emphasis on access to employment as a citizen's right within the framework of employment policies. Second,

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España, y Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5106-0554>. Correo electrónico: claudiarodrigos@yahoo.es.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto ANID/FONDECYT de postdoctorado N° 3230260, "El Derecho al Trabajo en su dimensión institucional" (2023-2026), patrocinado por la Universidad de Chile. Agradezco al profesor Jaime Cabeza Pereiro su generosidad intelectual al compartirme sus reflexiones sobre la ley 3/2023 de Empleo, y al profesor Antonio Baylos la lectura y comentarios que hizo al texto, que me permitieron un mejor abordaje de la normativa en estudio.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación el 29.9.2025.

certain institutions of the aforementioned Spanish statute are examined in light of this theoretical framework, adopting an interdisciplinary perspective to address the category of employment. In this way, the article aims both to contribute to legal doctrine on the right to work and to explore avenues for its operationalization through a critical analysis of the law in question.

Right to work; institutional dimension of the right to work;
Spanish Employment Act 3/2023

I. INTRODUCCIÓN

Distintos tipos de problemas afectan al mundo del trabajo, “nuevos” y “clásicos”. De los primeros dan cuenta los innumerables debates respecto del futuro del trabajo y del trabajo del futuro, que se “colma” de desafíos —climático, digital, demográfico, de igualdad de género, aquellos que se derivan de cadenas de valor, del trabajo en plataformas, en materia de cuidados, etc.—. En estas líneas se examina una cuestión dentro del otro ámbito de asuntos problemáticos, aquellos clásicos, aunque no por ello de menor actualidad y a la vez conectado con estos nuevos desafíos: el trabajo —y su falta—, al amparo de un ejercicio analítico del derecho social que le sirve de sustento, el derecho al trabajo, y a las posibilidades que entrega la ley de empleo del Estado español 3/2023 para su realización.

Actualmente, en términos estrictamente positivos, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en adelante, el derecho al trabajo es un derecho social que ha sido consagrado en un sinnúmero de tratados internacionales¹, y establecido también dentro de los catálogos de derechos de muchas constituciones². Sin embargo, al igual que como ocurre en general con los restantes derechos sociales, el principal inconveniente para erigirse como un derecho eficaz es el de su falta de realización, lo que se aprecia con meridiana nitidez respecto de las personas desempleadas que necesitan acceder a un trabajo de manera infructuosa.

Destacamos especialmente que este periodo haya sido caracterizado dentro de los estudios del trabajo como “la era de la informatización y la época de la informalización del trabajo”³, lo que aparece de manera transversal en los países en una economía mundializada y financiarizada, coexistiendo realidades laborales muy diferentes, en un marco general de inestabilidad e incertidumbre. Como describe Antunes: “En la cúspide,

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23), Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (art. 11), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 14), Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6), Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5).

² VIGO, 2019, pp. 421-451. En el caso de España, si bien el derecho al trabajo no está en la sección de derechos fundamentales —así como tampoco lo está la propiedad, ambos derechos ubicados en la sección segunda “derechos y deberes ciudadanos” del capítulo segundo “Derechos y libertades”—, el marco que se utiliza tiene a la vista su carácter de derecho fundamental determinado por su consideración en diferentes tratados de derechos humanos y muchas otras constituciones.

³ ANTUNES, 2009, p. 32.

tenemos trabajos ultracalificados que actúan en el ámbito informacional; en la base, avanza la precarización y el desempleo, ambos estructurales. En el medio, la hibridez, el ultracalificado hoy que puede estar desempleado o precarizado mañana. Ambos en expansión en el mundo del capital global”⁴. Como otro sello y en paralelo, está el fenómeno que Castel denominó de los “supernumerarios”, en términos similares a lo que Antunes caracteriza como “superfluidad” del trabajo, como un rasgo del metabolismo social del capital en el siglo XXI: a la vez que cada vez menos hombres y mujeres trabajan mucho, se amplía el trabajo descalificado y precarizado, y más hombres y mujeres encuentran menos trabajo⁵. Nuevamente citando a Antunes, “se reduce el trabajo taylorista-fordista de la era del automóvil, pero se amplía el universo de la clase-que-vive-del-trabajo”, en esta nueva y cambiante morfología o polisemia del trabajo, que, además, con una narrativa ya instalada, invisibiliza los trabajos en datos del otro lado de la inteligencia artificial y la automatización⁶. Precariedad y desempleo aparecen como esta “nueva cuestión social del siglo XXI”⁷, con una segmentación y dualización del mercado de trabajo, subempleo e informalidad, males de los que viene dando cuenta de manera sistemática la Organización Internacional del Trabajo en sus estudios e informes⁸.

Además, parece cada vez más evidente que las necesidades sociales y exigencias medioambientales a raíz de la profunda crisis climática, social y demográfica son múltiples. Entre ellas, la necesidad de protección al trabajo y de prestaciones de seguridad social, de lo que ha dado buena cuenta la Pandemia derivada del Covid 19 y otras situaciones de emergencia y de catástrofe, en que la legislación –y la laboral– puede tener un papel protagonista. En este escenario, en materia de trabajo y empleo han retomado actualidad estudios dentro de las ciencias sociales, y especialmente, dentro de la economía los enfoques postkeynesianos, que, desde una mirada crítica a los enfoques neoclásicos hegemónicos, lejos de considerar el pleno empleo como un “desiderátum”, lo estiman como parte de una política económica necesaria para promover la estabilidad económica, con políticas fiscales expansivas, gasto público, aumento del consumo y activación de la economía⁹, al servicio de las personas y del planeta.

Teniendo esta panorámica social como antecedente de contexto que rodea a la categoría trabajo, a su centralidad, y al binomio empleo/desempleo, y desde la premisa teórica que estima la provisión de empleo a la ciudadanía como una concreción del derecho al trabajo¹⁰, cuyo fundamento y finalidad es dotarlo de eficacia¹¹, este estudio toma como lente la normativa del Estado español, poniendo la mirada en el ámbito regulatorio e

⁴ ANTUNES, 2009, p. 33.

⁵ ANTUNES, P. 34.

⁶ CASILLI, 2025.

⁷ CASTEL, 1997, 2008; JULIÁN VÉJAR, 2018; JULIÁN VÉJAR y VALDÉS, 2022.

⁸ Organización Internacional del Trabajo, 2023, 2025.

⁹ Entre ellos, L. Randall Wray, Stephanie Kelton, Pavlina Tcherneva, Wynne Godley, Joseph Stiglitz y Paul Davidson.

¹⁰ BAYLOS, 2018; RODRIGO, 2021.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, 2023, p. 204.

institucional que proporciona la Ley de Empleo 3/2023. Para ello, el marco teórico institucionalista que propone Peter Häberle para los derechos fundamentales resulta conveniente especialmente, ya que su teoría constitucional adopta un punto de partida filosófico que se aleja de las concepciones liberales que fueron válidas para las estructuras societales del siglo XIX, situándose de lleno en el cumplimiento de los compromisos normativos elementales, en especial, de igualdad y de libertad real para todos.

Más específicamente, a partir de consideración de la dimensión dual de los derechos fundamentales –la público subjetiva o individual y la institucional–¹², de la dimensión institucional del derecho al trabajo, y de la propuesta de Estado prestacional como fórmula para su materialización¹³, se problematiza si la Ley 3/2023 de Empleo del Estado español, su entramado normativo y las instituciones de prestación que contempla, posibilitan, o en qué medida posibilitan, la realización de este derecho social. Esta investigación formula entonces un estudio en torno a estas dos cuestiones principales, una de índole conceptual –el derecho al trabajo–, y otra de índole regulatorio e institucional –la Ley 3/2023 de Empleo–, abordándose esta última, si se quiere, como una herramienta que permita operacionalizar este planteamiento conceptual. No obstante ello, debemos apuntar también que este marco puede servir para la revisión de diferentes normativas –no solo la española–, que se propongan la realización de diferentes derechos fundamentales –no solo el derecho al trabajo–.

Como prevenciones metodológicas, esta formulación es teórica, sin que sea posible ahora profundizar respecto de la eficacia de la Ley 3/2023. Asimismo, el abordaje del derecho al trabajo se hará sin alusión a las políticas pasivas del mercado de trabajo –pese a que vayan de su mano y sean prestaciones imprescindibles en materia de políticas de empleo–, como subsidios por desempleo, rentas mínimas vitales, etc., ya que su tratamiento trasciende al propósito diseñado.

La estructura de este artículo es la siguiente: En el apartado dos se profundiza en el concepto de derecho al trabajo en su dimensión institucional y acerca del rol que cabe al Estado para su realización. En el tercer apartado se revisa ciertas instituciones que incorpora la Ley 3/2023 de Empleo de España, en un ejercicio que se propone su examen crítico a la luz del marco antes expuesto, identificando posibilidades de materialización de este derecho social. En la sección cuarta se hará una problematización respecto de la ley, para finalmente esbozar unas conclusiones.

II. EL DERECHO AL TRABAJO DE LAS Y LOS “SIN TRABAJO”: UNA PROPUESTA CONCEPTUAL

En términos generales, el objeto de protección del derecho al trabajo es, naturalmente, el trabajo. Sin embargo, este objeto “trabajo” se manifiesta en dos esferas

¹² HÄBERLE, 2003.

¹³ HÄBERLE, 2019.

o campos de aplicación diferentes. Una de ellas corresponde al derecho al trabajo de quienes tienen trabajo, cuya expresión más nítida está en el caso de una persona que lo ha perdido injustificadamente y que acciona en los tribunales por despido improcedente, injustificado o indebido, ya que ha sido despojado de su trabajo, al que tiene derecho, así como a trabajar bajo condiciones equitativas y satisfactorias –con justa retribución, no discriminación, descansos, etc–. Esta se ha identificado con una dimensión jurídica en términos estrictos¹⁴, que supone un trabajo con derechos laborales e incorpora remedios o sanciones exigibles judicialmente para eventos de contravención. La otra esfera corresponde al derecho al trabajo de quienes no tienen trabajo, como es la situación de una persona parada o desempleada, quien, con justa razón, podría creer que no existe realmente algo así como el derecho al trabajo. Estos dos ejemplos reflejan que no es posible identificar una única posición jurídica derivada del derecho al trabajo, sino que existen diversas manifestaciones del mismo, que, como los derechos fundamentales en general, tiene un carácter poliédrico y multiinstitucional¹⁵, a la vez que una dimensión individual público subjetiva y una dimensión objetivo institucional¹⁶.

Dicho lo anterior, este estudio se aboca al segundo de los casos recién expuestos, el derecho al trabajo respecto de su acceso, que con anterioridad se ha denominado dimensión política, colectiva o institucional¹⁷, considerado como derecho de ciudadanía social¹⁸. En esta dimensión, este derecho social se conecta con el elemento libre elección de trabajo, se imbrica con la política de pleno empleo como su “premisa indispensable”¹⁹, y se conduce a las instituciones y políticas públicas para su realización²⁰. Desde la premisa básica que subyace a los derechos sociales que sugiere que hay aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos²¹, en esta esfera, son las instituciones sociales las que están al centro de su concreción. Esto quiere decir que, coincidiendo con Pisarello, no son las vías jurisdiccionales los principales mecanismos para hacerlos exigibles –soluciones que son por lo demás, en general, *a posteriori* y con efecto relativo de las sentencias que caracteriza la legislación en los sistemas de derecho común–, sino que son múltiples órganos e instituciones las que deben intervenir como garantías para su protección y materialización²². En todo caso, lo anterior no obsta a que el derecho al trabajo en esta esfera social ciudadana pueda integrar derechos que puedan ser configurados como exigibles judicialmente, pero, creemos, no es esta su nota definitoria.

¹⁴ RODRIGO, 2021, p. 67.

¹⁵ PISARELLO, 2007, pp. 111-112.

¹⁶ Un enfoque institucionalista de los derechos también en BAÑO LEÓN, 1988 y GAVARA de CARA, 2010, entre otros.

¹⁷ RODRIGO, 2021, pp. 69-73.

¹⁸ BAYLOS, 2018, p. 36, y en su obra en general.

¹⁹ MORARU, 2023, p. 1022.

²⁰ RODRIGO, 2021, p. 73; APARICIO, BAYLOS y CABEZA, 2022, p. 23.

²¹ ATRIA, p. 51.

²² PISARELLO, 2007, p. 112.

Ahora bien, ¿qué tipo de disposición es el derecho al trabajo en este ámbito de aplicación? A partir de la clasificación de las disposiciones constitucionales fundamentales que ha formulado Bernal Pulido, este derecho en su dimensión social colectiva, política o institucional se puede considerar dentro de aquellas disposiciones de fines del Estado, que son aquellas que reflejan deberes u obligaciones aunque sin precisar cómo deben ser cumplidas. Como lo examina este autor, la estructura de este tipo de disposiciones no es de las habituales condicionales que siguen la fórmula “Si X, entonces Y”, sino que corresponde a aquellas de programación final, bajo la fórmula “El efecto A debe ser conseguido. Entonces, deben ser adoptados B1 o B2 o B3, etc., como causas (medios) idóneos”²³, existiendo una diversidad de posibilidades para el cumplimiento del fin. Esta premisa teórica se contrapone a otras posibilidades que clásicamente han sido estudiadas para los derechos sociales, como la es su consideración como normas programáticas, que no implican una obligatoriedad sino que únicamente aspiraciones ideales o meras guías al legislador. En cambio, la concepción de los derechos sociales como normas de fines del Estado –aplicable a los derechos fundamentales en general–, trae aparejadas exigencias de obligatoriedad en su cumplimiento, aun cuando no estén definidos con exactitud los medios. Adscribir a este planteamiento posibilita, en coherencia con el propósito formulado, la revisión de leyes o instituciones específicas, y examinar si son útiles para el cumplimiento de la finalidad que persigue cierta disposición iusfundamental. Luego, si el fin o la finalidad del Estado al consagrarse el derecho al trabajo en constituciones o instrumentos internacionales ratificados y vigentes es, entre otros aspectos, la provisión de trabajo, que a la vez vaya de la mano de la libre elección de trabajo, entonces podríamos evaluar potenciales medios para ello. ¿Existen tales medios, instituciones, prestaciones materiales y normativas destinadas a su cumplimiento, en un sistema jurídico determinado, como por ejemplo, el español?

Llegados a este punto, pueden surgir estos y otro tipo de interrogantes similares respecto del derecho al trabajo como derecho ciudadano, habida cuenta de los escenarios laborales y mercados de trabajo de muchos países donde abundan las personas sin trabajo, los parados de larga duración y la informalidad, ante los cuales para una respuesta afirmativa el distingo entre derechos y garantías primarias y secundarias resulta adecuado²⁴. En definitiva, la cuestión de la eficacia en un sistema determinado, desde un marco analítico ferrajoliano, tiene que ver con la existencia o la falta de prestaciones estatales –materiales o normativas– que posibiliten que este derecho sea satisfecho, falta que puede atribuirse a lagunas primarias del derecho respecto de las garantías asociadas a este derecho social. Esto se traduce en que, la falta de tales prestaciones se condice con la falta de instituciones de garantía primaria que posibiliten la eficacia de este derecho fundamental. No obstante, la idea que está detrás es no consentir en la “falacia realista

²³ BERNAL PULIDO, 2004, p. 122.

²⁴ FERRAJOLI, 2010, p. 62 y 108.

de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”²⁵.

La pregunta por el sujeto pasivo es también medular para una comprensión acabada de este derecho social en esta dimensión en estudio, cuya respuesta no arroja mayores dificultades. Naturalmente, como lo reconoce la doctrina constitucionalista por unanimidad, tratándose de derechos fundamentales, el Estado es el primer y principal obligado, y una fundamentación teórica conveniente la encontramos en el marco institucionalista de Peter Häberle y su propuesta de Estado prestacional. Ello, ya que este autor defiende una comprensión ciudadana de los derechos fundamentales, los reenvía a los derechos sociales, como derechos de igualdad que posibilitan la libertad real. “La “pequeña libertad” respecto de la emergencia, la enfermedad y el desempleo, es requisito para la salvaguarda de la “gran libertad”²⁶, adscribiendo a una noción de libertad real en términos de libertad positiva, condicionada por esta prestación estatal. Así, es la prestación la institución que caracteriza las actividades estatales modernas, dentro de las que se menciona, huelga decir, la preocupación por el pleno empleo. En el corazón de su propuesta están entonces el concepto de “prestación”, el de “derecho prestacional” y de “leyes de prestación” —que son las encargadas de organizar, conducir, controlar, planificar e impulsar parcelas de la vida pública, como ocurre con la esfera del trabajo— y de “administración prestacional”, que distribuyen prestaciones que efectivizan los derechos fundamentales²⁷.

Ahora bien, qué prestaciones debiesen brindarse y qué instituciones crearse para la provisión del bien jurídico trabajo a la ciudadanía —y por su intermedio, realizar el derecho al trabajo de “las y los sin trabajo”—, es una cuestión que no admite una única respuesta, y las fórmulas dependerán de la política de derechos fundamentales que adopte cada país. A continuación veremos el caso de España, específicamente, una revisión crítica de ciertas instituciones y prestaciones de la Ley 3/23 de Empleo de España, y así, por su intermedio, explorar posibilidades de operacionalización de este derecho social fundamental.

III. LEY 3-2023 DE ESPAÑA Y POSIBILIDADES DEL ESTADO PRESTACIONAL

El 28 de febrero de 2023, como parte de un conjunto de leyes laborales protectoras creadas desde el año 2021²⁸, se aprobó y fue publicada en el Boletín Oficial del Estado

²⁵ FERRAJOLI, 2010, p. 65.

²⁶ HÄBERLE, 2019, p. 30.

²⁷ HÄBERLE, 2019, p. 41.

²⁸ Entre ellas, el RDL 32/2021, conocida como “Reforma Laboral”; el RDL 9/2021, o ley *Rider*; RDL 16/2022 que cumple con los compromisos emanados del convenio 189 de la OIT ratificado por España en 2023; el RDL 5/2022, que adapta el régimen laboral de las personas dedicadas a las actividades artísticas; RDL 2/2024, de medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo; Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos

la Ley 3/2023 de Empleo, que modifica el sistema de empleo de España, hasta entonces regido por el Real Decreto 3/2015, en línea con la Estrategia Europea de Empleo, como lo señala su Exposición de Motivos y lo disponen sus artículos 6, 9, 23 y 37²⁹. La lógica elemental, al igual que la normativa anterior, está basada en la intermediación y colocación en el mercado de trabajo en aras de lograr un “calce” entre los oferentes y demandantes de empleo. No obstante, se incorpora una mirada integral en el diseño de esta ley, con la noción de empleabilidad como piedra angular, estatuyéndose un conjunto de instituciones para dotar al sistema de mayor eficacia para conseguir la inserción laboral que satisfaga las necesidades de las personas y del tejido productivo, contemplando una orgánica, la gobernanza del empleo –con nuevas formas de colaboración y financiación entre el Servicio Público de Empleo y los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas y cierto protagonismo a los ayuntamientos y los servicios locales–, dispositivos y procedimientos institucionales, así como derechos y deberes de las personas usuarias que acceden a estos servicios públicos.

La doctrina laboralista se ha encargado de realizar completos análisis de esta normativa³⁰, por lo que únicamente se hará una forzosa alusión general a la Ley y a algunos de sus institutos principales que sirven al objetivo propuesto, sin referencia a innovadoras normas específicas relacionadas con la igualdad y no discriminación, la perspectiva de género, los colectivos de atención prioritaria, la financiación con un mecanismo plurianual, la modernización tecnológica, y sin detenernos tampoco en la visión de la estructura orgánica o de gobierno del empleo. El foco, en coherencia con el abordaje que hasta

de las personas LGTBI; RDL 8/2024 de medidas urgentes complementarias frente a los daños provocados por la DANA, que establece permisos climáticos frente a fenómenos meteorológicos, y Real Decreto 87 de 2025, por el que se eleva el salario mínimo interprofesional a 1.184 euros en el 2025, con un incremento del 61% desde el año 2018.

²⁹ A partir de lo dispuesto en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea –que estipula que la Unión debe desarrollar una economía social de mercado competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social–, así como de lo dispuesto en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –los Estados miembros y la Unión deben esforzarse por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo–, se impulsa en 1997 la Estrategia Europea de Empleo, transitando por el Proceso de Luxemburgo, por la Estrategia de Lisboa en el 2000, y en el 2010, la Estrategia Europa 2020. Luego, en 2017, la Comisión Europea crea el Pilar Europeo de Derechos Sociales, con 20 principios esenciales para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las personas, divididos en tres áreas: igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral, condiciones laborales justas, y protección e inclusión social, definiéndose indicadores sociales para evaluar el cumplimiento de estos principios. Ver MARTÍNEZ y MAKAY, 2025. Ambos instrumentos se complementan dentro del Semestre Europeo, para la coordinación multilateral y la supervisión de las políticas económicas, de empleo y sociales dentro de la Unión Europea, disponible el de 2025 en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-10-2025-0032_ES.pdf. Sin embargo, resulta sugestivo el análisis crítico de Lasa, que examina por etapas el giro del Estado Social fundado en el trabajo hacia la gobernanza económica europea, hacia la unión monetaria, hacia la Constitución Económica de la globalización, que deviene en la preeminencia de la competitividad y la estabilidad macroeconómica por sobre el derecho al trabajo, así como “austeridad permanente” del Estado Social, afectándose, en suma, las bases normativas de este derecho social. Ver LASA, 2011, pp. 1 y ss, 56, 197.

³⁰ Entre ellos, CABEZA, 2023; CARRIZOZA, 2024; ROJO TORRECILLA, 2023; GUERRERO, 2024. Un monográfico de doctrina, en Ministerio del Trabajo y Economía Social de España, 2023.

ahora se ha realizado, estará puesto en un examen general de las principales instituciones prestacionales en relación con los derechos de quienes buscan trabajo o un cambio de trabajo, que en la nomenclatura de la ley se señala como “las personas usuarias de los servicios de empleo” –vale decir, la ciudadanía que es titular de este derecho social–, y en las prestaciones que han sido diseñadas para su inserción en el mercado laboral.

La primera idea a destacar es que los esfuerzos de esta ley se han dirigido a la empleabilidad para la colocación adecuada, lineamiento que está en el corazón de esta normativa. Para ello, se dota a los servicios públicos de empleo de ciertas atribuciones y obligaciones, y se incorporan los servicios garantizados para las personas demandantes de empleo. Son dos entonces los ejes en intersección: Empleabilidad, que implica una serie de acciones formativas para abrirse oportunidades dentro del mercado laboral, para que el perfil de la persona usuaria del servicio calce con las ofertas de trabajo que el mercado ofrece, y colocación adecuada, que implica que la persona usuaria encontrará un trabajo acorde con sus capacidades y necesidades.

La segunda idea a resaltar es que la empleabilidad forma parte, de acuerdo con la Exposición de Motivos, del derecho al trabajo, como una herramienta que posibilita su realización o concreción. Concretamente, al referirse a la empleabilidad, en estos párrafos explicativos se alude a que esta es “desarrollo del «derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente» contemplado por el artículo 35 de la Constitución”.

Como tercer punto relevante, la propia ley define la política activa de empleo: “Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social” (artículo 31), y señala sus ámbitos de injerencia: “Conforman las políticas activas de empleo el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea” (artículo 2). Estas definiciones son relevantes para esta reflexión por dos órdenes de asuntos. Uno, es que se establecen los diferentes elementos que componen la política activa de empleo que ha sido considerada. El otro, es que se alude expresamente al derecho al trabajo entregando una noción amplia, que incluye no cualquier tipo de trabajo sino que su objeto de protección es un derecho al trabajo con derechos, y considera como parte de esta política, la generación de trabajo digno o decente.

Como cuarto punto, está el contenido específico y especialmente innovador en relación con la anterior regulación, que fija derechos ciudadanos estatuidos, que corresponden a posiciones jurídicas precisas, y cuyo corolario corresponde a su vez a prestaciones específicas. Dentro de las principales novedades, se incorporan como derechos ciudadanos

los denominados “servicios garantizados”³¹, que se configuran como derechos subjetivos a la empleabilidad, y se incluyen en esta lista el derecho a un perfil individual profesional u ocupacional que incluye el itinerario, el acompañamiento, guía y tutorización personalizada por parte de orientadores laborales profesionales de los servicios públicos, la cobertura de las necesidades formativas, y a las pequeñas y medianas empresas, la gestión de las ofertas de empleo, para mejorar los procesos de colocación y selección.

El Servicio Público de Empleo, que pasa a ser la Agencia Nacional de Empleo, a su turno, es dotado de un conjunto de atribuciones y de obligaciones dentro de las que adquieren absoluto protagonismo los orientadores laborales, quienes deben tener una formación para su cometido de acompañamiento para la inserción. Asimismo, se debe considerar las preferencias de las personas usuarias en cuanto a actividades, rubros, acorde con su formación profesional, quienes deberán cumplir con las condiciones establecidas en el acuerdo de actividad, elaborado con base en estas preferencias y al perfilado individual, por medio del cual se formaliza el compromiso de aceptación de una colocación adecuada. El Servicio Público de Empleo desarrolla sus labores por medio de los servicios públicos de empleo locales, los autonómicos y las agencias de colocación, estatuyéndose un Sistema de Formación Profesional para el Empleo³², como parte del Sistema Único e Integrado de Formación Profesional³³, incorporándose además un permiso de formación remunerado de 20 horas al año, con prescindencia de la situación ocupacional³⁴. Resulta asimismo necesario para la intermediación y colocación eficaces, estudiar el mercado de trabajo, de lo que se encarga el Observatorio de las Ocupaciones —que realiza la prospección y captación de ofertas de empleo, identificando los requerimientos de trabajos y las áreas en que es necesaria la formación profesional— y la Oficina de Análisis de Empleo³⁵. La ley también establece que se deberán diseñar los Planes Anuales para el Fomento del Empleo Digno, a cargo del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Nuevamente, la dignidad se erige como axioma que guía la política de empleo, trazándose la hoja de ruta para este objeto social.

Todo lo anteriormente expuesto, en concreto, se traduce en una enorme cantidad de prestaciones materiales específicas, destacando: a) realización del perfilado individual; b) acompañamiento y tutorización por parte de orientadores/as laborales; c) programas de formación; d) a las empresas, gestión de sus ofertas de empleo. A su vez, están las prestaciones para orientar las prestaciones directas: e) prospección y captación de ofertas de empleo por parte de los servicios de empleo y agencias de colocación; f) gestión del

³¹ Artículo 56 Ley 3/2023.

³² La formación está regulada en el artículo 33 de la Ley 3/2023, y se articula en diferentes cuerpos normativos: Ley 30/2015, el RD 818/202; RD 694/2017; Ley 30/2015; la Orden TMS /368/2019 por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral; Orden TMS 283/2019; Orden TMS/369/2019; Ley 3/2022; y en el Real Decreto 438/2024, que desarrolla la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados.

³³ Ley Orgánica 3/2022 de Ordenación e Integración de la Formación Profesional.

³⁴ Artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁵ Ambos dependientes de la Agencia Española de Empleo.

Sistema Único e Integrado de Formación Profesional; g) Observatorio de las Ocupaciones; h) Oficina de Análisis de Empleo. Todas estas prestaciones han requerido prestaciones normativas: Resolución de 15 de julio de 2024 que aprueba el Plan Anual de Fomento del Empleo Digno, Real Decreto 438-2024 desarrolla la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados, el Real Decreto Ley 2/2024 por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, además del Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 y el Real Decreto 818/2021, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. En suma, Agencia Nacional de Empleo y Servicios Públicos de Empleo, Servicios de Empleo Autonómicos, orientadores laborales, Observatorio, Sistema de Formación para el Empleo, Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, Sistema de Formación en el Trabajo, Centros de Orientación, Emprendimiento, Acompañamiento e Innovación para el Empleo, todas instituciones y prestaciones del Estado en favor de la ciudadanía.

Como se puede advertir, esta ley aborda las políticas activas como un esfuerzo normativo por compatibilizar el sistema de libre mercado con el acceso al trabajo con servicios garantizados a la ciudadanía, con garantías institucionales primarias y secundarias. Una intermediación moderna que se propone la inserción laboral desde la empleabilidad, y, desde la consideración de los intereses individuales libremente elegidos, completar los requerimientos del mercado, con trabajo digno y con un enfoque inclusivo. ¿En qué medida esta ley puede realizar el derecho al trabajo de las y los “sin trabajo”?

IV. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

Sistematizando las proposiciones principales expuestas hasta ahora, 1) El derecho al trabajo protege el bien jurídico “trabajo” y se expresa en una dimensión subjetiva y en una dimensión institucional. Esta última corresponde a un derecho ciudadano que se reconduce a las políticas de empleo que desarrolla el Estado prestacional, que pueden adoptar distintos diseños institucionales y expresarse en prestaciones específicas destinadas a la provisión de empleo; 2) La Ley 3/2023 de Empleo del Estado Español establece un conjunto de prestaciones materiales y normativas, que el propio texto de la ley ha señalado como desarrollo del derecho al trabajo, que ponen su foco en la inserción laboral por medio del esquema de intermediación y empleabilidad.

Ahora bien, son copiosos los temas que han sido analizados en la doctrina española de la Ley 3/2023 y que pueden ser problematizados desde el marco del Estado prestacional, sometiéndose a examen ciertas instituciones y prestaciones que contempla³⁶.

³⁶ Hace bastantes años la doctrina española ha venido dando cuenta de diferentes problemáticas asociadas a este tema, habida cuenta de que el modelo que establece la Ley 3/2023, aún con todas sus novedades, continúa con el modelo del Real Decreto 3/2015, sigue vigente el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, y las agencias privadas se incorporaron desde el año 2005

Se podría reflexionar en torno a cuestiones tales como los términos del contrato que se celebra como base de la prestación pública de lograr un puesto de trabajo para el demandante de empleo, de la contractualización en la prestación que se da al ciudadano/trabajador/usuario del servicio por los Servicios Públicos de Empleo o autonómicos, y que está ligado a la gestión individualizada del empleo/colocación³⁷. ¿Se trata de una prestación que se da solo a quienes se obligan a buscar empleo? ¿Cualquier empleo? Otro problema, y relacionado con el anterior, tiene que ver con la eficacia o eficiencia de los Servicios Públicos de Empleo. ¿Se mide exclusivamente por el porcentaje de colocación efectiva logrado o se debe valorar en razón de la calidad del empleo que se logre?³⁸ Otro asunto complejo tiene que ver con el espacio de la iniciativa privada y con la necesaria coordinación público privada³⁹. Tras la renuncia ya aceptada sin oposición en ningún país al monopolio público en la colocación, que constituía la base de una de las políticas más conocidas del *Welfare*, ¿qué posición ocupa el Servicio Público de Empleo en relación con las agencias privadas de colocación y otras instituciones que cumplen esa misma función de proveer de trabajo a las personas demandantes de empleo? Normalmente, una relación mercantilista mediante la externalización sin control, que permite que los sectores de mayor cualificación o mejor empleabilidad, se descentralicen a los entes privados, y se quede el Servicio Público de Empleo con los segmentos de difícil colocación o de mayor vulnerabilidad. Un rol más “horizontal y garantista” de los Servicios Públicos de Empleo implica a su vez una mayor intervención en el entramado de las agencias privadas, estando pendientes estudios empíricos a este respecto, que puedan dar cuenta en lo sucesivo de cómo ha operado esta coordinación entre ambas entidades⁴⁰.

No obstante, no se profundizará en estas u otras materias relevantes sino que, en línea con la hipótesis que aquí se sostiene, se situará la atención en la pregunta por la suficiencia de las prestaciones con base en este esquema de empleabilidad e intermediación, de colocación, formación y capacitación, con enfoque de género, inclusivo, y su vocación hacia los colectivos prioritarios, como un desarrollo del derecho al trabajo. ¿Basta este diseño institucional para el cumplimiento del objetivo o de la finalidad que persigue el derecho al trabajo en su dimensión institucional, como derecho ciudadano al acceso al trabajo? ¿Qué dice la ley respecto no ya de la intermediación, del ajuste entre la oferta y la demanda, sino que de la creación directa de empleo? Estas preguntas

mediante el Real Decreto 735/1995. Un balance general de la ley en comento, positivo, en CABEZA, 2023 y en MONEREO, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, 2023; una mirada crítica respecto de su eficacia, en CUETO, 2024.

³⁷ Ver FERNÁNDEZ Y MARTÍN, 2014; RODRÍGUEZ PIÑEIRO ROYO, 2024; SERRANO, 2009. La normativa que establece el modelo para la formalización del acuerdo de actividad fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de diciembre de 2024, correspondiente a la Resolución de 5 de diciembre de 2024, del Servicio Público de Empleo Estatal, Documento BOE-A-2024-26189.

³⁸ Ver SEHNBRUCH, *et. al.*, 2019.

³⁹ Ver GARCÍA, 2017; PÉREZ DEL PRADO, 2023.

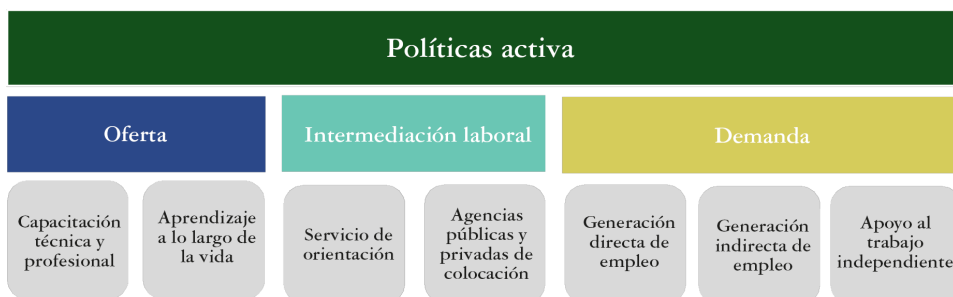
⁴⁰ Agradezco a Antonio Baylos sus aportaciones a estas reflexiones, lo que posibilitó afinar la mirada crítica acerca de estas problemáticas derivadas del diseño o de la aplicación de la Ley 3/2023.

parecen especialmente relevantes si situamos el debate mirando a las personas que, pese a los esfuerzos individuales e institucionales, no logren su inserción laboral.

Para examinar esta cuestión, miraremos con algo más de detención a qué se refiere la Ley en estudio cuando alude a la creación de empleo, y cómo dialogan políticas activas y la creación de empleo, que es una materia interdisciplinar, podría decirse, de “política de derechos fundamentales” en materia de trabajo, en que convergen derecho, política y economía.

1. *Políticas activas del mercado de trabajo y Ley de Empleo 3/2023*

La teoría económica actual considera las políticas de empleo como parte de la política económica y social que incorporan las políticas activas de mercado de trabajo, y las clasifica en: 1) políticas de oferta de trabajo, que integra capacitación técnica y profesional (1.1), y aprendizaje a lo largo de la vida (1.2); 2) políticas de intermediación, que integra servicios de orientación (2.1) y agencias públicas y privadas de colocación (2.2); y 3) políticas de demanda de trabajo, que integra generación directa de empleo (3.1), generación indirecta de empleo (3.2), y apoyo al trabajo independiente (3.3), las que se ilustran en el cuadro siguiente, elaborado por la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe⁴¹:



Teniendo este esquema a la vista, la Ley 3/2023 en sus artículos 3.1 y 2.2 ya citados entrega definiciones medulares. La primera disposición da un concepto de políticas activas de empleo en términos de orientación, intermediación, colocación y formación. En relación con la finalidad de “creación de empleo” se estatuye servicios y programas de empleo, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento –para impulsar la creación de empleo y mejorar las posibilidades de acceso al empleo (digno), por cuenta ajena o propia–, y fomento del espíritu empresarial y de la economía social. De esta definición, se extrae que la Ley 3/2023 aborda los ámbitos 1.1, 1.2, 2.1, 2.2, 3.2 y 3.3 de las políticas de empleo, reposando la labor de generación directa de empleo, en

⁴¹ Ver Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, 2024, p. 163.

general, en los requerimientos de particulares⁴², sean estas personas emprendedoras para el autoempleo, empresas, o tercer sector, dentro del que se inscribe la economía social.

La misma lógica está en el artículo 2, que define las políticas activas de empleo, que las enmarca dentro de la “orientación al empleo”: instituciones –actores y acciones por medio de servicios y programas– cuya actuación coadyuva a la generación de empleo y a la reducción del desempleo, planteándose que “conforman las políticas activas de empleo el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados... al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución...”. Se menciona, pues, el pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, la generación de trabajo decente y la consecución del objetivo de pleno empleo. Luego, ¿en qué medida se pueden materializar estas finalidades bajo este diseño institucional?

Esta pregunta es relevante, ya que si bien esta ley, como ha señalado copiosamente la doctrina mayoritaria⁴³, representa un avance importante, existen limitaciones intrínsecas en las lógicas de intermediación laboral en economías de libre mercado, de lo que también ya se ha dado buena cuenta. En virtud de la libertad de empresa, especialmente, la libertad de contratación, el empleador decide si contrata o no contrata, y a quién contrata, dentro de ciertos márgenes, bajo criterios de idoneidad y de proscripción de discriminación⁴⁴. Todos los esfuerzos se vuelcan, como lo señalan los textos legales, a conseguir una adecuación o ajuste entre oferta y demanda de trabajo, calificando y recalificando a las personas trabajadoras, estudiando los requerimientos o demanda de trabajo por parte de las empresas, para propiciar este calce. No obstante, pese a que esta normativa innova en el diseño de varias instituciones para la consecución de este propósito, que se traducen en diversas prestaciones, se ha estudiado que la intermediación tiene un impacto acotado⁴⁵. A su vez, el trabajo puede no llegar a personas o segmentos de la población, no solo dentro de los denominados “grupos prioritarios”, sino que puede no llegar tampoco a personas calificadas o recualificadas, pese a los esfuerzos individuales e institucionales para la formación, capacitación, y al “reciclaje profesional”.

Capacitación y formación, intermediación laboral y creación de empleo son las tres fórmulas de las políticas activas del mercado de trabajo, que, en la hipótesis que se ha trazado, se traducen en prestaciones estatales que posibilitan operacionalizar el derecho al trabajo de quienes no tienen trabajo, y la Ley 3/2023 de Empleo se refiere a las tres. Sin embargo, el diseño normativo se concentra en la primera y en la segunda –capacitación y formación e intermediación–, pero en el ítem creación de empleo –dejando a salvo el apoyo a los trabajadores independientes, al autoempleo o a la economía social–, las

⁴² La generación directa de empleo está prevista en otras normativas para ciertos sectores de la población: mujeres rurales, mujeres víctimas de violencia de género, y a los jóvenes mediante los programas europeos de empleo juvenil “Primeras Experiencias Profesionales”, “Tándem” e “Investigo”.

⁴³ Como excepción, CRUZ VILLALÓN, 2023.

⁴⁴ Estas limitaciones han sido analizadas desde el marco constitucional español por CRUZ VILLALÓN, 2023.

⁴⁵ CUETO, 2024.

prestaciones universales son indirectas. Por tanto, para personas de diferentes sectores, edades, profesiones u ocupaciones, el derecho al trabajo respecto de su acceso puede llegar a ser inexistente.

2. *Convivencia de la libertad de empresa y del derecho al trabajo*

La tradicional paradoja de la que dan cuenta los dos derechos fundamentales a los que alude el subtítulo de este apartado es muy conocida, y la que ha llevado ya desde hace décadas a la siguiente afirmación: no es posible la realización del derecho al trabajo en economías que no sean planificadas. Las famosas palabras de Peces Barba en su conocido ensayo *El socialismo y el derecho al trabajo*, que se refiere al derecho al trabajo como una rémora del pasado o una gigantesca hipocresía⁴⁶, refleja esta mirada. El presupuesto fáctico que está en esta base, es que, en una economía capitalista, los trabajos dependen de la iniciativa privada, sin injerencia del Estado en la creación de puestos de trabajo. En sentido parecido, aunque con un matiz importante, se ha referido Cruz Villalón al impedimento derivado de la Ley 3/2023 y de los supuestos en los que se erige, conforme al cual la libertad de empresa impide al Estado tener injerencia en las decisiones respecto de las contrataciones⁴⁷. Reconoce este autor también que el empleo es una manera por la que se realiza el derecho al trabajo, aunque critica los mecanismos como insuficientes y poco decisivos a la hora de interferir en las contrataciones, haciendo una analogía entre las políticas de gobierno del empleo y el *soft law*⁴⁸.

Pudiendo concordar con este planteamiento de Cruz Villalón, no es posible hacerlo con la formulación de Peces Barba, considerándose que la paradoja del derecho al trabajo en sistemas capitalistas que esboza este autor no la es necesariamente. Esto es un asunto central, que ha sido soslayado, primando esta tan común y expandida postura que, al mirar el derecho a la libertad de empresa, niega el derecho al trabajo, catalogándolo como irrealizable⁴⁹. La base de esta posición dogmática, que no es exclusiva de este autor, está en que no se distinguen los terrenos conceptuales y los normativos —que obedecen estos últimos a diferentes concepciones políticas y morales, que reposan en teorías de la

⁴⁶ La cita que sintetiza esta postura considera el derecho al trabajo como una “promesa incumplida y de imposible cumplimiento, de una rémora, justificada en el pasado, pero que hoy puede ser una gigantesca hipocresía”. Ver PECES-BARBA, 1990, p. 10. Un desarrollo, en RODRIGO, 2021, p. 158.

⁴⁷ Ver CRUZ VILLALÓN, 2023, p. 204. A mayor abundamiento, evidentemente, tampoco es obligatorio para las empresas recurrir a las entidades intermediadoras. Pero sin embargo, hay ciertas limitaciones a la contratación en aras de la protección de otros bienes jurídicos fundamentales, como la fijación de un porcentaje de la plantilla para trabajadores discapacitados u obligaciones de readmisión decisión judicial.

⁴⁸ Señala el autor: “con todas las simplificaciones posibles, puede concluirse que las medidas de *hard law* en el marco de las políticas de empleo, sin excluir su corrección en determinados supuestos, no son el instrumento prevalente ni decisivo en el desarrollo del conjunto de las intervenciones de los poderes públicos en el ámbito de la gobernanza del empleo. Por ello, la centralidad en el gobierno del empleo en este ámbito se produce a través de medidas de *soft law*: orientación al empleo, intermediación en el mercado de trabajo, formación y reciclaje profesional, incentivos económicos y bonificaciones a la contratación laboral”. CRUZ VILLALÓN, 2023, p. 211.

⁴⁹ VIGO, 2019, p. 345.

justicia diversas, para las que existen diferentes alternativas que pueden (o no) justificar suficientemente esta imposibilidad—. Son, pues, razones políticas e ideológicas, que no excluyen, *a priori*, la posibilidad de su realización⁵⁰.

Bajo una propuesta diferente, en la línea argumental que he venido sosteniendo, la categoría dogmática de Estado Prestacional se puede pensar como sinonimia de la categoría Estado Social y Democrático de derecho, aunque la primera constituye una propuesta gráfica que engloba el concepto y, si se quiere, un planteo teórico metodológico para el cumplimiento de la finalidad que le está dada, reiterando que un Estado Prestacional que adopta una política de derechos fundamentales no es excluyente en términos apriorísticos de una economía basada en las libertades económicas —y las subsecuentes potestades empresariales en materia de contratación—, aunque esta sea una cuestión que requiere un tratamiento especial, que no es posible abordar en profundidad en estas líneas. Baste decir por ahora que, ciertamente, el derecho al trabajo y la libertad de empresa pueden colisionar respecto del objeto que protegen, pero ello no es propio de este duplo de derechos, sino que ocurre permanentemente con muchos otros derechos; y, antes que negar la posibilidad de uno de ellos en virtud de la existencia (“superior”) del otro, correspondería, primeramente, reconocer los estatus de ambos. Luego, respecto de la pugna de derechos, y ya en un terreno empírico en que se enfrentarían propuestas a favor de uno o del otro, los órganos políticos confrontarán también argumentos normativos, de tipo político morales e ideológicos, para definir el grado de cumplimiento de cada uno de ellos, estatuyendo regulaciones —y asignando presupuestos— a esos fines⁵¹.

Ahora bien, como una posible operacionalización, algunas ideas para abonar a estas reflexiones provienen de la noción de trabajo garantizado como institución que funcione paralelamente, y de manera complementaria, a las instituciones centradas en la empleabilidad, propuesta que ha sido revisitada en los últimos años, imbricada a las necesidades sociales y ambientales crecientes no resueltas dentro del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, la Resolución sobre el Trabajo Garantizado de la Europe Tradeunion Confederation en diciembre de 2023, pensada en las personas desempleadas de larga duración, y empleadores ya sea del sector público o privado, con o sin ánimo de lucro, siempre que adhieran a los principios comunes que aseguren progreso social y trabajos de calidad; o los lineamientos en el marco de la implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales de una *European job guarantee*, que contempla programas de empleo directo que permitan cubrir las carencias del sector privado para satisfacer las necesidades sociales y medioambientales, en línea con las políticas verdes, sanitarias y asistenciales, que definan los gobiernos como parte del proyecto de la Europa Social⁵². En doctrina laboralista, se puede mencionar a Guamán, Garzón, Garzón, Trillo e Illueca en “El trabajo garantizado. Una propuesta necesaria frente al desempleo y la precarización”⁵³;

⁵⁰ Un profuso desarrollo en MORALES, 2015, pp. 77-114.

⁵¹ Ver MORALES, 2015, p. 93.

⁵² ANTONOPOULOS, 2024; GROSSI, *et al.*, 2024, pp. 50 y 51.

⁵³ Ver GARZÓN y GUAMÁN, 2015.

y en literatura económica, las corrientes postkeynesianas, especialmente, la *Modern Monetary Theory*, que considera el trabajo garantizado como un eje central, como medida contracíclica, con objetivo de pleno empleo y estabilidad de precios en el contexto actual global de emergencia climática y necesidad de cuidados, elemental para un *Green New Deal*⁵⁴. Dentro de este sector, destaca el trabajo de la economista norteamericana Pavlina Tcherneva, *Argumentos a favor de una garantía de empleo*⁵⁵, las investigaciones del académico de Edimburgo, Lukas Lehner⁵⁶, y del economista de la Universidad Complutense, Eduardo Garzón⁵⁷. Por último, en políticas públicas, se releva la experiencia piloto de Francia en los territorios denominados *zéro chômeur de longue durée* –“cero desempleo de larga duración”–⁵⁸, que, basándose en las teorías de *job guarantee*, y sobre una lógica asociativa de empresas de inserción creadas sin ánimo de lucro y de economía social, canalizan financiación directa del Estado para crear puestos de trabajo desde tres premisas elementales: nadie es inempleable, existen oportunidades de trabajo no explotadas y necesidades no cubiertas, y el costo del desempleo de larga duración para el Estado es mayor que el costo de financiar estos programas⁵⁹. Asimismo, en 2020, en Austria se replica este modelo, a cargo del Servicio Público Regional de Empleo de Austria Baja, con el proyecto de trabajo garantizado denominado “Modellprojekt Arbeitsplatzgarantie Marienthal” (MAGMA)⁶⁰ para personas desempleadas de larga duración y en riesgo de serlo, evaluado positivamente por sus efectos y viabilidad⁶¹, y también implementado en Bélgica, Alemania y Países Bajos, suscitando interés a nivel institucional y político, especialmente para los supuestos de desempleo de larga duración. Un efecto de todo ello es que, en marzo de 2024, la Comisión Europea anunció un presupuesto del Fondo Social Europeo Plus, de 23 millones de euros para hacer frente al desempleo de larga duración, para iniciativas innovadoras como las de “Desempleo de Larga Duración Cero” y de “garantía de empleo”⁶². Estas propuestas y experiencias se visualizan y materializan, ciertamente, de manera paralela al marco económico europeo, sin contravenir las garantías de libertades económicas que están en instrumentos internacionales y constituciones vigentes.

A modo de síntesis, como lo ha advertido Manuel Carlos Palomeque, el modelo resultante de un Estado Social de derecho como el español es el de economía mixta,

⁵⁴ KELTON, 2020, TCHERNEVA, 2020, 2022.

⁵⁵ TCHERNEVA, 2020.

⁵⁶ Ver <https://lukaslehner.github.io> y <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:8184db79-c869-4385-b7ae-d4b1158a2e86/files/d2b88qc93g>.

⁵⁷ Ver GARZÓN y CRUZ, 2021.

⁵⁸ Ver <https://www.tzcl.fr/making-employment-a-right-a-universal-battle/>

⁵⁹ Así lo expone MARTÍNEZ, 2025.

⁶⁰ Ver https://www.oecd.org/en/publications/providing-local-actors-with-case-studies-evidence-and-solutions-places_eb108047-en/magma-a-job-guarantee-pilot-project_cb3acbf2-en.html

⁶¹ Ver KASY y LEHNER, 2022.

⁶² El informe completo, en <https://www.esf.lt/data/public/uploads/2024/03/study-on-job-guarantees-initiatives-in-europe-2024-03-06.pdf>

bajo el principio de coiniactiva económica⁶³. *Ergo*, una consecuencia que de ello se deriva es que el Estado, de manera centralizada o descentralizada, puede desplegar sus actuaciones y prestaciones –materiales y normativas– en materia de creación directa de empleo, desde enfoques integrales y bajo diferentes posibilidades regulatorias, como los programas de trabajo garantizado u otros, que le permitan ensanchar el margen que es intrínseco del acceso al trabajo que es posible bajo la lógica de la intermediación, para una mayor eficacia de este derecho social fundamental, con todas las bondades individuales y sociales asociadas a su realización.

V. CONCLUSIONES

La cuestión de la realización de los derechos sociales en general –y del derecho al trabajo en particular– es un asunto complejo –en que se imbrican políticas económicas, políticas sociales, modelos de desarrollo–, más allá de las posibilidades que aisladamente entrega el derecho, lo conceptual, lo positivo o lo normativo que en estas líneas se ha desarrollado. Preguntas en torno a las categorías “trabajo” y “empleo” como ¿cuál es el ámbito, naturaleza y grado debido de intervención del Estado en el mercado del trabajo y en la regulación del empleo?, son de suyo pertinentes e ilustran la envergadura de estos asuntos⁶⁴, en que subyacen diferentes posiciones y miradas políticas e ideológicas en relación con el rol del Estado en la economía y en la sociedad. Sin embargo, teniendo presente que esta materia abarca un campo mayor, que requiere de abordajes transdisciplinarios e interdisciplinarios, también la doctrina puede problematizar desde el ámbito que le es propio, y hacerlo con una mirada crítica, en esta ocasión, desde la óptica del derecho al trabajo y de la normativa laboral, pero sin soslayar la diferentes aristas –económicas, sociales y ambientales– que rodean su objeto de estudio.

Un Estado prestacional que realice una “política de derechos fundamentales” y que se preocupe entre ellos por la eficacia del derecho al trabajo en economías capitalistas, requiere desarrollos normativos rigurosos para una intermediación eficaz, y desde esta premisa elemental la Ley 3/2023 pareciera ir en esa dirección, coadyuvando a la realización de este derecho social. Son muchas las instituciones y las prestaciones que se contemplan para la mejora de la empleabilidad que permita colocar a la ciudadanía en trabajos dignos, acorde con sus capacidades y potencialidades. Sin embargo, la libertad de empresa –particularmente, la libertad de contratación–, establece límites claros al derecho al trabajo, de modo que en este esquema no existen garantías para la provisión del bien jurídico trabajo a la ciudadanía, resultando evidente esta falencia en el caso de las y los “supernumerarios”, que el mercado de trabajo no puede absorber, con prescindencia incluso de su cualificación profesional. En este orden de ideas, las políticas laborales para la empleabilidad que promueve España y los países en general, que favorecen el

⁶³ PALOMEQUE, 2004, p. 149.

⁶⁴ Pregunta formulada en la 43 International Labour Proces Conference, 2025.

aprendizaje permanente, las competencias profesionales, el reciclaje profesional, las habilidades digitales, la formación profesional a lo largo de la vida, si bien imperativas, no parecen ser suficientes para abordar el desempleo estructural, lo que es especialmente problemático para ciertas poblaciones trabajadoras (como por ejemplo, las personas adultas mayores de cierta edad). En efecto, el salto a una mayor realización del derecho al trabajo requeriría, pues, de un marco institucional y regulatorio del Estado que incorpore otro tipo de prestaciones materiales y normativas, que complementen aquellas de incentivos a la contratación, formación y empleabilidad contenidos en la Ley 3/2023, insertas todas en las lógicas subsidiarias propias de los sistemas de intermediación.

En este punto, una perspectiva interesante la proporciona la economía social, o la economía social y solidaria en España. Este sector crea empleos de manera directa, y lo hace con premisas valorativas de empleo y trabajo decente y sostenible en términos medioambientales, desde lógicas de justicia social, y lo hace además con sectores de la población que tienen mayor dificultad de inserción, lo que ha sido resaltado como especialmente valioso. Parece muy positivo que la Ley 3/2023 tenga dentro de sus objetivos el fomento de los emprendimientos y la economía social, y que ello sea incorporado como un eje del Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno y de la Estrategia Española de Apoyo Activo de Empleo. No obstante, una pregunta que aquí puede anotarse es ¿por qué estos trabajos tan valorados son resorte de la economía social? Si la economía social surge *desde abajo hacia arriba*, desde el sector privado, grupos intermedios que recurren a entidades y fondos públicos para gestionar sus proyectos, ¿podría impulsarse también, paralelamente, *desde arriba hacia abajo*? ¿Podría pensarse en un Estado prestacional que planifica, dirige, que crea instituciones –servicios públicos, asociaciones público-privadas, entre otras figuras posibles–, que impulse una política económica para el bienestar social, que genere trabajo socialmente necesario de manera directa como parte de las políticas activas del mercado de trabajo –en línea con las tan renombradas necesarias “transiciones” verde, digital, demográfica o la economía de cuidados–, impulsando, por ejemplo, programas de trabajo garantizado? Ciertamente, hay necesidades sociales, socioambientales o ecosociales que no han tenido cabida dentro del mercado, a las que se ha abocado la economía social, que es una economía inclusiva y que ha encontrado un nicho no cubierto, siendo coincidente en esto con las propuestas de trabajo garantizado; pero, ¿podría el Estado dentro de las políticas de empleo, con una mirada de política económica de mayor amplitud, desplegarse también en estos derroteros? ¿Por qué no?

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONOPOULOS, Rania, 2024: *Towards a European Job Guarantee*, Report 2024.11, Bruselas, ETUI.
- ANTUNES, Ricardo, 2009: “Diez tesis sobre el trabajo del presente (y el futuro del trabajo)”, en Julio César Neffa, Enrique De la Garza, Leticia Muñoz Trabajo (editores), *Empleo, calificaciones profesionales, relaciones de trabajo e identidades laborales*, Buenos Aires, CLASCO, pp. 29-44.
- APARICIO TOVAR, Joaquín, BAYLOS GRAU, Antonio y CABEZA PEREIRO, Jaime, 2022: “Estado social, derecho al trabajo y política de empleo”, *Revista de Derecho Social*, N° 100, pp. 15-36.
- ATRIA, Fernando, 2014: *Los derechos sociales y la educación*, Santiago, LOM.

- BAÑO LEÓN, José María, 1988: “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 24, pp. 155-179.
- BAYLOS GRAU, Antonio, 2018: “Constitución y Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, Nº 84, pp. 27-41.
- BERNAL PULIDO, Carlos, 2004: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a «¿Existen derechos sociales?» de Fernando Atria”, *Discusiones: Derechos Sociales*, Nº 4, pp. 99-144.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, 2023: “La ley 3/2023, de empleo. Marco general de buen gobierno”, *Revista Justicia & Trabajo*, Nº extra 1, pp. 7-24. DOI: <https://doi.org/10.69592/2952-1955-EXTRA-SEPTIEMBRE-2023-ART1>
- CARRIZOSA, Esther, 2024: “La orientación profesional como instrumento de la empleabilidad”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 175, pp. 183-213.
- CASILLI, Antonio, 2025: *Waiting for Robots: The Hidden Hands of Automation*, Chicago, University of Chicago Press.
- CASTEL, Robert, 1997: *La metamorfosis de la cuestión social*, Madrid, Paidós.
- CASTEL, Robert, 2008: *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe, 2024: *América Latina y el Caribe ante las trampas del desarrollo: Transformaciones indispensables y cómo gestionarlas*, Santiago, CEPAL.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, 2023: “El Gobierno del Empleo”, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones (editores), Empleo y protección social: Ponencias del XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 187-216.
- CUETO, Begoña, 2024: “La intermediación de los Servicios Públicos de Empleo en la era digital”, *Sección Estudios Servicio Público de Empleo*, España, pp. 1-18.
- FERNÁNDEZ, Carlos, y MARTÍN, María, 2014: “Los discursos sobre la modernización de los Servicios Públicos de Empleo: ¿hacia una nueva forma de gobernanza?”, *Política y Sociedad*, 2014, 51, Nº 1, pp. 177-200.
- FERRAJOLI, Luigi, 2010: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA SOLANA, María José, 2017: “La Colaboración Público-Privada: capacidades públicas para la gestión del modelo desarrollado por el Servicio Público de Empleo Estatal y las Agencias Privadas de Colocación”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, volumen 4, Nº 2, pp. 135-168. DOI: <https://doi.org/10.5209/CGAP.57916>.
- GARZÓN, Alberto y GUAMÁN, Adoración, 2015: *El trabajo garantizado. Una propuesta necesaria para hacer frente al desempleo y la prearización laboral*, Madrid, Akal.
- GARZÓN, Eduardo y CRUZ, Esteban, 2021: “Trabajo garantizado verde y morado: el principal componente de un *green new deal*”, *Revista Inclusiones* volumen 8, Nº 9, pp. 74-97.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 2010: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Bosh.
- GROSSI, Tommaso, RAYNER Laura, BRADY Danielle y DERVISHI Xheimina, 2024: “The Social Pillar and the future of the EU Social Agenda”, *Foundation for European Progressive Studies*. Disponible en <https://www.epc.eu/content/PDF/2024/PS-Social-Agenda-DIGITAL.pdf>
- GUERRERO VIZUETE, Esther, 2024: “El papel del servicio público de empleo tras la Ley 3/2023 de 28 de febrero: de la casación de ofertas y demandas de empleo a la prestación de un servicio integral de intermediación laboral”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum* Nº 10, pp. 147-162.
- HÄBERLE, Peter, 2003: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Boon. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson.
- HÄBERLE, Peter, 2019: *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Lima, Palestra.

- JULIÁN VÉJAR, Dasten, 2018: *Precariedades del trabajo en América Latina*, Santiago, RIL Editores.
- JULIÁN VÉJAR, Dasten, VALDÉS, Ximena, 2022: *Sociedad Precaria*, Santiago, LOM.
- KASY, Maximilian y LENHER, Lucas, 2022: "Employing the unemployed of Marienthal: Evaluation of a guaranteed job program". Department of Economics, Oxford. Disponible en: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:0536b2df-1a80-448e-8db0-08fbc58dca7e/files/s2r36tz78s>.
- KELTON, Stephanie, 2020: *The Deficit Myth: Modern Monetary Theory and the Birth of the People's Economy*, Nueva York, Public Affairs.
- LASA LÓPEZ, Ainhoa, 2011: *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Comares, Granada.
- MARTÍNEZ, Irene, 2025: "Los territorios zéro chômeur: empleo digno a través de la economía social", comunicación Congreso Políticas de empleo para las transiciones digital, ecológica y de cohesión social, Universidad de Deusto, 4 abril 2025.
- MARTÍNEZ, Victor y MAKAY, Monika, 2025: "La política de empleo", Parlamento Europeo. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/54/la-politica-de-empleo>
- MINISTERIO del Trabajo y Economía Social España, 2023: *Empleo y protección social. Ponencias del XXXIII Congreso Nacional de la A.E.D.T.S.S.* Disponible en: <https://expinterweb.mites.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/WIYE0265>
- MONEREO, José, RODRÍGUEZ, Susana y RODRÍGUEZ, Guillermo, 2023: "La reforma del derecho del empleo: notas sobre la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, N° 7, pp. 11-37.
- MORALES, Leticia, 2015: *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons.
- MORARU, Gratiela, 2023: "El derecho al trabajo y las políticas de empleo", Ministerio del Trabajo y Economía Social de España, *Empleo y protección social. Ponencias del XXXIII Congreso Nacional de la A.E.D.T.S.S.*, pp. 1013-1027.
- ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo, 2023: *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2023, Tendencias*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo, 2025: *Panorama Laboral 2024 América Latina y el Caribe*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.
- PALOMEQUE, Manuel Carlos, 2004: "El principio constitucional de 'unidad del orden económico nacional' y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y seguridad social", *Derecho del Trabajo y Razón Crítica*, Salamanca, CajaDueropp. 145-162.
- PECES-BARBA, Gregorio, 1990: "El socialismo y el derecho al trabajo", *Sistema*, N° 97, pp. 3-10.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel, 2023: "La colaboración público-privada en la Ley de Empleo", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, Monográfico, pp. 153-180. DOI:10.12795/TPDM.mon.2023.04.
- PISARELLO, Gerardo, 2007: *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta.
- POZO, Federico, 2019: "Demandantes de empleo frente a políticas de activación: conformes, distantes y beligerantes", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N° 37(1), pp. 135-153. DOI: 10.5209/crla.63823.
- RODRIGO SILVA, Claudia, 2021: *El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: Una mirada desde la precariedad laboral*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho, Universidad de Chile y Universidad de Salamanca. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/184930>
- RODRÍGUEZ PIÑEIRO ROYO, Miguel, 2024: "La Ley de empleo y las personas: reflexiones a partir de la idea de Trabexit", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, pp. 9-32.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, 2023: "Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo", *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, N° 6, pp. 14-45. DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.16187>.

- SEHNBRUCH, Kirsten, PIASNA, Agnieszka, BURCHELL, Brendan, y AGLONI, Nurjk, 2019: "Job Quality in the European Employment Strategy: One Step forward, two Steps back?" *The European Review of Labour and Research*, Vol. 25 N° 2, pp. 165-180. <https://doi.org/10.1177/1024258919832213>
- SERRANO, CAROLINA, 2009: *Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación*, Granada, Comares.
- TCHERNEVA, Pavlina, 2020: *The case of a Job Guarantee*, Cambridge, Polity.
- TCHERNEVA, Pavlina, 2022: "The Job Guarantee and Economic Democracy: Why a Legally-Enforceable Right to Employment is Needed and How It Can Be Implemented", *Revue Européenne du Droit*, pp. 90-98
- VIGO SERRALVO, Francisco, 2019: *El derecho al trabajo, un primigenio y alternativo proyecto de estado social*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

Normas jurídicas

- LEY de Empleo 3/2023, de 28 de febrero, España.
- REAL Decreto 438-2024, de 30 de abril, desarrolla la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados, España.
- REAL Decreto 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, España.
- REAL Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, España.
- REAL Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, España.
- RESOLUCIÓN de 15 de julio de 2024, de la Secretaría de Estado de Trabajo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de julio de 2024, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2024, España.
- RESOLUCIÓN de 5 de diciembre de 2024, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el modelo para la formalización del Acuerdo de Actividad previsto en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, España.
- RESOLUCIÓN de 12 de marzo de 2025, sobre el Semestre Europeo para la coordinación de las políticas económicas: prioridades sociales y en materia de empleo para 2025, Parlamento Europeo.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100111>

“No hay derechos sin deberes”:
el rol de los *deberes* humanos en instrumentos internacionales
vinculantes de derechos humanos

Álvaro Paúl Díaz*

RESUMEN

Los instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos consagran deberes de las personas. Estos pueden llamarse deberes humanos, por su relación directa con los derechos humanos. Este trabajo sistematiza el modo cómo tales instrumentos consagran dichos deberes, e identifica los efectos de este tipo de normas. Después de hacerlo, concluye que los deberes humanos tienen un rol al definir o interpretar derechos humanos, y exigen a los Estados incorporarlos en su legislación, sin generar obligaciones directamente exigibles a los particulares.

Deberes humanos; tratados de derechos humanos; interpretación

“There are no rights without duties”: The role of human duties in binding international human rights instruments

ABSTRACT

Binding international human rights instruments refer to the duties of individuals. These duties can be called human duties, because of their direct relation with human rights. This paper systematizes the way in which these instruments regulate such duties, and identifies the effects of these norms. After doing so, it concludes that human duties have a role when defining and interpreting human rights, and require States to incorporate them in their legislation, but do not oblige individuals directly.

Human duties; international human rights treaties; interpretation

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Abogado. Máster en Derecho (MJur), Universidad de Oxford, Reino Unido. Doctor en Derecho, Trinity College, Dublín, Irlanda. Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3882-450X>. Correo electrónico: alvaro.paul@uc.cl.

Este estudio es parte del proyecto Fondecyt N°1241690 de ANID.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación el 12.8.25.

INTRODUCCIÓN

“**N**o hay derechos sin deberes”. Bastó que el entonces director del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile hiciera esa afirmación, para que se generara una controversia a nivel nacional¹. Dicha frase se puede entender de diversos modos, pero una lectura de buena fe indicaría que no es posible tener una vida con derechos humanos, si el Estado y los particulares no contribuyen a hacer eso realidad, desde la esfera de sus propias responsabilidades². La referida afirmación también puede leerse desde un punto de vista estructural de los derechos subjetivos en sentido propio³, recalcando algo obvio: que estos solo pueden existir en relaciones donde hay una cosa debida, un titular del derecho y un obligado (el “acreedor” y el “deudor”, respectivamente, en el derecho privado)⁴. Finalmente, “no hay derechos sin deberes” nos recuerda que muchos textos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos consagran deberes.

Esto último es relevante para este trabajo, que se enfocará en los deberes consagrados en instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos⁵. Para referirnos a ellos, usaremos la expresión *deberes humanos*⁶. Este trabajo sistematiza el modo cómo los instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos consagran deberes humanos, e identifica los efectos que pueden tener estos últimos. Al hacerlo, incluirá referencias ejemplares a la aplicación de deberes por parte de tribunales internacionales de derechos humanos, pero sin hacer un análisis exhaustivo de sus decisiones, pues ello requeriría de una investigación en sí misma.

El objeto de estudio de este trabajo son los deberes humanos en el marco de *instrumentos internacionales vinculantes*, lo que incluye tratados, y también otros instrumentos que pudieran haber adquirido poder vinculante por diversos motivos. Esto último ocurrió con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que nació como *soft law* el año 2000, pero el Tratado de Lisboa le dio carácter obligatorio⁷. Algo similar ocurre con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁸ y la

¹ CNN CHILE (2020): “‘No hay derechos sin deberes’: Funcionarios del INDH rechazan los dichos de Sergio Micco”, *CNN Chile*. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/derechos-humanos-funcionarios-indh-rechazan-dichos-de-sergio-micco_20200502/.

² FUENZALIDA, 2020.

³ Véase ARRIAGADA, 2016, p. 157-158.

⁴ Según Besson, los derechos humanos tendrían esta misma estructura. BESSON, 2015, p. 248.

⁵ Así, este análisis no busca incluir instrumentos de *soft law*, como los principios sobre empresas y DD.HH. (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Res. 17/4).

⁶ Este es el término que suele usarse en el ámbito internacional. PONCE DE LEÓN, 2017, p. 137.

⁷ TAJADURA, 2010, pp. 266 y 271.

⁸ IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁹, pues parte de la doctrina considera que estos instrumentos serían hoy vinculantes¹⁰.

Algunos autores temen que referirse a los deberes humanos constituya una posición regresiva en relación con los derechos fundamentales; que implique expandir el poder estatal para limitar derechos humanos, y que sea un instrumento peligroso en manos de gobiernos autoritarios¹¹. Sin embargo, estos recelos son más acotados de lo que podría parecer a primera vista. En efecto, varios de estos autores plantearon sus temores frente a propuestas concretas de instrumentos jurídicos dedicados casi exclusivamente a los deberes¹², no a los deberes que ya estaban incluidos en instrumentos sobre derechos¹³. Además, no todos los deberes humanos generan iguales recelos; se ha distinguido entre los deberes *inversos* —aquellos que se deberían a la sociedad o al Estado (o a la comunidad internacional¹⁴)—, que serían los peligrosos, y los deberes *correlativos* (aquellos debidos por privados hacia privados¹⁵), que no serían tan complejos¹⁶ (también se les ha llamado deberes horizontales¹⁷). Sin embargo, ni siquiera todos los deberes *inversos* son necesariamente susceptibles de mal uso, si consideramos que varios de ellos son acotados, como el deber de votar o el de pagar impuestos¹⁸. Los problemáticos serían solo algunos más amplios, pero incluso ellos pueden tener una consagración limitada, por ejemplo, el deber de obediencia a la ley, consagrado en la DADDH, indica que se debe seguir la ley y los mandamientos “legítimos”¹⁹.

Para alejar los temores frente a los deberes humanos, se puede recordar la doctrina del *Drittwirkung*, o efecto horizontal de los derechos humanos, que sería una forma de

⁹ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Carta Internacional de los Derechos del Hombre”, A/RES/217A(III) (10/12/1948).

¹⁰ Sobre la DUDH, véase BUERGENTHAL *et al.*, 2009, pp. 41-46. Sobre la DADDH, véase PAÚL, 2017, pp. 5-20. Nosotros no nos pronunciamos respecto de si es efectivo que estos instrumentos hayan adquirido valor vinculante.

¹¹ *V.gr.*, SAUL, 2001, y KNOX, 2008.

¹² *V.gr.*, UNESCO: Res. 29 C/44, o COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: E/CN.4/2003/105 (este documento no fue aprobado por la entonces Comisión, ni por el actual Consejo de DD.HH. BOOT, 2017, pp. 14-16), o SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DD.HH.: Res. 2003/16 (este instrumento fue aprobado por un órgano subordinado, no por la entonces Comisión de DD.HH. de N.U.).

¹³ Pej., KNOX, 2008, pp. 1-3 y 32 ss. Ben Saul, que se opone principalmente al proyecto de Declaración Universal sobre Responsabilidades Humanas, del Inter-Action Council (1997), afirma, como uno de sus argumentos para oponerse a dicha declaración, que, a diferencia de ella, “el derecho de los derechos humanos reconoce adecuadamente un rango de deberes, obligaciones y responsabilidades explícitos, implícitos, correlativos, regionales y emergentes”. SAUL, 2001, p. 572 (la traducción es nuestra).

¹⁴ El artículo 27 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consagra deberes que el individuo tendría hacia la *comunidad internacional*.

¹⁵ Esto reconoce lo que sostenía René Cassin, quien afirmaba que, según moralistas y juristas, los derechos y deberes son correlativos. CASSIN, 1968, p. 479.

¹⁶ KNOX, 2008, pp. 1-2. Knox llama *converse duties* a lo que nosotros tradujimos como deberes *inversos*.

¹⁷ BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, pp. 205-206.

¹⁸ Arts. XXXII y XXXVI, DADDH.

¹⁹ Art. XXXIII, DADDH.

aplicar los deberes *correlativos*²⁰. Esta doctrina muestra que aplicar obligaciones de derechos humanos a los privados puede potenciar el goce de las garantías fundamentales (ello no quiere decir que este efecto horizontal pueda darse en el derecho internacional). También conviene recordar la visión mayoritaria de que las restricciones a los derechos deben ser idóneas, necesarias y proporcionales, pues no todo deber tendrá el efecto de limitar cualquier derecho. Por último, puede notarse que, en oposición a quienes temen a la consagración de deberes, algunos autores consideran que el énfasis en los deberes humanos serviría para promover los derechos humanos, debido a que aquellos son fundamentales para su protección (especialmente en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales)²¹. Tales autores ejemplifican su posición arguyendo que, para enfrentar crisis ambientales, no solo se debe enfatizar el derecho humano a un ambiente limpio, sino que también “el deber de los Estados, corporaciones e individuos de proteger el medio ambiente”²². En el ámbito interamericano también se ha abogado por el recurso a los deberes humanos por motivos ecológicos²³.

Más allá de los recelos que las referencias a los deberes humanos generan en algunos, es imposible desentenderse del texto mismo de los tratados e instrumentos internacionales vinculantes que se refieren a dichos deberes. Esto exige desentrañar su rol. Como punto de inicio, el solo hecho de que un tratado se refiera a los deberes, hace que ellos constituyan un elemento interpretativo, pues estos forman parte del *contexto* de los artículos que consagran derechos, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que el contexto tiene un rol interpretativo (Art. 31.1). La pregunta será, ahora, si tienen efectos que vayan más allá de dicho rol.

I. CONCEPTO DE DEBERES HUMANOS

Para sistematizar el modo cómo se consagran los deberes humanos, así como para definir su rol, es necesario comenzar por aproximarse al concepto de deberes humanos. Para hacerlo, se puede observar que Peces-Barba define los “deberes fundamentales como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional”²⁴.

²⁰ Acerca del tema, véase ALDUNATE, 2008, pp. 211 ss.

²¹ Además del ejemplo que se desarrolla a continuación, los autores se refieren a obligaciones como la de pagar impuestos para disminuir la pobreza e inequidad, y la de los padres y la sociedad de educar a los niños. BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, pp. 192-193.

²² *Ibid.*, p. 193 (la traducción es nuestra; la cursiva es del original).

²³ Véase CALDERÓN, 2024.

²⁴ PECES-BARBA, 1987, p. 336 (“Instituciones” con mayúscula en el original).

Esta definición se refiere a los *deberes fundamentales*, que no es exactamente lo mismo que los *deberes humanos*. Esta diferencia refleja lo que ocurre con la noción de derechos fundamentales y derechos humanos. Muchas veces se hacen distinciones terminológicas para enfatizar las diferencias entre conceptos más o menos equivalentes en esta materia (por ejemplo, derechos humanos, derechos del hombre, garantías fundamentales, derechos naturales o derechos inherentes al ser humano²⁵). Para efectos de claridad, y considerando que no existen definiciones canónicas, este trabajo entenderá que todas estas expresiones son sinónimas, pues se refieren, a grandes rasgos, a realidades equivalentes.

La definición de Peces-Barba sirve para entender el concepto de deberes humanos en una forma sustantiva, al referirse al tipo de bien al que se orientan. Sin embargo, para calificar deberes como *deberes humanos* habría que ponderar cada deber, para ver si cumple con los requisitos sustantivos que indica Peces-Barba. Además, el resultado de dicha calificación sería discutible. Algo más específica es la definición de Berdion y Sikkink, que entienden los deberes de derechos humanos (*human rights duties*) como "las obligaciones necesarias de los individuos que hacen posibles los derechos humanos contemporáneos"²⁶.

Este trabajo usará un concepto que permita identificar más fácilmente los deberes humanos. Para nuestros efectos, los deberes *humanos* son los deberes consagrados en instrumentos internacionales vinculantes sobre derechos humanos²⁷. Adoptar esta definición implica aceptar que haya deberes humanos concretos, establecidos internacionalmente, que no cumplan con los requisitos de ser fundamentales, como los requeridos por Peces-Barba. Viceversa, ocurrirá que algunos deberes fundamentales, que emanan de la especial dignidad de la persona, y que le pertenecen a toda criatura de la especie humana por el solo hecho de serlo, no estén reconocidos internacionalmente.

Los instrumentos internacionales vinculantes consagran deberes humanos positivos y negativos, pero dicha distinción es irrelevante para este trabajo, ya que ambos tipos de deberes pueden tener idénticas consecuencias, siendo igualmente jurídicos y exigibles, por ejemplo, el deber negativo de abstenerse de lesionar al inocente, y el deber positivo que tienen los padres de alimentar a sus hijos²⁸.

Hay dos elementos relevantes del concepto que usaremos. En primer lugar, entendemos los deberes *humanos* como exigencias impuestas a los titulares de derechos humanos

²⁵ Las distintas épocas o corrientes de pensamiento explican el uso de una u otra expresión, pero como decía Bidart, "[m]ientras se mantenga una mínima coincidencia en el objeto al cual mientan ellas, no nos parece fundamental cuestionar su empleo indistinto, por respeto al gusto de cada quien". BIDART, 2015, p. 56.

²⁶ BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, p. 196 (la traducción es nuestra).

²⁷ No haremos referencia a la consagración de deberes en el ámbito constitucional, a pesar de su importancia (dos tercios de las Constituciones nacionales consagran, al menos, un deber). BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, pp. 232-235. Algunos trabajos referidos a los deberes constitucionales son: en obras generales, CEA, 2012, pp. 703-718; en obras específicas sobre el tema: PONCE DE LEÓN, 2017, y BUSCH, 2012.

²⁸ Además, la distinción entre deberes positivos y negativos se puede hacer en atención a distintas lecturas de lo que es positivo (*v.gr.*, involucrar una acción, o tener una consecuencia favorable). Véase MIETH, 2012, pp. 166-169. Esta autora desarrolla la idea de que hay deberes más fuertes que otros, en el sentido de su exigibilidad, pero que dicha distinción no depende de si los deberes exigen una acción o una omisión. *Ibid.*

(a los titulares en general, es decir, sin referirnos a un derecho humano en concreto). Así, no consideramos que sean deberes *humanos* las obligaciones que los instrumentos de derechos humanos atribuyen a los Estados, ni a la sociedad como un todo (ya que esta, a la luz de la organización social actual, parece referirse al Estado²⁹), ni a las organizaciones internacionales³⁰. Los titulares de derechos humanos son generalmente personas naturales, pero hay tratados internacionales que han sido entendidos como entregando la titularidad de derechos humanos a personas jurídicas³¹ u otros tipos de grupos humanos, como las comunidades indígenas y sindicatos³². En tales situaciones, ellos también podrán ser titulares de deberes humanos, y habrá que determinar cuáles les son aplicables, en atención a su especial naturaleza.

El segundo elemento relevante para nuestra definición se refiere a la juridicidad de los deberes humanos, pues no consideramos que los deberes exclusivamente *morales* sean deberes *humanos*. Esto requiere una mayor explicación. Los tratados de derechos humanos siguen procedimientos estándares para su entrada en vigor, lo que busca que quede claro su valor vinculante, a diferencia de lo que ocurre con acuerdos de *soft law*. No obstante, alguien podría sostener que las normas sobre deberes humanos constituyen solo obligaciones morales o de buena voluntad. Sin embargo, si estamos hablando de tratados internacionales de derechos humanos, que buscan obligar a los Estados, sería necesario dar argumentos convincentes para separar las normas y afirmar que los derechos obligan, pero no los deberes. Los mismos procedimientos de aprobación de los tratados hacen razonable presumir que toda norma que esté en el cuerpo de un pacto internacional busca ser vinculante, y la carga de la prueba recaería en quien sostenga lo contrario. Para descubrir una posible excepción, servirá observar si el deber se encuentra establecido en el preámbulo del tratado, pues dicha sección “no es el lugar apropiado para establecer obligaciones, las que están usualmente en artículos operativos del tratado o en anexos”³³ (sin perjuicio de ser parte del contexto de una norma, por lo que tiene efectos interpretativos). En caso de que se pruebe que un deber establecido en un instrumento internacional vinculante es de naturaleza exclusivamente moral, no lo consideraremos un deber humano.

La DADDH provee de un ejemplo donde se observa una distinción entre deberes morales y jurídicos. Dos elementos justifican hacer esa distinción. El primero es la observación de que la DADDH se refiere a los deberes en dos secciones distintas: en su preámbulo y en su texto. El segundo es la aclaración que se lee en sus trabajos

²⁹ *V.gr.*, cuando la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia tiene en cuenta, en su preámbulo, que “una sociedad pluralista y democrática” debe respetar las distintas identidades de las personas.

³⁰ Pues algunas de ellas pueden estar obligadas por tratados de DD.HH., como la Unión Europea. BESSON, 2015, p. 257.

³¹ *V.gr.*, en el sistema europeo de DD.HH., LEACH, 2012, p. 109, N° 4.06.

³² *V.gr.*, en el sistema interamericano de DD.HH., Corte IDH, 26.02.2016, OC-22/16, Serie A N° 22 (Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

³³ GARDINER, 2008, p. 186 (la traducción es nuestra).

preparatorios, donde los redactores de la DADDH distinguieron entre obligaciones jurídicas y morales, al momento de consagrar deberes humanos. Ellos acordaron dejar en el preámbulo de la DADDH unos deberes de carácter moral (que buscaban enaltecer “la posición idealista de América ante el espíritu y la cultura, en esta hora de concupiscencia y de materialismo”³⁴), y dejar en el texto de la DADDH solo los “principios de carácter netamente jurídico susceptibles de sanción por su violación”³⁵.

Antes de entrar de lleno en los objetivos de este trabajo, observamos que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional tienen un cierto traslape —en los bienes jurídicos que protegen³⁶—. Por ello, el concepto de deber humano puede incluir las obligaciones de abstención consagradas en tratados de derecho penal internacional. Sin embargo, como sugiere el título de este trabajo, nos referiremos solo a los deberes consagrados en instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos. Esta exclusión de los deberes tipificados en tratados de derecho penal se justifica por varios motivos. El primero es que, a diferencia de lo que ocurre con los tratados de *derechos* humanos, los de derecho penal internacional tienen como objetivo primordial los *deberes* humanos, por lo que son más claros al consagrar las conductas prohibidas (los tipos penales debieran estar definidos con gran precisión³⁷). En segundo lugar, porque ambas áreas del derecho internacional tienen un desarrollo histórico y jurídico diverso³⁸, por lo que tienen diferencias significativas, por ejemplo, que el principio *nulla poena sine lege* impide la autoejecutabilidad del derecho penal internacional³⁹, y que, mientras el derecho internacional de los derechos humanos concede legitimación *activa* a los individuos ante órganos internacionales, el derecho penal internacional establece legitimación *pasiva*.

³⁴ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, 1953, pp. 601, 602, 607 y 608. Además de otras referencias a los deberes, el Preámbulo de la DADDH consagra como deberes morales los siguientes: “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. // Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. // Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

³⁵ *Ibid.*, p. 607.

³⁶ Más aún, algunos tratados son considerados como pertenecientes a ambas áreas, como la Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio. SMITH, 2013, p. 359.

³⁷ Véase, por ejemplo, Arts. 6-8, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2009 (enmendado).

³⁸ KNOX, 2008, p. 24.

³⁹ IWASAWA, 2016, pp. 177-178.

II. CONSAGRACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

1. *Consagración explícita*

1.1. Cuestión previa

Al no haber una nomenclatura única para referirse a los deberes del hombre, para determinar la existencia de deberes humanos en instrumentos internacionales vinculantes, habrá que enfocarse en tres conceptos íntimamente relacionados: deber, obligación y responsabilidad. Algunos dicen que las dos primeras palabras, *deber* y *obligación*, suelen usarse como “intercambiables, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina”⁴⁰, pero otros les dan sentidos diversos⁴¹. En relación con la expresión *responsabilidad*, se ha afirmado que hoy se usa más que *deberes*, debido a que la primera se refiere principalmente a obligaciones sociales, mientras que la segunda se referiría mayormente a obligaciones jurídicas⁴², pero también se ha afirmado que dicha palabra se enmarca en la ética⁴³. Esto muestra que no hay una terminología asentada. Además, no parece que los textos internacionales usen estos conceptos en forma diferenciada, para distinguir entre obligaciones jurídicas y no jurídicas⁴⁴. Por ello, entenderemos estos tres conceptos como sinónimos, y todos ellos nos servirán para encontrar deberes humanos establecidos en forma explícita.

1.2. Consagración explícita en normas autónomas sobre deberes

Al hablar de normas “autónomas” sobre deberes, hacemos referencia a disposiciones sobre obligaciones que no se encuentran vinculadas a un derecho concreto. Puede tratarse de artículos que establezcan un deber específico, que no se relacionará directamente con otros derechos, como el deber de pagar impuestos⁴⁵. También puede tratarse de normas sobre deberes generales, susceptibles de ser invocadas al momento de aplicar o interpretar cualquier otro derecho, como la que se refiere a “los deberes para con la familia,

⁴⁰ LAMBERT 2007, p. 226 (la traducción es nuestra). No obstante, este autor reconoce que se suele dar a la palabra *deber* una connotación moral, mientras que a *obligación* una connotación más jurídica.

⁴¹ *V.gr.*, se ha entendido que los *deberes* serán conductas exigidas a un sujeto, sin que haya un titular de un derecho subjetivo correlativo, mientras que una *obligación* sería una conducta exigida a un individuo, cuando existe un titular de un derecho correlativo, que puede solicitar judicialmente su cumplimiento. BUSCH, 2012, p. 45. En el ámbito de los deberes en el derecho internacional, se ha distinguido también entre *human rights' duties* y *responsibilities for human rights*. BESSON, 2015, p. 248.

⁴² BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, p. 191.

⁴³ OST y VAN DROOGHENBROECK, 2005, p. 6.

⁴⁴ Incluso, un autor que muestra las diferencias entre tales tres conceptos, los usa en forma conjunta al referirse al tratamiento que hace el derecho internacional. SAUL, 2001, pp. 581-583 y 588.

⁴⁵ *V.gr.*, Art. XXXVI, DADDH.

la comunidad y la humanidad"⁴⁶. A continuación presentamos algunos ejemplos de instrumentos vinculantes de derechos humanos que consagran deberes en forma explícita.

La primera declaración internacional que presenta un catálogo completo de derechos humanos, la DADDH, incluyó uno de los listados más amplios de deberes, en un capítulo dedicado enteramente a ellos⁴⁷. También en el contexto americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) contiene un artículo dedicado a la "Correlación entre Deberes y Derechos" (Art. 32). Asimismo, otros instrumentos regionales consagran deberes en forma explícita y autónoma, como la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, que les dedica un capítulo completo⁴⁸. El preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene una redacción interesante, pues se refiere a los deberes intergeneracionales, al disponer que el disfrute de los derechos "origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones".

Los tratados y declaraciones *universales* contienen menos consagraciones explícitas de deberes autónomos, pero ellas no están ausentes. Por ejemplo, la DUDH dispone en su texto normativo: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad"⁴⁹. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), si bien no cuenta con una norma sobre deberes en su texto principal, se refiere a estos en su preámbulo, al afirmar "que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto". También hay otros ejemplos de tratados que hacen referencia a los deberes en sus preámbulos⁵⁰, que, como dijimos, no son vinculantes, pero pueden ser usados al momento de interpretar las normas vinculantes de los instrumentos respectivos.

⁴⁶ Art. 32.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1991.

⁴⁷ Dicho capítulo consagra los siguientes deberes, cada uno debidamente titulado: Art. XXIX, Deberes ante la sociedad; Art. XXX, Deberes para con los hijos y los padres; Art. XXXI, Deberes de instrucción; Art. XXXII, Deber de sufragio; Art. XXXIII, Deber de obediencia a la ley; Art. XXXIV, Deber de servir a la comunidad y a la nación; Art. XXXV, Deberes de asistencia y seguridad sociales; Art. XXXVI, Deber de pagar impuestos; Art. XXXVII, Deber de trabajo, y Art. XXXVIII, Deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

⁴⁸ El capítulo II de la Carta Africana, dedicada a los deberes, contiene tres artículos: Art. 27 (deberes generales hacia la familia y la sociedad, así como el respeto a los derechos de otros y a intereses comunes), Art. 28 (deber de respeto y tolerancia hacia los demás), y Art. 29 (deberes en la familia, deber de servir a la comunidad, de solidaridad, y fortalecer los valores africanos, entre otros).

⁴⁹ Art. 29.1, DUDH. Originalmente, se pensó en dar un rol más prominente a los deberes, pero ello se desechó, en atención a los fines de la DUDH. Para conocer acerca de ese debate, véase KNOX, 2008, pp. 5-10. Uno de sus redactores, René Cassin, considera que el resultado en relación con los deberes hacia la sociedad es adecuado, pero que podría haber convenido referirse expresamente a los deberes de las personas hacia los derechos de sus semejantes. CASSIN, 1968, p. 486.

⁵⁰ *V.gr.*, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1989.

1.3. Consagración explícita en relación con derechos humanos concretos

Algunas normas reconocen deberes al momento de consagrar derechos. Así, por ejemplo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) establece que las libertades relacionadas con la expresión y la opinión “entrañan deberes y responsabilidades” (Art. 10.2). Una redacción similar tiene el PIDCP (Art. 19.3). Algunos tratados universales sobre derechos o grupos humanos específicos también contienen referencias a las responsabilidades, especialmente en relación con los hijos, como cuando se habla de la responsabilidad de los padres como progenitores⁵¹. La formulación de deberes puede ser más o menos explícita, y más o menos detallada. Por ejemplo, cuando el PIDCP establece que los niños tienen derecho a que sus familias tomen medidas de protección en su favor (Art. 24.1), establece una obligación explícita a las familias, pero la formula como derecho; así, podría decirse que este deber humano se consagra de un modo menos explícito que otros deberes.

La diferencia entre la formulación explícita de deberes autónomos y la de deberes frente a un derecho concreto es que, en principio, estos últimos serán aplicables solo respecto de los derechos que los contemplan. En cambio, los deberes autónomos serán aplicables por sí mismos (en caso de que sean deberes específicos) o en relación con todos los artículos del instrumento del que se trate (en caso de que sean deberes generales).

2. *Consagración implícita*

2.1. Consagración implícita al establecer derechos que los particulares pueden violar

Los tratados de derechos humanos contienen algunas normas que pueden ser violadas únicamente por el Estado, por ejemplo: la prohibición de restablecer la pena de muerte; la exigencia de contar con un mecanismo para recurrir los fallos judiciales; la interdicción de la ley penal retroactiva, y la obligación de conceder la nacionalidad en ciertas circunstancias. En cambio, otras normas de derechos humanos protegen bienes jurídicos que pueden ser afectados también por particulares. Por eso, muchos consideran que los particulares pueden violar los derechos humanos, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha afirmado que:

“...existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos

⁵¹ V.gr., Art. 16.1.d, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1989.

fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”⁵².

Así, toda norma que proteja bienes susceptibles de ser afectados por particulares establece un deber en forma implícita, cuyo cumplimiento debe ser ordenado por el Estado: respetar los derechos de los demás. En consecuencia, los deberes humanos consagrados implícitamente⁵³ son los que surgen como exigencia correlativa a derechos concretos, es decir, aquellos cuyo incumplimiento violará un derecho humano de otra persona.

Además de lo anterior, en el caso de muchos derechos sociales, podría decirse que existe un deber implícito de tomar medidas para satisfacer las necesidades propias, pues las obligaciones estatales surgen solo una vez que los esfuerzos de los particulares no han sido exitosos para alcanzar los bienes sociales garantizados por cada derecho⁵⁴.

2.2. Permitir limitaciones no constituye una consagración implícita de deberes

En ocasiones, los tratados de derechos humanos tienen disposiciones que permiten que los Estados impongan deberes. Lo hacen al definir los contornos de los derechos o al autorizar expresamente que la ley imponga deberes a los titulares de derechos. Esta situación se observa, por ejemplo, cuando se define que el derecho de reunión solo abarca encuentros pacíficos y sin armas (*v.gr.*, CADH, Art. 15), pues esta norma permite imponer el deber de no estar armado al momento de reunirse. Otro ejemplo se observa en el derecho a no ser privado de la vida *arbitrariamente*, pues queda implícito que el Estado puede determinar casos en los que la privación de la vida no sería arbitraria (siempre que dichas definiciones no afecten el derecho a la vida en su esencia).

Este tipo de normas reconoce un hecho indiscutible: que el Estado puede establecer obligaciones a sus nacionales y a los habitantes de su territorio⁵⁵. El derecho internacional de los derechos humanos se basa en esta premisa, pues subentiende el poder estatal de obligar a las personas, y por eso busca limitar dicho poder para que, al ejercerlo, el Estado no afecte derechos esenciales del individuo. Considerando que estos deberes *permitidos* remiten simplemente a la regla general (que el Estado puede imponer obligaciones), y que ellos requerirán de una norma nacional que establezca el deber, no

⁵² Corte IDH, 17.09.2003, OC-18/03, Serie A N° 18 (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados), párr. 140.

⁵³ Los deberes consagrados implícitamente no se relacionan con los llamados “derechos implícitos”, sobre los que existe discusión nacional e internacional. Las teorías sobre los derechos implícitos pueden llegar a crear derechos fundamentales sin una base real en un texto jurídico (si esto se llevara a los deberes, sería algo parecido a lo que hizo la Corte IDH al determinar la existencia de un deber implícito de defender la democracia. Corte IDH, 5.10.2015, Serie C N° 302 (*LÓPEZ LONE Y OTROS VS. HONDURAS*), párrs. 148 y 153. Respecto de los modos cómo se interpreta la expresión *derecho implícito* a nivel nacional, véase CONTRERAS, 2011, pp. 154-159. Sobre el modo cómo se han extraído derechos implícitos en la práctica internacional, véase CANDIA, 2015.

⁵⁴ EIDE, 2018, p. 188.

⁵⁵ *V.gr.*, PASTOR, 2024, pp. 317-320 y 353, y KLABBERS, 2024, p. 98.

podría hablarse propiamente de deberes consagrados en instrumentos internacionales. Por eso, consideramos que dichas normas no establecen deberes humanos, ni siquiera en forma implícita.

III. POTENCIALES EFECTOS DE LOS DEBERES HUMANOS

1. *Los deberes humanos crean obligaciones para los Estados*⁵⁶

Es ilustrativo que la Corte IDH haya señalado, en relación con los deberes implícitos correlativos (que exigen respetar los derechos humanos de los demás), que las violaciones a los derechos humanos deben ser “efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”⁵⁷. Asimismo, esta materia también ha sido suficientemente abordada por órganos internacionales que sostienen que los Estados no deben solo *respetar*, sino que también *garantizar* el cumplimiento de los derechos humanos⁵⁸. En efecto, como ha definido el Comité de Derechos Humanos respecto de las obligaciones generales del PIDCP:

“...solo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no solo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”⁵⁹.

Como se aprecia, los órganos internacionales mencionados dan a entender que, para que un deber sea efectivo, en caso de incumplimiento por un particular, el Estado debe

⁵⁶ Aunque sería más preciso afirmar que esta obligación la tienen los entes que ejercen jurisdicción y se obligaron por los instrumentos que consagran DD.HH., pues algunas organizaciones internacionales pueden estar obligadas por tratados de DD.HH., como la Unión Europea. BESSON, 2015, p. 257.

⁵⁷ Corte IDH, 29.07.1988, Serie C N° 4 (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras) párr. 175. Al tratarse del primer fallo sobre el fondo dictado por la Corte IDH, esta no había desarrollado aún su doctrina sobre las violaciones cometidas por particulares, pero se observa ya una referencia a los privados en su párr. 176.

⁵⁸ Se afirma, también, que los Estados tendrían el deber de *prevenir* violaciones a los DD.HH. por parte de privados. Este deber sería consecuencia de la obligación estatal de garantizar los DD.HH. En general, véase SILVA, 2016.

⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2004, párr. 8.

contemplar la existencia de un gravamen o sanción, ya sea civil, penal o administrativo. En efecto, considerando que el derecho internacional obliga y sanciona a los Estados, no directamente a los particulares –salvo en casos aislados, claramente distinguibles, como el del derecho penal internacional–, el efecto primordial que tendrán los deberes *humanos* consagrados en tratados internacionales será el de establecer deberes *estatales* de regular estas materias.

De este modo, la primera obligación de todo Estado vinculado por un instrumento que establezca deberes humanos es la de establecer mecanismos que aseguren que los particulares cumplan con sus deberes⁶⁰. El Estado comenzará por establecer deberes en su legislación interna⁶¹; puede establecer gravámenes o sanciones frente a conductas de particulares que impidan o limiten, ilegítimamente, el ejercicio de los derechos humanos por parte de otros privados (decimos “ilegítimamente”, pues las limitaciones pueden venir determinadas por el ejercicio de otros derechos humanos, donde se puede producir un aparente conflicto de derechos). Esta obligación, que se predica respecto de los deberes humanos implícitos correlativos, debiera aplicarse también respecto de deberes humanos explícitos (como el de pagar impuestos o de contribuir a la educación de los hijos).

La segunda obligación para los Estados –que comparte con los órganos internacionales encargados de aplicar instrumentos de derechos humanos– es la de usar los deberes con fines hermenéuticos⁶². Los deberes humanos ayudan en la labor de interpretar los derechos humanos, la que puede ser compleja debido a los distintos bienes fundamentales que los tratados buscan proteger. Asimismo, los deberes humanos recordarán al intérprete que, en bastantes ocasiones, los derechos no deben ser ponderados en abstracto, sin considerar la conducta de los titulares de los derechos. Por ejemplo, en el caso de una aparente colisión del derecho a la propiedad privada con el derecho a la vida o a la integridad física, tendería a pensarse que el derecho a la propiedad privada debiera siempre ceder. Ello daría como resultado, por ejemplo, que si una persona –cuya vida e integridad física se encuentran fuera de peligro– busca defender su vivienda frente a un pirómano, no podría usar medios que lesionen la integridad o priven de la vida al atacante. Más aún, dicha interpretación exigiría al Estado sancionar a quien prive de la vida o lesione a alguien para defender su propiedad. Esa lectura, sin embargo, olvidaría que el atacante no solo tiene derechos, sino que también los deberes consagrados en el artículo 32 de la CADH, que le exigen respetar los derechos de los demás, así como cumplir sus deberes con la comunidad. Aquí, entonces, los deberes requieren que el intérprete tome en consideración no solo el valor intrínseco de cada derecho en juego, sino también las acciones que está llevando a cabo el pirómano, quien debe hacerse responsable por sus actos libres. El resultado será que el Estado no debiera sancionar a

⁶⁰ Algo similar se afirma respecto de los deberes constitucionales, que “son una proposición jurídica incompleta que ha de ser completada por la concreción legislativa, que preverá una sanción para el caso de su inobservancia”. BUSCH, 2012, p. 51.

⁶¹ En efecto, el derecho internacional de los DD.HH. obliga a los Estados a consagrar en sus ordenamientos internos algo que ya es un requisito de toda democracia: proteger los DD.HH. Véase BESSON, 2015, p. 250.

⁶² Esto también se predica de los deberes constitucionales, *v.gr.*, BUSCH, 2012, p. 58.

quien defendió su derecho mediante la afectación de otros derechos del agresor, aunque fueran, en abstracto, más importantes que el derecho a la propiedad (siempre y cuando el fin buscado haya sido defender el derecho, no dañar al atacante).

2. *Los deberes humanos impactan en el contenido de los derechos humanos*

2.1. Cuestión previa: los deberes humanos *no* son un requisito para ser titular de derechos

A diferencia de los deberes consagrados en el derecho penal internacional, los establecidos en tratados de derechos humanos no obligan directamente a las personas, aunque los Estados y quienes apliquen el derecho internacional hagan recaer en ellas sus consecuencias. Además, el cumplimiento de deberes no es un requisito para el otorgamiento de derechos; está claro que todas las personas, incluso las más graves violadoras de derechos humanos, tienen derechos humanos. Esto queda patente al observar la extendida jurisprudencia de tribunales internacionales sobre derechos humanos. En efecto, aunque los deberes se relacionan con los derechos, su rol no es el de constituir un requisito para su ejercicio, sino el de orientar la acción estatal, ayudando, por ejemplo, a delimitar algunos derechos que incluyen, en su definición, una limitación (debida a la existencia de deberes), y constituyendo un insumo hermenéutico para aplicar los derechos humanos en casos concretos.

2.2. Pueden formar parte de la definición de los derechos

El primer modo cómo los deberes impactan en los derechos es contribuyendo a su definición. Esto es muchas veces necesario, pues la nomenclatura de los derechos surgió tradicionalmente en declaraciones no jurídicas, por lo que los derechos tienen nombres fáciles de recordar y útiles para el activismo, pero genéricos y algunas veces errados. Esto puede ocurrir hasta con los derechos más clásicos; por ejemplo, nadie tiene realmente “derecho a la vida” (todos moriremos, lo queramos o no), sino “a no ser privado de la vida arbitrariamente”. Por ello, para definir los derechos de un modo más jurídico, los tratados establecen limitaciones o reconocen deberes asociados a los derechos en particular. Los deberes explicitados en la misma norma que consagra un derecho concreto son los que contribuirán a su definición.

Un ejemplo de lo anterior se observa en el derecho a la libertad de expresión consagrado en la CADH, pues dicha norma prohíbe toda apología del odio que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra una o más personas (Art. 13.5). Esta prohibición implica un deber humano de abstención, y ayuda a definir la libertad de expresión como excluyendo determinado tipo de comentarios. Otro ejemplo se observa cuando el CEDH, al prohibir la esclavitud y el trabajo forzado, establece que no se puede considerar trabajo forzado u obligatorio aquel que se exige a las personas como “parte de las obligaciones cívicas normales” (Art. 4.3.d). Así, el derecho a no ser sujeto

a servidumbre no impide obligar a cumplir servicios cívicos, como sería el fungir de vocal de mesa electoral, aunque no contemplan el pago de una remuneración.

2.3. Contribuyen a la interpretación de los derechos

A diferencia de los deberes que definen derechos, los deberes autónomos de carácter general constituyen un insumo hermenéutico para todo el instrumento internacional de que se trate, permitiendo interpretar los derechos desde fuera. Esta interpretación será más discutible que la que se logra cuando el deber es intrínseco al derecho y lo define. El grado de acierto interpretativo dependerá de la cercanía o proximidad lógica de una norma con otra, lo que deberá ser explicado por el intérprete. Es por ello que distinguimos entre el rol *definitorio* y el *interpretativo* que pueden tener los deberes. A continuación daremos dos ejemplos acerca del modo cómo los deberes generales pueden contribuir a interpretar los derechos concretos.

Un primer ejemplo se toma de la opinión consultiva de la Corte IDH sobre la reelección presidencial indefinida⁶³. En dicho asunto, se le preguntó a la Corte si un Estado podía limitar la reelección presidencial. Ello, porque el artículo que consagra los derechos políticos dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a votar "y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas", sin establecer limitaciones que incluyan el haber sido previamente elegido⁶⁴ (en el trasfondo estaba la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que consideró que la limitación constitucional de la reelección del presidente Evo Morales violaba los derechos políticos consagrados en la CADH⁶⁵). Para resolver esta consulta, la Corte IDH hizo un estudio de proporcionalidad, y para definir si la prohibición de reelección cumplía con un fin legítimo, la Corte afirmó que los fines legítimos se pueden establecer en disposiciones que consagran derechos concretos (por ejemplo, cuando permiten su restricción en protección del orden o salud públicas, *v.gr.*, Arts. 12, 13 y 15), pero también en normas generales, como lo hace el artículo 32 de la CADH, al establecer como fines "las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"⁶⁶. Al aplicar este último artículo, consideró admisible la limitación de la reelección.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha utilizado los deberes autónomos generales. En efecto, aplica a la libertad de expresión la disposición del CEDH que prohíbe el abuso del derecho (Art. 17). Esta norma se dirige no solo a los Estados, sino también a los grupos e individuos, por lo que se puede considerar un deber humano de no abusar del derecho⁶⁷. El sistema europeo ha recurrido a dicha norma desde sus

⁶³ Corte IDH, 7.6.2021, OC-28/21, Serie A N° 28 (La figura de la reelección presidencial...).

⁶⁴ En efecto, el artículo 23 dispone que dicho derecho puede ser reglamentado, pero "exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

⁶⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional, 28.11.2017, 20960-2017-42-AIA, pp. 1-5.

⁶⁶ Corte IDH, 7.6.2021, OC-28/21, Serie A N° 28 (La figura de la reelección presidencial...), párr. 116.

⁶⁷ Ha sido llamado un "deber implícito general". LAMBERT 2007, p. 222 (la traducción es nuestra).

comienzos⁶⁸, y hoy suele utilizarla para rechazar alegatos basados en la libertad de expresión, que buscan dejar sin efecto prohibiciones nacionales de emitir discursos de odio o de negar el Holocausto. Ello, pues el artículo 17 dispone que ninguna norma del CEDH puede interpretarse en el sentido de permitir “dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio”, y la relación entre la negación del Holocausto y el nazismo motivó el inicio de esta jurisprudencia basada en el artículo 17⁶⁹.

3. *No generan obligaciones autónomas para las personas*⁷⁰

3.1. No constituyen una base para el poder estatal de obligar a las personas

Podría pensarse que los deberes constituyen una base jurídica que autoriza al Estado a obligar a las personas. Sin embargo, esta interpretación sería inadecuada, pues no es necesario que el Estado cuente con una autorización consagrada internacionalmente para obligar a sus habitantes a adoptar conductas específicas. Nunca se ha puesto en duda que los Estados tienen soberanía territorial, es decir, el poder para obligar a sus ciudadanos y a los habitantes de su territorio⁷¹; se entiende que esta es una prerrogativa inherente a la autoridad nacional, necesaria para lograr el bien común. El derecho internacional se construye sobre esa base, por lo que sería inconducente pretender encontrar en los tratados internacionales una fuente de poder estatal para imponer obligaciones.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos busca consagrar un espacio de protección de los individuos, para evitar que la autoridad abuse gravemente al ejercer sus poderes. El problema es que la formulación de algunos derechos humanos puede ser absoluta, y es necesario consagrar deberes que reflejen mejor el rol de los derechos en una sociedad (en ese sentido, se podría decir que moderan el individualismo liberal propio del proyecto de los derechos humanos, dando espacio a la solidaridad en una sociedad democrática⁷²). Así, por ejemplo, el derecho a la integridad personal o a criar a los hijos conforme con las propias convicciones podrían permitir oponerse a

⁶⁸ Comisión Europea de DD.HH., 10.7.1957, Acción 250/57 (German Communist Party...).

⁶⁹ Acerca del tema, puede verse LOBBA, 2015.

⁷⁰ En esta expresión incluimos tanto a personas naturales como jurídicas, pues la práctica internacional es consistente en que los tratados no establecen deberes en forma directa a personas naturales o jurídicas –a excepción del caso del derecho penal internacional–, particularmente en el área del derecho internacional de los DD.HH. Véase BESSON, 2015, p. 267. Ello, sin desconocer posturas contrarias, particularmente la de los principios sobre empresas y DD.HH. (Consejo de Derechos Humanos: Res. 17/4), y sin perjuicio de estar de acuerdo en que las personas y corporaciones tienen obligaciones *éticas* de respetar los DD.HH. Este último enfoque es el que adoptan algunos autores, como KOLSTAD, 2009, p. 570.

⁷¹ V.gr., PASTOR, 2024, pp. 317-320 y 353, y KLABBERS, 2024, p. 98.

⁷² Aunque no forma parte de los objetivos de este trabajo, se ha afirmado que el lenguaje de los derechos ha afectado la comprensión del individuo como teniendo responsabilidades y formando parte de una red de grupos sociales. GLENDON, 1991, pp. 76-144.

programas de vacunación infantil no experimentales⁷³, pero los deberes contribuyen a interpretar los derechos en forma compatible con ciertos intereses sociales fundamentales. En definitiva, el rol de los deberes humanos no es permitir que el Estado imponga obligaciones, sino evitar que las personas, en ejercicio de derechos, pongan trabas insalvables que impidan obtener determinados bienes sociales.

3.2. No generan una obligación directa para las personas

La observancia de los deberes humanos es necesaria para que se materialicen los derechos fundamentales. Algunos deberes proveen directamente de derechos, por ejemplo, el deber de educar a los hijos hace posible el derecho a la educación de los niños⁷⁴. Otros lo hacen posible en forma indirecta, por ejemplo, el deber de pagar impuestos permite asegurar los derechos sociales⁷⁵. Sin embargo, como la regla general es que los tratados no obliguen directamente a los particulares, las normas nacionales deben mediar. Aquí es relevante la opinión del Comité de Derechos Humanos sobre las obligaciones generales del PIDCP, al afirmar que ellas "tienen fuerza vinculante para los Estados Parte y, en estas condiciones, no tienen un efecto horizontal directo como elemento del derecho internacional. No cabe considerar que el Pacto es supletorio del derecho penal o civil interno"⁷⁶.

En efecto, los tratados de derechos humanos generan obligaciones para los Estados a nivel internacional, pero dependerá de la regulación nacional si el tratado tiene efectos directos a nivel interno⁷⁷. A ello hay que agregar el tema de la autoejecutabilidad: incluso los Estados monistas considerarán, generalmente, que las disposiciones de tratados que impongan deberes a las personas no serán autoejecutables⁷⁸. Además, la redacción de los tratados de derechos humanos muestra que ellos no buscan obligar directamente a los individuos (ni siquiera a abstenerse de violar los derechos de sus semejantes). Esta decisión de los instrumentos internacionales es razonable, pues los deberes de los individuos "en el derecho interno son el producto de equilibrios entre muchos intereses en conflicto, equilibrios que cambian en el tiempo y varían entre país y país"⁷⁹.

En definitiva, aunque el cumplimiento de los deberes humanos puede ser indispensable para el respeto a los derechos humanos, los deberes consagrados en instrumentos internacionales no generan obligaciones directas a las personas. Mientras el Estado no haya dado una concreción legal a los deberes consagrados en tratados internacionales, ellos tendrán un rol limitado frente a los individuos en el ámbito interno: en el caso de

⁷³ Este tema es de discusión actual, según se observa en fallos como Corte Suprema, 26.3.2025, rol 7616-2025.

⁷⁴ PEDRA, 2014, p. 16.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2004, párr. 8.

⁷⁷ IWASAWA, 2016, p. 153.

⁷⁸ Cfr., *Ibid.*, pp. 175-176.

⁷⁹ Véase KNOX, 2008, p. 23.

Estados dualistas, no tendrán ningún papel, y en el caso de Estados monistas, como el chileno, ellos solo operarán como insumo para definir o interpretar el contenido de los derechos humanos autoejecutables.

Esto no significa que los tratados internacionales sean inútiles por sí mismos en materia de deberes. En efecto, aunque ellos no obligan directamente a privados, sirven como mecanismo que impide una interpretación de los derechos humanos contraria al bien común, como podría ocurrir si alguien pretendiera invocar su derecho a la propiedad privada para negarse a pagar impuestos, o su derecho a no ser sometido a servidumbre para negarse a educar a sus hijos. Además, en caso de que un Estado no cumpla con exigir la realización de los deberes a nivel nacional, los demás Estados Parte del tratado pueden invocar la responsabilidad del Estado incumplidor, siguiendo las reglas generales del derecho internacional, y las específicas que establezca el instrumento vinculante que sea violado.

CONCLUSIÓN

Solo las sociedades conscientes de sus responsabilidades permiten una cultura de respeto a los derechos humanos⁸⁰. La DUDH manifiesta parcialmente esta idea al afirmar que “[t]oda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”⁸¹. Por eso, los instrumentos de derechos humanos contienen también *deberes* humanos. Algunos son establecidos explícitamente, y otros se derivan del deber –generalmente implícito– de respetar los derechos humanos de los demás. Los Estados, así como los tribunales internacionales y nacionales, debieran ser capaces de notar la existencia de estos deberes y de darles la aplicación práctica que les corresponde, pues el cumplimiento de los deberes humanos contribuye a que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos humanos.

La observación y análisis de los instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos permite notar que ellos obligan a los Estados a plasmar en normas nacionales los deberes de los individuos. Además, exigen que quienes apliquen el derecho internacional de los derechos humanos consideren los deberes humanos, tanto para definir como para interpretar los derechos, según corresponda. Sin embargo, los deberes humanos establecidos en tratados no buscan imponer obligaciones directamente a los individuos. En parte, esto se debe a que los “Estados y algunas instituciones internacionales, hasta el momento excepcionales, como la Unión Europea, son los únicos poseedores de deberes de derechos humanos en el derecho internacional”⁸². Además, el modo cómo se

⁸⁰ Hay instrumentos que buscan recalcar esta realidad. *V.gr.*, Berdion y Sikkink piensan que los deberes en la Constitución francesa de 1795 buscaban generar una conciencia de virtud cívica en los oficiales públicos, para evitar la corrupción pública. BERDION DEL VALLE Y SIKKINK, 2017, p. 210.

⁸¹ Se ha entendido que el uso de la palabra “solo” mostraría que la existencia de deberes es esencial para mantener una comunidad en forma, que permita el ejercicio de derechos. *Ibid.*, p. 224.

⁸² BESSON, 2015, p. 267 (la traducción es nuestra).

relacionan el derecho internacional y el interno requiere que sea este el que dé concreción a los deberes humanos, permitiendo una aplicación consciente de las particularidades y tradiciones de cada sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2008: *Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2016: "Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, volumen 11, pp. 152-162.
- BERDION DEL VALLE, Fernando, SIKKINK, Kathryn, 2017: "(Re)discovering Duties: Individual Responsibility in the Age of Rights", *Minnesota Journal of International Law*, volumen 26, N° 1, pp. 189-245.
- BESSON, Samantha, 2015: "The Bearers of Human Rights' Duties and Responsibilities for Human Rights: A Quiet (R)Evolution?", *Social Philosophy & Policy*, volumen 32, N° 1, pp. 244-268.
- BIDART CAMPOS, Germán J., 2015: *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- BOOT, Eric R., 2017: *Human Duties and the Limits of Human Rights Discourse*, Cham, Springer.
- BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah y STEWART, David P., 2009: *International Human Rights in a Nutshell* (4ª edición), Saint Paul, West Publishing Co.
- BUSCH VENTHUR, Tania, 2012: "Deberes Constitucionales", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, volumen 30, pp. 43-61.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge F., 2024: "Emergencia Climática: Perspectivas Interamericanas de Derechos de la Naturaleza y Deberes Individuales", en Rubén Martínez Dalmau, Aurora Pedro Bueno (editores), *Derechos de la Naturaleza desde el Mediterráneo. El Diálogo Sur-Sur*, Valencia, Pireo Editorial, pp. 113-127.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, 2015: "Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 3, pp. 873-902.
- CASSIN, René, 1968: "De la Place Fait aux Devoirs de l'Individu dans la Declaration Universelle des Droits de l'Homme", en *Mélanges Offerts à Polys Modinos: Problèmes des Droits de l'Homme et de l'Unification Européenne*, Paris, Editions A. Pedone, pp. 479-488.
- CEA EGAÑA, José Luis, 2012: *Derecho Constitucional Chileno* (2ª edición), volumen II, Santiago, Ediciones UC.
- CONTRERAS, Pablo, 2011: "¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental", en José Ignacio Núñez (editor), *Nuevas Perspectivas en Derecho Público*, Santiago, Librotecnia, pp. 149-185.
- EIDE, Asbjørn, 2018: "Adequate Standard of Living", en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah y Sandesh Sivakumaran (editores), *International Human Rights Law* (3ª edición), Oxford, Oxford University Press, pp. 186-207.
- FUENZALIDA, Sergio, 2020: "No hay derechos sin deberes", *El Mercurio. Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908446&Path=/0D/DC/>.
- GARDINER, Richard, 2008: *Treaty Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- GLENDON, Mary Ann, 1991: *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press.
- IWASAWA, Yuji, 2016: "Domestic Application of International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volumen 378, pp. 9-261.
- KLABBERS, Jan, 2024: *International Law* (4ª edición), Cambridge, Cambridge University Press.

- KNOX, John H., 2008: "Horizontal Human Rights Law", *The American Journal of International Law*, volumen 102, Nº 1, pp. 1-47.
- KOLSTAD, Ivar, 2009: "Human Rights and Assigned Duties: Implications for Corporations", *Human Rights Review*, volumen 10, pp. 569-582.
- LAMBERT, Pierre, 2007: "Les Droits et les Devoirs de l'Homme : Un Équilibre Délicat", en Andreas Auer, Alexandre Flückiger y Michel Hottelier (editores), *Les Droits de l'Homme et la Constitution: Études en l'Honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Genève, Schulthess, pp. 219-227.
- LEACH, Philip, 2012: *Taking a Case to the European Court of Human Rights* (3ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- LOBBA, Paolo, 2015: "Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime", *The European Journal of International Law*, volumen 26, Nº 1, pp. 237-253.
- MIETH, Corinna, 2012: "On Human Rights and the Strength of Corresponding Duties", en Gerhard Ernst y Jan-Christoph Heilinger (editores), *The Philosophy of Human Rights*, Berlin-Boston, De Gruyter, pp. 159-169.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA (ed.), 1953: *Novena Conferencia Internacional Americana*, Actas y Documentos, Bogotá.
- OST, François y VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, 2005: "La Responsabilité, Face Cachée des Droits de l'Homme", en Hugues Dumont, François Ost y Sébastien van Drooghenbroeck (editores), *Face Cachée des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, pp. 159-169.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., 2024: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (28ª edición), Madrid, Tecnos.
- PAÚL, Álvaro, 2017: *Los Trabajos Preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Origen Remoto de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1987: "Los Deberes Fundamentales", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, volumen 4, pp. 329-341.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana, 2014: "Los Deberes de las Personas y la Realización de los Derechos Fundamentales", *Estudios Constitucionales*, volumen 12, Nº 2, pp. 13-28.
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana, 2017: "La Función de los Deberes Constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, Nº 1, pp. 133-158.
- SAUL, Ben, 2001: "In the Shadow of Human Rights: Human Duties, Obligations, and Responsibilities", *Columbia Human Rights Law Review*, volumen 32, Nº 3, pp. 565-624.
- SILVA ABBOTT, Max, 2016: "El 'Deber de Prevenir' Violaciones a los Derechos Humanos y Algunas de sus Posibles Consecuencias", *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, volumen 22, pp. 1-23.
- SMITH, Karen E., 2013: "Acculturation and the acceptance of the Genocide Convention", *Cooperation and Conflict*, volumen 48, Nº 3, pp. 358-377.
- TAJADURA TEJADA, Javier, 2010: "Derechos Fundamentales e Integración Europea", *Estudios de Deusto*, volumen 58, Nº 1, pp. 265-285.

Jurisprudencia

- COMISIÓN Europea de DD.HH., decisión sobre admisibilidad de 10 de julio de 1957, Acción 250/57 (German Communist Party, Reimann y Fisch vs. República Federal de Alemania).
- CORTE IDH, opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003, OC-18/03, Serie A N° 18 (Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados).
- CORTE IDH, opinión consultiva de 26 de febrero de 2016, OC-22/16, Serie A N° 22 (Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).
- CORTE IDH, opinión consultiva de 7 de junio de 2021, OC-28/21, Serie A N° 28 (La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos).
- CORTE IDH, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 5 de octubre de 2015, Serie C N° 302 (López Lone y otros vs. Honduras).
- CORTE IDH, sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4 (Velásquez Rodríguez vs. Honduras).
- CORTE Suprema, sentencia de 26 de marzo de 2025, rol 7616-2025.
- TRIBUNAL Constitucional Plurinacional, sentencia de 28 de noviembre de 2017, expediente 20960-2017-42-AIA.

Normas jurídicas

- CARTA Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 1 de junio de 1981.
- CARTA de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada el 7 de diciembre de 2000.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos Humanos y Responsabilidades de la Persona”, E/CN.4/2003/105, 17 de marzo de 2003.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’”, Res. 17/4 de 16 de junio de 2011.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.
- CONVENCIÓN Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, adoptada el 6 de mayo de 2013.
- CONVENCIÓN de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969. Publicada en Chile el 22 de junio de 1981.
- CONVENCIÓN sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile el 9 de diciembre de 1989.
- CONVENIO para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 (enmendado).
- ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998. Publicada en Chile el 1 de agosto de 2009 (enmendado).
- IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948.
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, “Carta Internacional de los Derechos del Hombre”, A/RES/217A(III) de 10 de diciembre de 1948.

PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Publicada en Chile el 29 de abril de 1989.

PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Publicado en Chile el 27 de mayo de 1989.

SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, “Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos”, Res. 2003/16 de 13 de agosto de 2003.

UNESCO, “Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras”, Res. 29 C/44 de 12 de noviembre de 1997.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100133>

Familias y Constitución: influencias mutuas en cuidados e infancia

María José Jara Leiva*
Victoria Martínez Placencia**

RESUMEN

En Chile, la distribución de las responsabilidades de cuidado y la posición de la infancia están estrechamente vinculados, ya que el modelo liberal de familia subordina los derechos de niños y niñas al espacio privado y perpetúa una distribución desigual de roles de cuidado en perjuicio de las mujeres. Este artículo propone una revisión crítica de algunas sentencias del Tribunal Constitucional, con el objeto de demostrar cómo el tratamiento constitucional de la familia impacta en los derechos de mujeres, niños y niñas.

Familias; derechos de las mujeres; derechos de niños y niñas

Families and the Constitution: mutual influences in care and childhood

ABSTRACT

In Chile, the distribution of caregiving responsibilities and the position of children are closely linked, as the liberal family model subordinates the rights of children to the private sphere and perpetuates an unequal distribution of caregiving roles to the detriment of women. This article proposes a critical review of some Constitutional Court rulings to demonstrate how the constitutional treatment of family impacts the rights of women and children.

Families; women's rights; children's rights

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III, España. Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Tecnológica Metropolitana, Santiago, Chile. ORCID ID: 0000-0002-9596-873X. Correo electrónico: mj.jara@utem.cl.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Santiago. LLM Legal Theory, University College London, Reino Unido. Doctora en Derecho, Universidad Diego Portales y Universidad de Sevilla. Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. ORCID: 0009-0007-3399-7109. Correo electrónico: vmartinez@uahurtado.cl.

Artículo recibido el 26.4.2025 y aceptado para su publicación el 12.8.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX, la mayoría de los países occidentales ha transitado un proceso de ampliación de derechos fundamentales, tanto respecto de su titularidad como de su contenido. Este proceso marcó un giro en la concepción tradicional del sujeto de derechos, que históricamente se limitaba a una abstracción: un hombre adulto, blanco y propietario.

Gracias a las reivindicaciones feministas y del movimiento por los derechos de la infancia, ahora es indiscutible que tanto mujeres como niños y niñas tienen derechos fundamentales. Pero, a pesar de ser un avance significativo, esta transformación no ha logrado trascender el discurso, pues en muchos contextos su realidad desfavorecida persiste.

En este trabajo se argumenta que la posición desigual de mujeres, niños y niñas tiene un condicionante común: el tratamiento jurídico de la familia. La institución familiar, vista por el liberalismo como una esfera de inmunidad idealizada, ha ocultado desigualdades de poder y limitación de autonomía que existen en su interior, especialmente en su modelo tradicional.

El objetivo de este artículo es demostrar la influencia de la idea de familia en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de mujeres, niños y niñas en Chile. Para ello se ofrece una revisión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") a partir del análisis de algunas sentencias relevantes sobre infancia, maternidad y la distribución de roles de cuidado en la familia. Se propone un análisis integrador que revela el problema común de priorizar un modelo determinado de familia por sobre los derechos de sus integrantes.

En las dos primeras secciones se presenta un marco teórico, explicando por qué el modelo de familia en los Estados liberales es tan relevante para el estatus y los derechos de mujeres e infancias. En las secciones siguientes se argumenta cómo estos aspectos teóricos se materializan en el constitucionalismo chileno y se presenta la revisión crítica de sentencias. Finalmente, se ofrecen conclusiones.

II. INFANCIA Y MUJERES: LA CONVENIENCIA DE UN ANÁLISIS INTEGRADOR

Históricamente, la experiencia de las mujeres ha estado estrechamente vinculada a la de niños y niñas. Desde el embarazo y el parto, hasta las labores de crianza y cuidado de la progenie, todas estas han sido tareas vinculadas con la infancia que socialmente se consideran como "asuntos de mujeres". Sin embargo, en el ámbito académico, los estudios acerca de las mujeres y la infancia han tendido a desarrollarse en campos de análisis separados, sin converger mayormente¹.

¹ OAKLEY, 1994, p.13.

La posición social de mujeres e infancias intersecta en puntos clave. El género moldea la experiencia infantil², y ambos grupos enfrentan desventajas debido a la instrumentalización de sus características biológicas y culturales para justificar un trato desigual³. Esta desigualdad se manifiesta en la resistencia social a reconocer plenamente sus derechos y su agencia moral, conduciendo a una marginación paternalista que restringe su capacidad de decidir respecto de sus propias vidas⁴.

Las opresiones que afectan a las mujeres y a la infancia, aunque no son equivalentes, tienden a entrelazarse y depender mutuamente⁵. Por ejemplo, Tronto argumenta que las políticas que asignan las responsabilidades de cuidado exclusivamente en las familias perjudican tanto a mujeres como a niños y niñas. A las primeras, porque imponen cargas desproporcionadas y modelos de maternidad intensiva que profundizan la desigual distribución del cuidado. A los segundos, porque atan sus posibilidades de cuidado y desarrollo a los recursos económicos y de tiempo que tenga su grupo familiar⁶.

Como se expone en este artículo, el modelo político liberal ha jugado un papel crucial en la consolidación de este estatus de desventaja forjado en el espacio doméstico de la familia tradicional⁷. Las similitudes entre las desventajas que experimentan mujeres e infancias sugieren la conveniencia de un enfoque analítico integrador. En este sentido, los estudios feministas, particularmente sus herramientas teóricas como el cuestionamiento a la aparente neutralidad del derecho⁸, proporcionan un marco común de análisis. Al incorporar un enfoque interseccional, las teorías feministas permiten visibilizar los vínculos entre las opresiones compartidas y comprender cómo el género y la edad funcionan como categorías estructurales de subordinación⁹.

III. LA FAMILIA Y EL ESTADO LIBERAL

El liberalismo político, que surgió en la Europa del siglo XIX, enarbola como ideas centrales la libertad, la autonomía individual y la igualdad ante la ley¹⁰. Se fundó sobre una comprensión procedimental de la sociedad política cimentada en el contrato social, suponiendo igualdad y reciprocidad en la ciudadanía¹¹.

Su promesa emancipadora se cristalizó en declaraciones de derechos y textos constitucionales que dieron cuenta de que no todas las personas estaban incluidas en el contrato.

² THORNE, 1993.

³ En contra de esta asimilación: O'NEILL, 1992, pp. 24-42.

⁴ OAKLEY, 1994, p. 16-22; GAITÁN, 2006.

⁵ OAKLEY, 1994, p. 19.

⁶ TRONTO, 2013, pp. 175-176.

⁷ OAKLEY, 1994, p. 17.

⁸ Por ejemplo: OKIN, 1989; PATEMAN, 2018.

⁹ BRIDGEMAN Y MONK, 2000, p. 7; OAKLEY, 1994; WINTERSBERGER, 2006.

¹⁰ FREDMAN, 2002, pp. 6 y ss.

¹¹ NUSSBAUM, 2007, pp. 171-176.

La comunidad política quedó conformada por hombres adultos, y entre ellos, solo por blancos y propietarios¹². Este nuevo pacto se cimentó en la exclusión de gran parte de la población: las personas pobres y dependientes, las mujeres y, por cierto, niños y niñas.

Si bien la igualdad fue un principio crucial para el liberalismo político, la exclusión de mujeres, infancias y otros grupos desaventajados impidió su universalidad. Con la evolución del liberalismo y la ampliación de la comunidad política la igualdad alcanzó a las mujeres, pero solo en su definición formal¹³. Así, se removieron algunos impedimentos legales, pero no las estructuras sociales de poder que mantenían su subordinación. La igualdad formal mantuvo como modelo o parámetro de comparación al varón, excluyendo las experiencias de mujeres, y también la de niños y niñas¹⁴.

Aquí se argumenta que la justificación del tratamiento que el liberalismo prodigó a mujeres e infancias está en la familia, específicamente en la familia tradicional¹⁵. Este modelo se basa en la relación conyugal y tiende a un ideal de estabilidad mediante la distribución de roles. Al padre le corresponde el trabajo remunerado en el espacio público, mientras que a la mujer el cuidado del hogar, la familia y las personas dependientes, y a los hijos e hijas dedicarse exclusivamente a su formación¹⁶. Este modelo de familia se consolidó en Europa con la industrialización y el sistema de producción capitalista¹⁷. Fruto de los procesos de colonización este modelo llegó a las sociedades latinoamericanas, que lo asumieron con sus propias particularidades locales de la cultura mestiza, determinadas por la conjunción de las culturas indígenas, africanas y europeas¹⁸.

La dicotomía entre la esfera pública y privada fue una idea clave para la tradición liberal¹⁹. Como consecuencia, el padre/varón se posicionó en el espacio público, mientras que la madre/mujer, niños y niñas permanecieron en el ámbito privado. Como consecuencia, el liberalismo cuestionó la interferencia estatal en la vida privada, considerando la intimidad familiar esencial para el libre desarrollo personal y de los vínculos interpersonales²⁰. La crianza de los hijos conforme con los valores transmitidos por sus padres se consideró fundamental para la autonomía y la libertad individual²¹.

Aunque el Estado liberal se proclama neutral frente a la familia, lo cierto es que influye en su estructura y consolida ciertos patrones por medio del derecho. El Estado adopta y perpetúa un modelo ideal de familia, define la posición y los roles que deben desempeñar sus miembros y el papel que dentro de ella tienen los derechos²². A su vez,

¹² RUBIO-MARÍN, 2022, p. 27.

¹³ FREDMAN, 2002, p. 15.

¹⁴ MACKINNON, 1994, pp. 32 y ss.

¹⁵ JARA, 2022, p. 116.

¹⁶ VALPUESTA, 2012, p. 102.

¹⁷ CARRASCO, BORDERÍAS y TORNOS, 2019. IGAREDA, 2009, p. 148

¹⁸ VALDÉS, 2017.

¹⁹ KYMLICKA, 2002, p. 388.

²⁰ EEKELAAR, 2006, pp. 82 y ss.

²¹ ARCHARD, 2004, pp., 74-75.

²² WOLLSTONECRAFT, 2015.

el estatus jurídico de mujeres, niños y niñas es modulado por la institución familiar. La regulación del matrimonio, la patria potestad y los derechos laborales femeninos ilustran esta influencia mutua²³.

En la misma línea, el ideario liberal concibe a la familia como un hecho natural, que tiene una forma prepolítica y prejurídica²⁴. Sin embargo, esta concepción omite que la configuración de la familia y los roles de sus integrantes dependen de factores estructurales, como la manera en que se organiza la economía, el mercado del trabajo y también el derecho²⁵. Como señala Nussbaum, la regulación jurídica de la familia no es algo externo a ella, sino que la constituye²⁶.

La configuración jurídica de la familia comienza desde la constitución y se extiende a todo el ordenamiento. En el constitucionalismo la escisión entre las esferas pública y privada se asumió implícitamente. El silencio, en realidad, expresaba la naturalización y despolitización de la familia tradicional²⁷. Su progresiva incorporación en textos constitucionales contemporáneos no significó necesariamente un reconocimiento en igualdad de condiciones²⁸.

Las teorías feministas han criticado al liberalismo, específicamente al contractualismo liberal, objetando la visión dicotómica que separa lo público de lo privado. Autoras como Carole Pateman sostienen que esa escisión vuelve invisible la interrelación de la esfera privada con la vida social y política, pues las desigualdades que se dan en la familia inciden también en una posición desigual de sus miembros en la sociedad²⁹.

Para el liberalismo la familia representa tanto un valor como un problema. Por una parte, se presenta como un refugio de intimidad de las personas y como una institución valiosa para la sociedad en general, ya que cumple funciones cruciales como la reproducción de los modos de vida y la socialización. Pero, por otra, las dinámicas que se dan en su interior, sobre todo en su patrón tradicional (caracterizado por la jerarquía y la subordinación al *pater familiae*), pueden colisionar con ideales que son –o, al menos, deberían ser– fundamentales para el liberalismo político, tales como la igualdad de oportunidades y los derechos de las personas³⁰.

²³ CAAMAÑO, 2010. Acerca de la regulación familiar del Código Civil chileno original y sus lentas transformaciones, ver: TAPIA, 2007.

²⁴ NUSSBAUM, 2017, p. 361.

²⁵ Por ejemplo: OKIN, 1989; PATEMAN, 2018.

²⁶ NUSSBAUM, 2017, p. 365.

²⁷ RUBIO-MARÍN, 2022, p., 46.

²⁸ RUBIO-MARÍN, 2015, p. 797; VITA, 2021, pp. 44 y ss.

²⁹ TURÉGANO, 2001, p. 325; PATEMAN, 2018, p. 23.

³⁰ UDI, 2017, p. 110.

IV. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980

Como el resto de las constituciones comparadas previas a la Segunda Guerra Mundial, las constituciones chilenas de 1833 y 1925 no hacían referencia explícita a la familia. Fue con la Constitución de 1980 que esta se convirtió en una preocupación expresa del constituyente. En general, el texto constitucional la considera como una asociación fruto de la decisión libre y soberana de las personas, que no solo antecede al Estado, sino que configura materialmente a la sociedad³¹.

Son diversas las disposiciones constitucionales que aluden a la familia. En su art. 1, la Constitución la reconoce como núcleo fundamental de la sociedad y establece el deber estatal de protegerla propendiendo a su fortalecimiento. Y, como agrupación intermedia, la Constitución le garantiza su adecuada autonomía para la consecución de sus propios fines³². Esta autonomía descansa en el respeto a la capacidad asociativa de las personas y se manifiesta en la libertad para organizarse del modo que estimen conveniente, sin injerencia de terceros³³.

La Constitución, inspirada en la filosofía liberal, refiere indirectamente a la familia en su catálogo de derechos para preservar su autonomía, minimizando la intervención estatal. En efecto, reconoce el respeto y la protección de la vida privada y la honra de la persona y la familia³⁴, así como la inviolabilidad del hogar³⁵, mas no señala otras maneras de concretar la obligación de protección de la familia. Lo anterior difiere de la tendencia del constitucionalismo latinoamericano, que refiere a la familia a propósito de los derechos sociales o mandata el desarrollo de políticas públicas de prestación de servicios por parte del Estado³⁶.

El importante papel y la intensa protección que el texto constitucional chileno atribuye a la familia como entidad abstracta contrasta con la insuficiencia de su regulación, que Zúñiga y Turner han descrito como una “hipertrofia abstencionista” constitucional. A diferencia de la mayoría de las constituciones latinoamericanas, no contiene un estatuto sistemático respecto de la institución familiar que oriente al legislador a efectos de atribuir derechos y obligaciones a sus miembros, ni concretar las consecuencias jurídicas del rol del Estado como garante de ella³⁷, quedando al alero de normas generales sobre derechos fundamentales, cuyo impacto en la ley ha sido tardío y limitado³⁸.

³¹ SOTO KLOSS, 1994, pp. 224-225.

³² Constitución de 1980, art. 1 inc. 3°. Además, la Constitución contenía en su criticado art. 8 una alusión adicional a la familia, declarando ilícito y contrario al ordenamiento institucional todo acto de personas o grupos destinados a propagar ideas que atenten contra ella.

³³ STC 184-94, c. 7° d), 226-95, c. 28° y 29°, entre otras.

³⁴ Constitución de 1980, art. 19 N° 4.

³⁵ Constitución de 1980, art. 19 N° 5.

³⁶ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 283.

³⁷ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 277. Sobre el concepto constitucional de familia en Latinoamérica: ESBORRAZ, 2015.

³⁸ TAPIA, 2007.

A lo anterior se suma la falta de mención expresa de mujeres, niños y niñas. Aunque como fruto de la reforma de 1999 la Constitución establece la igualdad jurídica entre hombres y mujeres³⁹, es de las pocas constituciones latinoamericanas que no refiere a la protección de los derechos de la mujer, ni establece deberes del Estado para promover la igualdad⁴⁰. Por lo demás, tampoco menciona expresamente la maternidad ni su protección⁴¹.

Esta omisión es coherente con la concepción formal de la igualdad que abraza la Constitución, fundada en la fórmula aristotélica de tratar de la misma forma a los iguales y dar un trato desigual a quienes estén en circunstancias diferentes⁴². Las disposiciones constitucionales sobre igualdad reprochan la arbitrariedad, pero no necesariamente la discriminación de personas pertenecientes a grupos desaventajados⁴³.

Asimismo, aunque encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer⁴⁴, la Constitución tampoco refiere a niños y niñas, quedando la salvaguarda de sus intereses en la legislación⁴⁵. La Constitución chilena es la única en la región (junto con la uruguaya) que hasta el momento no reconoce explícitamente derechos fundamentales a este grupo⁴⁶, por lo que esta omisión ha sido catalogada como una anomalía constitucional⁴⁷. En su lugar, solo los reconoce indirectamente en su calidad de hijos e hijas y desde la óptica de los derechos de las personas adultas sobre ellos y ellas, al establecer el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos⁴⁸ y a escoger su establecimiento de enseñanza⁴⁹.

Esta ausencia constitucional intentó ser revertida en las fallidas propuestas constitucionales de 2022 y 2023, especialmente en la primera. Uno de los aspectos más vanguardistas de la primera propuesta (2022) fue la incorporación del cuidado⁵⁰. Establecía un principio de reconocimiento del valor del cuidado, un derecho fundamental al cuidado, y se reconocía la relación de los cuidados con el derecho al trabajo y a la seguridad social. En el texto propuesto por el Consejo Constitucional (2023) se establecía el reconocimiento del valor del cuidado y un deber específico de la familia de cuidar a sus miembros.

³⁹ Constitución de 1980, art. 19 N° 2.

⁴⁰ Para el comisionado Guzmán, la situación jurídica de un hombre y una mujer independientes entre sí es distinta a la relación de un hombre y una mujer en la familia. Afirmó que “Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido”. Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974, Antecedentes Constitucionales.

⁴¹ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 290.

⁴² DÍAZ DE VALDÉS, 2019, p. 109.

⁴³ CODDOU, 2024, p. 318.

⁴⁴ Constitución de 1980, art. 19 N° 1, inc. 2°.

⁴⁵ La única referencia constitucional a este grupo ha sido recientemente incorporada (2023) para los casos de reemplazo constitucional (art. 154 N° 9).

⁴⁶ ESPEJO Y LOVERA, 2023, p. XXIV.

⁴⁷ ESPEJO, 2023, p. 204.

⁴⁸ Constitución de 1980, art. 19 N° 10, inc. 2°.

⁴⁹ Constitución de 1980, art. 19 N° 11, inc. 4°.

⁵⁰ UNDURRAGA Y ZÚÑIGA, 2024a.

En materia de infancia, la primera propuesta incluía el reconocimiento específico de su calidad de sujetos de derechos, así como el establecimiento de un deber estatal prioritario de protegerlos, resguardando su interés superior, autonomía progresiva, desarrollo integral y su derecho de participación. Junto con ello, se establecía su derecho a vivir en familia y a ser protegidos contra toda forma de violencia o abuso, entre otras menciones⁵¹. En tanto, la propuesta de 2023, aunque menos avanzada en el reconocimiento de sus derechos (sobre todo los de autonomía), reconocía el interés superior del niño o la niña y la protección contra la violencia, y establecía el deber constitucional de respetar su dignidad⁵².

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA FAMILIA EN CHILE

La constitucionalización del derecho hace referencia al proceso de conversión del sistema jurídico en virtud del cual este queda “impregnado” de normas de carácter constitucional⁵³. De esta forma, la Constitución extiende su fuerza normativa a la interpretación y aplicación de las diferentes ramas del derecho⁵⁴.

Dentro de la constitucionalización del derecho civil, un subproceso es la constitucionalización del derecho de la familia. Esta conlleva un cambio de perspectiva respecto de la técnica jurídica para proteger a la familia y sus integrantes. Implica la superación progresiva de la dicotomía liberal que escinde lo público de lo privado, y que concibe una regulación de la familia que reside exclusivamente en la codificación civil y, por tanto, ordenadora de las relaciones entre particulares⁵⁵.

De esta manera, la familia se concibe como un objeto social que trasciende las definiciones puramente jurídicas, y su regulación como un asunto que no puede dejarse exclusivamente bajo el alero del derecho privado, sino que requiere una constante interacción con el derecho público⁵⁶. Así, la familia no solo es objeto del derecho civil, sino también del derecho constitucional (con la jerarquía normativa que conlleva), así como de otras áreas como el derecho laboral o administrativo, cada una de las cuales regula distintos aspectos jurídicos vinculados a esta institución⁵⁷. Con ello, se asume su posicionamiento en el centro de la encrucijada entre lo social y lo jurídico, y entre lo público y lo privado⁵⁸.

⁵¹ Convención Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022, art. 26.

⁵² Consejo Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023, art. 12 y 37.7.

⁵³ ESPEJO, 2019, p. 7.

⁵⁴ GUASTINI, 2023; ETCHEBERRY, 2019, p. 194.

⁵⁵ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 272

⁵⁶ ETCHEBERRY, 2019. ZÚÑIGA Y TURNER, 2024, p. 207.

⁵⁷ Para Corral, este fenómeno conlleva la desintegración de la familia para dar paso a una concepción individualista de la misma. CORRAL, 2005, pp. 433 y ss.

⁵⁸ TURNER y ZÚÑIGA, 2024, p. 211.

Como da cuenta Espejo, la constitucionalización del derecho de la familia se ha desarrollado mediante distintas vías. Una de ellas es la precisión progresiva de las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar, lo que, como se ha descrito, no ha ocurrido en Chile. Pero también se constitucionaliza por medio de la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁵⁹.

Con la reforma de 1989 que incorpora el art. 5 inc. 2º, la Constitución chilena recepciona el derecho internacional de derechos humanos realizando un reenvío hacia las convenciones internacionales⁶⁰, varias de las cuales regulan algún aspecto de la vida familiar⁶¹. Sin embargo, su impacto constitucional ha sido limitado por las permanentes discusiones en torno a su real alcance⁶².

En realidad, el impacto más evidente del derecho internacional de derechos humanos ha sido en el desarrollo legislativo⁶³. En coherencia con las normas internacionales, el legislador se ha abierto hacia el reconocimiento de diversas formas familiares, la incorporación de los derechos de niños y niñas, la corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos e hijas, la protección contra la violencia de género, entre otros cambios⁶⁴.

En cuanto a la tercera vía de constitucionalización del derecho de familia, la interpretación constitucional, es preciso hacer una distinción entre la que es llevada a cabo por los tribunales ordinarios (a propósito de las acciones constitucionales de protección y amparo) y la desarrollada por el TC (en ejercicio del control de constitucionalidad). En Chile, la constitucionalización de derechos fundamentales está consolidada en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, pero es incipiente en la interpretación del TC⁶⁵.

Sin perjuicio de algunos avances⁶⁶, la constitucionalización del derecho de la familia desde el TC contrasta con la situación comparada. En la jurisprudencia constitucional regional, las cláusulas que protegen a la familia han comenzado a ser interpretadas en términos progresistas. Por ejemplo, extendiendo la protección a distintas formas de familia, reconociendo matrimonios de personas del mismo sexo y desarrollando la idea de que la familia debe ser un espacio libre de violencia⁶⁷.

⁵⁹ ESPEJO, 2019, p. 9.

⁶⁰ ZÚÑIGA Y TURNER, 2013, p. 294.

⁶¹ Una revisión en: TURNER y ZÚÑIGA, 2024, pp. 214-218.

⁶² GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, p. 83.

⁶³ LATHROP, 2017, p. 365. Desde una perspectiva latinoamericana: UNDURRAGA Y ZÚÑIGA, 2024b, p. 248.

⁶⁴ Algunos ejemplos: Ley N° 19.585, 1998, sobre filiación; la Ley N° 20.066, 2005, sobre violencia intrafamiliar; y Ley N° 21.400, 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁶⁵ TURNER y ZÚÑIGA, 2024; GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, pp. 78-79; LATHROP, 2017.

⁶⁶ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2024.

⁶⁷ POU *et al.*, 2024, p. 20.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS Y NIÑAS, Y LOS CUIDADOS

Los casos analizados a continuación manifiestan cómo el TC se inhibe de intervenir en el orden supuestamente natural de las relaciones familiares, en línea con el modelo liberal. Respecto de la sentencia sobre autonomía progresiva de niños y niñas se plantea que esta inhibición opera al establecer una línea protectora de lo que concibe como orden natural de las familias que el legislador no puede rebasar. En los fallos en materia de cuidados, lo hace evitando pronunciarse en favor de una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado. Siguiendo el patrón abstencionista del texto constitucional, la interpretación minimalista que ha evidenciado el TC en ambas temáticas deja en desprotección a mujeres, niños y niñas en relación con la familia.

1. *La autonomía progresiva de niños y niñas y derechos parentales*

Debido a que la Constitución chilena no hace alusión explícita a los derechos de niños y niñas, su aplicación en el ámbito constitucional ha quedado a merced de la interpretación que el TC y la Corte Suprema hacen de sus disposiciones. No obstante, mientras la Corte Suprema ha avanzado significativamente en la materialización de estos derechos, especialmente por medio de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el TC ha mostrado un desarrollo más limitado⁶⁸.

La doctrina de la jurisdicción constitucional sobre los derechos de infancia ha sido descrita como incipiente, desinformada y desprolija⁶⁹. En algunas de sus sentencias, el TC ha reconocido los derechos de niños y niñas de forma explícita⁷⁰, mientras que en otras lo ha hecho de forma indirecta a propósito del trazado de límites al derecho de los padres y madres a educar sus hijos e hijas, que no puede vulnerar los derechos de estos últimos⁷¹.

Lovera y Gauché critican la interpretación excesivamente amplia que el TC ha dado a los derechos parentales, especialmente el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Advierten que la combinación entre una falta de reconocimiento constitucional expreso y una férrea defensa de los derechos de padres y madres como reflejo de las concepciones arraigadas de la familia y la infancia, corre el riesgo de relegar los intereses de niños y niñas a un segundo plano frente a los de las personas adultas, convirtiéndose en un obstáculo para garantizar la protección independiente de sus derechos⁷².

⁶⁸ ESPEJO, 2023, p. 205.

⁶⁹ GAUCHÉ Y LOVERA, 2023.

⁷⁰ STC 1340-09; STC 786-07, 2867-15, entre otros.

⁷¹ GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, pp. 91-92. Por ejemplo, en la sentencia sobre la píldora del día después, el TC determinó que las consejerías sobre anticoncepción para adolescentes no afectaban los derechos de los padres a educarlos. STC 740-2008, c. 16°.

⁷² GAUCHÉ Y LOVERA, 2023, p. 88.

Un ejemplo de esta relegación es lo que ocurre en la sentencia del TC que recayó sobre el entonces proyecto de ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, actualmente Ley N° 21.430⁷³. En ejercicio del control previo de constitucionalidad, el TC declaró la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del entonces proyecto de ley. Lo que tenían en común era que buscaban materializar algunos de los efectos de la autonomía progresiva de la niñez en su relación con los progenitores, lo que, según los argumentos de los requirentes y del propio TC en su voto mayoritario, colisiona con el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, reconocido en el art. 19 N° 10 de la Constitución⁷⁴. A continuación se revisan críticamente algunos argumentos de esta sentencia.

a. ¿No es una cuestión de derechos?

Para el TC, la raíz del asunto no está en la protección ni en los derechos de la infancia sino en el valor de la familia y su relación con el Estado. Y es que la familia, en tanto espacio comunitario íntimo, es una esfera de relaciones que no son regulables jurídicamente (c. 2°), en línea con la tradición liberal. Según el tribunal, esto no quiere decir que la familia no posea un sistema de reglas, sino que aquellas son libremente establecidas por el padre y la madre, guiados por su deber moral, para desplegar su autoridad y juicio para el bien de su progenie. Por eso, razona, la interferencia estatal en el espacio de la familia (c. 4°), afecta la libertad de autodeterminación regulatoria de los padres y madres (c. 6°). Más aún, “[l]a educación parece, equivocadamente, concebirse bajo una óptica de derechos y prestaciones jurídicamente exigibles” (c. 7°). Como lo señaló Vial el 2006⁷⁵ a propósito del fallo del TC sobre jornada escolar completa, este tribunal parece seguir la tendencia de rehusarse a realizar un análisis centrado en los derechos humanos de niños y niñas en materia educativa⁷⁶.

Siguiendo la crítica de Espejo, el TC parece confundir dos temas: por un lado, la naturaleza de las relaciones que surgen en el seno de una familia desde el punto de vista ético; y por otro, la relevancia (o no) de reconocer derechos individuales de quienes

⁷³ STC 11.315/11.317-CPT-21 (acumuladas).

⁷⁴ El requerimiento aludía a los siguientes preceptos: 1) En el art. 11, inc. 1° [sobre autonomía progresiva], la frase: “en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo”; ii) en el art. 11, inc. 2° [sobre autonomía progresiva], la frase: “que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado”; iii) en el art. 31, inc. 4° [sobre derecho a reunión y manifestación], la frase: “, o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren”; en el art. 41, inc. 4° [sobre educación sexual y afectiva integral], la frase: “, de carácter laico y no sexista”.

⁷⁵ VIAL, 2006, p. 285.

⁷⁶ Como excepciones, se podrían mencionar los fallos sobre consejerías a niños y niñas respecto de la píldora del día después (STC 740-07) y sobre el proyecto de ley integral de violencia de género (STC 15276-24). No obstante, si bien en ambos el TC limitó los derechos parentales en pos de los derechos de sus hijos e hijas, ninguno centró su fundamentación en los niños y las niñas como sujetos de derechos.

conforman tales relaciones⁷⁷. El análisis jurídico del rol de los progenitores en relación con sus hijos e hijas debe considerar necesariamente los derechos de la infancia, pues siempre se trata de una cuestión de derechos. Sin embargo, el TC adopta una postura de carácter proteccionista, que se inscribe a su vez en una concepción liberal de la familia como un espacio desregulado jurídicamente⁷⁸.

Esta visión proteccionista de la infancia predominó en Chile y el resto de los Estados hasta la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Retrata a niños y niñas como seres incapaces, imperfectos e inocentes, completamente dependientes de la dirección y el cuidado de personas adultas, especialmente sus padres y madres. En este modelo, se asume que padres y madres tienen la libertad de desenvolverse con plena autonomía en la esfera privada de la familia, sin intervención del derecho ni del Estado, bajo la premisa de que actuarán intachablemente, guiados por su amor natural⁷⁹. Desde esta concepción, niños y niñas quedan circunscritos a dos mundos idealizados: el del espacio privado/doméstico (en oposición al mundo público) y el propio de la infancia (en oposición a la adultez)⁸⁰.

Esta relegación de la infancia a estructuras mayores como la familia, donde el derecho tiene poca o nula incidencia, refuerza su marginación. Al asumir este enfoque, el TC perpetúa una visión que subordina los derechos de la infancia a una concepción idealizada de la familia y, con eso, invisibiliza las injusticias que puedan ocurrir en este ámbito, al sustraerlas del lenguaje de los derechos.

b. La autonomía progresiva y los derechos de los progenitores

El proyecto de ley objeto del requerimiento describía la autonomía progresiva con detalle y en línea con la Convención sobre los Derechos del Niño. Su art. 11, hoy convertido en ley, prescribía que los niños y las niñas podrán ejercer sus derechos en conformidad con la evolución de sus facultades, y atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo. Explica que la niñez paulatinamente va desarrollando y profundizando capacidades, entre las que se encuentran la de responsabilización y toma de decisión respecto de lo que concierne a sus vidas. Esto responde no solo a la edad sino también a factores culturales y experiencias personales y grupales que configuran su trayectoria vital. Acá llegamos al punto problemático para el TC: continuaba el proyecto señalando que esos factores “les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado”.

Según explica el TC, el fundamento de su decisión de declarar la inconstitucionalidad es que aquella disposición entiende la autonomía progresiva “como una forma de

⁷⁷ ESPEJO, 2023, p. 210.

⁷⁸ Sobre la familia como espacio libre de interferencia estatal en este fallo: TURNER y ZÚÑIGA, 2024, p. 221.

⁷⁹ ARCHARD, 2004.

⁸⁰ JARA, 2023.

limitación del derecho de los padres a educar a sus hijos, a través del retiro de su participación en el desarrollo de la madurez del niño, niña y adolescente” (c. 18°), aunque sin detenerse en la legitimidad de la limitación de los derechos de la infancia⁸¹.

Lo que parece ser la *ratio decidendi* para determinar su inconstitucionalidad es que esta disposición sugiere descansar en el criterio de cada niño o niña, quienes deben calificar si “requieren” o no de la intervención parental, lo que lo tiñe de una concepción adversarial que es ajena a la relación educativa que debiese primar en esta esfera (c. 18°). El TC denuncia un avance de la acción del Estado, por medio de la regulación legal de la autonomía progresiva, en la esfera familiar y concretamente los derechos de los progenitores, reduciendo así su derecho a educar a sus hijos e hijas mediante la juridificación de la vinculación paternofilial y “el otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su padre o madre” (c. 7°).

Estas ideas, lejos de ser neutrales y naturales, son profundamente ideológicas⁸². Además, relativizan el estatus de niños y niñas como sujetos de derecho cuando se relaciona en el ámbito familiar, privilegiando el elemento de la protección por sobre el de la autonomía.

Como plantea Eekelaar, la relación que emana del derecho-deber de los padres a educar, orientar, proteger y cuidar a sus hijos, es mejor entendida como un privilegio que como un derecho propiamente tal. Este privilegio se hace valer no contra el niño o la niña, sino contra el Estado y terceros para ejercerlo con un rango de libertad y libre de injerencias. No obstante, advierte, se otorga y mantiene en la medida de que sean ejercidos de manera adecuada, pudiendo ser retirados en caso contrario. De esta forma, aunque sería un privilegio, lleva implícita también una responsabilidad⁸³.

Para llegar a esa conclusión, Eekelaar comprende que el cumplimiento de esta responsabilidad por parte de los padres y las madres generalmente estará motivado por un elemento emocional y moral, y no porque se trate de una obligación jurídica. Como consecuencia, la mayoría de las veces es un deber autoimpuesto, cuya observancia trae a los padres y madres satisfacción personal, y probablemente quiera ser desarrollado en un espacio libre de injerencias, por lo que no se someterán fácilmente a prescripciones normativas. De ahí que pasa a ser crucial determinar “hasta dónde se les permite a los padres cumplir sus responsabilidades de la manera que consideren óptima para su hijo”⁸⁴.

Los derechos parentales tienen como límite (y no un atentado en su esencia, como plantea el TC) el reconocimiento de la autonomía progresiva de los niños y las niñas. El

⁸¹ ESPEJO, 2023, p. 215. Lo anterior, a diferencia de los fundamentos de la sentencia previa del TC sobre las consejerías a adolescentes respecto de la píldora del día después (STC 740-2007). Asimismo, se distingue de lo que luego resuelve el TC respecto del proyecto de ley integral contra la violencia de género, que supedita los derechos de los progenitores al derecho a la educación de niños y niñas, entendiéndose en un sentido amplio que incluye una educación no sexista: STC 1527-24, c. 20°.

⁸² La libertad de enseñanza y el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos han sido invocados por movimientos neoconservadores para litigar estratégicamente en contra de los avances de género. RUBIO-MARÍN, 2023, pp. 247 y ss.

⁸³ EEKELAAR, 2017, p. 31.

⁸⁴ EEKELAAR, 2017, p. 21.

art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deberán respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de impartirles a sus hijos e hijas dirección y orientación. Como lo ha descrito el Comité de los Derechos del Niño, y como incluso la misma Ley Nº 21.430 de Garantías de los derechos de la niñez en el art. 11 lo reconoce, el elemento de la progresividad que conlleva el concepto de la autonomía progresiva debiese implicar una disminución paulatina de la orientación de los progenitores a la vez que un aumento paulatino del ejercicio autónomo de derechos por parte de sus titulares⁸⁵.

La posibilidad de que niños y niñas tengan voz en este balance, en el marco de una relación cada vez más horizontal, no es más que una consecuencia necesaria. Sin embargo, la postura del TC, al sugerir que el derecho-deber de los padres solo tiene sentido si pueden ejercerlo según sus convicciones (c. 9º), parece subordinar el pleno desarrollo de la autonomía progresiva a este derecho parental. Esta visión no solo invisibiliza a los niños como sujetos de derechos, sino que también distorsiona la autonomía progresiva al negarle su carácter gradual. En otras palabras, asume erróneamente que la autonomía jurídica plena se alcanza en la adultez, priorizando la voluntad paterna y materna en las etapas previas. Esto implica una concepción binaria, homogénea y abrupta de la autonomía, que contradice su naturaleza evolutiva.

Reconocer la autonomía progresiva no implica despojar a los padres y las madres de su rol en la crianza, cuidado y educación de sus hijos e hijas. Simplemente, los enmarca dentro de un esquema donde niños y niñas sean entendidos y tratados como sujetos de derechos que han de ejercerse progresivamente de forma autónoma, en lugar de como dependientes absolutos hasta la adultez. La interpretación del TC, al desconocer este principio y representar a la autonomía progresiva como una fuerza antagónica frente a los derechos parentales, contradice el enfoque de los derechos de la niñez y restringe indebidamente su capacidad de ejercerlos de manera progresiva.

2. *La distribución de los cuidados en la familia*

Transformar la actual distribución de los cuidados ha sido un aspecto crucial de la agenda feminista de las últimas décadas en Latinoamérica⁸⁶. Desde los 2000, distintos países de la región han incorporado disposiciones constitucionales sobre cuidados reconociendo su valor económico y productivo⁸⁷. Asimismo, varias cortes constitucionales han declarado que el derecho al cuidado es un derecho fundamental⁸⁸.

En Chile, hasta hoy no existe jurisprudencia constitucional que refiera expresamente a los cuidados ni sus efectos en la igualdad de las mujeres. Más aún, solo en sentencias

⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 84.

⁸⁶ BATHYÁNY, 2021; PAUTASSI, 2018; MARTÍNEZ *et al.*, 2024.

⁸⁷ Ver MARTÍNEZ *et al.*, 2024.

⁸⁸ Corte Constitucional de Ecuador. STC 3-19-JP/20; Corte Constitucional de Colombia. STC T-583/2023; Suprema Corte de Justicia de México. Sentencia Amparo Directo 6/2023.

recientes la jurisprudencia del TC ha comenzado a incorporar elementos de perspectiva de género⁸⁹.

En esta sección se analizan sentencias de inaplicabilidad⁹⁰. En todas ellas, las requirentes cuestionan la aplicación de disposiciones que regulan beneficios de seguridad social vinculados al cuidado y la maternidad. En un primer grupo de casos el TC se pronunció acerca de la protección constitucional de la maternidad, refiriéndose a disposiciones que regulan el fuero laboral, permiso postnatal y permisos para cuidar. En un segundo grupo, se pronunció acerca de la división de roles en las familias, a propósito de la discriminación por sexo del pago de beneficios sociales al cónyuge.

a. La (des)protección de la maternidad

En este grupo de casos, los argumentos de las requirentes ofrecieron al TC la oportunidad de clarificar qué significa la protección constitucional de la familia y si esta puede extenderse a proteger la maternidad. Como aquí se explica, el TC resuelve estos casos aplicando un test de igualdad formal sin referirse al rol de la familia ni al efecto de la maternidad en la igualdad de las mujeres.

La primera sentencia de este grupo resolvió en 2007 un requerimiento en contra del art. 174 del Código del Trabajo, que permite al juez declarar el desafuero de una trabajadora con fuero maternal cuando expira el plazo de su contrato de trabajo a plazo fijo⁹¹, que transgredía la protección constitucional de la maternidad, el principio de igualdad, la libertad de trabajo y el derecho a la seguridad social.

El TC rechazó este requerimiento estableciendo que la protección constitucional de la familia “no obliga a convertir el vínculo laboral temporal de una mujer embarazada en permanente”, pues ello impondría una carga excesiva en el empleador. Además, estimó que no existía una discriminación arbitraria, pues el fuero laboral por maternidad ya es una situación de ventaja respecto de los trabajadores varones (c. 9°).

Entre 2013 y 2014 se resolvieron varios casos en que se solicitaba la inaplicabilidad de la disposición que establece un tope de remuneraciones para el beneficio de postnatal parental, lo que implica una reducción considerable de los ingresos de mujeres con sueldos altos⁹². Las requirentes son funcionarias públicas⁹³ que recurrieron de protección alegando que la aplicación de este precepto las sustrae de la regla general que se aplica a los funcionarios públicos, quienes no están sujetos a topes de remuneración cuando gozan de licencias médicas.

En todos los casos el TC rechazó los requerimientos sin referirse a la protección de la familia ni de la maternidad. El examen constitucional de igualdad se limitó a una concepción formal, cuyo único criterio prohibido es la arbitrariedad o falta de razonabilidad. Se

⁸⁹ SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2024.

⁹⁰ Constitución de 1980, art. 93 N° 6.

⁹¹ STC 698-06.

⁹² Ley N° 20.545, 2011, art. 6.

⁹³ STC 2250-12, 2357-12, 2503-13 y 2482-12.

insiste en que se trata de un nuevo beneficio social, que en consideración de los recursos escasos ha sido diseñado para beneficiar a las personas con remuneraciones medias y bajas, no a quienes perciben sueldos altos⁹⁴.

En el voto de minoría de estas sentencias se afirma que la Constitución protege implícitamente la maternidad. Se afirma que “la maternidad no debe ser un costo individual, sino que social. La sociedad debe hacer tolerable esta carga de las mujeres. Ello pasa por algo básico: que no disminuyan sus ingresos durante ese período” (c. 47°).

En la sentencia Rol 7704-20 el TC tuvo una nueva oportunidad para interpretar la protección de la maternidad. Esta vez, el precepto impugnado establece la fórmula para determinar el monto diario del subsidio correspondiente a la licencia maternal⁹⁵. En el caso concreto, la requirente no se encontraba trabajando al inicio de su embarazo y argumenta que esta fórmula implica una discriminación arbitraria, pues esto no se aplica a otros trabajadores con incapacidad laboral temporal.

El TC rechazó el requerimiento por empate de votos. Los ministros que estuvieron por el rechazo estimaron que no se trataba de una cuestión de constitucionalidad (c. 10°). El voto por acoger argumentó que la diferencia de trato respecto del cálculo de los subsidios maternales y por otras incapacidades temporales constituye una discriminación arbitraria (c. 20°), sobre todo considerando que la protección de la maternidad tiene por finalidad materializar la igualdad de las mujeres (c. 21°). Se afirmó que la protección constitucional de las mujeres se materializa en la legislación laboral por medio del derecho a sala cuna, el derecho a amamantamiento, el fuero maternal, la igualdad de remuneraciones, entre otros (c. 25°).

En el 2015 el TC debió pronunciarse sobre la constitucionalidad de privar de un beneficio económico a una jueza que usó un permiso legal para cuidar a su hijo menor de un año con una enfermedad grave⁹⁶. El TC se había referido a este mismo precepto rechazando la mayoría de los requerimientos⁹⁷. Sin embargo, en este caso decidió acoger afirmando que el permiso para cuidar a un hijo gravemente enfermo se debe considerar análogo a los permisos de pre y postnatal, pues ambos se refieren a la protección de la maternidad (c. 23°)⁹⁸. Además, señaló que “las necesidades de cuidado en la primera infancia son objeto de protección en el sistema internacional de derechos humanos a nivel universal y americano, con un enfoque metodológico amplio que integra los derechos de los niños, la igualdad de género y los derechos de los trabajadores como un sistema” (c. 17°).

En un caso similar, el 2024 el TC resolvió acoger otro requerimiento en favor de una jueza que impugnaba la misma disposición⁹⁹. Sin embargo, esta vez la sentencia señala expresamente que el argumento central no es la protección de la maternidad

⁹⁴ STC 2482-12, c. 14° y ss.

⁹⁵ DFL 44, 1978, art. 8.

⁹⁶ Ley 19.531, 1997, art. 4 (modificado).

⁹⁷ STC 1801, 2113 y 2456.

⁹⁸ STC 2830-15.

⁹⁹ STC 14.595-24.

sino el derecho a la no discriminación de la mujer en el trabajo. A juicio del tribunal, se trata de una discriminación directa por sexo o género que impacta negativamente en las remuneraciones de la mujer trabajadora (c. 17°).

Las sentencias descritas demuestran cómo el TC insiste en abstenerse de interpretar qué significa la protección constitucional de la familia. A pesar de que el art. 1 del texto constitucional considera a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, la interpretación del TC parece obviarlo. Con esto se confirma una interpretación minimalista y meramente programática de la protección de la familia, sin efectos concretos.

Además, la mayoría de estos casos reafirman que para el TC la maternidad no es un aspecto esencial para la igualdad de las mujeres. La concepción formal de la igualdad llevó al TC a buscar indicios de arbitrariedad, en lugar de constatar las desventajas que en los hechos implica ser mujer y ser madre. Solo en las últimas sentencias citadas la argumentación constitucional logra incorporar la maternidad en el test de igualdad, aunque sin expandir el contenido de la protección de la familia hacia la protección de la maternidad.

b. Distribución de roles en las familias

En este segundo grupo de casos el TC resuelve requerimientos de inaplicabilidad en contra de una disposición de seguridad social que restringe beneficios (en dinero) de asignación familiar¹⁰⁰. Este precepto legal establece que la cónyuge siempre es beneficiaria de asignación familiar, pero que el cónyuge solo lo recibe cuando es “inválido”. Las requirentes son funcionarias públicas destinadas al extranjero, quienes no reciben esta prestación económica, pese a que sus pares varones casados sí.

La sentencia Rol 2320-12 acogió el requerimiento afirmando que el precepto impugnado establece una diferencia de trato basada en el sexo de los cónyuges, lo que exige un estándar de justificación especialmente alto (c. 15°). La sentencia argumenta que, si el criterio para el pago de la asignación familiar es vivir a expensas del cónyuge proveedor de la familia, entonces discriminar con base en el sexo es una diferenciación arbitraria (c. 14°).

A pesar de tratarse de un cuestionamiento similar, en la sentencia 2664-14 el TC rechazó el requerimiento. Esta vez, argumenta que este beneficio es coherente con el modelo de familia tradicional y la legislación de la época de su establecimiento, que esperaba que todo varón fuera un trabajador, salvo cuando estaba imposibilitado (c. 6° y 7°). De este modo, a juicio del TC el legislador no tuvo la intención de segregar a nadie (c. 9°) y la diferenciación no puede estimarse como arbitraria o carente de razón (c. 10°).

La sentencia continúa insistiendo en que la finalidad de la asignación familiar es contribuir a paliar el estado de necesidad de los miembros de la familia que no pueden ganar por sí mismos su sustento, “como son la señora en el hogar y el marido inválido” (c. 14°). Como las prestaciones de seguridad social suelen ser focalizadas en sectores

¹⁰⁰ DFL 150, 1981, art. 3 a).

mayoritarios, el criterio del legislador parece razonable, pues al tener un marido sano las requirentes no padecen del estado de necesidad que el beneficio intenta mitigar (c. 16°).

La sentencia finalmente reconoce que la diferencia de trato se basa en el sexo de los cónyuges, pero siguiendo una concepción de igualdad formal, todo lo que la Constitución exige al legislador es que la decisión sea razonable (c. 25°). Destaca que, si bien la sociedad ha transitado hacia una mayor igualdad entre hombres y mujeres, la incorporación de las mujeres al mercado laboral no se iguala ni cuantitativa ni cualitativamente a la participación de los hombres y para el legislador es admisible establecer diferencias (c. 26°).

En esta sentencia el tribunal justifica la diferencia de trato reafirmando la razonabilidad de legislar en función de la división sexual del trabajo. Como se ha visto, bajo la óptica de la igualdad formal y de la discriminación como arbitrariedad es perfectamente admisible que una diferencia por sexo o género sea justificada. Como se analizó en los casos anteriores, respecto de la protección de la maternidad la Constitución parece ser neutra y solo en la jurisprudencia más reciente la maternidad es relevante en la igualdad de las mujeres. En este segundo grupo de casos, al menos respecto de la última sentencia, la Constitución no es neutra y justifica al legislador cuando refuerza un modelo determinado de familia.

IV. CONCLUSIONES

El trato jurídico de la familia en los Estados liberales evidencia una predilección por un modelo tradicional que implica relaciones de poder y roles preestablecidos. Más aún, este abordaje tiende a perpetuar e intensificar dichas estructuras al formalizar construcciones sociales presentadas como naturales, impactando negativamente en infancias y mujeres. En el caso de niños y niñas, la regulación familiar en la esfera privada supedita el ejercicio de sus derechos a las decisiones de sus progenitores. Respecto de las mujeres, la separación de esferas oculta las desigualdades intrafamiliares y sus efectos en la plena realización de sus derechos.

El constitucionalismo chileno reconoce y protege a la familia asegurando su autonomía y la no injerencia del Estado. Sin embargo, se abstiene de incidir en las relaciones que se dan bajo el seno familiar y en corregir las desigualdades que allí se gestan. Cuando el TC, como intérprete constitucional principal, se ha pronunciado acerca de estas relaciones, ha sido, principalmente, para reforzar las posiciones desventajadas dentro del espacio privado.

En el caso de niños y niñas, el TC traza una frontera en el umbral del hogar a la hora de hacer efectivos sus derechos, sobre todo en lo que concierne a su capacidad de agencia. La jurisprudencia del TC vuelve la autonomía progresiva y los derechos de niños y niñas como antagonistas de los derechos de sus progenitores. Respecto de las mujeres y los cuidados, la jurisprudencia del TC niega la protección constitucional de la maternidad, reforzando la división sexual del trabajo.

La interpretación del TC denota la urgencia de abrirse a la constitucionalización del derecho de la familia, asumiendo que la regulación de la familia no puede quedar relegada a la codificación civil, sino además interseccionar con el derecho público. Esto implica poner en diálogo distintas áreas del derecho y derribar la escisión público-privado no solo en la discusión teórica, sino también jurídica, acerca de la familia. En este diálogo, la interpretación del TC en aspectos vinculados con la familia es crucial.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHARD, David, 2004: *Children. Rights and childhood*, Oxford, Routledge.
- BATTHYÁNY, Karina: 2021: *Miradas latinoamericanas a los cuidados*, Ciudad de México-Buenos Aires, CLACSO, Siglo XXI Editores.
- BRIDGEMAN, Jo y MONK, Daniel (ed.), 2000: *Feminist perspectives on Child Law*, Londres, Cavendish Publishing.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2010: “Mujer y Trabajo: Origen y Ocaso Del Modelo Del Padre Proveedor y La Madre Cuidadora”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 34. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005>.
- CARRASCO, C., BORDERÍAS, C. y TORNS, T. (eds.), 2019: *El trabajo de cuidados: historia, teoría y políticas* (2ª edición), Madrid, Catarata.
- CODDOU, Alberto, 2024: “La trayectoria histórica de la igualdad constitucional en Chile: reconstrucción de un lento despertar”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 46. <https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1257>.
- CORRAL, Hernán, 2005: “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 429-438.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, 2019: *Igualdad constitucional y no discriminación*, Santiago, Tirant lo Blanch.
- EEKELAAR, John, 2006: *Family law and personal life*, Nueva York, Oxford University Press.
- EEKELAAR, John, 2017: “Responsabilidad parental como privilegio”, en Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (eds), *Responsabilidad parental*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 13-32.
- ESPEJO, Nicolás e IBARRA, Ana María (eds.), 2019: *Constitucionalización del derecho familiar. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- ESBORRAZ, Fabio David, 2015: “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, N° 29, pp. 15-55.
- ESPEJO, Nicolás, 2023: “Desconocimiento y subordinación: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile al Proyecto de Ley que establece un Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, pp. 203-222.
- ESPEJO, Nicolás y LOVERA, Domingo (editores), 2020: *La constitucionalización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- ETCHEBERRY, Leonor, 2019: “La constitucionalización del derecho de familia en Chile. Una mirada a través del derecho a la identidad”, en Espejo, Nicolás e Ibarra, Ana María (editores), *Constitucionalización del derecho familiar. Perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, pp. 191-128.
- FREDMAN, Sandra, 2002: *Women and the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- GAITÁN, Lourdes, 2006: “La nueva sociología de la infancia. Aportaciones de una mirada distinta”, en *Política y Sociedad*, vol. 43, N° 1, pp. 9-26.

- GAUCHÉ, Ximena y LOVERA, Domingo, 2023: "Chile", en Espejo, Nicolás y Lovera, Domingo (editores), *La constitucionalización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch México, pp. 75-118. <https://doi.org/10.7203/CEFD.18.103>.
- GUASTINI, Riccardo, 2003: "La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano" (trad.), en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, pp. 49-74.
- IGAREDA, Noelia, 2009: "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 18.
- JARA, María José, 2022: "La infancia entre lo público y lo privado. Una revisión al valor de la familia en Rawls", *Universitas*, Nº 37. <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6573>.
- JARA, María José, 2023: "Tras el umbral del hogar: Niñez, derechos humanos y familia", en López, Patricia (directora), *Estudios de Derecho de Familia, Actas de las VI Jornadas Nacionales*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 209-236.
- KYMLICKA, Will, 2002: *Contemporary Political Philosophy: An Introduction* (2ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- LATHROP, Fabiola, 2017: "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno", *Revista de Estudios Constitucionales*, Nº 1, pp. 329-372. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100011>.
- MACKINNON, Catharine, 1994: *Feminism Unmodified*, Cambridge-Londres, Harvard University Press.
- MARTÍNEZ, V., HENRÍQUEZ, M. y RODRÍGUEZ M., 2024: "Derecho al Cuidado: ¿Nuevo Derecho Humano En Latinoamérica?", *Estudios Constitucionales*, vol. 22, Nº 2, pp. 287-315. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002024000200287>.
- NUSSBAUM, Martha, 2007: *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (1ª edición Kindle), Cambridge, Massachusetts, Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- NUSSBAUM, Martha, 2017: *Las mujeres y el desarrollo humano* (2ª edición), Barcelona, Herder.
- O'NEILL, Onora, 1992: "Children's rights and children's lives", *International Journal of Law and the Family*, vol. 6, Nº 1. <https://doi.org/10.1093/lawfam/6.1.24>.
- OAKLEY, Ann, 1994: "Women and children first and last: parallels and differences between children's and women's studies", en Mayall, Berry (eds), *Children's childhood. Observed and experienced*, Londres, Routledge, pp. 13-33.
- OKIN, Susan Moller, 1989: *Justice, Gender and the Family*, Nueva York, Inc. Publishers.
- PATEMAN, Carole, 2018: *The sexual contract*, Stanford, Stanford University Press.
- PAUTASSI, Laura, 2018: "El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, Nº 272-2. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>.
- POU, F., RUBIO-MARÍN, R., UNDURRAGA, V. (2024), *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*, Londres, Nueva York, Routledge, Taylor & Francis Group.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2015: "The (Dis)Establishment of Gender: Care and Gender Roles in the Family as a Constitutional Matter", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, Nº 4, 2015. <https://doi.org/10.1093/icon/mov059>.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2022: *Global gender constitutionalism and women's citizenship: a struggle for transformative inclusion*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RUBIO-MARÍN, Ruth, 2023: "La munición constitucional del movimiento global antigénero", *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 52, pp. 233-65. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39016>.
- SEPÚLVEDA, Bárbara y VIVALDI, Lieta, 2024: "La perspectiva de género como hermenéutica en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 37, Nº 2, pp. 87-109. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000200087>.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1994: "La familia en la Constitución Política", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, Nº 2, pp. 217-225.

- TAPIA, Mauricio, 2007: "Constitucionalización del derecho de familia(s): el caso chileno. Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8, p. 155-199.
- THORNE, Barrie, 1993: *Gender play: Girls and boys in school*, Nueva Jersey, Rutgers University Press.
- TRONTO, Joan, 2013: *Caring Democracy: Markets, Equality, and Justice*, Nueva York, New York University Press.
- TURÉGANO, Isabel, 2001: "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.12>.
- TURNER, Susan y ZÚÑIGA, Yanira, 2024: "Caracterización y función del concepto jurídico de familia en la jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 28, N° 2, pp. 205-234.
- UDI, Juliana, 2017: "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", *Isonomía*, N° 47, pp. 109-134. <https://doi.org/10.5347/47.2017.49>.
- UNDURRAGA, Verónica y ZÚÑIGA, Yanira, 2024a: "El proceso constituyente chileno 2021-2022: reflexiones desde el constitucionalismo de género", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 37, N° 2, pp. 129-152. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502024000200129>.
- UNDURRAGA, Verónica y ZÚÑIGA, Yanira, 2024b: "The Role of Chilean Constitutional Law in Gender (In)Equality", en Pou, F., Rubio-Marín, R., Undurraga, V., *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*, London, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, pp. 230-255.
- VALDÉS, Ximena, 2017: *La vida en común. Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX* (1ª edición), Santiago, Lom Ediciones.
- VALPUESTA, Rosario, 2012: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIAL, Tomás, 2006: "El Fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto que modifica el régimen de Jornada Escolar Completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza", en *Revista Derechos del Niño*, UNICEF-Universidad Diego Portales, N° 3 y 4.
- WINTERSBERGER, Helmut, 2006: "Infancia y ciudadanía: El orden generacional del Estado de Bienestar", *Política y Sociedad*, vol. 43, N° 1, pp. 81-103.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, 2015: *A vindication of the rights of woman*, Londres, Random House Publishing Group.
- ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan, 2013: "Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. XX, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200010>.

Normas jurídicas

CONSTITUCIÓN de 1980.

DFL 44, Fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado el 24 de julio de 1978.

DFL 150, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre sistema único de prestaciones familiares y sistema de subsidios de cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público, publicado el 25 de marzo de 1982.

LEY N° 19.531, Reajusta e incrementa las remuneraciones del poder judicial, publicada el 7 de noviembre de 1997.

LEY N° 20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicada el 17 de octubre de 2011.

Jurisprudencia

- CORTE Constitucional (Colombia), sentencia de 14 de febrero de 2024, rol T-583/2023.
CORTE Constitucional (Ecuador), sentencia de 5 de agosto de 2020, rol 3-19-JP/20.
SUPREMA Corte (México), sentencia de 18 de octubre de 2023, rol 6/2023.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de marzo de 1994, rol 184-94.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de junio de 2007, rol 786-07.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de septiembre de 2007, rol 698-06.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-2008.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 1340-09.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de mayo de 2011, rol 1849-19.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de junio de 2013, rol 2250-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2357-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 14 de agosto de 2013, rol 2320-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 13 de marzo de 2014, rol 2503-13.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 19 de junio de 2014, rol 2482-12.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de mayo de 2015, rol 2664-14.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 24 de diciembre de 2015, rol 2830-15.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 12 de abril de 2016, rol 2867-2015.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 15 de abril de 2020, rol 7704-20.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26 de julio de 2021, rol 11.315/11.317-CPT-21 (acumuladas)
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 8 de abril de 2024, rol 15.276-24.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de mayo de 2024, rol 14.595-24.

Otros

- ACTAS Comisión de Estudios Nueva Constitución. Sesión 93, de 5 de diciembre de 1974.
COMITÉ de los Derechos del Niño, 2009: *Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*.
CONSEJO Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2023
CONVENCIÓN Constitucional. Propuesta Constitución Política de la República de Chile, 2022.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100155>

Las actuaciones materiales de la administración. Una aproximación

Tomás Izquierdo Serrano*

RESUMEN

Este texto examina las actuaciones materiales de la administración pública como una categoría de actuación administrativa diferenciada del tradicional acto administrativo. Mientras el acto administrativo es una manifestación jurídica formal que aplica la ley mediante procedimientos normativos, las actuaciones materiales son intervenciones prácticas, inmediatas y contextuales, realizadas por agentes públicos sin requerir estructuras jurídicas formales. Estas actuaciones responden a razonamientos prácticos más que jurídicos, que responden a normas primarias o regulativas (permisiones, prohibiciones, obligaciones) y a reglas internas de dirección funcional. El texto analiza su carácter no estandarizado, su descentralización decisoria y su fundamentación en contextos organizacionales, destacando la necesidad de una adaptación del derecho administrativo para regularlas.

Actuación administrativa; actuaciones materiales; acto administrativo

Administrative practical actions. An approach

ABSTRACT

This paper examines administrative practical actions as a distinct category of administrative action, different from the traditional formal administrative decision. While the administrative act is a formal legal manifestation that applies the law through normative procedures, material actions are practical, immediate, and contextual interventions carried out by public agents without requiring formal legal structures. These actions are based more on practical than legal reasoning, and are governed by primary or regulative norms (permissions, prohibitions, obligations) as well as internal functional directives. The paper analyzes their non-standardized nature, decentralized decision-making, and foundation in organizational contexts, emphasizing the need for administrative law to adapt in order to regulate them.

Administrative actions; administrative practical actions; administrative decision

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1902-2027>. Correo electrónico: tpizquierdo@gmail.com.

Artículo recibido el 4.8.2025 y aceptado para su publicación en este número el 24.12.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las inquietudes centrales en la dogmática del derecho administrativo ha sido la noción de “acción” o “actuación” administrativa: la forma cómo la administración concreta su voluntad en decisiones y acciones. Desde temprano, la administración ha sido identificada como un “hacer, un obrar”¹, una “actividad”², una entidad susceptible de configurar voluntades e intenciones y adoptar decisiones. Más allá de sus variadas configuraciones orgánicas y de sus modalidades de control, la administración interactúa con el mundo, “se encarna y expresa a través de sus acciones”³. Sus funciones, heterogéneas y complejas, le exigen actuar, hacer cambios en los estados de cosas del mundo⁴.

Las modalidades de acción de la administración han tendido a ser abordadas, bajo la concepción tradicional, por medio de la institución del acto administrativo⁵. El concepto de acto administrativo, definido desde sus orígenes por su “formalidad”⁶ comprendió en la naciente dogmática jurídico-administrativa toda la acción de la administración. Operó como figura capaz de concentrar el fenómeno histórico-político del ejercicio de poder administrativo unilateral a través de acciones concretas⁷.

El acto administrativo consiguió imponer, en distintas latitudes, una cierta hegemonía explicativa. La consolidación del Estado de derecho parecía exigir que el poder administrativo se expresara formalmente⁸, y que se limitara a un rol de aplicación de la ley. La teoría del acto administrativo, con sus altos grados de sofisticación, consiguió plasmar estas exigencias contextuales⁹.

En la actualidad son obvios, en sus distintos contextos de instauración¹⁰, los límites de esta pretensión unificadora y formalizadora. La constatación de acciones administrativas no encuadrables en esta matriz, descubrimiento atizado por cambios políticos (como la emergencia del Estado social en el medio europeo) y el avance paralelo de la dogmática

¹ MERKL, 2014, p. 239.

² FORSTHOFF, 1958, p. 20.

³ SCHMIDT-ASSMAN, 2003, p. 287.

⁴ VON WRIGHT, 1970, p. 54.

⁵ Así, MAYER, 1982, pp. 125 y ss.

⁶ Lo que tiene sentido a la luz del surgimiento de la categoría al compás de las primeras leyes de procedimiento administrativo. Véase MEDINA ALCOZ, 2022, pp. 229 y ss.

⁷ Entre otros, y con aplicación en Chile, véase MONTERO, 2019, p. 142.

⁸ De ahí la catalogación del acto administrativo como un instrumento “propio del Estado de derecho”. VELASCO CABALLERO, 2020, p. 128.

⁹ BOCANEGRA, 2012,

¹⁰ La literatura referida en estos párrafos es primordialmente extranjera, lo que tiene una justificación precisa: pese a algunos atisbos anteriores (que se observan, dogmáticamente, en SILVA CIMMA, 1993, pp. 14 y ss.), la conceptualización del acto administrativo en Chile es tributaria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, surgida en un contexto en que la predominancia absoluta de la figura había sido superada. Así, en términos generales, PIERRY, 2005 y GONZÁLEZ PÉREZ, 2003.

del derecho administrativo¹¹, han permitido atenuar el alcance de la teoría del acto administrativo, derrotando progresivamente su hegemonía dogmática. Desarrollada en torno a un conjunto de características formales, la figura del acto administrativo ha “perdido parte de su capacidad ordenadora”¹²; en la actualidad, se muestra como “una institución más del Derecho Administrativo, no ‘la’ institución por excelencia, que tenga que resumir todas las peculiaridades de este Derecho”¹³.

En el plano dogmático –y al compás de las delimitaciones conceptuales provistas por textos legales– se observan dos tipos de tendencias relevantes para esta matización.

Una tendencia significativa ha consistido en cambiar el foco del análisis de la disciplina del derecho administrativo, al margen de los esquemas de la clásica doctrina de las formas. Ya sea mediante análisis funcionales, sectoriales o basados en principios o máximas generales, la dogmática del derecho administrativo ha encontrado sugerentes matrices alternativas para abordar desde otro plano el fenómeno de la actuación administrativa¹⁴. Esa tendencia se ha reflejado, por ejemplo, en análisis concentrados en matrices sustantivas asociadas a los fines, objetivos o tareas de la administración¹⁵, así como en otras series de “ideas ordenadoras”¹⁶.

Otra fórmula, menos empleada pero igualmente interesante, implica retornar a la premisa esencial teoría de las formas de actuación administrativa: cómo ha de actuar la administración; aunque desde una perspectiva más flexible, consciente de sus diversidades y limitaciones. Para esta tendencia, la idea de “acción” o “actuación” sigue siendo relevante, precisamente porque permite descubrir tipos de actuación paralelos al del acto administrativo, con sus propias singularidades. El acto administrativo constituiría, así, solo una posible forma de actuación, entre otras alternativas.

Esta perspectiva permite también abordar con cierta flexibilidad al conjunto diverso de actuaciones que se ubican al margen de las clásicas formas jurídico-administrativas. Pues bien, esas figuras han tendido a ser conceptualizadas por la doctrina comparada y

¹¹ Acerca de la evolución de la doctrina de las formas, véase Schmidt-Assman, 2021, pp. 139 y ss.

¹² VELASCO CABALLERO, 2020, p. 127.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 551.

¹⁴ Cuestión que ha dado pie a una cierta “transformación” del derecho administrativo. Entre otros, VELASCO CABALLERO, 2019.

¹⁵ Lo que ha llevado a distinguir distintos tipos de “actividades” (policía, servicio público, fomento), que la doctrina nacional suele conceptualizar como “actividad material” (véase, entre otros, CORDERO QUINZACARA, 2023, pp. 795 y ss. y CORDERO VEGA, 2015, pp. 457 y ss). Pese a su denominación casi idéntica, este concepto de “actividad material” difiere del concepto de “actuación material” que utiliza la literatura española y que se propondrá en este texto, pues alude a una visión epistémica y pedagógica diversa, no enmarcada en la teoría de las formas.

¹⁶ Véase VELASCO CABALLERO, 2021, pp. 67 y ss.

nacional de forma conjunta¹⁷ como actuaciones (o actividades) materiales¹⁸, técnicas¹⁹, directas²⁰, sustanciales²¹ o derechamente “hechos materiales”²².

¿Tiene sentido agruparlas? ¿Cómo depurar su conceptualización? ¿De qué forma se hace cargo el derecho de ellas? En este texto se propondrá un estudio preliminar de sus características esenciales, tanto en términos conceptuales como propiamente regulativos²³.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

¿Cómo depurar un concepto de “actuación material”? Manuales y textos especializados²⁴ suelen abordar el concepto como uno meramente negativo o residual²⁵, ubicado al margen de las formas jurídicamente relevantes²⁶. Las actuaciones materiales serían aquellas que no serían asibles por el marco jurídico-administrativo formal.

Esta tendencia, que se podría interpretar como desdén, esconde un indicio conceptual importante: el concepto de actuación material posee un significado primordialmente residual. Las actuaciones materiales son, por definición, distintas al fenómeno de las formas jurídico-administrativas²⁷: serían aquello que las formas no consiguen asir.

Sin embargo, esta visión residual no deja ver una premisa relevante. Aunque fundamentalmente distintas, las actuaciones materiales de la administración poseen en su propia conceptualización notables similitudes con los actos administrativos, que obligan –aunque sea por contraste– a tratarlas en conjunto. Las actuaciones materiales comparten con el acto administrativo no solo su adscripción a la administración y a funciones administrativas (característica supuesta en el propio adjetivo “administrativo”, sino su

¹⁷ “[T]odos los conceptos manejados se pueden integrar en el concepto clásico de “*Realakt*”, el cual ha sufrido una gran expansión para llegar a significar toda medida administrativa que no sea un acto, contrato o norma y que, por tanto, no goce de efectos jurídicos”. AGUDO, 2012, nota 34.

¹⁸ En general, AGUDO, 2012, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS, 1995.

¹⁹ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, pp. 825 y ss., y STOBER y GONZÁLEZ-VARAS, 1995.

²⁰ GARCÍA-ANDRADE, 2021.

²¹ CAMACHO, 2010, pp. 81 y ss.

²² SILVA CIMMA, 1993, pp. 14 y ss.

²³ Sin perjuicio de algunas referencias a la doctrina nacional, la literatura que se citará a continuación es primordialmente extranjera, en vista de dos decisiones metodológicas. Primero, evitar la ambigüedad, presente en cierta literatura nacional, que suele entender el concepto de “actividad material” como perspectiva de análisis funcional o teleológica de la administración. Segundo, en vista del objetivo teórico-conceptual del texto, aspecto desarrollado con mayor exhaustividad por la doctrina extranjera. Asimismo, se omite, por motivos de alcance, un análisis jurisprudencial de la materia.

²⁴ Se excluye a aquellos que abordan al concepto como perspectiva de análisis funcional de la administración.

²⁵ En tanto “actividades propiamente materiales que atañen a la Administración”. SILVA CIMMA, 1993, p. 14.

²⁶ VELASCO CABALLERO, 2021, p. 74.

²⁷ En términos de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 825: “que no implican ninguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación”.

carácter de “actuación” concreta²⁸. En contraste con acciones asociadas a la regulación de acciones futuras o la planificación de proyectos, las actuaciones materiales son, como los actos administrativos, acciones concretas destinadas a provocar cambios en el mundo. Son el fruto, en este sentido, de razonamientos prácticos y no de razonamientos abstractos²⁹: responden a estímulos materiales inmediatos que incitan la realización de una acción.

No obstante, asumidas como productos de razonamientos prácticos, su sentido conceptual bien puede ser abordado en términos residuales. Dentro del marco de las actuaciones concretas atribuibles a la administración, las actuaciones materiales pueden entenderse en contraste con los actos administrativos. Las actuaciones materiales no son fenómenos indefinidos, sino actuaciones concretas, fácticamente observables y atribuibles a la administración, aunque no conceptualizables como actos administrativos.

Esta definición residual asume, por supuesto, un concepto sustantivo de acto administrativo dotado de algún grado de precisión. En los siguientes párrafos se propondrá un concepto de actuación material como contraste a un concepto sustantivo de acto administrativo (1), para luego dar cuenta del razonamiento práctico que conduce a la realización de actuaciones materiales (2).

1. *Acto administrativo y actuación material*

El concepto de acto administrativo ha sido debatido intensamente en la literatura especializada. Sin perjuicio del rol de los conceptos legales³⁰, en la dogmática se han sucedido explicaciones meramente formales con otras sustantivas³¹, que enfatizan sus particulares efectos³², su carácter voluntario³³ o su vinculación al concepto de negocio jurídico³⁴.

En este texto se utilizará un concepto sustantivo, defendido detalladamente en otro texto³⁵, y cuyas características fundamentales se describirán brevemente: el acto administrativo es el acto jurídico aplicativo de la administración.

De esta definición se extraen tres principales afirmaciones.

En primer lugar, al sostener que el acto administrativo es un acto jurídico se quiere especificar el sentido formal que caracteriza a estos actos. Los actos administrativos son

²⁸ En contraste con las normas generales reglamentarias o legales, aplicables de forma general a distintos supuestos de hecho.

²⁹ Entiendo esta distinción en el sentido de ATRIA, 2025: un razonamiento que hace referencia a casos genéricos y no a casos particulares.

³⁰ En Chile, el concepto delineado por el artículo 3 de la Ley N° 19.880 asume una relevancia fundamental de cara a su conceptualización. Véase VALDIVIA, 2018, pp. 190 y ss.

³¹ En general, BOCANEGRA, 2012.

³² Ya sea en virtud de su carácter individualizado (GORDILLO, 2014, pp. 199 y ss), su aplicabilidad a casos concretos (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 334 y FORSTHOFF, 1958, p. 284) o su duración efímera (VALDIVIA, 2018, p. 199).

³³ ZANOBINI, 1954, p. 329.

³⁴ ROMANO, 1923, p. 59.

³⁵ “El concepto de acto administrativo”, en prensa.

acciones formales, esto es, formalmente constituidas³⁶, expresión del ejercicio de un poder o competencia jurídico-normativa³⁷. Por tanto, su existencia y validez³⁸ dependen del cumplimiento de un conjunto específico de normas, las que atribuyen competencias y establecen sus elementos constitutivos³⁹. Los actos administrativos están, así, normativamente conformados: son el producto de la satisfacción de elementos jurídicos⁴⁰.

Esta configuración normativa remite a un tipo específico de norma jurídica, de las que cabría asumir que fluyen los actos administrativos: normas secundarias, constitutivas o de competencia⁴¹. Los actos administrativos son producto de la satisfacción de definiciones jurídicas previas, de modelos decisionales estandarizados, que los constituyen internamente⁴². Son, en sentido estricto, producto de la realización de una potestad pública⁴³.

Entre otras consecuencias, esta juridicidad constitutiva les otorga independencia operativa: son formas opacas a la voluntad o a los eventos prácticos que les dan origen. Una vez configurados, los actos administrativos operan por sí mismos, producen sus efectos de forma estandarizada, sin necesidad de apelar a los hechos que contribuyeron a su creación.

En segundo lugar, los actos administrativos son actos jurídicos aplicativos. Esta expresión conecta con una de las características esenciales de la institución del acto administrativo, con firmes anclajes en la historia y la literatura: el acto administrativo ejecuta o aplica la ley⁴⁴. La función de los actos administrativos es, así, dar aplicación a normas generales en el marco del acaecimiento de hechos concretos⁴⁵.

Este ejercicio aplicativo —como sucede, prototípicamente, en el contexto jurisdiccional— puede ser graficado mediante operaciones lógicas, como es el caso (con sus respectivas

³⁶ Así, en general, MERKL, 2014, pp. 239 y ss.

³⁷ En los términos, muy estudiados, de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld: configura situaciones jurídicas secundarias (competencia, sujeción, incompetencia, inmunidad) y no (solo) primarias (derecho, deber, privilegio, no-derecho). Véase HOHFELD, 1991 y el análisis correlativo de GUASTINI, 2016, pp. 84-87 y ARRIAGADA, 2018.

³⁸ En un sentido que se asemeja a lo postulado en ATRIA, 2023, pp. 31 y ss., quien aborda a este tipo de expresiones como “hechos internamente institucionales”.

³⁹ Que son las “normas secundarias” en sentido Hartiano. HART, 1990, p. 34. Sin entrar a debatir las finas tensiones filosóficas entre todos estos autores, el concepto es también extensible a la idea de “normas de competencia”, que analiza FERRER, 1997.

⁴⁰ Como se deriva, implícitamente, de la comprensión general del acto administrativo como compuesto por una serie de “elementos”. Así, por ejemplo, VALDIVIA, 2018, pp. 216 y ss.

⁴¹ Que no son conceptos idénticos, pero sí similares en sus aspectos fundamentales, los que resultan igualmente aplicables al supuesto bajo análisis.

⁴² ATRIA, 2023, p. 32.

⁴³ En el sentido técnico desarrollado en HOHFELD, 1991, pp. 39 y ss.

⁴⁴ Da al “súbdito en un caso concreto lo que ha de ser derecho para este”. MAYER, 1982, p. 126.

⁴⁵ Por supuesto, el derecho administrativo ejecuta esta práctica con importantes particularidades, que lo diferencian notablemente de la aplicación judicial. La discrecionalidad administrativa es su peculiaridad más relevante: la aplicación depende de la conformación de normas específicas creadas en sede aplicativa (en general, BACIGALUPO, 1997). En todo caso, ambos instrumentos comparten esta lógica aplicativa.

prevenciones⁴⁶) del silogismo jurídico. Al actuar por medio de actos administrativos, la administración debe invocar un supuesto de hecho normativo⁴⁷ (consistentemente interpretado y eventualmente complementado por criterios discrecionales⁴⁸), constatar y describir hechos que den cuenta del acaecimiento real de ese supuesto⁴⁹, para, como conclusión, establecer una consecuencia jurídica.

Esta aplicación se encauza, como es sabido, mediante un procedimiento administrativo, conjunto de pasos y ritos a través de los que se canalizan estas exigencias. El acto administrativo emana de una serie de pasos procedimentales, cuyo objeto es coherente con la interpretación de normas y la apreciación de los hechos e información relevante para su aplicación⁵⁰.

En tercer lugar, los actos administrativos son generalmente atribuibles directamente a un órgano administrativo⁵¹, esto es, a una persona jurídica de derecho público⁵². Los actos administrativos no son emitidos o accionados por un funcionario o conjunto de funcionarios específicos, sino por el órgano en sí, representado por su autoridad jerárquica. La configuración jurídica del acto administrativo le garantiza cierta “opacidad” respecto de las dinámicas humanas que (en términos sociales) lo producen⁵³: para el observador jurídico, quien dicta un acto es el propio órgano administrativo, y no el conjunto de funcionarios que participan en su creación.

Pues bien, estas características permiten delimitar el concepto de acto administrativo, de una forma que hace emerger con claridad sus limitaciones prácticas.

La figura del acto administrativo no logra abarcar completamente el amplio espectro de acciones o actuaciones cotidianas que realiza la administración pública. Acciones como la consulta de un médico público, las cátedras de un profesor universitario, la represión de una manifestación pública o la inspección visual de una fábrica no son actos aplicativos de normas, ni pueden depender de la comprobación de determinados “elementos” jurídicos previamente estandarizados. Como explica Schulze-Fielitz: “la actuación [material] se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidades de acción”⁵⁴.

El concepto de actuación material emerge, así, para hacer frente al vacío material que subsiste tras la conceptualización de actuaciones de la administración como actos administrativos. Se trata así, de las acciones o actuaciones de la administración

⁴⁶ Una defensa matizada en MACCORMICK, 2007.

⁴⁷ MACCORMICK, 1981, p. 74.

⁴⁸ BACIGALUPO, 1997.

⁴⁹ Véase, entre otros, BARRERO, 2001.

⁵⁰ Elemento esencial del procedimiento administrativo para SCHMIDT-ASSMAN (2003, p. 358).

⁵¹ Esta afirmación debe ser matizada a la luz de diversos actos administrativos radicados en particulares (véase CABALLERO, 2021, pp. 33-35).

⁵² VALDIVIA, 2018, pp. 78 y ss.

⁵³ IZQUIERDO, 2024, pp. 32 y ss.

⁵⁴ SCHULZE-FIELITZ, 2003, p. 93.

(o, para estos efectos, de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones⁵⁵) que no quepa subsumir bajo el concepto jurídico-formal del acto administrativo. La noción opera como un “concepto escoba” que describe acciones o actuaciones administrativas distintas del acto administrativo⁵⁶.

De esta forma, los límites conceptuales del acto administrativo permiten delinear, por contraste, algunas características elementales de las actuaciones materiales.

Primero, las actuaciones materiales no se expresan mediante actos jurídicos.

En contraste con los actos administrativos, las actuaciones materiales no se conforman por normas secundarias, de competencia o constitutivas. Las actuaciones materiales no concurren a la conformación de figuras jurídico-formales estandarizadas, de operación opaca y dependientes de la satisfacción de requisitos normativos.

En contraste, estas actuaciones se realizan en el derecho como meras acciones o hechos jurídicos⁵⁷, que actúan en el mundo jurídico sin la intermediación de formas⁵⁸. Las actuaciones materiales no están “compuestas por piezas jurídicas”, y tampoco pueden juzgarse a partir de su validez o invalidez: existen, se expresan en la vida real, sin el auxilio formal que facilita la figura del acto jurídico. Deben concebirse únicamente en su dimensión de acciones humanas, sin una intermediación constitutiva del derecho⁵⁹.

Segundo, las actuaciones materiales no se pueden estimar aplicativas de la ley en un sentido jurídico-formal.

Ciertamente –y como se verá en detalle luego– las actuaciones materiales tienden a estar reguladas por el derecho, en diversas dimensiones. También es posible que algunas actuaciones materiales se realicen en el marco de normas o decisiones previas, o que se legitimen socialmente como medios de preponderancia del derecho⁶⁰.

Sin embargo, no sería realista considerar a cualquiera de estas acciones como fenómenos de aplicación jurídica. Mientras el acto administrativo surge de un razonamiento peculiar, articulado mediante fórmulas subsuntivas como el silogismo jurídico⁶¹, las actuaciones materiales se generan a partir de un razonamiento práctico extrajurídico, más flexible y regido por condicionantes distintas. El régimen de las actuaciones materiales

⁵⁵ Cuestión que remite al interesante debate acerca de la atribución de actuaciones individuales a la organización administrativa. Véase VALDIVIA, 2004.

⁵⁶ SCHULZE-FIELITZ, 2003, p. 91.

⁵⁷ ATRIA, 2023, p. 34.

⁵⁸ Por “intermediación de formas jurídicas” entenderemos lo que Raz concibe como ejercicio de un poder jurídico: “Una acción es el ejercicio de un poder jurídico solamente si una de las razones del derecho para reconocer que ella efectúa un cambio jurídico es que ella sea de un tipo tal que sea razonable esperar que acciones de ese tipo, si son reconocidas como teniendo ciertas consecuencias jurídicas, serán ejecutadas de manera estandarizada solo si la persona en cuestión quiere asegurar esas consecuencias jurídicas”. RAZ, 1998, p. 81.

⁵⁹ Lo que no implica, como se verá luego, que el derecho no las regule: solamente implica que no las estandariza constitutivamente.

⁶⁰ Es el caso de las policías en el control del orden público.

⁶¹ Que es una especie muy peculiar de razonamiento práctico. De hecho, en términos aristotélicos, su estructura recuerda más a un *silogismo teórico* que a un *silogismo práctico*.

no exige de quien acciona una interpretación autoritativa de conceptos legales, una prueba justificada de los hechos relevantes, ni tampoco la declaración lingüística de estarse imponiendo una consecuencia jurídica⁶². Tampoco se requiere una motivación previa precisa, ni la realización sistemática de pasos procedimentales.

Tercero, las actuaciones materiales se fundan en una inherente descentralización decisoria.

En contraste con los actos administrativos, dependientes de operaciones procedimentales y deliberativas de orden institucional, las actuaciones materiales se deben, irremediablemente, al comportamiento de agentes o grupos de agentes concretos. Las actuaciones materiales difícilmente pueden “residenciar en un único órgano la adopción de las decisiones”⁶³. Se trata de actuaciones “imputable[s] directamente a la persona que la[s] realiza”⁶⁴, sin necesidad de atribución competencial a un órgano administrativo –sin perjuicio, por supuesto, de su imputación indirecta al ejercicio de una función pública–.

En resumen, el concepto de acto administrativo refiere a diversas acciones administrativas concretas, constituidas por el derecho, que deben su validez y existencia a la concurrencia de elementos o normas jurídicas, de orden tanto procedimental como sustantivo. El acto administrativo surge de la concurrencia de estos elementos jurídicos, erigiéndose en el mundo del derecho de forma autónoma u opaca a sus prácticas de creación.

Las actuaciones materiales, su antítesis en el marco de las actuaciones administrativas concretas, se caracterizan precisamente por lo contrario: mientras el acto administrativo se constituye necesariamente por medio del cumplimiento de elementos normativos estandarizados, las actuaciones materiales dependen predominantemente de elementos fácticos o prácticos. El derecho es incapaz de definir las y caracterizarlas desde su constitución: solo puede concebirlas y dirigirlas asumiéndolas como hechos externos, reales, surgidos en el mundo sin la mediación de una estructura formal erigida por el derecho.

Todas las particularidades de las actuaciones administrativas materiales, dentro de su enorme diversidad, se fundan en esa premisa –o, si se quiere, ausencia– inicial: la imposibilidad de que el derecho consiga asirlas desde su nacimiento o constitución.

Esta ausencia, en cualquier caso, no se puede interpretar como una deficiencia. Salvo que se conciba la administración desde una perspectiva radicalmente formalista⁶⁵, es evidente que la realización de algunas funciones administrativas requiere de un marco de acción distinto al que provee el acto y el procedimiento administrativo. La administración debe lidiar con múltiples situaciones que exigen decisiones veloces, contextualizadas y contingentes, así como con interacciones dinámicas “a nivel de calle”⁶⁶,

⁶² A juicio de Schulze-Fielitz, una “función solo débilmente determinada por la ley”. SCHULZE-FIELITZ, 2003, p. 96.

⁶³ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 39.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 826.

⁶⁵ Postura que se observa en críticas que refieren críticamente la idea de “informalidad”. SCHULZE-FIELITZ, 2003, pp. 92 y ss.

⁶⁶ Analizados en LIPSKY, 2010.

con los ciudadanos. El marco del acto administrativo, que exige pasos procedimentales, deliberación normativa y prueba fáctica, es metodológicamente inútil para recubrir todas estas dinámicas. La “actuación material” aparece, así, como un fenómeno inherente a la evolución de las funciones del Estado⁶⁷.

2. *El razonamiento práctico administrativo*

Su caracterización en negativo da algunas pistas relevantes respecto del concepto de actuación material, pero no resulta suficiente. Una comprensión acabada de estas actuaciones exige delinear parte de sus rasgos positivos: ¿qué las caracteriza?, ¿cómo se regulan? Estas preguntas no se pueden responder, pues, solo jurídicamente, al tratarse de instrumentos no constituidos mediante técnicas jurídico-formales.

Esta dificultad necesita ser compensada. Para estos efectos, en esta sección se acudirá brevemente a un marco conceptual basal, que ya ha sido sugerido: las actuaciones materiales dependen de razonamientos prácticos, es decir, de procesos mentales encaminados a la realización de acciones voluntarias⁶⁸. Atendidas las dificultades del derecho para asir esos razonamientos, es inevitable una breve referencia a la filosofía del razonamiento práctico, así como a las peculiaridades de su aplicación a contextos de organización administrativa.

El razonamiento práctico es una rama extensa y compleja de la filosofía. Su análisis se remonta a Aristóteles, quien, al explicar el movimiento voluntario, distinguió un razonamiento cuyo resultado era necesariamente una acción⁶⁹. En contraste con el razonamiento teórico, conducente a la comprobación de verdades lógicas⁷⁰, el razonamiento práctico tiene como resultado la formación de una intención que conlleva una acción⁷¹.

Este proceso racional ha tendido a ser concebido como instrumental⁷². El razonamiento práctico tiene por objetivo definir los medios adecuados para el cumplimiento de un fin, que se conseguiría a partir de una acción. Se trata de determinar los “medios particulares para la obtención de fines particulares en situaciones de acción particulares”⁷³. No hay aquí una pretensión teórica, sino instrumental o práctica: los medios que sirven para obtener un fin a través de la acción⁷⁴.

⁶⁷ Según VELASCO CABALLERO, 2020, p. 128: “lo característico del Estado social es el cuidado o la asistencia: la actuación material de la administración”.

⁶⁸ JAY y KIESEWETTER, 2024.

⁶⁹ VIGO, 2010.

⁷⁰ HARMAN, 2004.

⁷¹ De la vinculación entre intención y acción en el derecho penal, véase KINDHÄUSER, 2012.

⁷² La prevalencia de lo instrumental ha sido sujeta a importantes críticas (RAZ, 2005 y SYLVAN, 2021).

⁷³ VIGO, 2010, p. 12.

⁷⁴ VIGO, 2010, p. 13.

La filosofía ha tendido a especificar este razonamiento práctico a partir de la conjunción funcional de dos premisas: los deseos y las creencias⁷⁵. La formación de una intención, encaminada a una acción, emanaría de la articulación entre un deseo que impulsa ese movimiento y una “creencia constatativa”⁷⁶ referida a los medios disponibles en un contexto específico para satisfacer ese deseo. El razonamiento práctico sería la cadena racional en que un deseo se consigue materializar a través de los medios percibidos por quien acciona.

Esta postura ha recibido gran cantidad de especificaciones, muchas muy interesantes, que explican y matizan sus distintos factores⁷⁷.

También se observan posturas críticas. Searle, por ejemplo, ha delineado un modelo alternativo, más compatible con la emergencia de razones independientes a los deseos (*desire-independent reasons*) y con la propia libertad humana (previa constatación de *gaps* que deben ser colmados por la racionalidad)⁷⁸. Según Searle, la acción humana se fundaría en un heterogéneo conjunto de motivadores⁷⁹, que pueden ser creencias o deseos, pero también promesas, necesidades, obligaciones u otros factores. Las razones susceptibles de motivar y justificar una acción se emplazan en un mapa complejo e irreductiblemente dependiente de decisiones humanas libres.

El análisis del razonamiento práctico se ha nutrido, asimismo, de los interesantes avances de la psicología del comportamiento, que ha destacado el papel de la intuición y el pensamiento rápido en la motivación de la acción⁸⁰. La acción humana (incluso administrativa⁸¹) parece requerir cierta sensibilidad hacia factores que escapan al marco clásico de la deliberación racional.

En cualquier caso, es pacífico en la literatura que el análisis del razonamiento práctico debe ser sensible al contexto en que se emplaza. Creencias, deseos, obligaciones o compromisos son tipos de motivadores que solo se comprenden a la luz de un contexto concreto⁸². A pesar de su atribución individual, a la acción le precede siempre un contexto social.

Bajo este marco general, el análisis del razonamiento práctico de los agentes administrativos debe tomar en cuenta una característica fundamental de la institucionalidad administrativa (y, en general, de cualquier institucionalidad): su carácter organizativo. Los funcionarios administrativos están adscritos a una organización, cuyas dinámicas condicionan sus acciones y decisiones.

⁷⁵ De forma notable, ANSCOMBE, 2000 y GOLDMAN, 1970. Estas tendencias han sido unificadas bajo la denominación *desire-belief theory* (BRATMAN, 1999, pp. 26 y ss).

⁷⁶ VIGO, 2010, p. 13.

⁷⁷ Un matiz importante lo aporta Bratman, quien sostiene un modelo basado en “planes” o programas de decisión. BRATMAN, 1999, pp. 80 y ss.

⁷⁸ SEARLE, 2003.

⁷⁹ SEARLE, 2003, pp. 118 y ss.

⁸⁰ KAHNEMAN, 2012 y KAHNEMAN y TVERSKY, 2000.

⁸¹ Así, VELASCO CABALLERO, 2023.

⁸² Un cierto “perspectivismo”, que supera el “objetivismo”. Véase KIESEWETTER, 2011.

Las organizaciones se definen como entidades comunicativas⁸³, que delimitan y procesan ámbitos de decisión. En las organizaciones se fijan objetivos, rigen códigos, se establecen roles y reglas, se determinan planes, se desarrollan rutinas y se entrenan habilidades⁸⁴. Todos estos factores inciden en las motivaciones de sus agentes. La organización otorga una base colectiva, de orden interpretativo⁸⁵, en cuyo marco las acciones individuales adquieren sentido.

Los objetivos, códigos, roles, reglas, planes, rutinas y habilidades de la organización administrativa poseen, por supuesto, sus propias peculiaridades. Más allá de las premisas propiamente jurídico-administrativas, es interesante anotar la contribución de la teoría de la organización burocrática, que ha mostrado algunas características fundamentales del comportamiento de los agentes administrativo-burocráticos⁸⁶. Estos estudios demuestran que en el ámbito administrativo no solo inciden reglas, sino también rutinas, tendencias, sesgos⁸⁷, niveles de compromiso⁸⁸ y grados de automaticidad o reflexividad⁸⁹. A su vez, la organización administrativa tiene algunas características propias, como la centralidad de las instrucciones jerárquicas⁹⁰, la presión constante del presupuesto público y la primacía del interés general (junto con otras aspiraciones valorativas)⁹¹. La pretendida racionalidad de este comportamiento debe ajustarse a estas dinámicas⁹².

Este paradigma práctico permite analizar particularidades de las actuaciones materiales de la administración. Su carácter inmediato y contextualizado limita la estandarización jurídica, pero abre puertas diversas que pueden permitir perfilar tanto su autonomía conceptual como su heterogeneidad interna. Las actuaciones materiales de la administración constituyen tipos de razonamientos, internamente diversos, pero enmarcados en un tipo de organización (la administrativa) con reglas, fines y rutinas particulares. La constatación de esta peculiaridad puede ser fructífera de cara tanto a su constatación epistémica como a su regulación jurídica.

En los siguientes capítulos se intentará una breve introducción a estos dos objetivos. Primero, se realizará un ejercicio clasificatorio, con el objeto de identificar patrones y dimensiones recurrentes, eventualmente pertinentes para su estudio y regulación. Segundo, se esbozarán claves de lo que puede constituir el “derecho administrativo de las actuaciones materiales”: la forma en que el derecho se hace cargo de ellas.

⁸³ LUHMANN, 2012.

⁸⁴ FELDMAN y PENTLAND, 2003, y GIOIA y POOLE, 1984.

⁸⁵ DAFT y WEICK, 1984.

⁸⁶ Fundamentalmente: DOWNS, 1967, SIMON, 1997 y NOORGARD, 2018.

⁸⁷ DOWNS, 1967, pp. 75 y ss.

⁸⁸ PETERS y PIERRE, 2017 y PERRY y WISE, 1990.

⁸⁹ NORGAARD, 2018.

⁹⁰ DOWNS, 1967, p. 50.

⁹¹ SIMON, 1997, p. 79.

⁹² Simon propone un modelo de racionalidad “limitada”. SIMON, 1997, pp. 76 y ss.

III. CLASIFICACIONES GENERALES DE LAS ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACIÓN

A la luz de su enorme diversidad interna, puede ser productivo proponer una clasificación preliminar de las actividades materiales realizadas por la administración.

Este ejercicio ya ha sido intentado⁹³; con todo, estos planteamientos, aunque interesantes, se revelan algo incompletos⁹⁴. Un intento reciente e ilustrativo se puede observar en la monografía de García-Andrade, que propone varias clasificaciones⁹⁵ y una ambiciosa tipología⁹⁶ de las actuaciones materiales.

En este texto se renunciará a proponer una clasificación temática o sectorial. La determinación de tipos de actividades materiales puede ser muy fructífera⁹⁷, pero implica un análisis sectorial que excede el objeto de este texto. El objetivo será más acotado: se delinearán tres series de clasificaciones generales de las actuaciones materiales, inspiradas en factores tanto legales como organizativos, que pueden ser determinantes para delimitar algunas de sus consecuencias jurídicas⁹⁸.

1. *Actuaciones declarativas y materiales en sentido estricto*

En primer lugar, y en la línea de lo sostenido por García-Andrade⁹⁹, puede distinguirse entre actuaciones materiales declarativas y actuaciones materiales en sentido estricto. La clasificación tiene un sentido lingüístico: hay actuaciones materiales que se realizan por medio de su enunciación lingüística, mientras otras requieren de una acción física o estrictamente material. Así, mientras los efectos jurídicos de las actuaciones declarativas surgen por la sola “formulación de una declaración por la Administración”, las actuaciones estrictamente materiales inciden “con relevancia jurídica sobre la realidad física”¹⁰⁰.

Son actuaciones materiales declarativas, por ejemplo, la anotación o registro de una situación por parte de un policía o la formulación de un diagnóstico realizado por un médico. Son actuaciones materiales en sentido estricto la aprehensión física de un delincuente o la intervención quirúrgica de un paciente hospitalario.

⁹³ Por ejemplo, la tipología aportada por GONZÁLEZ-VARAS y STOBER, 1993, pp. 249-251.

⁹⁴ VELASCO CABALLERO, 1998, p. 72.

⁹⁵ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 128.

⁹⁶ GARCÍA-ANDRADE, 2021, pp. 151 y ss.

⁹⁷ Esa metodología ha resultado ser productiva. Por ejemplo, acerca de la inspección, MARTÍN, 2025 y LEAL, 2015. Respecto de las actividades de “concertación”, véase AGUDO, 2013. En relación con actividades de prestación de servicios públicos, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007.

⁹⁸ La metodología utilizada para esta clasificación es inductiva: se toman ejemplos paradigmáticos de actuaciones administrativas no formalizadas y, a partir de ellos, se construyen clases tipo.

⁹⁹ GARCÍA-ANDRADE, 2024, p. 516.

¹⁰⁰ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 129.

En un plano intermedio quedan actuaciones que podríamos denominar “performativas”, que son actos de orden lingüístico (y, por tanto, *a priori* declarativos) en que la acción se realiza por la sola formulación de palabras¹⁰¹, como la orden de un policía para que un delincuente frene su huida. Su acople a una u otra categoría queda en un plano intermedio: si lo relevante es su significado declarativo (lo que se dijo), entonces puede ser analizada como parte de la categoría declarativa; si, por el contrario, lo relevante es su repercusión material (su sentido “ilocutivo”¹⁰²) entonces puede ser estudiado a propósito de las actuaciones materiales estrictas.

Las repercusiones de esta distinción son sutiles pero existentes. La formulación lingüística (oral o escrita) de declaraciones implica, según la teoría de los actos de habla¹⁰³, un compromiso específico del agente respecto del significado de su declaración¹⁰⁴. En el caso de las actuaciones materiales en sentido estricto, en contraste, el significado puede ser interpretable o poco claro, y el compromiso con tal significado es menos evidente.

2. Actuaciones de *input* y de *output*

En segundo lugar, es posible distinguir entre actuaciones materiales de *input* y actuaciones materiales de *output*. La diferencia nuevamente se conecta con una distinción formulada por García-Andrade, que diferencia actuaciones *ad intra* y *ad extra*¹⁰⁵.

La distinción posee, en cualquier caso, una influencia evidente de la teoría de la organización. Toda organización configura un espacio de procesamiento entre *inputs* y *outputs*¹⁰⁶. La organización recopila información¹⁰⁷, la procesa e interpreta de acuerdo con sus cánones¹⁰⁸ (en términos de LUHMANN: “absorbe la incertidumbre”¹⁰⁹); luego, bajo esos paradigmas, interactúa con el mundo externo¹¹⁰. Con la organización administrativa sucede lo mismo: posee medios para hacerse de datos, construir sus propios códigos lingüísticos y enfrentar la incertidumbre externa (*input*); y, al mismo tiempo, con medios para producir efectos en el mundo exterior (*output*).

Las actividades de inspección o fiscalización, el diagnóstico de una enfermedad médica, la recopilación estadística o el patrullaje policial de una zona peligrosa son todas actuaciones materiales de *input*: permiten que la organización administrativa consiga

¹⁰¹ AUSTIN, 1962, p. 7.

¹⁰² El “por qué” se usa una oración. AUSTIN, 1962, pp. 98 y ss.

¹⁰³ En general, SEARLE, 1990.

¹⁰⁴ En el caso de las aserciones, de su contenido veritativo. BRANDOM, 1983.

¹⁰⁵ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 129 y GARCÍA-ANDRADE, 2024, p. 516. La distinción del autor se basa en si se producen o no “interactuaciones con los ciudadanos”. Este texto empleará una versión distinta: tipos de interacción con el *mundo exterior* (involucre o no directamente a los ciudadanos).

¹⁰⁶ CORREA y CRAFT, 1999.

¹⁰⁷ Véanse TELL, 2004, NONAKA, 1994 y TSOUKAS y VLADIMIROU, 2001.

¹⁰⁸ DAFT y WEICK, 1984.

¹⁰⁹ LUHMANN, 2012, pp. 149 y ss.

¹¹⁰ La visión de Luhmann supera esta distinción, pero admite que “[l]as modelaciones de Input / Output pueden ser teóricamente adecuadas para explicar algo”. LUHMANN, 2012, p. 208.

información acerca del mundo exterior. Una detención policial o una intervención médica son actuaciones materiales de *output*, en cuanto se basan en la producción de cambios en el mundo exterior.

Por supuesto, varias actuaciones se ubican en un plano intermedio, en que *input* y *output* son difíciles de diferenciar. Por lo general, al ejecutar acciones externas se capta información; recíprocamente, recopilar información suele implicar influir en la realidad. Lo interesante para estos efectos es cuál es el objetivo que sobresale, desde un punto de vista organizativo.

La distinción es importante de cara al tipo de razonamiento que predomina en cada categoría. Aunque técnicamente ambos tipos de actuaciones son prácticas (pues realizan acciones¹¹¹), su articulación racional es diferente. Las actividades de *input* tienen por objeto captar y procesar información, es decir, aproximarse a la realidad; de ahí que predomine en ellas un razonamiento de orden epistemológico o “teórico”, orientado al descubrimiento de la verdad. En las actividades de *output*, en cambio, predomina un razonamiento estrictamente práctico, cuya orientación es la realización de impactos materiales tendientes a la producción de un fin.

3. *Actuaciones inmediatas y deliberadas*

En tercer lugar, es pertinente distinguir entre actuaciones materiales inmediatas y actuaciones materiales deliberadas. Esta es una distinción fundamental en el marco del razonamiento práctico, confirmada por la psicología conductual. Las acciones humanas pueden estar amparadas en una deliberación racional y relativamente detenida (lo que Kahneman llama “sistema 2”¹¹²), pero también pueden emanar de un pensamiento rápido (“sistema 1”), que no alcanza a sopesar las razones favorables o desfavorables de cara a su ejecución.

Las actuaciones materiales de la administración se apoyan en estos dos tipos de razonamientos, en diversos rangos e intensidades¹¹³. Varias actuaciones materiales exigen o permiten una deliberación detenida, en la que el agente puede prestar atención a distintas variables y razones; así sucede con el diagnóstico complejo que realiza un equipo médico o una reunión policial para fijar planes de acción. Pero hay otras actuaciones en que esta deliberación no es exigible, o es derechamente imposible; por ejemplo, la reacción de un policía a un ataque¹¹⁴ o la actuación médica de urgencia.

La distinción es relevante de cara a determinar las exigencias racionales que rigen a las actuaciones materiales. Las actuaciones deliberadas requieren de un ejercicio racional detenido, una cierta “pausa racional” en la que se analicen las decisiones y se las dote de justificación. Las actuaciones inmediatas, en cambio, no poseen esta exigencia, por

¹¹¹ SEARLE, 2003, pp. 120 y ss.

¹¹² KAHNEMAN, 2012.

¹¹³ Así, NORGAARD, 2018.

¹¹⁴ WILSON, 1968, p. 20.

imposibilidad o falta de necesidad. Por supuesto, esto no implica permitir su irracionalidad: las actuaciones inmediatas emanan de un conjunto de cánones, rutinas, códigos o automatismos, personales u organizacionales, que también son evaluables en términos de su racionalidad.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS ACTUACIONES MATERIALES

Una vez perfilado el concepto de actuación material y señaladas algunas clasificaciones delimitativas, vale la pena aproximarse al problema jurídicamente esencial: en vista de sus peculiaridades, ¿de qué forma el derecho se puede hacer cargo de estas actuaciones materiales?

1. *Introducción*

Ante todo, la sumisión de la administración pública al derecho es una premisa que no puede ser desconocida, ni siquiera por la conformación práctica desformalizada y la emanación descentralizada de las actuaciones materiales. En cuanto expresión de un poder administrativo integrante de un Estado de derecho, la actuaciones materiales de la administración no se pueden sustraer de la dirección del derecho.

Sin embargo, su forma específica de juridificación es desafiante, como lo demuestra la ausencia de un tratamiento consistente de sus formas de control. No obstante, su estudio particular es muy necesario. Las actuaciones materiales cuentan con una estructura basal peculiar, que requiere una versión del derecho administrativo más flexible que el típicamente formal. El derecho debe adaptar sus formas a las singularidades de las actuaciones materiales.

En este contexto, la literatura ha propuesto algunas alternativas interesantes. Las ideas de García-Andrade son particularmente sugerentes: la juridificación podría sustentarse en la teoría de la relación jurídica, que daría cuenta de la generación de un “nexo de unión entre la Administración y el ciudadano”¹¹⁵, vinculación que puede tener distintas características¹¹⁶.

A partir de este fundamento, García-Andrade traza límites tanto constitucionales como legales. Respecto de las bases constitucionales, el autor delinea una ambiciosa propuesta acerca de sus “criterios habilitantes”¹¹⁷. La explicación del control legal atiende primordialmente a sus insuficiencias¹¹⁸.

De acuerdo con este análisis, es posible formular una especificación ulterior, vinculada a un factor que parece quedar pendiente: los tipos de reglas que rigen a las

¹¹⁵ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 128.

¹¹⁶ GARCÍA-ANDRADE, 2021, pp. 134 y ss.

¹¹⁷ La administración solo “puede actuar válidamente de manera directa” (es decir, fuera del marco de acto administrativo) en ciertas hipótesis concretas. GARCÍA-ANDRADE, 2021, pp. 180 y ss.

¹¹⁸ GARCÍA-ANDRADE, 2021, pp. 185 y ss.

actuaciones materiales¹¹⁹. La actuación administrativa material no solo está vinculada por el principio de legalidad como entidad abstracta, sino por conjuntos específicos de reglas, dotadas de características singulares.

2. *La regulación primaria de las actuaciones materiales de la administración*

¿Qué tipo de reglas rigen a las actuaciones materiales de la administración?

Los actos administrativos son la expresión de un poder jurídico, definido por el derecho, susceptible de alterar posiciones jurídicas de forma estandarizada, y por tanto son gobernados por un tipo especial de reglas jurídicas: reglas secundarias o constitutivas¹²⁰. En contraste, las actuaciones materiales no son jurídicamente constituidas: son acciones nítidamente materiales o extrainstitucionales, emanadas del razonamiento práctico de agentes adscritos a la organización administrativa. No son expresión de un poder jurídicamente definido o estandarizado, sino series diversas y heterogéneas de acciones atribuibles a agentes administrativos, sin la intermediación de alguna forma jurídica.

Para disciplinar tales tipos de acciones –en sentido teórico, no expresivas de poder normativo– el derecho dispone de un arsenal de reglas prototípico, concebido para la regulación general de conductas: las reglas primarias o regulativas¹²¹. Se trata de mandatos, prohibiciones o permisiones que regulan o modelan la acción humana, previendo su ajuste a cánones determinados. Los agentes administrativos que ejecutan estas acciones están llamados a seguir sus mandatos.

En términos teóricos, lo que realizan las normas regulativas es intervenir en el razonamiento práctico de los agentes. Las normas jurídicas primarias son, como explica Raz, “razones para la acción”, motivadores para actuar de determinados modos¹²². Las normas jurídicas regulativas definen modos de comportamientos a partir de la inclusión de las normas en el razonamiento práctico de sus destinatarios¹²³.

No obstante, su intervención imperativa solo se puede realizar *a posteriori*¹²⁴. Las reglas primarias no determinan su validez o invalidez, sino que sirven de fundamento para que, atendido el cumplimiento o incumplimiento de sus mandatos, sirvan de base para la aplicación de consecuencias jurídicas ulteriores. Así, la actuación que se aparte de normas primarias no puede ser declarada inválida o nula, pero sí puede ser objeto de sanciones o declaraciones de responsabilidad.

¹¹⁹ GARCÍA-ANDRADE, 2024, pp. 519-520.

¹²⁰ RAZ, 1998.

¹²¹ MAÑALICH, 2012.

¹²² RAZ, 1999.

¹²³ Como “razones excluyentes”. Véase RAZ, 1999.

¹²⁴ ATRIA, 2023.

3. *El marco jurídico específico de las actuaciones materiales*

Dentro de este marco, el sistema jurídico concreto con que lidian las actuaciones materiales de la administración debe ser objeto de un análisis más detenido. Las normas jurídicas primarias determinan ámbitos de lo permitido, prohibido u obligado, pero el ajuste a estos campos es siempre dependiente de un factor institucional fundamental: los poderes jurídicos de los órganos que controlan la juridicidad de estas acciones, regidos cada uno por sus propias reglas competenciales o secundarias¹²⁵. Así, será cada ente controlador, regido por sus propias normas, quien configure los límites legales de estas actuaciones, en el marco de los procedimientos y requisitos que les imponga la ley.

Atendida la variedad de foros y métodos de control posibles, la especificación de estos límites resulta desafiante. La relativa tosquedad de los criterios más prevalentes al respecto¹²⁶ contrasta con la enorme heterogeneidad de las actuaciones materiales, lo que hace necesarios esfuerzos teórico-dogmáticos para establecer claves más concretas para determinar su licitud o ilicitud de actuaciones materiales. No obstante, esta es una tarea de largo aliento, que supera el propósito de este trabajo.

En cualquier caso, incluso en este contexto variable, parece posible perfilar a lo menos algunas claves iniciales de delimitación.

En primer lugar, en el entendido de que cada funcionario adscribe a una organización administrativa que realiza funciones de interés público, parece exigible de ellos un ajuste mínimo a esta funcionalidad. Al margen de este marco funcional, esté o no definido expresamente por la ley, la permisión general de sus acciones parece insostenible. Una acción que no cumple con un mínimo ajuste a las funciones de la organización se revela, así, generalmente ilícita, constitutiva de lo que la doctrina denomina “vías de hecho”: “una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde su simple prepotencia fáctica”¹²⁷. Esta institución aporta, por tanto, una clave inicial para comprender la relación entre lo permitido y lo prohibido en este marco: parecen existir actuaciones materiales que, por superar gravemente ese marco funcional, estarían derechamente prohibidas.

En segundo lugar, algunas actuaciones administrativas, fundamentalmente aquellas capaces de interferir en la posición jurídica de los ciudadanos¹²⁸, requieren en ocasiones¹²⁹ de cláusulas específicas que permitan a los agentes en cuestión realizar tales acciones, a lo menos en un sentido general¹³⁰. Se trata de genuinas “normas permisivas”¹³¹, que

¹²⁵ En relación con el sistema de sanciones penales, MAÑALICH, 2021.

¹²⁶ Tanto la llamada “regla de oro del derecho público” (SOTO KLOSS, 1992) como los criterios, más sofisticados pero no completamente afinados, de la “vinculación positiva” y la “vinculación negativa”.

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 496.

¹²⁸ Lo que podría denominarse, en lógica hohfeldiana, una situación de “inmunidad”, lógicamente correlativa a la “incompetencia”.

¹²⁹ Posiblemente, por exigencias constitucionales.

¹³⁰ GARCÍA-ANDRADE, 2021, p. 199.

¹³¹ Esto es, un “permiso” en sentido prescriptivo. Véase la explicación en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 2019.

abren deliberadamente espacios de permisión para la administración, y que tienden a coincidir con actuaciones prohibidas para la generalidad de ciudadanos. Así, por ejemplo, agentes y órganos de fiscalización suelen contar con permisiones explícitas para ingresar a propiedades¹³², tomar muestras o registros¹³³ o revisar la contabilidad empresarial¹³⁴; asimismo, los órganos policiales cuentan con autorización explícita para ejercer lícitamente la fuerza¹³⁵.

En tercer lugar, este marco interrelacionado de prohibición y permisión se ve complementado con aquellas actuaciones administrativas sujetas a obligaciones. Por cierto, se trata de actuaciones *per se* permitidas: lo que está obligado está también permitido¹³⁶. Pero su particularidad es su característica propiamente obligatoria: determinan, con mayor o menor especificidad, la acción a ser realizada por los agentes administrativos, tornando ilícita la omisión de su ejecución¹³⁷. Esto sucede con los deberes de información, que obligan, por ejemplo, al personal médico en relación con los pacientes hospitalizados¹³⁸, o a los fiscalizadores en el marco de sus programas de fiscalización¹³⁹.

Finalmente, incluso dentro de marcos generales de permisión, se pueden prever normas prohibitivas, que fijen límites concretos al desempeño de acciones funcionalmente adscritas al servicio. Algunas prohibiciones son observables de forma directa, como aquellas tendientes a evitar la revelación de información confidencial o a resguardar la probidad administrativa. Otras surgen como contracara de derechos fundamentales de terceros, como sucede con la privacidad en el marco de la salud, la propiedad en supuestos de inspección o la vida e integridad física en el contexto de actuaciones policiales. También se pueden presentar en la forma de principios jurídicos, como sucede con la prohibición de exceso consagrada por el “principio de proporcionalidad”.

¹³² Por ejemplo, DFL 2, 1967, art. 24: “En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras los Inspectores podrán visitar los lugares de trabajo a cualquiera hora del día o de la noche. Los patrones o empleadores tendrán la obligación de dar todas las facilidades para que aquellos puedan cumplir sus funciones”.

¹³³ Ley N° 20.417, 2010, art. 29: “La Superintendencia podrá citar a declarar a los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los sujetos fiscalizados, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones”.

¹³⁴ DL 830, art. 60: “Con el objeto de verificar la exactitud de las declaraciones u obtener información, el Servicio podrá examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad, documentos del contribuyente y hojas sueltas o sistemas tecnológicos que se hayan autorizado o exigido... en todo lo que se relacione con los elementos que deban servir de base para la determinación del impuesto o con otros puntos que figuren o debieran figurar en la declaración”.

¹³⁵ Ley N° 18.961, 1990, art. 2 quáter: “Carabineros de Chile, como institución integrante de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, se encuentra autorizado para hacer uso de la fuerza, cuando sea estrictamente necesaria y en la proporción o medida requerida para el desempeño de las funciones policiales”.

¹³⁶ VON WRIGHT, 1951.

¹³⁷ Lo que puede dar pie a “pretensiones de condena”. Véase HUERGO, 2000.

¹³⁸ Ley N° 20.584, 2012, art. 11: “Toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible”.

¹³⁹ Ley N° 20.417, 2010, art. 18: “Al finalizar el año respectivo, se deberán publicar los programas y subprogramas de fiscalización, con sus respectivos resultados individualizados por tipo de instrumento fiscalizado y organismo que las llevó a cabo”.

La articulación entre estas normas provee un mapa inicial bajo el cual el derecho (por medio de las autoridades con competencia para aplicarlo) gobierna la actuación material de la administración. El derecho administrativo tiende a prever un ámbito implícito y explícito de permisión, acotado pero flexible, en el margen del cual se contemplan prohibiciones y obligaciones. Más allá de las especificidades de las formas de control, estas técnicas forman parte del principio de legalidad al que debe responder toda actuación de la administración.

4. *Las reglas de dirección funcional*

Por último, es necesario abordar un aspecto de la reglamentación de las actuaciones materiales que parece ubicarse por fuera del ámbito del derecho objetivo y el principio de legalidad.

En el marco de una organización estatal moderna y funcionalmente diferenciada, cada una de las organizaciones administrativas poseen varios fines u objetivos, que sus diversas acciones (materiales y jurídicas) deben aspirar a satisfacer. Para cerciorarse de que tales fines sean satisfechos, la organización debe encontrar formas de intervenir en el razonamiento práctico de sus agentes. Esta misión la desempeña de diversas formas, con distintos orígenes y grados de intromisión¹⁴⁰. En cualquier caso, la vía más típica es la fijación de “reglas de dirección funcional”: normas internas que dirigen los medios a través de los cuales se debe satisfacer el fin o fines propios de la organización¹⁴¹.

Estas reglas derivan típicamente de la jerarquía administrativa, donde autoridades superiores definen procedimientos específicos mediante circulares, manuales o instrucciones internas¹⁴². Las reglas pueden también emanar de alguna autoridad técnica, concededora de una disciplina relevante, que determine la forma en que tal disciplina ha de desempeñarse. Asimismo, las reglas pueden estar contenidas en la *lex artis* de las disciplinas desempeñadas por el organismo, por medio de criterios elaborados de forma externa a la autoridad estatal¹⁴³.

Hay distintos tipos de reglas de dirección funcional. En la teoría de la organización burocrática se identifican, a lo menos, tres grandes categorías, diferenciadas por sus modos de regulación.

En primer lugar, se observan reglas de dirección funcional de orden contextual, que establecen el contexto material, formativo o estructural en el que deben ejecutarse las actuaciones materiales; por ejemplo, reglas que prevén el equipamiento que deben llevar los funcionarios policiales en distintos contextos¹⁴⁴. En segundo lugar, es posible identificar reglas de dirección funcional de orden protocolar¹⁴⁵, que detallan etapas o

¹⁴⁰ BECKER, 2019.

¹⁴¹ Lo que von Wright denominaba “directrices o normas técnicas”. VON WRIGHT, 1970, p. 29.

¹⁴² VALDIVIA, 2018, pp. 86 y ss.

¹⁴³ DARNACULLETA, 2005.

¹⁴⁴ Por ejemplo, Reglamento N° 17, 2000, de Carabineros de Chile.

¹⁴⁵ Así, GARCÍA-ANDRADE, 2024, pp. 525-526.

secuencias de acciones que deben realizar los funcionarios en determinadas situaciones; por ejemplo, en el marco de la represión policial de manifestaciones públicas¹⁴⁶, los protocolos escolares frente al acoso o los protocolos de prácticas tributarias de fiscalización¹⁴⁷. En tercer lugar, se observan reglas de dirección funcional de orden operativo, que anticipan tipos de contextos que deben enfrentar los agentes públicos y determinan formas de reacción ante ellos¹⁴⁸. Estas reglas poseen una estructura condicional¹⁴⁹: definen acciones que deben ejercerse ante ciertas condiciones o hechos. Así, por ejemplo, se diseñan las guías clínicas de diagnóstico y tratamiento de enfermedades¹⁵⁰.

En cualquier caso, las consecuencias de estas reglas suelen ser intraorganizativas. Las reglas de dirección funcional permiten a los órganos directivos orientar el desempeño práctico de los agentes administrativos.

En contraste, en el plano jurídico externo su rol suele acotarse, atendida su naturaleza general de *soft law*. Aunque pueden servir de clave para dar cuenta de una prohibición funcional, su rol es siempre aproximativo: más que normas imperativas, son indicios que pueden dar cuenta de la satisfacción de determinados estándares jurídicos. Así se demuestra, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, precisamente por la tradicional atención de este campo a los “deberes de cuidado”, marcados por lógicas funcionales¹⁵¹.

V. CONCLUSIÓN

La administración pública despliega sus acciones mediante diversas formas esenciales y contrastantes, entre las que destacan el acto administrativo y las actuaciones materiales. Mientras el acto administrativo es una manifestación formal, jurídica y normativa, caracterizada por procedimientos específicos, deliberación institucional y atribución a órganos administrativos, las actuaciones materiales consisten en intervenciones prácticas y concretas, generadas directamente por los agentes administrativos y fundamentadas en un razonamiento práctico contextualizado y flexible, carente de la formalidad propia del acto.

Estas actuaciones materiales, aunque no se constituyen mediante el derecho como ocurre con el acto administrativo, están sometidas al marco jurídico general del principio

¹⁴⁶ Es el caso de los “protocolos para el mantenimiento del orden público”, de Carabineros de Chile, establecidos por Orden General N° 2635, 2019.

¹⁴⁷ Que recuerdan más a prácticas de orden procedimental. Así, en sentido general, FALCÓN, 2024.

¹⁴⁸ A juicio de VON WRIGHT, 1970, p. 29, esta es “la formulación tipo de las normas técnicas”.

¹⁴⁹ En este sentido, se asimilan a reglas jurídicas. La distinción fundamental es su carácter “ejemplificativo” y no categórico. SIMON, 1997, p. 236.

¹⁵⁰ Una recopilación en DIPRECE, “Acceso guías clínicas AUGE”. Disponible en: <https://diprece.minsal.cl/le-informamos/auge/acceso-guias-clinicas/guias-clinicas-auge/> [visitado el 24 de junio de 2025].

¹⁵¹ Lo que permite, por ejemplo, la inclusión de las *lex artis* como parámetros de decisión. Barros, 2020, pp. 103 y ss.

de legalidad. La naturaleza práctica y situacional de estas actuaciones exige del derecho administrativo una adaptación conceptual y normativa específica, más flexible y ajustada a la diversidad de contextos en los que se realizan.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO, Jorge, 2012: "Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la administración", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 41-42.
- AGUILÓ, Josep, 1991: "La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen", en: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 10.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2019: "Permisos y normas permisivas", en Eugenio Bulygin (editor), *El libro de los permisos*, Madrid, Marcial Pons.
- ANSCOMBE, Elizabeth, 2000: *Intention*, Cambridge, Harvard University Press.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2017: "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 40.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2018: "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis de Hohfeld bajo discusión", *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, volumen 35.
- ATRIA, Fernando, 2023: "La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXXVI, Nº 1.
- ATRIA, Fernando, 2025: "La improbabilidad de la jurisdicción constitucional", Ponencia, Seminario Internacional: Interpretación y Argumentación Constitucional.
- AUSTIN, John, 1962: *How to do things with words*, Oxford, Oxford University Press.
- BACIGALUPO, Mariano, 1997: *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons.
- BARRERO, Concepción, 2001: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Madrid, Aranzadi.
- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica.
- BECKER, Markus, 2019: "Organizational Routines and Organizational Learning", en Linda Argote y John Levine, John (editores), *The Oxford Handbook of Group and Organizational Learning*, Oxford, Oxford University Press.
- BELADÍEZ, Margarita, 2000: "La vinculación de la administración al Derecho", *Revista de Administración Pública*, Nº 153.
- BOCANEGRA, Raúl, 2012: *Lecciones sobre el acto administrativo* (4ª edición), Madrid, Civitas.
- BRANDOM, Robert, 1983: "Asserting", *Nous*, volumen 17, Nº 4.
- BRATMAN, Michael, 1999: *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge, CSLI Publications.
- CABALLERO, Rafael, 2021: "La extensión del derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, volumen 4.
- CAMACHO, Gladys, 2010: *Tratado de derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración*, Santiago, Abeledo-Perrot.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2023: *Curso de derecho administrativo*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015: *Lecciones de derecho administrativo* (2ª edición), Santiago, LegalPublishing.
- CORREA, Héctor y CRAFT, James, 1999: "Input-output analysis for organizational human resources management", *Omega*, volumen 27, Nº 1.
- DAFT, Richard y WEICK, Karl, 1984: "Toward a Model of Organizations as Interpretation Systems", *Academy of Management Review*, volumen 9, Nº 2.

- DARNACULLETA, Mercè, 2005: *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons.
- DÍEZ, Silvia, 2012: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons.
- DOWNS, Anthony, 1967: *Inside bureaucracy*, Boston, Little, Brown and Company.
- FALCÓN, Gonzalo, 2024: *Curso sobre fiscalización tributaria*, Santiago, Libromar.
- FELDMAN, Martha y PENTLAND, Brian, 2003: "Reconceptualizing Organizational Routines as a Source of Flexibility and Change", *Administrative Science Quarterly*, volumen 48, N° 94.
- FERRER, Jordi, 1997: *Sobre el carácter de las normas de competencia*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra.
- FORSTHOFF, Ernst, 1958: *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA-ANDRADE, Jorge, 2021: *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA-ANDRADE, Jorge, 2024: "Lección 20. Actuaciones sin procedimiento", en Francisco Velasco Caballero y Mercè Darnacullea (directores), *Manual de Derecho administrativo* (2ª edición), Madrid, Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 2008: *Curso de Derecho administrativo* (14ª edición), volumen I, Madrid, Thomson-Civitas.
- GIOIA, Dennis y POOLE, Peter, 1984: "Scripts in Organizational Behavior", *The Academy of Management Review*, volumen 9, N° 3.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, 2003: "La ley chilena de procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, N° 163.
- GOLDMAN, Alvin, 1970: *Theory of Human Action*, Princeton, Princeton University Press.
- GORDILLO, Agustín, 2014: *Tratado de Derecho Administrativo. Capítulo IX: El acto administrativo*, (11ª edición), Buenos Aires, F.D.A.
- GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- HABERMAS, Jürgen, 2005: *Facticidad y validez* (4ª edición), Madrid, Trotta.
- HARMAN, Gilbert, 2004: "Practical Aspects of Theoretical Reasoning", en Alfred Mele y Piers Rawling (editores), *The Oxford Handbook of Rationality*, Oxford, Oxford University Press.
- HART, H.L.A., 1990: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- HOHFELD, Wesley, 1991: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Fontamara.
- HUNTER, Iván, 2021: "Tutela judicial y control de las vías de hecho de la Administración en Chile", *Ius et Praxis*, volumen 27, N° 1.
- IZQUIERDO, Tomás, 2024: *La discrecionalidad en la responsabilidad por acto administrativo*, Santiago, Ediciones DER.
- JARA, Jaime, 2004: *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Santiago, Libromar.
- JAY, Wallace y KIESEWETTER, Benjamin, 2024: "Practical Reason", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/practical-reason/>
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, 2000: *Choice, Values, and Frames*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KAHNEMAN, Daniel, 2012: *Pensar rápido, pensar despacio*, Madrid, Debate.
- KIESEWETTER, Benjamin, 2011: "'Ought' and the perspective of the agent", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, volumen 5, N° 3.
- KINDHÄUSER, Urs, 2012: "Acerca del concepto jurídico penal de acción", *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7.
- LEAL, Brigitte, 2015: *La potestad de inspección de la administración del Estado*, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- LIPSKY, Michael, 2010: *Street-Level Bureaucracy*, New York, Russell Sage Foundation.

- LUHMANN, Niklas, 2012: *Organización y decisión*, Herder, México D.F.
- MACCORMICK, Neil, 1981: *H.L.A. Hart*, San Francisco, Stanford University Press.
- MACCORMICK, Neil, 2007: "La argumentación silogística: una defensa matizada", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 30.
- MACCORMICK, Neil, 2011: *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2012: "Reglas primarias de obligación. Las 'reglas del derecho penal' en el concepto de derecho de H.L.A. Hart", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Nº 11.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2021: "La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas", *Revus*, Nº 44.
- MARTÍN, Carmen, 2025: "Los planes de inspección", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, volumen 11.
- MAYER, Otto, 1982: *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- MEDINA ALCOZ, Luis, 2022: *Historia del Derecho Administrativo Español*, Madrid, Marcial Pons.
- MERKL, Adolf, 2014: *Teoría general del derecho administrativo*, México D.F., Ediciones Coyoacán.
- MONTERO, Cristián, 2019: "El derecho administrativo en tiempos de transformaciones", *Revista de Derecho (Concepción)*, volumen 87, Nº 246.
- NIETO, Alejandro, 1972: "La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 37.
- NONAKA, Ikujiro, 1994: "A Dynamic Theory of Organizational Knowledge Creation", *Organization Science*, volumen 5, Nº 1.
- NORGAARD, Asbjorn, 2018: "Human behavior inside and outside bureaucracy: Lessons from psychology", *Journal of Behavioral Public Administration*, volumen 1, Nº 1.
- PERRY, James y WISE, Lois, 1990: "The Motivational Bases of Public Service", *Public Administration Review*, volumen 50, Nº 3.
- PETERS, Guy y PIERRE, Jon, 2017: "El burócrata elusor del deber: ¿una teoría sin sustento empírico?", *Estado Abierto*, volumen 1, Nº 3.
- PIERRY, Pedro, 2005: "Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 13.
- RAZ, Joseph, 1998: "Voluntary Obligations and Normative Powers", *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen 46.
- RAZ, Joseph, 1999: *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, Joseph, 2005: "The Myth of Instrumental Rationality", *Journal of Ethics & Social Philosophy*, volumen 1, Nº 1.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2007: *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2021: *Sistema de fuentes del derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- ROMANO, Santi, 1923: *Principii di Dritto Amministrativo Italiano* (3ª edición), Milano, Società Editrice Libreria.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, 2004: *Principios de derecho administrativo general*, Madrid, Iustel.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2003: *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2021: *La dogmática del derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, 2003: "¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?", *Documentación Administrativa*, Nº 235-236.
- SEARLE, John, 1990: *Actos de habla* (3ª edición), Madrid, Cátedra.
- SEARLE, John, 2003: *Rationality in action*, Boston, MIT Press.

- SILVA CIMMA, Enrique 1993: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica.
- SIMON, Herbert, 1997: *Administrative Behavior* (4ª edición), New York, The Free Press.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1992: "La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la constitución de 1833", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 15.
- STOBER, Rolf y GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, 1995: "Las actuaciones materiales o técnicas", *REALA*, N° 257.
- SYLVAN, Kurt, 2021: "The eclipse of instrumental rationality", en Ruth Chang y Kurt Sylvan (editors), *The Routledge Handbook of Practical Reason*, Routledge, Nueva York.
- TELL, Fredrik, 2004: "What Do Organizations Know? Dynamics of Justification Contexts in R&D Activities", *Organization*, volumen 11, N° 4.
- TSOUKAS, Haridimos y VLADIMIROU, Efi, 2001: "What is organizational knowledge", *Journal of Management Studies*, volumen 38, N° 7.
- VALDIVIA, José Miguel, 2004: "La responsabilidad de la administración del Estado en Francia", en Juan Carlos Marín (compilador), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Porrúa.
- VALDIVIA, José Miguel, 2018: *Manual de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VELASCO CABALLERO, 1998: *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, 2019: "Reformas de la administración pública: fenomenología, vectores de cambio y función directiva del derecho administrativo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, volumen 23.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, 2020: *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, 2023: "Psicología para el Derecho administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, volumen 7.
- VERMEULE, Adrian, 2018: *La abdicación del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIGO, Alejandro, 2010: "La concepción aristotélica del silogismo práctico. En defensa de una interpretación restrictiva", *Diánoia*, volumen IV, N° 65.
- VON WRIGHT, G.H., 1951: "Deontic Logic", *Mind*, volumen 60, N° 237.
- VON WRIGHT, G.H., 1970: *Norma y acción*, Madrid, Tecnos.
- WILSON, James, 1968: *Varieties of Police Behavior*, Cambridge, Harvard University Press.
- ZANOBINI, Guido, 1954: *Curso de derecho administrativo*, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Arayú.

Normas Jurídicas

- DFL 2, Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, publicado el 29 de septiembre de 1967.
- DL 830, Código Tributario, publicada el 31 de diciembre de 1974.
- LEY N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada el 17 de noviembre de 2001.
- LEY N° 18.961, Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, publicada el 7 de marzo de 1990.
- LEY N° 19.628, Sobre protección de la vida privada, publicada el 28 de agosto de 1999.
- LEY N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010.
- LEY N° 20.584, Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, publicada el 24 de abril de 2012.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100181>

Intención del legislador y elusión tributaria: una visión desde la doctrina anglosajona del derecho tributario

Ricardo Guerrero Fernández*
Francisco Saffie Gatica**

RESUMEN

La interpretación y aplicación del derecho tributario reflejan una constante tensión entre forma y sustancia. Mientras algunos defienden un enfoque formalista, otros abogan por una visión sustantiva. Como lo demuestra la evolución jurisprudencial, que ha oscilado entre ambas posturas, estas distintas aproximaciones influyen directamente en cómo se comprende y combate la elusión tributaria. Siguiendo en parte la doctrina desarrollada en el Reino Unido, este artículo propone que la incorporación de criterios sustantivos en la legislación tributaria, principalmente mediante normas generales antielusión (NGAs), permitiría equilibrar el respeto al principio de legalidad con la efectividad sustantiva del derecho tributario.

Derecho tributario; elusión tributaria; Norma General Antielusión

Legislative intent and tax avoidance: a perspective from the common law

ABSTRACT

Tax law reflects a constant tension between form and substance, especially in its interpretation and application. While some defend a formalist approach, others advocate for a substantive view. This difference directly influences how tax avoidance is understood and countered, as demonstrated by jurisprudential developments, which have oscillated between both positions. Building on part of the Common Law doctrine as developed in the United Kingdom, this article proposes that incorporating substantive criteria into tax legislation—mainly through general anti-avoidance

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Chile. Master in Public Administration, London School of Economics and Political Science, Reino Unido. PhD in International Development, King's College London, Reino Unido. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1755-0159>. Correo electrónico: ricardo_andres.guerrero_fernandez@kcl.ac.uk.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Tributación, Universidad de Chile. PhD in Law, Universidad de Edimburgo, Escocia, Reino Unido. Profesor de Derecho Tributario, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6538-344X>. Correo electrónico: francisco.saffie@pucv.cl.

Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de dos revisores anónimos, así como a Simón Ramírez y Pablo Torres por sus observaciones y versiones preliminares de este artículo.

Artículo recibido el 26.8.2025 y aceptado para su publicación el 5.1.2026.

rules (GAARs)—would allow for a balance between respect for the principle of legality and the substantive effectiveness of tax law.

Tax law; tax avoidance; General Anti-avoidance Rule

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas de la interpretación y la aplicación del derecho tributario es la elusión¹. Esta se puede entender usando la conocida distinción de Hart², entre “núcleo” y “penumbra” de la ley, como hace Daly³. Siguiendo a Hart, en el “núcleo” de la ley las obligaciones tributarias principales⁴ son claras, mientras que en la “penumbra” existe ambigüedad, lo que permitiría el surgimiento de conductas elusivas, debido a que las palabras de la ley no son suficientes en sí mismas para determinar la existencia y el contenido de esa obligación. Así, una forma de entender el problema de la elusión consiste en determinar cómo surge y cuál es el alcance de la obligación de pagar una suma de dinero al fisco.

Para algunos, la fuente legal de estas obligaciones justifica un enfoque formalista en su interpretación y aplicación; para otros, lo importante es cumplir con el propósito de la norma tributaria principal, vale decir, gravar cualquier manifestación de riqueza que dé cuenta del principio de capacidad contributiva, optando por criterios económicos o de fondo por sobre la forma jurídica⁵. Esta tensión entre forma y sustancia está en el centro del debate acerca de la elusión. Una interpretación formalista entiende el derecho como un sistema de reglas autoritativas que no requiere considerar razones sustantivas,

¹ En lo que sigue de este artículo, los conceptos de interpretación y aplicación del derecho se utilizarán siguiendo las definiciones de Detmold en DETMOLD (1989a). Vale decir, por interpretación se entiende “la explicación, exposición, particularización [...] o amplificación de alguna ley o un derecho preexistentes. Este proceso explica el detalle de o extiende o amplía el significado de una ley o un derecho preexistentes. [...] debe distinguirse de la ‘interpretación’ adjudicativa. Es un lugar común sostener que las cortes modernas ejercen una función interpretativa respecto de la ley. Pero lo que realmente hacen es adjudicar. La adjudicación consiste en decidir casos particulares. Esto no es lo mismo que la interpretación sublegislativa de un término jurídico”. La adjudicación, en cambio, consiste en la “decisión de casos particulares de acuerdo con el derecho. Estas decisiones nunca son solo la aplicación automática de una norma preexistente a un caso particular. Tienen un elemento de creatividad en ellos que justifica que los consideremos como un tipo de proceso de determinación del derecho”.

² HART (2012).

³ DALY (2015).

⁴ Esto es, la obligación tributaria que se representa en la obligación de enterar una suma de dinero en arcas fiscales. En lo que sigue de este trabajo, cuando se hace referencia a la obligación tributaria, es a la obligación tributaria principal.

⁵ Entre otros autores cuyos argumentos se discuten en este artículo, AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011), FREEDMAN (2007), WALDRON (1994). En lo que sigue de este artículo, se abandona la idea de que la ley tiene un espíritu por sus reminiscencias a teorías del derecho que atendían a la voluntad de una autora de la ley, para atender a su propósito o función, conceptos propios de teorías del derecho que atienden a la naturaleza institucional del derecho, véase EHRENBERG (2016).

mientras que una interpretación sustantiva incorpora razones morales, económicas o políticas en la aplicación de las normas⁶.

En este artículo se defienden una interpretación y una aplicación sustantivas matizadas del derecho tributario. Se muestra cómo el formalismo puede vaciar de contenido normativo la ley, y cómo una aproximación sustantiva matizada permite considerar ilegítimas aquellas acciones del contribuyente que, aunque formalmente legales, contradicen el propósito de la norma. Así, nos alineamos, con matices, con autores que sostienen que los contribuyentes deben respetar no solo la letra de la ley, sino también su propósito⁷.

Después de revisar los fundamentos de las posiciones formales y sustantivas, se analiza cómo la jurisprudencia tributaria ha evolucionado en el Reino Unido y en Chile. Se sostiene que adoptar una interpretación sustantiva impone a los jueces la tarea de delimitar qué parte de la “penumbra” de la ley constituye el hecho gravado. Esta tarea es compleja, ya que los jueces deben evitar exceder sus atribuciones o asumir funciones propias de la política tributaria al momento de adjudicar.

Para desarrollar las ideas de este trabajo, se recurre a la propuesta teórica de Judith Freedman, quien plantea que la legislación debe proporcionar un marco conceptual que autorice a los jueces a interpretar la ley según lo que ella llama “el espíritu de la legislación”, orientando su interpretación a determinar la intención de la ley⁸.

Siguiendo esa propuesta, se argumenta que no basta con establecer una NGA para lograr una interpretación sustantiva del derecho tributario; es necesario que la legislación autorice explícitamente a los jueces a recurrir a la sustancia del hecho imponible; de manera que dicha NGA sea una guía de interpretación a los jueces para reconocer esa sustancia y otorgar mayor certeza jurídica al contribuyente.

Este enfoque, contrario a lo que sostiene parte de la doctrina chilena⁹, no amenazaría el principio de legalidad, sino que lo reforzaría al establecer parámetros objetivos para calificar actos como elusivos. El criterio establecido en la ley permitiría al contribuyente anticipar cómo organizar sus operaciones conforme a ella.

Así, aunque existan desafíos al aplicar esta doctrina anglosajona en sistemas de tradición continental, el artículo sostiene que una interpretación que supere el formalismo literalista bajo un criterio objetivo —que proteja el principio de legalidad tributaria¹⁰— no debería generar desacuerdos teóricos. Además, mostramos que es posible adoptar

⁶ ATIYAH y SUMMERS (1987), p. 2. Entendemos por sustancia el propósito o fin que el legislador tuvo al establecer la regla. Para el argumento aquí desarrollado se puede ser agnóstico si esta sustancia es económica o de otra naturaleza (por ejemplo, correctiva).

⁷ En el caso de Chile, véase Osorio Morales (2023a) y Osorio Morales (2025). Con mayor distancia, se podría entender que esta propuesta deriva de la tradición “funcionalista” del derecho tributario desarrollada por la Escuela de Pavia.

⁸ FREEDMAN (2007) p. 70.

⁹ IRRIBARRA SOBARZO (2024).

¹⁰ Se podría entender que, en esto, se sigue la versión del principio de legalidad tributaria defendida por Osorio Morales en OSORIO MORALES (2023a) y en OSORIO MORALES (2025). Por razones de espacio y del objeto de este trabajo, sin embargo, no se pueden desarrollar en detalle las diferencias entre esta propuesta y la de OSORIO MORALES (2025).

elementos de la tradición anglosajona, especialmente si se considera que la judicatura continental ha evolucionado hacia enfoques similares.

En el caso chileno, resulta pertinente analizar esta propuesta, considerando que su NGA presenta elementos análogos a las normas del Reino Unido y de Australia¹¹. Esto sugiere que la experiencia comparada puede ofrecer aprendizajes valiosos para el contexto nacional. El artículo concluye que, al igual que otras ramas del derecho, la ley tributaria tiene una sustancia que refleja su propósito. Frente a la multiplicidad de propósitos que puede tener el derecho tributario¹², resulta crucial contar con herramientas interpretativas que permitan cumplir dicha finalidad sin renunciar a la dimensión formal del derecho.

II. LA ELUSIÓN COMO PROBLEMA DE LAS PALABRAS DE LA LEY. INTERPRETACIÓN FORMALISTA Y SUSTANTIVA DE LA LEY TRIBUTARIA

La tensión entre la interpretación y aplicación del derecho tributario según las palabras de la ley o la sustancia existe porque no hay acuerdo acerca de cómo se debe entender el derecho tributario¹³. En la literatura se suelen distinguir dos formas primordiales de interpretación: una formalista (centrada en la literalidad de la norma) y otra sustantiva (orientada al propósito de la legislación); distinción que ha llevado a clasificar el comportamiento de los contribuyentes en evasión, planificación fiscal y elusión fiscal¹⁴. En ambas formas de interpretación existe acuerdo respecto del significado de la evasión, pero no respecto de las otras dos categorías¹⁵.

La tensión anterior se hace evidente al analizar los conceptos de planificación y elusión fiscal. Desde una interpretación formalista, la planificación tributaria es entendida como una estrategia legítima que permite a los contribuyentes aprovechar las lagunas de la ley. Katz¹⁶ sostiene que las reglas legales son análogas a las reglas de votación del proceso legislativo, por lo que la explotación de las lagunas sería “análoga a la manipulación de

¹¹ Según da cuenta la Historia de la Ley N° 20.899 (2016), las normas de los artículos 4 bis y 4 ter del Código Tributario tienen semejanzas con la regulación de las NGAs del Reino Unido y Australia. Parte de las razones para esta afirmación se encuentra en lo señalado durante la tramitación de la ley por los asesores del Ministerio de Hacienda de la época. Ver, Historia de la Ley N° 20.899 (2016, p. 107 y p. 110). Asimismo, esto se materializa en que la NGA chilena (a diferencia de la española, por ejemplo) regula de manera expresa las *step transactions*, califica expresamente la figura principal de elusión como “abuso de las formas jurídicas” y resuelve de manera expresa la forma en que opera la NGA en relación con las normas especiales antielusión. Un análisis dogmático detallado de estos puntos excede el marco de este trabajo.

¹² Sobre esto, véase AVI-YONAH (2006).

¹³ Es posible argumentar que en otras áreas del derecho, donde está más claro el objetivo o la función de la legislación, existe una forma de interpretar y aplicar el derecho que dé cuenta de ese objetivo o función. Ocurre así, por ejemplo, en el derecho laboral (que protege los intereses de los trabajadores) o el derecho civil (que opera a partir de la autonomía de los individuos). Véase la nota anterior y también TOLEDO ZÚÑIGA, et.al. (2019).

¹⁴ SAFFIE GATICA (2014) p. 24ss.

¹⁵ OSORIO MORALES (2023b).

¹⁶ KATZ (2010) p. 1.

la agenda” legislativa, sin que ello se deba considerar reprochable. En la misma línea, parte de la literatura define la elusión como el intento de reducir la carga tributaria por medios legales, explotando vacíos normativos, sosteniendo que los contribuyentes no deberían pagar más impuestos que aquellos expresamente establecidos por la ley¹⁷.

Esta visión formalista de la interpretación de la legislación tributaria sostiene que es legítimo explotar las lagunas de la ley y que los contribuyentes pueden considerar esto como una estrategia válida en su organización comercial. De esta manera, para el formalismo la elusión no sería una categoría, sino que se subsumiría en la planificación tributaria.

En el otro lado de la vereda, Avi-Yonah y otros¹⁸, incorporan el concepto de “espíritu” de la legislación para trazar una línea divisoria entre las distintas formas de comportamiento estratégico del contribuyente, pudiendo distinguir entre planificación tributaria y elusión en atención a la ley como estándar sustantivo. Estos autores señalan que la planificación tributaria abarca acciones legítimas del contribuyente realizadas para optimizar la carga tributaria, siempre que no contradigan la ley ni su “espíritu”. Los contribuyentes tienen derecho a optimizar su carga tributaria siempre que su comportamiento sea legítimo y no contravenga el “espíritu” de la legislación. Así, Avi-Yonah y otros¹⁹, definen elusión tributaria como “aquellos comportamientos “ilegítimos” (no necesariamente ilegales) dirigidos a reducir la carga tributaria. Estos comportamientos no violan la letra de la ley, pero claramente violan su espíritu”.

En resumen, la interpretación formalista de la ley tributaria alienta a los contribuyentes a optimizar su carga tributaria mediante la explotación de “vacíos legales” o la utilización de normas de cobertura que amparen un ahorro tributario: los contribuyentes tienen la obligación de pagar impuestos según lo que está “claramente” incluido en las reglas de la ley tributaria²⁰. Si los contribuyentes explotan lo que se considera fuera de la literalidad de la ley, su comportamiento se debería considerar excluido del alcance de la ley: al no existir una obligación legal que cubra esos hechos, los contribuyentes tendrían el derecho a elegir si pagar o no impuestos. Según esta visión, la explotación de vacíos legales o la utilización de normas de cobertura que amparen un ahorro tributario no está prohibida y la elusión tributaria no sería un problema de los contribuyentes, a lo más, es un problema para el legislador que buscó recaudar más y redactó una ley defectuosa que no cubre todos los casos que proyectó.

Sin embargo, la concepción formalista de la interpretación de la ley tributaria y de la forma en que surgen las obligaciones en esta área del derecho resulta problemática cuando se considera la sustancia del derecho tributario²¹. Como muestra Saffie²², al

¹⁷ KIRCHLER, MACIEJOVSKY y SCHNEIDER (2003), PREBBLE y PREBBLE (2010).

¹⁸ AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011) p. 102.

¹⁹ AVI-YONAH, SARTORI y MARIAN (2011) p. 101.

²⁰ KATZ (2010) p. 3.

²¹ FREEDMAN (2007).

²² SAFFIE GATICA (2014) p. 35.

citar a McBarnet y Whelan²³, la interpretación formalista socava “la política detrás de las palabras”. Negar esta forma de interpretar el derecho tributario acarrea el riesgo de considerar que el contribuyente tiene la posibilidad de elegir si cumple o no con sus obligaciones tributarias: vale decir, que realizando un hecho que el legislador buscó gravar con impuestos pero que no está exactamente descrito en el antecedente de la regla, lo ampara el derecho a no realizar “literalmente” el hecho imponible y, así, librarse de contribuir con los gastos del Estado en la forma que el legislador definió²⁴.

Como menciona Daly²⁵, siguiendo a Hart²⁶, las leyes tienen un objetivo político que se debe tener en cuenta al interpretar la penumbra de la ley. Por tanto, el contribuyente no debería tener la opción de elegir quedar fuera del hecho imponible ante todo evento, sino que, al actuar, debe considerar que sus obligaciones tributarias están determinadas tanto por la letra como por el propósito de la ley.

Entonces, una interpretación sustantiva de la ley tributaria requiere identificar si la conducta del contribuyente está cubierta por el propósito de la legislación. Aunque los actos del contribuyente no estén cubiertos por la letra de la norma, es posible que dicho comportamiento sí esté contenido en el propósito del legislador al establecer el hecho imponible. De esta manera se observa el problema jurídico que supone la elusión tributaria: se trata de acciones que devienen problemáticas para la aplicación del derecho porque no están cubiertas por la letra, pero sí por el propósito de la ley.

El problema persiste incluso si, como simplificación, se considera que el único objetivo de los impuestos es recaudar ingresos para financiar los gastos del Estado²⁷. Bajo esta perspectiva y siguiendo la definición económica clásica de impuestos de Seligman²⁸, citado por Saffie²⁹, los impuestos son “contribuciones obligatorias que realiza el contribuyente al Estado para que este cubra los gastos destinados al interés común de los ciudadanos, sin referencia a beneficios especiales conferidos”. Será más problemático si vamos más allá y consideramos que los impuestos también desempeñan un papel en la equidad y la justicia distributiva³⁰.

Si se apoya la interpretación y la aplicación formalistas de la legislación tributaria y se reconoce un derecho a eludir impuestos, los ingresos fiscales de los países disminuirán

²³ MCBARNET y WHELAN (1991) p. 853.

²⁴ Nótese que esta situación es distinta de la que los economistas denominan “efecto sustitutivo” de los impuestos. No estamos hablando de una situación en que la existencia o establecimiento de un impuesto motiva un cambio de conducta que implica no generar “renta” (u otro hecho gravado). En este sentido no es una situación relevante desde el punto de vista legal que una persona decida abandonar la civilización para irse a la montaña a subsistir por sus propios medios. Eso no sería elusión.

²⁵ DALY (2015).

²⁶ HART (2012).

²⁷ Para este propósito ver SAFFIE GATICA (2014) p. 77. Véase supra notas 16 y 17 para los demás fines de los tributos.

²⁸ SELIGMAN (1905) p. 304.

²⁹ SAFFIE GATICA (2014) p. 78.

³⁰ MURPHY y NAGEL (2001).

y los gobiernos no podrán proporcionar servicios básicos a sus ciudadanos³¹. Además, como afirma Wheatcroft³², estas actitudes no solo reducirán los ingresos fiscales, sino que también aumentarán el “sentido de injusticia y desigualdad”.

Como defendió McBarnet³³, una interpretación formalista de la ley tributaria permite que “los mandamases de la sociedad”³⁴ (aquellos que tienen acceso a “buenos” asesores) elijan pagar menos impuestos mediante el diseño de estrategias que sitúen su comportamiento fuera del alcance de las palabras de la ley. Esto representa un atentado contra la equidad horizontal y vertical del sistema tributario³⁵.

A diferencia de lo que sostienen algunos autores³⁶, como se muestra más adelante, una interpretación sustantiva de la ley tributaria no contradice necesariamente el principio de legalidad en materia tributaria, según el que solo la ley (lo que aquí se sostiene debería incluir tanto sus palabras como sus propósitos) puede establecer un hecho imponible (o exención). Una interpretación y aplicación de la ley tributaria como la que aquí se defiende, implica que ni los contribuyentes ni las administraciones tributarias pueden decidir (o elegir) si una determinada conducta se enmarca (o no) en la descripción de un hecho imponible. Como señala McBarnet³⁷, la interpretación formalista permite a las personas elegir si entran o salen del hecho imponible y esto no es aceptable según el principio mencionado; al mismo tiempo, una interpretación que atienda solo a la sustancia de la ley sin atender a su texto, implica que la administración o los jueces podrían devenir en diseñadores de política tributaria más allá de la ley.

Según lo hasta aquí analizado, podemos concluir que tanto para una aproximación formalista como para una sustantiva del derecho tributario, la elusión tributaria es un comportamiento legal (en oposición a la evasión), pero que en el caso de la interpretación sustantiva se entiende como ilegítimo aquel comportamiento del contribuyente que contraviene la sustancia de la ley tributaria entendida como el propósito del derecho tributario, lo que incluye una dimensión de sentido que va más allá de la literalidad de las palabras usadas por el legislador. Los autores que argumentan a favor de una interpretación sustantiva de la ley tributaria consideran que la elusión es ilegítima, ya que

³¹ Esta es una de las razones principales de las acciones actuales que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) está impulsando en el proyecto que busca prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios en su actual versión de establecer un impuesto mínimo global.

³² WHEATCROFT (1955) p. 212.

³³ MCBARNET (1988) p. 119.

³⁴ MCBARNET (1988) p. 120.

³⁵ Acerca del concepto de equidad fiscal horizontal, ver SIMONS (1938).

³⁶ En el caso de la literatura española y chilena, véase, aunque con matices, FERREIRO LAPATZA (2010), TAVEIRA TORRES (2008), VALDÉS COSTA (2001). En el caso chileno, véase, AVILÉS HERNÁNDEZ (2014), BRZOVIC (1992), MAGASICH AIROLA (2016), NAVARRO SCHIAPPACASSE (2022), NAVARRO SCHIAPPACASSE (2018), NAVARRO SCHIAPPACASSE y TOLEDO ZÚÑIGA (2022). Se diferencia de los autores chilenos OSORIO MORALES (2025).

³⁷ MCBARNET (1988) p. 119.

los contribuyentes también deben cumplir con la intención del legislador manifestada en el espíritu o propósito de la ley tributaria³⁸.

Así, para una aproximación sustantiva, los contribuyentes podrían aprovechar en su favor las limitaciones del lenguaje de las leyes fiscales (planificación tributaria), siempre que no atenten contra el propósito de la legislación. Con esto se tendrá que evaluar si el comportamiento de los contribuyentes se enmarca (o no) dentro del alcance de la ley tributaria generando una optimización de la carga tributaria.

III. EJEMPLOS DE PROBLEMAS DE APLICACIÓN SUSTANTIVA DE LA LEY TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL REINO UNIDO Y CHILE

La tensión entre las palabras y la sustancia de la legislación en materia de elusión tributaria se ha reflejado a lo largo de la historia de las decisiones judiciales en el Reino Unido y en Chile³⁹. Esta sección ilustra que la falta de un marco conceptual o guía para los jueces respecto de la sustancia del derecho tributario ha derivado en declaraciones contradictorias por parte de la Cámara de los Lores del Reino Unido y de la Corte Suprema de Chile. Los fallos analizados han conducido a la elaboración de diferentes principios de interpretación y aplicación de la ley tributaria para evaluar si debe primar una aproximación formalista o una sustantiva, lo que acarrea una mayor incerteza que un mandato de aplicar la sustancia de la ley bajo ciertos parámetros establecidos en la ley.

Esta sección no busca desarrollar un análisis de la calidad de las sentencias ni del estándar argumentativo de las mismas, sino ejemplificar mediante decisiones jurisprudenciales relevantes, cómo han variado las aproximaciones al derecho tributario desde una aplicación literal hasta una sustantiva de la ley. El objetivo es dar cuenta de la tarea que pueden cumplir las y los jueces al aplicar la ley y de cómo las variaciones en esa comprensión pueden implicar una mayor incertidumbre para los contribuyentes. Además, en ambos casos se analiza la jurisprudencia dictada antes del establecimiento legislativo de una NGA. Para evitar esas variaciones, se presenta la propuesta de la sección IV de este trabajo.

1. *Jurisprudencia del Reino Unido*

La jurisprudencia del Reino Unido muestra un vaivén entre las aplicaciones formales y sustantivas del derecho tributario. La primera doctrina emergió en 1936 con

³⁸ FREEDMAN (2007).

³⁹ La razón para dedicarse al análisis de la evolución de la jurisprudencia del Reino Unido (y no, por ejemplo, a la de Estados Unidos) es que se trata de una tradición que, a pesar de venir del *common law*, ha sido siempre más cercana al formalismo que a una aproximación sustantiva en el razonamiento jurídico. Véase, ATIYAH y SUMMERS (1987). Lo anterior sirve para mostrar que el problema entre forma y sustancia también aparece en una tradición que, *en principio*, parece muy lejana a la tradición continental, propia del derecho chileno.

el “principio de Westminster”, en *IRC v. Duke of Westminster* [1936] donde primó la literalidad de la ley. Como es bien sabido, el caso cuestionó el tratamiento tributario que debían recibir los pagos anuales efectuados por el Duque de Westminster (el “Duque”) a sus trabajadores, pagos que reemplazaban la remuneración. Los pagos anuales tenían un tratamiento tributario preferencial que no gozaban los sueldos o remuneraciones. Para estos efectos, el Duque pactaba, mediante escrituras⁴⁰, obligaciones de pago de anualidades a sus trabajadores. Las escrituras establecían que estos pagos se hacían cargo de la obligación derivada de servicios prestados en el pasado por sus trabajadores, pero que los pagos se realizarían en el futuro⁴¹. El fallo de la Cámara de los Lores consideró que la elusión derivada de estos contratos era legal, reconociendo que los contribuyentes tenían derecho a organizar sus negocios con el fin de pagar la menor cantidad de impuestos posible, en la medida en que cumplieran con lo establecido en la letra de la ley.

Este criterio formalista se mantuvo durante muchos años. Recién en 1982 surgió el denominado “principio Ramsay” en *Ramsay Ltd. v. IRC* [1982]; una nueva doctrina que consideró que la elusión era problemática. El caso consistió en que Ramsay Ltd. adquirió el capital de Caithmead Ltd. por un total de £185,034. Para ello, y en la misma fecha, Ramsay Ltd. hizo dos préstamos a Caithmead Ltd., equivalentes a £ 218,750, pagaderos a su valor par en 30 y 31 años, respectivamente, con una tasa de interés del 11%, pudiendo Ramsay Ltd. elegir disminuir la tasa de interés de un préstamo y aumentar la del otro préstamo, respectivamente. Un par de semanas después, Ramsay eligió reducir la tasa de interés del primer préstamo, a 0% y aumentar la tasa de interés del segundo préstamo a 22%, lo que se tradujo en que el segundo préstamo aumentara su valor económico y el primero se redujera. Con ello, Ramsay vendió el segundo crédito a una tercera sociedad por su valor de mercado equivalente a £ 391,481. Sin embargo, Ramsay Ltd. consideró que la utilidad de £ 172,731 (£ 391,481 – £ 218,750) no debía afectarse con impuestos y debía acogerse a la exención tributaria denominada “*debt on a security*”. Posteriormente, el segundo crédito fue transferido a una subsidiaria de la tercera sociedad adquirente, que después se liquidó y así extinguió la obligación; y el primer crédito se pagó a su valor par, sin generar impuestos. Por último, Caithmead Ltd. entró en proceso de liquidación, lo que redujo el valor de sus acciones y generó una pérdida tributaria.

En este fallo, Lord Wilberforce ratificó el criterio formalista de Ramsay, pero con una variación importante que supera la literalidad de la ley. En la sentencia, Lord Wilberforce señaló que “los contribuyentes tienen derecho a organizar sus negocios para reducir su carga tributaria. El hecho de que el motivo de la transacción sea eludir impuestos no invalida la planificación del contribuyente, salvo que una norma lo disponga expresamente. La planificación se debe considerar según su efecto legal”⁴². Sin embargo, Lord

⁴⁰ Denominadas *deed of covenant*.

⁴¹ En concreto, se cita el caso de la escritura con su jardinero, Frank Allman, donde se establecía una anualidad equivalente a £ 1.930 de por vida, o un monto equivalente a £ 1,18 pagaderos semanalmente por un periodo de siete años a contar de la fecha de otorgamiento de la escritura.

⁴² *W T Ramsay Ltd v. IRC*, 180 por Lord Wilberforce.

Wilberforce⁴³ consideró que el efecto legal de la elusión fiscal debía evaluarse teniendo en cuenta toda la transacción, y no una etapa individual de ella, introduciendo la regla de la construcción de los actos.

Además, agregó que los jueces debían evaluar si el documento o transacción era genuina o una simulación⁴⁴, “[e]n el contexto en que un documento o transacción sea una simulación, significa que mientras dice ser una cosa, resulta ser otra distinta. Que un documento o transacción sea genuino significa, en la ley, que sea lo que profesa y nada más”⁴⁵. Según Freedman⁴⁶, esta regla considera la naturaleza legal de la transacción para aplicar la ley tributaria; y, a pesar de que algunos tribunales lo negaron, este principio implica reconocer la sustancia económica del hecho imponible. El principio supone la (re)construcción de la transacción, teniendo en cuenta la serie o combinación de eventos realizados y cómo dicha naturaleza tiene una consecuencia fiscal, reconociendo que las transacciones “simuladas” no deben ser reconocidas como válidas. A pesar que en algunos casos posteriores los jueces trataron de limitar la aplicación de este principio, fueron agregando otros requisitos que, quizá sin que fuera su objetivo, lo fortalecieron al reconocer la “intención del Parlamento al decidir” un caso⁴⁷.

Esas contradicciones en las decisiones judiciales y las que vinieron con posterioridad, justificaron la tesis crítica⁴⁸ acerca de la urgencia de desarrollar un marco conceptual de la elusión fiscal y su reflejo en una teoría de la interpretación y aplicación de la ley tributaria. La Cámara de los Lores desarrolló la “nueva” doctrina Ramsay en *Inland Revenue v. Scottish Provident Institution* [2005] (en adelante, “Scottish Provident”), y, el mismo día, la doctrina Ramsay se consideró no un principio, sino “la aplicación normal de las normas legales” (*Barclays Mercantile Business Finance Ltd v. Mawson* [2005], en adelante, “BMBF”). En este último caso, la Cámara de los Lores decidió que, aunque era necesario considerar las características individuales de los documentos que permitían “construir” una transacción, la transacción compuesta se debería revisar no solo teniendo en cuenta sus características, sino también de manera realista⁴⁹. El argumento a favor de la necesidad de un análisis “realista”, se construye en BMBF en el principio de que los jueces no tienen derecho a anular la legislación.

Como se puede notar de la descripción de estos casos, el “péndulo de la adjudicación”⁵⁰ no ha estado lejos del derecho tributario. El movimiento ha ido desde el formalismo propio de las interpretaciones literales, como en el caso *Westminster*, a una interpretación sustantiva que atiende a los fines del derecho tributario, como la doctrina Ramsay. Ese movimiento pendular tiene consecuencias importantes para los contribuyentes,

⁴³ FREEDMAN (2007) p. 57.

⁴⁴ “*Sham transaction*” en el sistema legal inglés.

⁴⁵ *W T Ramsay Ltd v IRC*, 180 por Lord Wilberforce.

⁴⁶ FREEDMAN (2007) p. 54.

⁴⁷ FREEDMAN (2007) pp. 60–61.

⁴⁸ FREEDMAN (2007) pp. 65–70.

⁴⁹ FREEDMAN (2007) p. 65.

⁵⁰ ATRIA LEMAITRE (2016) pp. 104ss.

porque las posibilidades de acción amparadas por la ley tributaria varían en el tiempo. En este sentido, los tribunales por sí solos no producen “certeza jurídica” ni aun en un sistema basado en precedentes. La razón para ello es simple: incluso en un sistema de precedentes, se deben tener en cuenta las particularidades de los casos concretos al momento de la adjudicación⁵¹.

En el Reino Unido, el principio Ramsay fue inicialmente apoyado por los operadores jurídicos y se pensó que marcaba el desarrollo de un marco institucional contra la elusión tributaria. A juicio de Freedman⁵², la doctrina Ramsay, desarrollada como un principio limitado, fortaleció la posibilidad de considerar la intención del Parlamento al analizar una transacción para comprender el “espíritu” de la legislación. Sin embargo, los distintos criterios contenidos en los casos BMBF y Scottish Provident —que fueron dictados el mismo día— pusieron de relieve que el péndulo de la adjudicación puede variar más rápido de lo que se piensa.

2. *Jurisprudencia chilena*

La historia judicial chilena es bastante similar a lo ocurrido en el Reino Unido, ya que también se observa el péndulo de la adjudicación desde el formalismo a una aproximación sustantiva⁵³.

Un ejemplo de interpretación formalista es el fallo Bahía con Fisco de la Corte Suprema⁵⁴. En este caso, una sociedad matriz, en lugar de arrendar un lugar amoblado (*apart hotel*), arrendaba inmuebles y muebles por medio de dos filiales a los clientes: una arrendaba los inmuebles, y la otra los muebles. Lo que se buscaba evitar era la aplicación del IVA que grava el arriendo de inmuebles amoblados⁵⁵. La Corte, en una aplicación literal de la ley, concluyó que no había arriendo de inmuebles amoblados, sino de inmuebles por un lado y muebles por otro, aun cuando se arrendaban conjuntamente a los mismos clientes.

El SII alegó elusión tributaria, pero la Corte rechazó el recurso, señalando que, aunque existiera elusión, ello no justificaba una interpretación distinta, pues no implicaba una conducta ilegítima, sino una aplicación “astuta” de la ley tributaria⁵⁶. La Corte adoptó una lógica similar a la del caso Westminster, considerando válidos los actos por separado y sin analizar el conjunto, como en el principio de Ramsay. El formalismo radica en que,

⁵¹ DETMOLD (1989b), capítulos 1 y 6.

⁵² FREEDMAN (2007), p. 61.

⁵³ Con buenas o malas razones. Lo que importa para efectos del argumento de este artículo es dar cuenta del movimiento en la adjudicación sin que necesariamente exista un cambio legal que así lo mandate.

⁵⁴ Rol 4.038-01 del año 2003.

⁵⁵ Artículo 8, letra g), Ley del IVA, DL 825 de 1974.

⁵⁶ El considerando 18, que es el relevante en este punto, señaló: “Que, así, el Servicio confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria —ilícito—, con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se liquida”.

pese a que el resultado económico era equivalente al arriendo de inmuebles amoblados, la ley no lo contemplaba expresamente en esos términos.

Pasaron varios años y el péndulo de la adjudicación se movió, primero en el caso Coca-Cola Embonor S.A. con SII, luego con los casos de los hermanos Muñoz con SII, y Supermercados Big Key Limitada con SII.

En 2010, Coca-Cola Embonor S.A. declaró pérdidas tributarias por aproximadamente 200 mil millones de pesos y solicitó la devolución de pagos provisionales por 540 millones de pesos. El SII cuestionó el origen de dichas pérdidas. En 1999, la empresa creó una agencia en las Islas Caimán para obtener financiamiento mediante bonos y préstamos. Luego, estableció una filial en el mismo territorio, financiada con esos recursos. Como la ley chilena considera a la agencia parte de la matriz, los intereses pagados por la agencia afectaron los resultados tributarios de Embonor en Chile.

La sentencia del tribunal de primera instancia⁵⁷, ratificada por la Corte de Apelaciones⁵⁸, concluyó que no existía una legítima razón de negocios para la estructura, pues las plantas de producción podían haberse adquirido directamente de Embonor, sin pasar por la agencia ni la filial. El objetivo habría sido deducir intereses como gasto necesario para generar renta. Si bien la Corte Suprema no calificó expresamente la operación como elusiva, al rechazar el recurso de casación⁵⁹, validó la sentencia que cuestionaba la sustancia económica de la transacción. La doctrina⁶⁰ ha interpretado este fallo como un giro respecto del criterio formalista del caso Bahía, al privilegiar la sustancia económica sobre la forma jurídica.

En 2015, la Corte Suprema se pronunció nuevamente calificando ciertas operaciones como elusivas. En cinco sentencias sobre recursos de casación en el fondo, la Corte se volvió a alejar del enfoque formalista adoptado en 2003.

Cuatro de estas sentencias, todas del 27 de julio de 2015, se refieren a los casos de los hermanos Gajardo Muñoz y Muñoz Aramayona. En particular, la sentencia en el caso de María Paulina Gajardo Muñoz⁶¹ abordó la elusión y la planificación fiscal desde la perspectiva de los “valores del derecho tributario”. En su considerando undécimo, la Corte definió la elusión como el uso de “formas jurídicas inusuales o anómalas” para evitar una obligación tributaria, sin violar directamente la regla, pero contrariando los valores o principios del sistema tributario.

La Corte cuestionó las operaciones que implicaron un ahorro tributario en circunstancias que debían haber generado impuestos de primera categoría y global complementario. En el considerando duodécimo, la Corte concluyó que, aunque lícitas en apariencia, las

⁵⁷ RIT GR-01.00003-2011.

⁵⁸ Rol Nº 2 2012.

⁵⁹ Rol Nº 5.118-2012.

⁶⁰ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2018).

⁶¹ Rol Nº 17.586-2014. Redactadas por Lamberto Cisternas en la Segunda Sala. Pablo Andrés Gajardo Muñoz, misma fecha. Sentencia Rol Nº 25.915-2014, mismos considerandos pero décimo y undécimo. Laura Muñoz Aramayona, Rol Nº 22.382-2014, esta vez considerandos octavo y noveno. Carlos Gustavo Gajardo Muñoz, Rol Nº 29.358-2014 considerandos décimo y undécimo.

actividades desarrolladas por el contribuyente tuvieron un fin ilícito: evitar la tributación normal mediante estructuras artificiales, lo que resulta inadmisibles⁶².

En la quinta sentencia, de 14 de septiembre de 2015, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo presentado por el SII contra la sentencia que favorecía a Supermercados Big Key Ltda., en una reclamación por la Liquidación N° 97 de 2012⁶³. El SII exigía el reintegro de una devolución indebida correspondiente al año tributario 2009, argumentando que el contribuyente incluyó un gasto que se debió considerar rechazado, en la determinación de la base imponible –un depósito convenido–.

Aunque el fallo de reemplazo de la Corte se basó en la infracción del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la Corte también aludió a la elusión tributaria, diferenciándose de la primera instancia que la consideró legítima. Indicó que la elusión no es simplemente la elección lícita entre opciones legales, sino el uso de “medios jurídicamente anómalos” para evitar obligaciones tributarias, infringiendo indirectamente la ley bajo apariencia de juridicidad.

En este caso, el depósito convenido fue pactado solo con una trabajadora con la que existían lazos familiares; un “inusual contexto” que permitió evitar tributos que normalmente habrían correspondido. Para la Corte, aunque la operación era formalmente válida, tenía un “fin ilícito”: evitar la tributación normal mediante una estructura artificial, lo que generó una merma fiscal inadmisibles.

Estas sentencias muestran cómo el péndulo de la adjudicación pasó de una comprensión de la elusión como legítima y una “alternativa” contemplada en la legislación a una acción que va contra “los principios y valores del sistema tributario”⁶⁴. Es importante también notar que estas sentencias se dictaron cuando no existía una Norma General Antielusión (NGA) vigente en Chile, mostrando cómo el uso de conceptos no establecidos en la legislación puede generar mayor incertidumbre cuando se utilizan para justificar decisiones judiciales.

IV. FORMA Y SUSTANCIA EN EL DERECHO TRIBUTARIO: UNA CONCILIACIÓN

Los fundamentos teóricos y ejemplos empíricos analizados en las secciones anteriores evidencian la tensión entre la interpretación formalista del derecho tributario y la

⁶² Con prevención del Ministro Sr. Künsemüller, para quien era bastante para desestimar las pretensiones de la reclamante constatar el incumplimiento de las condiciones para beneficiarse del sistema de tributación simplificado, en lugar de justificar el fallo en la elusión tributaria.

⁶³ Rol N° 31.983-2014 de la Corte Suprema.

⁶⁴ Si bien las sentencias analizadas son las más relevantes para efectos de este artículo por hacer referencia a la elusión como justificación para recalificar las operaciones realizadas por los contribuyentes, también es importante destacar la sentencia Rol 27.783-14 de la Corte Suprema, de 23 de diciembre del mismo año 2015. En esa sentencia, mediante una interpretación sustantiva del derecho tributario, pero sin hacer mención a la elusión, se recalificaron las operaciones y negocios jurídicos realizados por los contribuyentes para aplicar un hecho gravado que, en una interpretación formal y literal de la ley tributaria, no se hubiese aplicado ni por los contribuyentes, ni por la administración tributaria.

sustantiva. La necesidad de superar el formalismo se expresa en la importancia de exigir las obligaciones legales frente al comportamiento elusivo de los contribuyentes, pero también se han resaltado los riesgos de la interpretación sustantiva cuando se recurre a “valores o principios” que dependen exclusivamente de construcciones judiciales. En otras palabras, el péndulo de la adjudicación acarrea riesgos para la función de la forma en el derecho tributario.

La jurisprudencia analizada muestra que la discrepancia de criterios pone de relieve la cuestión de cómo los jueces deberían considerar la intención del legislador⁶⁵ para identificar la sustancia de la ley tributaria.

El problema se acrecienta, además, si consideramos que en cualquiera de estos polos se arriesga dejar sin efecto la ley: ya sea tanto porque una interpretación literal y formalista da espacio para la elusión tributaria, como porque una interpretación que atienda solo a una sustancia (indeterminada) puede implicar crear hechos gravados no establecidos en la ley.

En consecuencia, si bien sería deseable avanzar hacia una interpretación sustantiva del derecho tributario para conseguir la realización del propósito del legislador, esta debe ir acompañada de elementos objetivos que le otorguen claridad y certeza a los contribuyentes y la administración acerca de qué tipo de casos serán aquellos que permitirán a los jueces resolver atendiendo a las consideraciones de política tributaria que dan cuenta del propósito de la legislación. Si bien una alternativa podría ser reconocer de manera explícita la sustancia económica del hecho imponible en la legislación tributaria, obligando al juez a evaluar los actos o contratos elusivos de manera objetiva, encontrar la sustancia económica del hecho gravado no es sencillo, pudiendo derivar en falta de certeza e incertidumbre para los contribuyentes⁶⁶.

Una alternativa para reducir la incertidumbre es la propuesta por Freedman⁶⁷. Para ella sería ideal que las leyes tributarias establecieran, por sí mismas, el camino que los jueces deben seguir para determinar el “espíritu” de la legislación. Freedman considera que la intención del legislador se debe entender como “el producto del proceso en que se produce el texto legal”⁶⁸. Sin embargo, como ella misma reconoce⁶⁹, el procedimiento para determinar la intención del legislador al interpretar y aplicar la ley tributaria resulta difícil, ya que este tipo de legislación contiene conceptos legales complejos que, en su mayoría, buscan alcanzar diversos fines económicos.

⁶⁵ FREEDMAN (2007) p. 65.

⁶⁶ FREEDMAN (2010), p. 725. Una forma de moderar la incerteza que surgiría de atender a los diversos fines económicos que pueden tener los impuestos desde un punto de vista de la teoría política o de las finanzas públicas, se podría encontrar en un proceso inductivo del derecho positivo vigente. De esta forma, en el proceso de determinación del derecho, se podría identificar la “causa” de los tributos, es decir, el motivo económico que motivó al legislador a establecer un hecho imponible. Una propuesta metodológica como esta se encuentra en JARACH (1982), pero no es la que se propone en este trabajo.

⁶⁷ FREEDMAN (2007), p. 73.

⁶⁸ FREEDMAN (2007), p. 72.

⁶⁹ FREEDMAN (2007), p. 54.

Freedman propone la creación de un marco institucional que permita establecer criterios interpretativos para identificar las situaciones en que los jueces deben recurrir a la sustancia de la ley⁷⁰. Por el contrario, sin un marco institucional que determine las formas de identificar e interpretar la ley en casos de elusión fiscal, los contribuyentes están constantemente expuestos a la incertidumbre que acarrearán decisiones judiciales que se mueven en el péndulo de la adjudicación. En conclusión, para avanzar hacia una interpretación sustantiva de la ley tributaria en materia de elusión, que además respete la forma del derecho tributario, parece adecuado establecer mecanismos o herramientas legales que permitan a los jueces determinar el propósito del legislador al momento de adjudicar un caso, fortaleciendo el principio de legalidad en materia tributaria. Sin estas herramientas, deberíamos esperar que la tensión entre la letra de la ley tributaria y la sustancia de la legislación se mantenga en las decisiones de los tribunales.

Se podría pensar que esto se lograría obligando al Congreso a tener una discusión especial respecto de la intención de cada hecho imponible o hecho gravado al debatir sobre materias tributarias. Sin embargo, parece poco probable que en la discusión parlamentaria se llegue a un acuerdo respecto del propósito de cada regla. Se agregaría de esta manera un metanivel de discusión complejizando aún más la resolución de conflictos políticos que supone el debate legislativo.

Una alternativa teórica para atenuar la tensión entre una interpretación formalista y una sustantiva de la ley tributaria que parece viable es la sugerida por Freedman: incorporar una norma general antielusión basada en principios (*General Anti-Avoidance Principle*)⁷¹. La solución de Freedman podría ayudar a “aplicar ciertos principios, presunciones o pruebas primordiales a la interpretación de la legislación tributaria”⁷².

Freedman sostiene que una NGA que no contiene una indicación precisa de cómo el juez debe interpretar la norma tributaria para identificar el propósito de la legislación tiende a no cumplir con su objetivo⁷³. Por el contrario, para que la NGA cumpla su objetivo debe: (i) establecer expresamente la obligación de que los jueces reconozcan la sustancia económica del hecho imponible; y, (ii) establecer una guía de interpretación a los jueces, basada en principios, con el fin de reconocer esa sustancia.

Para respaldar sus argumentos, Freedman pone como ejemplos los casos de las NGA de Nueva Zelanda y Canadá⁷⁴. Muestra que en la aplicación de las NGA dichos países tuvieron los mismos problemas interpretativos que el Reino Unido en el caso de BMBF, ya que ambas legislaciones no señalaban expresamente qué debía hacer el juez para identificar el propósito de la legislación. Además, las NGA de ambos países no contienen una redacción que establezca expresamente que los jueces deben reconocer el contenido económico de los hechos gravados, ni una guía para reconocer dicho contenido. Por el contrario, en estos países, los jueces asumieron que la “legislación se

⁷⁰ FREEDMAN (2007).

⁷¹ FREEDMAN (2004), p. 346.

⁷² FREEDMAN (2007), p. 73.

⁷³ FREEDMAN (2007), p. 74.

⁷⁴ FREEDMAN (2007), pp. 76-80.

basaba en conceptos puramente formales” y, por lo mismo, no reconocieron la sustancia económica del hecho imponible⁷⁵. Freedman argumenta que la aplicación de este tipo de NGA ilustra las dificultades que enfrentan los jueces cuando las NGA carecen de orientación suficiente para determinar el propósito económico del hecho imponible específico⁷⁶. Agrega, además, a modo de contraste⁷⁷, que la NGA australiana se ocupa de los problemas mencionados, ya que se refiere expresamente a la sustancia económica como factor que debe ser considerado por los tribunales.

En línea con lo anterior, podemos destacar que las NGA de Chile y Reino Unido incorporaron la sustancia económica del hecho gravado en sus legislaciones. Para el caso de Reino Unido, según lo expresado por Freedman, el hecho de que la NGA establezca el criterio de sustancia económica se podría considerar como un “factor importante que podría anular la forma, pero en circunstancias limitadas”⁷⁸.

En el caso de Chile, el inciso cuarto del artículo 160 bis del Código Tributario establece que el Tribunal Tributario y Aduanero al que se solicite la declaración de elusión por parte del Director de Impuestos Internos, en aplicación de las reglas de los artículos 4 bis y siguientes que se refieren a la NGA, “deberá fundar su decisión teniendo en consideración la naturaleza económica de los hechos imponibles conforme a lo establecido en el artículo 4 bis”. A su vez, el artículo 4 bis establece que “las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados”. La forma de conciliar ambas normas se encuentra en la tradición de la teoría del hecho imponible: los hechos jurídicos contenidos en la definición de los hechos imponibles lo son, precisamente, porque su naturaleza económica es relevante para efectos tributarios y no por su naturaleza jurídica propia de, por ejemplo, el derecho privado. En esto la legislación chilena sigue, en parte, el trabajo de teorías funcionales del hecho imponible, como la de Jarach⁷⁹. Por su parte, esta forma de reconocimiento explícito de la sustancia económica del hecho imponible en la legislación tributaria de Chile va en línea con la prescindencia de la exigencia de que el juez acredite intencionalidad, obligando a este a evaluar de manera objetiva los actos o contratos elusivos⁸⁰.

Es en esta línea como podría interpretarse la primera sentencia dictada por un Tribunal Tributario y Aduanero favorable a la administración tributaria de Chile⁸¹,

⁷⁵ FREEDMAN (2007), p. 79.

⁷⁶ FREEDMAN (2007), p. 80.

⁷⁷ FREEDMAN (2007), p. 81.

⁷⁸ FREEDMAN (2016), p. 12.

⁷⁹ JARACH (1982).

⁸⁰ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2021), OSORIO MORALES y otros (2022). Para una tesis contraria de la que, por razones de extensión, no es posible hacerse cargo aquí, véase IRRIBARRA SOBARZO (2024). Por la misma razón, tampoco es posible en este artículo hacerse cargo de cómo la posición mayoritaria en esta materia podría afectarse por las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.755 al art. 4° bis.

⁸¹ RIT N° GS-10-00039-2022. Para un análisis detallado de esta sentencia, véase SILVA PARADA y CORTÉS VIVANCO (2024).

la que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción⁸². En este caso, la autoridad tributaria solicitó la declaración de elusión tributaria respecto del contribuyente Forestal Aurora SpA, considerando que habría abusado de las formas jurídicas en una operación de financiamiento. En concreto, el contribuyente financió parte de su capital de trabajo con capital proveniente de su único accionista, con una deuda que contrajo con una entidad financiera del grupo. La operación de deuda permitió a Forestal Aurora SpA remesar flujos al exterior por concepto de pago de intereses, los que se afectaron con impuesto adicional del 4%. Por el contrario, de haber remesado dividendos, habría tenido que pagar un impuesto adicional de 35%.

Citando a Navarro⁸³, el juez tributario consideró que el actuar del contribuyente fue artificioso. Como da cuenta el considerando octavo de la sentencia, podría interpretarse que el juez aplicó el artículo 160 bis en línea con el artículo 4 bis del Código Tributario, reconociendo la sustancia económica del hecho imponible. En concreto, el juez consideró que la tasa del 4% está establecida para incentivar la inversión (sería el propósito de la legislación en esta materia), no pudiendo “jamás la norma, tener por intención que los contribuyentes que no necesitasen esta clase de financiamiento, lo simularan para poder acogerse a este beneficio”.

No obstante que este fallo a favor de la autoridad tributaria de Chile mostraría, en principio, que el juez tuvo en cuenta la consideración de la sustancia económica del hecho gravado, también da cuenta de los problemas que tiene el juez para identificarlo —especialmente cuando se refiere a elementos “racionales” que pudo observar el contribuyente para analizar el actuar del contribuyente—. Se podría argumentar que en esta parte del fallo, el juez se refirió a elementos subjetivos del contribuyente acerca de los actos eludidos, desatendiendo el mandato de la ley tributaria de referirse exclusivamente al espíritu de la legislación como elemento objetivo. Sin embargo, y contrario a lo que argumenta parte de la doctrina⁸⁴, incluir un análisis de subjetividad del contribuyente implicaría debilitar el principio de legalidad del derecho tributario, toda vez que los actos o contratos del contribuyente se analizarían no solo a la luz de la intención del legislador al momento de establecer el hecho (no) gravado o exención, sino que también importaría la intención del contribuyente al momento de celebrar sus actos o negocios. En otras palabras, condicionaríamos los efectos del derecho tributario a la voluntad del contribuyente, acercándonos más a una concepción formalista de la interpretación de la ley tributaria, criticada en este trabajo. Además, implicaría hacer imposible la aplicación de las normas antielusión porque la subjetividad de la intención de los contribuyentes sería un elemento puramente psicológico a probar; la estructura legal de la operación en nada da cuenta de esa subjetividad, precisamente porque los actos elusivos tienen apariencia de legales.

⁸² Rol N°51-2024. En lo esencial esta decisión reproduce la argumentación del tribunal de primera instancia y destaca que más allá de las formas jurídicas se debe atender a la facticidad de la operación, *v.gr.* la realidad económica. Véase el considerando undécimo.

⁸³ NAVARRO SCHIAPPACASSE (2021).

⁸⁴ IRRIBARRA SOBARZO (2024).

En esa línea, siguiendo a Freedman, el fallo del Tribunal Tributario y Aduanero muestra la importancia de que las NGA contengan principios que permitan al juez identificar la sustancia económica del hecho gravado, para lograr una interpretación lo más apegada a la intención del legislador. Los principios otorgarían un marco conceptual de la elusión tributaria estableciendo criterios objetivos que los jueces deberían seguir para aplicar los fines de la legislación a los casos particulares. De esta manera se reduciría el espacio para la existencia de lagunas normativas en el derecho tributario al mismo tiempo que se respetaría la voluntad de la ley.

Ahora, para que la propuesta de una NGA basada en principios no se constituya en una amenaza al estado de derecho, donde los jueces creen legislación, consideramos importante que los mismos sean una señalización, una indicación de cómo identificar la intención del legislador⁸⁵.

Por tanto, consideramos que la existencia de una NGA basada en principios se debe analizar cuidadosamente, para que los tribunales no sean quienes deroguen o creen ley tributaria, teniendo especial cuidado en no transformar a los jueces en “legisladores con túnicas”, como lo describe Shepsle⁸⁶.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo se muestra cómo la tensión en la interpretación del derecho tributario entre una aproximación formalista y otra sustantiva debe superarse con el fin de aportar certeza al derecho tributario. Esa superación implica reconocer que las interpretaciones sustantivas del derecho tributario requieren límites formales previstos en la legislación. Una forma de matizar la tensión consiste en establecer una NGA en la legislación positiva, siempre que dicha NGA incluya una referencia a la sustancia del derecho tributario y, de este modo, evite caer, de nuevo, en una comprensión puramente formal de las reglas.

Para llegar a esa conclusión analizamos la importancia de reconocer los objetivos de los impuestos en nuestras democracias modernas, así como el papel del estado de derecho.

A estos efectos, el marco teórico nos mostró que la tensión entre las palabras y el propósito de la legislación se puede matizar mediante el establecimiento de un marco conceptual claro de principios que guíen a las y los jueces en la aplicación sustantiva de la ley tributaria.

Lo anterior también se reflejó en la historia judicial del Reino Unido: a pesar de que surgió cierta esperanza de un desarrollo del marco conceptual con la doctrina Ramsey, las diferencias entre las decisiones BMBF y Scottish Provident resaltaron la importancia de diseñar el marco legal de la elusión fiscal mediante el establecimiento de una NGA. La misma evolución se mostró en la descripción de la evolución de la jurisprudencia en Chile y el establecimiento de la NGA.

⁸⁵ FREEDMAN (2004) p. 335. Para más detalles acerca de este argumento, véase SAFFIE GATICA (2014) p. 106.

⁸⁶ SHEPSLE (2010) p. 490.

De esta manera, este artículo defiende la inclusión de criterios sustantivos objetivos en la legislación tributaria como guías para que los jueces puedan aplicar la legislación a un caso particular atendiendo su propósito, a la vez que sostiene la importancia de las formas legales para evitar transformar a las y los jueces en legisladores.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIYAH, Patrick, 2001: "Form and substance in contract law", en ATIYAH, Patrick (edit.), *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon, 93-120.
- ATIYAH, Patrick y SUMMERS, Robert, 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, 2016: *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- AVI-YONAH, Reuven, 2006: "The three goals of taxation", *New York University Tax Law Review*, vol. 60, pp. 1-28.
- AVI-YONAH, Reuven, SARTORI, Nicola y MARIAN, Omri, 2011: *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Nueva York, Oxford University Press.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, 2014: *Legalidad Tributaria y Mecanismos Antielusión*, (2ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BRZOVIC, Franco, 1992: "La interpretación de las leyes tributarias", en AAVV, *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 424-427.
- DETMOLD, Michael, 1989a: "Law as practical reason", *The Cambridge Law Journal*, vol. 48, N° 3, pp. 436-471.
- DETMOLD, Michael, 1989b: *Courts and Administrators. A Study in Jurisprudence*, Londres, Weidenfeld and Nicolson).
- DWORKIN, Ronald, 1967: "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 14, pp. 14-46.
- EHRENBERG, Kenneth, 2016: *The Functions of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ENDICOTT, Timothy, 2011: "The value of vagueness", en MARMOR, Andrei y SOAMES, Scott (edit.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 14-30.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan, 2010: *Instituciones de Derecho Financiero*, Madrid, Marcial Pons.
- FREEDMAN, Judith, 2004: "Defining taxpayer responsibility: in support of a general anti avoidance principle", *British Tax Review*, vol. 4, pp. 332-357.
- FREEDMAN, Judith, 2007: "Interpreting tax statutes: tax avoidance and the intention of Parliament", *Law Quarterly Review*, vol. 123, pp. 53-90.
- FREEDMAN, Judith, 2010: "Improving (not perfecting) tax legislation: rules and principles revisited", *British Tax Review*, N° 6, pp. 717-736.
- FREEDMAN, Judith, 2016: "General Anti-Avoidance Rules (GAARs)-A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World? The UK GAAR", SSRN Electronic Journal 10.2139/ssrn.2769554.
- GODOI, Marciano, 2005: *Fraude a la Ley y Conflicto en la Aplicación de las Leyes Tributarias*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- HART, HLA, 2012: *The Concept of Law*, (3ª edición), Oxford, Oxford University Press.
- IRIBARRA SOBARZO, Eduardo, 2024: "La intención de eludir en la norma general antielusión chilena: crítica a la concepción objetiva", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 51, N° 1, pp. 131-158.
- JARACH, Dino, 1982: *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- JACKSON, Andrew, 2015: "The hart of the tax avoidance issue: 'Core and Penumbra' revisited". Disponible en: <https://taxatlincoln.wordpress.com/2015/03/06/the-hart-of-the-tax-avoidance-issue-core-and-penumbra-revisited/>
- KATZ, Leo, 2010: "A theory of loopholes", *The Journal of Legal Studies*, vol. 39, pp. 1-31.
- KIRCHLER, Erich, MACIEJOVSKY, Boris y SCHNEIDER, Friedrich, 2003: "Everyday representations of tax avoidance, tax evasion, and tax flight: do legal differences matter?", *Journal of Economic Psychology*, vol. 24, pp. 535-553.
- MAGASICH AIROLA, Álvaro, 2016: *La derrotabilidad, fraude de ley y cláusula general antielusiva. Análisis desde el Derecho Tributario español y chileno*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona.
- MCBARNET, Doreen, 1988: "Law, policy, and legal avoidance: can law effectively implement egalitarian policies?", *Journal of Law and Society*, vol. 15, Nº 1, Spring, pp. 113-121.
- MCBARNET, Doreen y WHELAN, Christopher, 1991: "The elusive spirit of the law: formalism and the struggle for legal control", *The Modern Law Review*, vol. 54, Nº 6, pp. 848-873.
- MURPHY, Liam y NAGEL, Thomas, 2001: *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Nueva York, Oxford.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2018: *Normas generales antielusión: naturaleza jurídica y sanción*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2021: *Normas Generales Antielusión y su Sanción en el Derecho Chileno*, Madrid, Tirant lo Blanch.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2022: "Acerca del carácter objetivo de las normas generales antielusivas chilenas", *Ius et Praxis*, Nº 1, pp. 141-161.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar y TOLEDO ZÚÑIGA, Patricia, 2022: "Función de la norma general antielusión en la interpretación tributaria", *Dikaion*, vol. 32, Nº 1, pp. 2-34.
- OSORIO MORALES, Hugo y otros, 2022: *Un Estudio sobre la Elusión*, Santiago, Librotecnia.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2023a: "Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXVI, Nº 1, pp. 205-226.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2023b: "Legalidad tributaria, elusión e interpretación: ideologías de la dogmática tributaria", *Ius et Praxis*, 29 Nº3, pp. 128-148. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122023000300128>.
- OSORIO MORALES, Hugo, 2025: *Legalidad Tributaria y Elusión. Desmitificaciones y Propuestas*, Lima, Palestra.
- PREBBLE, Zoë y PREBBLE, John, 2010: "The morality of tax avoidance", *Creighton Law Review*, vol. 43, pp. 693-746.
- SAFFIE GATICA, Francisco, 2014: *Taxes as practices of mutual recognition: towards a general theory of tax law*. Tesis para optar al grado de PhD in Law en la Universidad de Edimburgo.
- SELIGMAN, Edwin, 1905: *Essays in Taxation*, (5ª edición), Nueva York, Columbia University Press.
- SHEPSON, Kenneth, 2010: *Analysing politics: rationality, behavior, and institutions*, Nueva York, W.W. Norton.
- SIMONS, Henry, 1938: *Personal Income Taxation*, Chicago, The University of Chicago Press.
- SILVA PARADA, Marcela y CORTÉS VIVANCO, Javier, 2024: "SII con Forestal Aurora SpA, comentario respecto de la primera sentencia sobre elusión dictada en Chile", *Revista de Derecho Tributario*, Universidad de Concepción, vol. 15, pp. 151-179.
- STIGLITZ, Joseph, 2000: *Economics of the Public Sector*, (3ª edición), Nueva York, London, W.W. Norton & Company.
- TAVEIRA TORRES, Heleno, 2008: *Derecho Tributario y Derecho Privado. Autonomía Privada, Simulación y Elusión Tributaria*, Madrid, Marcial Pons.

- TOLEDO ZÚÑIGA, Patricia, RIFFO AGUILAR, Francisca y TORRES PEDREROS, Pablo, 2019: "Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXII, N° 1, pp. 139-156.
- VALDÉS COSTA, Ramón, 2001: *Curso de Derecho Tributario*, Bogotá, Temis.
- WALDRON, Jeremy, 1994: "Vagueness in law and language: Some philosophical issues", *California Law Review*, vol. 82, N° 3, pp. 509-540.
- WHEATCROFT, G S A, 1955: "The attitude of the legislature and the courts to tax avoidance", *The Modern Law Review*, vol. 18, N° 3, pp. 209-230.

Normas

- CHILE, Decreto Ley N° 830 (31/12/1974): *Código Tributario*.
- CHILE, Decreto Ley N° 825 (31/12/1974): *Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios*.

Historia de la ley

- HISTORIA de la Ley N° 20.899 del año 2016.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, 28/1/2003, rol 4.038-01, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 23/7/2013, rol 5.118-2012, apelación.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 17.586-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 25.915-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 22.382-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 27/7/2015, rol 29.358-2014, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 14/9/2015, rol 31.983-2015, casación en el fondo.
- CORTE Suprema, 23/12/2015, rol 27.783-2014, casación en el fondo.
- CORTE de Apelaciones de Arica, 6/6/2012, rol 2-2012 tributaria, apelación.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 4/8/2025, rol 51-2024 tributaria, apelación.
- TRIBUNAL Tributario y Aduanero de la Región de Arica y Parinacota, 2/4/2012, RIT GR-01-00003-2011.
- TRIBUNAL Tributario y Aduanero de la Región de Ñuble y la Región del Biobío, 19/3/2024, RIT N° GS-10-00039-2022
- REINO Unido, 1936 *IRC v Duke of Westminster*.
- REINO Unido, 1982 *Ramsay Ltd v IRC*.
- REINO Unido, 2005 *Inland Revenue v Scottish Provident Institution*.
- REINO Unido, 2005 *Barclays Mercantile Business Finance Ltd v Mawson*.

La posición adoptada por la Corte Suprema respecto del recurso de casación en materia ambiental

Francisco Sepúlveda Muñoz*

RESUMEN

El artículo 26 de la Ley N° 20.600 señala que, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de competencia de los Tribunales Ambientales, procederá el recurso de casación en el fondo y en la forma. Desde el 2017, la Corte Suprema ha limitado la interposición de estos recursos en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales que resuelven las reclamaciones, bajo la premisa de que solo revestirán el carácter de definitivas aquellas que se pronuncien sobre actos administrativos que resuelvan el fondo del asunto discutido. Así, tanto los Tribunales Ambientales como las Cortes de Apelaciones han realizado un proceso de adaptación a esta postura. No obstante, este no ha sido pacífico, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la reticencia de aquellas de revertir las decisiones adoptadas por los Tribunales Ambientales; o en que los litigantes aún deben enfrentarse a decidir de forma casuística qué recurso interponer.

Derecho ambiental (Chile); recurso de casación; sentencia definitiva; inadmisibilidad; Corte Suprema

The chilean supreme court's approach to cassation appeals in environmental matters

ABSTRACT

Article 26 of Act No. 20,600 provides that a cassation appeal—on both substantive and procedural grounds—may be brought against final judgments rendered in proceedings within the jurisdiction of the Environmental Courts. Since 2017, the Supreme Court has progressively restricted the admissibility of cassation appeals against judgments issued by the Environmental Courts, on the basis that only rulings addressing the substantive merits of administrative acts

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. ORCID: 0009-0001-8141-3186. Correo electrónico: f.sepulveda.1@ug.uchile.cl.

Este trabajo se enmarca en la Actividad Formativa Equivalente a Tesis titulada *Estudio crítico de la posición adoptada por la Excelentísima Corte Suprema respecto de la interposición del recurso de casación en contra de las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales*, presentada para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, bajo la guía del profesor Jesús Ezurmendia Álvarez.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación en este número el 7.10.2025.

qualify as final judgments for the purpose of cassation. As a result, both the Environmental Courts and the Courts of Appeal have undergone a process of adaptation to this jurisprudential development. However, this has been contentious. It is reflected, for instance, in the reluctance of the Courts of Appeal to overturn Environmental Courts rulings; and in the uncertainty faced by litigants in determining –on a case-by-case basis– the appropriate remedy to pursue.

Environmental law (Chile); cassation appeal; final judgment; inadmissibility;
Supreme Court

INTRODUCCIÓN

El artículo 26 de la Ley N° 20.600 consagra el sistema recursivo asociado a las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales (TA), caracterizado por tener una baja intensidad impugnativa y porque, en principio, carece de un control de segunda instancia¹.

El artículo establece que, en cuanto a las resoluciones dictadas por los TA, solo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la reclamación, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación. Luego, señala que, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los TA que indica, procederá el recurso de casación en el fondo y en la forma, en los términos que expresa.

El sistema recursivo ambiental dialoga, en apariencia, con el artículo 158 del CPC, que establece que las sentencias definitivas son aquellas que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

No obstante, la Corte Suprema (CS) ha indicado que, para poder definir una sentencia dictada por un TA como definitiva, esta debe no solo poner término al juicio, sino también resolver el fondo de la cuestión o asunto que ha sido el objeto controvertido², el que guarda relación con la resolución terminal del procedimiento administrativo en donde se inserta el acto reclamado.

Esta interpretación, como se expondrá, es contraria a derecho. Demostrativo de lo anterior es que esta ha sido oscilante en el tiempo, transitando por tres estadios interpretativos diferentes, extremando el criterio de la CS y restringiendo cada vez más la impugnabilidad de las decisiones adoptadas por los TA.

Tal situación ha generado problemas jurídicos de relevancia. Precisamente, esta interpretación ha desnaturalizado el sistema recursivo asociado a las decisiones de los TA; ha afectado el derecho al debido proceso, al restringir el uso de recursos judiciales que han sido legalmente establecidos, al vulnerar el derecho de igualdad ante la ley, y al obstaculizar el acceso a la justicia; y ha menoscabado la certeza jurídica, al crear un sistema recursivo casuístico, donde es complejo definir *ex ante* si una decisión resulta impugnabile.

¹ MÉNDEZ, 2017, p. 189-190.

² PEÑA Y LILLO DELAUNOY, 2021, p. 320.

El presente trabajo abordará la temática planteada, para ello se estructurará en tres capítulos: (I) La nueva postura de la CS respecto de la interposición del recurso de casación, donde se dará cuenta de la evolución jurisprudencial asociada al criterio interpretativo de la CS, junto con los actos de resistencia asociados al mismo; (II) Consecuencias asociadas a la interpretación realizada por la CS, donde se tratará la falta de control de las decisiones de los TA y la afectación al debido proceso; y (III) Propuesta ante la incertidumbre, sección en la que se presentará el Proyecto de Ley que tiene por propósito restringir la interpretación realizada por la Corte Suprema. Tras este proceso, se podrán establecer ciertas conclusiones.

I. LA NUEVA POSTURA DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

1. *Evolución jurisprudencial respecto de la admisibilidad de los recursos de casación*

En sentencia dictada en causa rol N° 3.682-2017, la CS resolvió declarar inadmisibles un recurso de casación en la forma deducido en contra de una sentencia dictada por el Segundo TA, que se pronunciaba acerca de la legalidad de unas medidas provisionales adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente. En dicha oportunidad, razonó:

“Que, como puede observarse, se trata de medidas que *no implican resolución alguna sobre el fondo del asunto controvertido, esto es, sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental (...). (...) la presente reclamación se dedujo en contra de un acto trámite*, esto es, una actuación dictada dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, que no tiene la virtud de decidir el fondo (...). (...) la norma permite la interposición de los recursos de casación en la forma y en el fondo *en contra de la sentencia definitiva* dictada en los procedimientos que indica, *debiendo entenderse que tal resolución no es sino aquella que se pronuncia sobre la reclamación que se ha deducido en contra de un acto que contenga una decisión terminal*, sin que tenga cabida el recurso de casación en aquellos procedimientos que versan sobre la discusión de actos de mero trámite” (énfasis agregado)³.

A partir de dicha sentencia, la CS cimentó una nueva posición respecto de la interposición de los recursos de casación en contra de las sentencias dictadas por los TA, a la luz de una doctrina que, de forma previa, venía proponiendo el exministro Sr. Muñoz en sus votos disidentes⁴. Esta tesis se ha consolidado en la Tercera Sala y, con ella, la posición de declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos

³ Corte Suprema, 20.12.2017, rol 3682-2017.

⁴ Corte Suprema, 22.5.2018, rol 8456-2017.

en contra de sentencias dictadas por los TA que, a su parecer, no resuelven el fondo del asunto controvertido, esto es, la legalidad sustantiva del acto administrativo terminal⁵.

A la fecha, preliminarmente, se cuenta con un registro de 43 sentencias de inadmisibilidad o rechazo, por el mismo fundamento:

Tabla: Sentencias de inadmisibilidad o rechazo de la CS

Rol	Fecha Sentencia	Resultado
3.682-2017	20/12/2017	Inadmisible casación en la forma.
18.341-2017	27/12/2017	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
43.049-2017	16/4/2018	Inadmisible casación en el fondo.
3.572-2018	29/8/2018	Rechaza casación en el fondo.
12.803-2018	2/12/2018	Rechaza casación en el fondo.
7.359-2018	3/6/2019	Rechaza casación en la forma y en el fondo.
7.073-2019	7/11/2019	Inadmisible casación en el fondo.
21.265-2019	29/11/2019	Inadmisible casación en el fondo.
23.085-2018	9/3/2020	Rechaza casación en el fondo.
28.886-2019	19/6/2020	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
10.300-2019	30/6/2020	Invalidación de oficio.
7.785-2019	7/8/2020	Rechaza casación en la forma y en el fondo.
27.083-2019	10/9/2020	Inadmisible casación en el fondo.
43.798-2020	14/10/2020	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
24.001-2019	19/10/2020	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
117.379-2020	8/2/2021	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
4.222-2021	9/8/2021	Inadmisible casación en el fondo.
65.369-2021	27/8/2021	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
18.996-2021	18/10/2021	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
154.869-2020	22/11/2021	Inadmisible casación en el fondo.

⁵ MILLAR, 2022, p. 129.

Rol	Fecha Sentencia	Resultado
82.391-2021	21/2/2022	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
75.804-2021	18/4/2022	Inadmisible casación en el fondo.
36.972-2021	18/5/2022	Rechaza casación en la forma y en el fondo.
96.002-2021	11/7/2022	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
3.569-2022	15/12/2022	Rechaza casación en la forma y en el fondo.
3.363-2023	20/6/2023	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
10.332-2023	5/7/2023	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
40.806-2022	16/8/2023	Rechaza casación en el fondo.
84.171-2023	4/12/2023	Inadmisible casación en el fondo.
87.601-2023	5/12/2023	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
149.371-2023	12/12/2023	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
115.405-2023	20/12/2023	Inadmisible casación en el fondo.
190.094-2023	28/12/2023	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
121.263-2022	2/2/2024	Rechaza casación en la forma y en el fondo.
197.254-2023	13/3/2024	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
245.151-2023	31/7/2024	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
17.773-2024	19/8/2024	Inadmisible casación en el fondo.
20.752-2024	4/10/2024	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
49.545-2024	20/1/2025	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
251.034-2023	13/3/2025	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
248.419-2023	13/0/2025	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
3.762-2024	13/3/2025	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.
24.342-2025	5/8/2025	Inadmisible casación en la forma y en el fondo.

Fuente: Elaboración propia.

De las sentencias anteriores, es posible dar cuenta de tres momentos interpretativos de la CS, donde esta ha ido extremando su posición.

- a. Primer momento interpretativo: Sentencia definitiva es la que recae sobre un acto terminal

En un primer momento, la CS indicó que, solo revestirán el carácter de sentencias definitivas aquellas que recaigan sobre actos administrativos terminales, pues estos son los que se pronuncian sobre el fondo del asunto discutido. Lo anterior, en términos como los que se expresan a continuación:

“(…) se debe tener presente que no es posible aceptar la revisión jurisdiccional de todos y cada uno de los actos y sentencias dictadas en la institucionalidad ambiental, pues (...) *lo impugnado en el Derecho Administrativo chileno, por los recursos de casación, son los actos terminales*, es decir, actos administrativos propiamente dichos, pero *no lo son los actos de trámite o actos intermedios* y, en ese caso, la sentencia impugnada (...) no es sino un acto intermedio, que concluirá –como ya se adelantó– en otro de carácter terminal que sí justificará, en su momento y eventualmente, la intervención de esta Corte” (énfasis agregado)⁶.

En la misma línea, ha razonado:

“Que a estas reflexiones también debe ajustarse la interpretación que se haga del artículo 26 de la Ley N° 20.600, en tanto la norma permite la interposición de los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos que indica, debiendo entenderse que tal resolución *no es sino aquella que se pronuncia sobre la reclamación que se ha deducido en contra de un acto que contenga una decisión terminal*, sin que tenga cabida el recurso de casación en aquellos procedimientos que versan sobre la discusión de actos de mero trámite. Tal circunstancia no varía por el hecho de haberse admitido el reclamo a tramitación por parte del Tribunal Ambiental y luego dictado la sentencia definitiva que viene recurrida, puesto que ello *no cambia la naturaleza de aquella resolución administrativa sobre la cual se pronuncia* (...)” (énfasis agregado)⁷.

Lo anterior denota una confusión entre la impugnación del acto administrativo con la impugnación de la resolución judicial, lo que resulta procesalmente incorrecto. Efectivamente, el artículo 15 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativo, sí plantea una distinción entre actos terminales y de mero

⁶ Corte Suprema, 14.10.2020, rol 43798-2020. En términos similares: rol 18996-2021; rol N115405-2023.

⁷ Corte Suprema, 27.12.2017, rol 18341-2017. En términos similares: 27.8.2021, rol 65369-2021; 29.8.2018, rol N° 3572-2018.

trámite para efectos de definir su impugnación; mas dicha regla es inexistente en sede judicial en materia ambiental.

En determinadas sentencias, la CS señaló que el recurso que se debía interponer era el recurso de apelación, en atención a que las decisiones impugnadas se tratan de resoluciones que hacen imposible la continuación del proceso⁸. No obstante, en la generalidad de los casos, se limitó a expresar que los recursos de casación no son procedentes, sin señalar qué naturaleza reviste la sentencia impugnada⁹.

Durante esta primera etapa, la CS falló de igual forma respecto de sentencias que recayeron sobre actos dictados por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) y también por el Servicio de Evaluación Ambiental (“SEA”).

Así, por ejemplo, declaró inadmisibles recursos de casación respecto de sentencias que se pronunciaron sobre medidas provisionales dictadas por la SMA¹⁰ y a PDC insertos en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionatorio¹¹.

Por parte del SEA, declaró inadmisibles recursos de casación interpuestos en contra de sentencias que rechazan recursos de reclamación por falta de legitimación activa¹², extemporaneidad en su interposición¹³ o por existir vías administrativas de impugnación especiales para impugnar los actos cuestionados¹⁴. Es decir, sentencias que no entran a pronunciarse acerca del acto administrativo impugnado, sea o no de carácter terminal.

- b. Segundo momento interpretativo: Sentencia definitiva es la que recae sobre un acto terminal, siempre que no se ordene la retrotracción del procedimiento administrativo

En un segundo momento, la CS extremó su interpretación indicando que, aun cuando la sentencia dictada recayese en un acto terminal de la administración, si esta ordena explícitamente la retrotracción del procedimiento, no se puede entender que esta ponga término al asunto discutido, pues el procedimiento administrativo sigue su tramitación, no siendo susceptible de ser casada.

Lo anterior se observa en distintas sentencias donde, en relación con los procedimientos de evaluación ambiental seguidos ante el SEA, se declararon inadmisibles los recursos de casación deducidos en contra de sentencias que ordenaron retrotraer

⁸ Corte Suprema, 29.8.2018, rol 3572-2018. En términos similares: 3.6.2019, rol 7359-2018; 9.3.2020, rol 23085-2018; 19.6.2020, rol N° 28886-2019.

⁹ Corte Suprema, 19.10.2020, rol 24001-2019. En términos similares: 19.6.2020, rol 28886-2019; 10.9.2020, rol 27083-2019; 14.10.2020, rol 43798-2020; 22.11.2021, rol 154869-2020; 9.8.2021, rol 4222-2021.

¹⁰ Corte Suprema, 20.12.2017, rol 3682-2017.

¹¹ Corte Suprema, 29.8.2018, rol 3572-2018; 8.2.2021, rol 117379-2020; 11.7.2022, rol 96002-2021; 4.12.2023, rol 84171-2023; 28.12.2023, rol 190094-2023; 31.7.2024, rol N° 245151-2023.

¹² Corte Suprema, 19.10.2020, rol 24001-2019; 19.6.2020, rol 28886-2019; 10.9.2020, rol 27083-2019.

¹³ Corte Suprema, 16.4.2018, rol 43049-2017; 3.6.2019, rol 7.359-2018.

¹⁴ Corte Suprema, 29.11.2019, rol 21265-2019.

dichos procedimientos a etapas previas a la dictación del acto terminal (Resolución de Calificación Ambiental, “RCA”)¹⁵.

Asimismo, declaró inadmisibles recursos de casación respecto de sentencias que ordenaron a la SMA a reiniciar una investigación dejando sin efecto resoluciones de archivo de denuncias¹⁶, o retrotrayendo procedimientos sancionatorios a fases previas a la dictación del acto terminal impugnado mediante el recurso de reclamación¹⁷.

c. Tercer momento interpretativo: Sentencia definitiva es la que confirma el acto administrativo terminal

Por último, la CS ha resuelto que las sentencias dictadas por los TA que anulan actos terminales, no son definitivas ni interlocutorias que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación, lo que implica que en contra de estas no procede recurso alguno, ya sea de casación o de apelación. Aquello trae como consecuencia inequívoca que, ante estas decisiones, la CS ha optado por dejar a la Administración y a sus eventuales coadyuvantes, sin recurso.

La lógica subyacente consiste en que, al anularse el acto terminal, total o parcialmente¹⁸, debe entenderse que el procedimiento administrativo continúa y, por tanto, no hay resolución del fondo del asunto discutido. Aquello denota un error procesal insalvable: confundir los procedimientos judiciales con los procedimientos administrativos; y creer que la sede judicial especial es una extensión de la sede administrativa, quitándoles el carácter jurisdiccional a los TA.

En relación con los actos del SEA, en causa rol N° 87.601-2023, de recursos de casación en la forma y en el fondo, deducidos en contra de la sentencia dictada por el Tercer TA, que ordenó dejar sin efecto, entre otra, la RCA de un proyecto, la CS declaró que la sentencia recurrida:

*“(...) no es una sentencia definitiva, así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación (...). Es decir, aunque se ha puesto término a los reclamos que se dedujeron ante el Tercer Tribunal Ambiental, la decisión emanada de este organismo jurisdiccional no pone término al procedimiento de calificación ambiental, por lo que no es una decisión que corresponda ser revisada por esta Corte Suprema” (énfasis agregado)*¹⁹.

¹⁵ Corte Suprema, 5.7.2023, rol 10332-2023; 20.6.2023, rol 3363-2023; 16.8.2023, rol 40806-2022; 18.5.2022, rol 36972-2021; 15.12.2022, rol 3569-2022; 2.2.2024, rol 121263-2022; 13.3.2024, rol 197254-2023.

¹⁶ Corte Suprema, 14.10.2020, rol 43798-2020.

¹⁷ Corte Suprema, 21.2.2022, rol 82391-2021.

¹⁸ Corte Suprema, 5.8.2025, rol 24342-2025.

¹⁹ Corte Suprema, 5.12.2023, rol 87601-2023. En el mismo sentido: 12.12.2023, rol 149371-2023.

Asimismo, respecto de los actos de la SMA, el 20 de enero de 2025, la CS resolvió declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por parte de la SMA en contra de la sentencia del Segundo TA, que acogió la reclamación deducida en contra de la resolución que requirió el ingreso al SEIA de un proyecto, esto es, un acto administrativo que da término a un procedimiento administrativo. Al respecto, razonó:

*“(…) no es una sentencia definitiva, así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, [porque se ordena dictar] (...) una nueva resolución que cumple con lo razonado en dicho fallo (...)” (énfasis agregado)*²⁰.

La SMA solicitó a la CS, entre otras cosas, aclarar el alcance de su sentencia, en el sentido de indicar cuál es la naturaleza jurídica de la resolución recurrida. El 13 de febrero de 2025, la CS resolvió a dicho escrito “no existiendo puntos oscuros ni dudosos que aclarar; no ha lugar a lo solicitado”.

Además, el 13 de marzo de 2025, a propósito de recursos de casación interpuestos por la SMA y sus terceros coadyuvantes, en contra de tres sentencias del Tercer TA que anularon las sanciones de revocación de los permisos ambientales asociados a tres centros de engordas de salmones de la empresa Nova Austral S.A., la CS resolvió declarar su inadmisibilidad, aun cuando las infracciones de sobreproducción habían sido confirmadas. Su escueto razonamiento priva de todo derecho al recurso a la Administración:

*“Que, como puede advertirse, la resolución objetada por la vía de los recursos de casación en la forma y en el fondo no reviste la naturaleza jurídica de ninguna de las descritas en el fundamento precedente pues no es una sentencia definitiva, así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación” (énfasis agregado)*²¹.

Estas últimas sentencias incentivaron a la SMA a deducir, no solo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sino también un recurso de queja con solicitud de conocimiento del pleno de la CS.

En un sentido similar, el 5 de agosto de 2025 la CS declaró inadmisibles los recursos de casación deducidos por una empresa en contra de una sentencia del Tercer TA que anuló parcialmente una resolución sancionatoria de la SMA²².

Para finalizar, dentro de esta última fase interpretativa, se observa otro fundamento utilizado por la CS para restringir aún más su conocimiento de este tipo de recursos: las sentencias de los TA que confirman actos terminales, pero versan sobre temas

²⁰ Corte Suprema, 20.1.2025, rol 49545-2024.

²¹ Corte Suprema, 13.3.2025, rol 251034-2023. En el mismo sentido: rol 13.3.2025, 248419-2023; rol 13.3.2025, N° 3762-2024.

²² Corte Suprema, 5.8.2025, rol 24342-2025.

procedimentales, no son definitivas²³. Sin perjuicio de lo anterior, solo hay constancia de una sentencia en este sentido.

2. *Síntomas de resistencia frente a una materia consolidada*

a) Sobre los votos disidentes

La postura indicada no ha sido unánime y, de manera excepcional, se han manifestado argumentos en contra de la posición mayoritaria²⁴.

Así, en una primera etapa, los ministros Sr. Dolmestch, Sras. Egnem y Sandoval, Sr. Prado y Sra. Vivanco, se manifestaron en contra de la decisión mayoritaria adoptada en causa rol N° 12.803-2018²⁵.

Luego, el propio exministro Sr. Muñoz, impulsor de esta teoría, emitió votos disidentes en esta materia, primero, haciendo alusión al derecho a un debido proceso²⁶; posteriormente, colocando en duda la conveniencia del recurso de apelación²⁷; para culminar acuñando el término de “importancia ambiental” de la materia²⁸.

Si bien nuevos integrantes han adscrito a este vuelco²⁹, esto no ha sido suficiente para revertir el escenario generado.

b) Inadmisibilidades de los recursos de apelación

La posición de la CS dio lugar a que los litigantes comenzaran a interponer recursos de apelación en contra de las decisiones de los TA.

No obstante, los TA se han mostrado reticentes en su interposición³⁰, dando lugar a recursos de hecho e, incluso, de queja por parte de los litigantes afectados³¹, esto último, con el fin de que la CS mandatara el conocimiento de los recursos de apelación por parte de las Cortes de Apelaciones (CA).

Actualmente, la discusión respecto de qué recurso interponer en contra de las sentencias que la CS no considera definitivas, se encuentra patente en el Primer y Segundo TA, pues ambos tribunales han sido enfáticos en señalar que las sentencias

²³ Corte Suprema, 19.8.2024, rol 17773-2024.

²⁴ MILLAR. *Op. cit.*, p. 127.

²⁵ Corte Suprema, 19.12.2018, rol 12803-2018.

²⁶ Corte Suprema, 15.12.2022, rol 3569-2022. En términos similares: 18.5.2022, rol 36.972-2021.

²⁷ Corte Suprema, 20.7.2022, rol 40806-2022.

²⁸ Corte Suprema, 12.12.2023, rol 149371-2023.

²⁹ Corte Suprema, 2.2.2024, rol 121263-2022.

³⁰ A modo de ejemplo: Segundo Tribunal Ambiental, rol 171-2018; Primer Tribunal Ambiental, rol 26-2019; Tercer Tribunal Ambiental, rol 34-2020; Segundo Tribunal Ambiental, rol N° 227-2020.

³¹ A modo de ejemplo: Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa ambiental rol 2-2020; Corte de Apelaciones de Santiago, causa ambiental rol 5-2020; Corte de Apelaciones de Santiago, causa ambiental rol 7-2021; Corte de Apelaciones de Valdivia, causa ambiental rol 3-2021.

que dan término a sus procedimientos revisten el carácter de definitivas y, por tanto, susceptibles de casación.

Así, por ejemplo, el Primer TA, en causa rol N° R-96-2023, resolvió no dar lugar a un recurso de apelación deducido por la SMA, en contra de una sentencia que se pronunció acerca de la legalidad de un PDC, esto es, un acto trámite cualificado. En contra de dicha decisión, la SMA interpuso un recurso de hecho, el que fue rechazado por la CA de Antofagasta que indicó que:

“(...) siendo el objeto del juicio respecto del cual se ejercerá la jurisdicción por el Tribunal Ambiental la revisión de la legalidad del acto de la Administración en lo cuestionado y dentro del marco de la discusión planteada por las partes del juicio, la sentencia dictada en relación a la reclamación tiene en concepto de esta Corte el carácter de sentencia definitiva, desde que se resuelve el conflicto sometido a la decisión del tribunal, la legalidad o ilegalidad del acto impugnado (...)”³².

En contra de esta sentencia, la SMA dedujo un recurso de queja y, en subsidio, solicitó de oficio la modificación de la sentencia. No obstante, en causa rol N° 45.853-2024, la CS declaró inadmisibles la queja y, por primera vez ante este tipo de recursos, decidió no modificar la decisión de la CA, dejando sin recurso a la Administración³³.

Es tan palmaria la oscilante e inorgánica jurisprudencia de la Tercera Sala que, ante un idéntico recurso de queja deducido por el SEA en contra de los ministros de la CA de Antofagasta, la CS actuó de oficio y resolvió que el rechazo del recurso de hecho se opone a su jurisprudencia, ordenando dar curso a la apelación³⁴.

Por su parte, se observa que el Segundo TA, en causa rol N° 425-2024³⁵ y N° 451-2024³⁶, resolvió declarar inadmisibles los recursos de apelación deducidos por dos empresas en contra de las sentencias que resolvieron rechazar sus reclamaciones en contra de las resoluciones de la SMA que rechazaron sus PDC, es decir, que recaían sobre actos trámites cualificados. Las empresas dedujeron recursos de hecho, ambos rechazados por la CA de Santiago, en causa rol N° 4-2024³⁷ y N° 5-2024³⁸. Además, como ha mandatado la práctica judicial, se dedujeron recursos de queja ante la CS, encontrándose pendiente de resolución la primera en causa rol N° 6.355-2025; y ordenando la tramitación de la apelación en la segunda, en causa rol N° 4.989-2025³⁹.

Se debe destacar que, de forma previa, el Segundo TA si había elevado en conocimiento de la CA de Santiago este tipo de recursos (a modo de ejemplo, CA de Santiago,

³² Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3.9.2024, causa ambiental rol 1-2024.

³³ Corte Suprema, 31.3.2025, rol 45853-2024.

³⁴ Corte Suprema, 27.9.2024, rol 46417-2024.

³⁵ Segundo Tribunal Ambiental, 6.11.2024, rol 425-2023.

³⁶ Segundo Tribunal Ambiental, 15.11.2024, rol 451-2023.

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 25.2.2025, rol 4-2024.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 13.2.2025, rol 4-2024.

³⁹ Corte Suprema, 7.3.2025, rol 4.989-2025.

Rol Nº 9-2022), por lo que su resistencia podría deberse a la disrupción del sistema recursivo que esta interpretación ha provocado.

El Tercer TA se ha mantenido firme en dar tramitación a los recursos de apelación deducidos en contra de sus sentencias, entendiendo la posición de la CS, al igual que la CA de Valdivia.

Demostrativo de lo anterior es que, en rol Nº R-48-2022, ante el Tercer TA, la SMA dedujo un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por dicho tribunal, en circunstancias que esta ordenó retrotraer un procedimiento administrativo sancionatorio a la fase de investigación. Al respecto, el Tercer TA tuvo por interpuesto dicho recurso el 31 de octubre de 2023, y el 3 de noviembre de 2023 la CA de Valdivia le dio tramitación al recurso, bajo el rol Nº 9-2023. Es oportuno destacar que la CA rechazó un recurso de hecho deducido por la contraparte, reafirmando la procedencia del recurso de apelación en estos casos, según lo expresado por la CS.

c) Inaplicabilidad por inconstitucionalidad y queja en contra de los ministros de la Suprema

En cuanto a la actuación de los litigantes, es importante destacar que se han interpuesto tres acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del vocablo “definitiva” del artículo 26 de la Ley Nº 20.600; así como también un recurso de queja en contra de los ministros de la Tercera Sala de la CS, para su conocimiento por parte del Pleno.

En efecto, a propósito de la sentencia dictada por la CS, en causa rol Nº 245.151-2023, donde declaró inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la Sociedad Contractual Minera Kozan, en contra de la sentencia del Primer TA, en causa rol Nº R-84-2022, por recaer sobre un acto trámite, la empresa dedujo una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, rol Nº 15.666-2024 INA Requerimiento.

En el mismo sentido, a propósito de las sentencias dictadas en causa rol Nº 248.419-2023 y 3.762-2024, donde la CS declaró inadmisibles los recursos de casación deducidos en contra de dos sentencias del Tercer TA que se pronunciaban sobre una sanción de la SMA, por no revestir el carácter de definitivas ni interlocutorias, dicho Servicio dedujo, durante marzo de 2025, dos requerimientos de inaplicabilidad.

Respecto de la primera causa, el requerimiento se encuentra en tramitación, en sede de admisibilidad, en causa rol Nº 16.334 INA Requerimiento; en cuanto a la segunda, el requerimiento, ingresado bajo el rol Nº 16.335 INA Requerimiento, no fue admitido a trámite, debido a que la CS resolvió de forma previa el recurso de reposición deducido en contra de su sentencia, eliminando la existencia de la gestión pendiente.

Ambos requerimientos fueron deducidos por vulneración al derecho a la igualdad ante la ley; al debido proceso (derecho al recurso); y al deber de inexcusabilidad de los órganos que ejercen jurisdicción.

Resulta de especial relevancia la tramitación de estos dos últimos requerimientos, porque estos son deducidos durante el tercer momento interpretativo de la CS, donde se ha privado a la Administración y a sus coadyuvantes, no solo de ejercer el derecho a

casar las sentencias dictadas por los TA, sino también a apelar. Es decir, un momento en que ha dejado solo a los presuntos infractores con la posibilidad de impugnar las decisiones de los TA, al momento de confirmar las decisiones de la Administración; pero no a la Administración, cuando sus actos son anulados.

La SMA también dedujo un recurso de queja en contra de la decisión de rechazar de plano un recurso de reposición deducido en contra de una sentencia de inadmisibilidad de recursos de casación, en causa rol N° 251.034-2023. Se destaca dicha queja, pues la Administración hizo presente a la CS que de mantener firme este criterio, se cimentará un precedente que generará que solo los titulares, presuntos infractores, puedan acceder al derecho al recurso, mas nunca la Administración y sus terceros coadyuvantes, vulnerando gravemente el derecho de igualdad ante la ley; así como el derecho a un debido proceso. No obstante, sin entrar a conocer el fondo del asunto, en causa rol N° 9.554-2025, el Presidente de la CS resolvió rechazar por inadmisibile la queja deducida⁴⁰.

3. *Cuestiones jurídico-prácticas que se relacionan con la nueva postura adoptada*

Como se indicó, el sistema recursivo ambiental dialoga, en apariencia, con el artículo 158 del CPC. Empero, la CS ha indicado que, para poder definir una sentencia dictada por un TA como definitiva, esta debe no solo poner término al juicio, sino también resolver el fondo de la cuestión o asunto que ha sido el objeto controvertido⁴¹.

La posición de la CS resulta, incluso, aún más restrictiva que la interpretación que se ha dado al artículo 15 de la Ley N° 19.880, que establece el principio de impugnabilidad de los actos dictados en un procedimiento administrativo, respecto de actos terminales y trámite cualificados⁴²; pues, para la CS, el recurso de casación solo se podría deducir respecto de sentencias que recaen sobre reclamaciones deducidas en contra de actos terminales confirmados.

Resulta curioso que la CS, en relación con otras materias especiales, se ha pronunciado de forma distinta, tal como ocurre en libre competencia. En efecto, el inciso 2° del artículo 27 del D.F.L. N° 1, de 2004, que “Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973”, establece que solo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la CS, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26. Recientemente, resolviendo un recurso de hecho que se dedujo ante esta, la CS indicó que no se debe atender a contenido de fondo de la sentencia para definir qué recurso resulta procedente⁴³.

⁴⁰ Corte Suprema, 1.4.2025, rol 9554-2025.

⁴¹ PEÑA Y LILLO DELAUNOY. *Op. cit.*, p. 320.

⁴² MILLAR. *Op. cit.*, p. 125. Explica que la declaración de inadmisibilidad de recursos de casación por interponerse en contra de sentencias que se pronuncian sobre actos trámite es habitual, en tanto la Ley N° 20.600 permite la impugnación de actos administrativos trámite, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 19.880.

⁴³ Corte Suprema, 28.3.2023, rol 170487-2022.

No encontrándose ninguna norma que permita justificar desde una óptica legal la postura de la CS, incluso, siendo esta posición incoherente con pronunciamientos del máximo tribunal en otras materias, se puede inferir que la decisión adoptada puede provenir de un intento de mitigar el pasivo existente en sus dependencias, en relación con la tramitación de este tipo de medio de impugnación.

Efectivamente, durante la inauguración del año judicial 2023, el Presidente de la CS, Sr. Ricardo Blanco Herrera, declaró que “(...) los ingresos en la Corte Suprema superaron en un 47% a los del año 2022, aumentando de 171 mil a 252 mil. El incremento se produjo por las apelaciones de protección, que tuvieron un alza de un 51,4%. Las causas terminadas en esta Corte mostraron un crecimiento de un 65,7%, alcanzando más de 243 mil; mientras que las causas en tramitación, al 1 de diciembre de 2023, ascendieron a las 40 mil 300”⁴⁴.

Si se observa el detalle de dicha cuenta pública, se puede apreciar que, solo en casaciones, hubo un aumento del 21,7% el 2023 respecto del 2022, considerando un ingreso de 4.317 casaciones⁴⁵, encontrándose pendientes de tramitación para dicho año 2.744 recursos⁴⁶.

De lo anterior, es posible apreciar que, para el comienzo del año judicial 2024, existen pendientes de ser tramitados 2.744 recursos de casación, que representan el 63,56% de los ingresos de dichos medios de impugnación durante el mismo año. Es decir, la tramitación, por año, de los recursos de casación, no alcanza a cubrir, si quiera, la mitad de los recursos que ingresan para dicho período. Lo anterior, sin considerar el resto de las causas pendientes, diferentes a la tramitación de recursos de casación.

El problema de la carga de trabajo en los tribunales y, en específico, de los superiores jerárquicos, es un tema que atraviesa a distintos ordenamientos jurídicos, incluso, de diferente tradición⁴⁷. No obstante, al no tener un sustento legal, el actuar de la CS no puede ser justificado.

II. CONSECUENCIAS ASOCIADAS A LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LA CORTE SUPREMA

1. *Falta de control de las decisiones de los TA*

En un primer momento, los TA se mostraron reticentes a admitir a trámite los recursos de apelación deducidos en contra de sus sentencias⁴⁸, pero este escenario adverso no prosperó sin modificaciones en el tiempo, pues estos recursos llegaron a conocimiento

⁴⁴ Poder Judicial, 2024, p. 4-5.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁴⁷ ETCHEVERRY, 2016, p. 988.

⁴⁸ A modo de ejemplo: Primer Tribunal Ambiental, 10.6.2020, rol R-26-2019; Segundo Tribunal Ambiental, 16.2.2021, rol R-227-2020; Tercer Tribunal Ambiental, 4.6.2021, rol R-34-2020.

de, al menos, la CA de Santiago –que, actualmente, se ha mostrado nuevamente reacios en conocer estos recursos, conforme con la decisión del Segundo TA– y de Valdivia.

De relevancia fue, en su momento, la resolución de los recursos de queja que comenzó a conocer la CS, interpuestos en contra de las sentencias dictadas por las CA, confirmando la inadmisibilidad resuelta por los TA. Lo anterior, en tanto, a propósito de estos recursos, la CS ordenó dar curso a las apelaciones deducidas⁴⁹. No obstante, esto no implicó un efectivo control por parte de los tribunales de segunda instancia.

En efecto, es posible observar dos fenómenos: una nueva forma de fallar por parte de los TA; y una alta deferencia por parte de las CA respecto de sus decisiones.

En primer lugar, los TA comenzaron a utilizar la figura de la retrotracción de los procedimientos administrativos en el que se inserta el acto reclamado, lo que implica, en la práctica, no resolver el fondo del asunto de la cuestión discutida en sede administrativa y, por consiguiente, no ser impugnabile su decisión mediante una casación. Lo anterior, guarda relación con la potestad anulatoria de los TA, pues se debe recordar que el artículo 30 de la Ley N° 20.600 establece que el tribunal no podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados, por lo que los TA no pueden ordenar a la Administración un actuar específico.

A modo de ejemplo, en causa rol N° 10.332-2023, la CS resolvió declarar inadmisibles los recursos de casación deducidos en contra de una sentencia dictada por el Primer TA que, entre otras cosas, anuló una RCA y ordenó retrotraer el procedimiento de evaluación ambiental⁵⁰. En el mismo sentido, causa rol N° 3.363-2023⁵¹ y causa rol N° 40.806-2022⁵².

Más grave aún, existe un incentivo hacia los TA de anular parcialmente las decisiones terminales de la Administración porque, de esa manera, dichas sentencias tampoco constituyen sentencias definitivas, por lo que no son susceptibles de ser controladas por parte de la Corte Suprema⁵³.

El segundo fenómeno observable consiste en la alta deferencia de las CA, respecto de las decisiones adoptadas por los TA. Lo anterior guarda relación con el estándar de revisión que las CA estarían aplicando respecto de las decisiones adoptadas por estos. En tal sentido, la doctrina ha entendido que un estándar de revisión es la medida o grado de deferencia que el tribunal revisor tiene respecto del tribunal cuya resolución se está revisando, variando según el margen de error tolerado⁵⁴.

Esta determinación no resulta azarosa, más aún cuando se entiende que, en conformidad a la historia de la Ley N° 20.600, mediante la casación, se buscó evitar que la CS conociera nuevamente de los hechos fijados por los TA, en su carácter de tribunales especializados. Es decir, el espíritu de la legislación fue precisamente dotar de un alto

⁴⁹ A modo de ejemplo: Corte Suprema, 6.12.2021, rol 71706-2021.

⁵⁰ Corte Suprema, 5.7.2023, rol 10332-2023.

⁵¹ Corte Suprema, 20.6.2023, rol 3363-2023.

⁵² Corte Suprema, 16.8.2023, rol 40806-2022.

⁵³ Corte Suprema, 5.8.2025, rol 24342-2025.

⁵⁴ EZURMENDIA, 2023, p. 2.

grado de deferencia la revisión que hiciese la CS respecto de las decisiones adoptadas por los TA, al menos, respecto de los hechos fijados, limitando su revisión a cuestiones principalmente normativas.

En dicho sentido, la doctrina ha indicado que los tribunales inferiores, generalmente, tienen como tarea principal la determinación de los hechos; y que, en el ejercicio de tal función, tienen una ventaja frente a los tribunales revisores, como lo es la percepción directa e inmediata de los acontecimientos del proceso⁵⁵. Si a lo anterior agregamos el doble carácter especializado de los TA (en materia y composición), el alto grado de deferencia, al menos, respecto de cuestiones de hecho determinadas por estos, resulta del todo lógico. En tal sentido, se ha estimado que el sistema recursivo asociado a las sentencias definitivas de los TA resulta teóricamente correcto⁵⁶.

Este alto grado de deferencia por parte de las CA se ve aún más justificado cuando se observa que la intención del legislador en materia ambiental, al igual que en otros procedimientos reformados, fue limitar la interposición del recurso de apelación.

Precisamente, de la historia legislativa de la Ley N° 20.600 se desprende que la elección del recurso de casación por sobre otros recursos no fue pacífica. En efecto, hubo tres propuestas: el recurso de apelación; un recurso *sui generis*, como sucede en materia de libre competencia con el recurso de reclamación; y el recurso de casación. Inclusive, el Mensaje original del Proyecto de Ley contemplaba la segunda opción antedicha⁵⁷.

La incorporación definitiva de la casación como recurso para impugnar las sentencias definitivas dictadas por los TA, tuvo como antecedente la preocupación que hizo presente la CS en relación con la proliferación de recursos en materias especiales y el desmedro de sus facultades de casación⁵⁸.

Así, esta deferencia es una consecuencia orgánica del sistema, en tanto, si existen menos vías verticales de revisión, existe una mayor deferencia con las decisiones adoptadas. Es más, la doctrina ha identificado que, entre los motivos para elegir la casación como recurso, se encuentra la mayor deferencia sobre los hechos fijados por los tribunales inferiores, existiendo un reconocimiento expreso a la tolerancia a “errores menores”⁵⁹.

En apariencia, esta conclusión es correcta, en tanto observamos que el sistema recursivo en materia ambiental, de baja intensidad impugnativa, se estructura, entre otras cosas, sobre la base de resguardar las facultades de casación de la Corte Suprema; y, a su vez, dotar de coherencia un sistema especializado, evitando el conocimiento de los hechos por parte del máximo tribunal⁶⁰. Además, la razón para no contemplar el recurso de apelación y, por tanto, para no elevar el conocimiento de los hechos a un nuevo órgano, consisten en que la sentencia definitiva no solo fue dictada por un tribunal

⁵⁵ *Ibid.* p. 3.

⁵⁶ MILLAR. *Op. cit.*, p. 109.

⁵⁷ URIBARRI, *Op. cit.* p. 62-63.

⁵⁸ PEÑA Y LILLO DELAUNOY. *Op. cit.*, p. 319.

⁵⁹ EZURMENDIA. *Op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ URIBARRI, *Op. cit.* p. 64.

especializado, sino también porque es precedida por una resolución de un órgano administrativo, no justificándose una tercera instancia⁶¹.

Ahora, es preocupante que, a propósito de la interpretación realizada por la CS, esta regulación orgánica pierda coherencia y que, por tanto, el alto grado de deferencia de las CA, en relación con los TA, haga irrisoria la revisión judicial de sus decisiones, en el entendido de que la CS tampoco conoce de estas. Más grave aún, cuando las CA ni siquiera a pretexto de revisión del derecho han ahondado en la motivación de estas sentencias, incluso, no requiriendo para ello la existencia de un perjuicio que influya substancialmente en lo dispositivo del fallo.

A la fecha, solo un fallo de una CA ha revocado una sentencia dictada por un TA⁶². En efecto, el 1 de abril de 2023, en causa ambiental rol N° 9-2023, la CA de Valdivia acogió el recurso de apelación deducido por la SMA, en contra de la sentencia del Tercer TA que resolvió dejar sin efecto la resolución que sancionó a Nova Austral S.A.

Dicho fallo resulta interesante, no solo por ser el primero en que una CA se pronuncia sobre el fondo del asunto discutido en el TA de primera instancia y porque revoca su decisión, sino también porque se pronuncia respecto de la nueva tendencia de los TA de retrotraer los procedimientos administrativos:

“(...) resulta pertinente (...) reestructurar actos anteriores como corolario de (...) evidencias posteriores, lo que importaría una *revisión indebida, inoportuna y por cierto inadecuada que excede el ámbito de sus atribuciones* (...) so pretexto de (...) intervenir en el análisis de fondo o del o del mérito del asunto controvertido (...), invadiendo el objeto de las (...) atribuciones propias y privativas de la Superintendencia” (énfasis agregado)⁶³.

La decisión de la CA de Valdivia hace patente un problema adicional que, al parecer la CS había obviado. En contra de la decisión adoptada, la empresa dedujo un recurso de queja, causa rol N° 13.431-2024, y en contra de este la SMA presentó un escrito solicitando su inadmisibilidad, haciendo presente en sus conclusiones que, anteriormente, en contra de las sentencias dictadas por las CA, que confirmaban las decisiones de los TA, interpuso recursos de queja, pero estos fueron declarados inadmisibles, por lo que, de resolver lo contrario en este caso, se atentaría en contra de la igualdad ante la ley. Dicha causa se encontraba en acuerdo de admisibilidad desde el 19 de abril de 2024. No obstante, el 30 de agosto de 2024, sin explicación, el acuerdo fue dejado sin efecto.

⁶¹ MILLAR. *Op. cit.*, p. 107.

⁶² A modo de ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, 3.4.2025, causa ambiental rol 9-2022; Corte de Apelaciones de Santiago, 4.7.2023, causa ambiental rol 3-2023; Corte de Apelaciones de Valdivia, 24.11.2023, causa ambiental rol 8-2023; Corte de Apelaciones de Valdivia, 3.4.2025, causa ambiental rol 11-2023.

⁶³ Corte de Apelaciones de Valdivia, 1.4.2024, causa ambiental rol 9-2023.

2. *Afectación al debido proceso: restricción del derecho al recurso y vulneración al derecho de igualdad ante la ley*

La postura de la CS atenta contra la idea de legalidad procesal en sus dos vertientes: esto es, por un lado, que todas las actuaciones de las partes y el juez se encuentren reguladas por ley; y, por otro, que el conjunto de actos que integran el proceso se lleve a efecto de la manera predeterminada por la ley⁶⁴. Lo anterior, pues, mediante una atribución que no ha sido establecida por ley, la CS ha restringido el derecho a recurrir.

Se debe tener en consideración que la idea de legalidad procesal implica encontrar un punto de equilibrio entre el formalismo rígido y el poder del juez para definir aspectos procesales⁶⁵. Empero, en dicha búsqueda no se pueden ver trastocadas las garantías procesales mínimas que se vinculan a derechos procesales de índole constitucional⁶⁶, como lo es el derecho al recurso⁶⁷.

Conforme con lo expuesto, se observa que el derecho al recurso —esto es, la facultad para impugnar sentencias de fondo mediante un recurso que asegure su conocimiento adecuado⁶⁸ que, a su vez, representa un elemento constitutivo del debido proceso⁶⁹— ha sido vulnerado por parte de la CS. En un primer momento, por restringir las vías de impugnación dispuestas por el legislador en materia ambiental; luego, por privar del derecho a recurrir a ciertos litigantes, como lo es para la Administración del Estado.

Este último precedente se ve acompañado de una afectación al derecho de igualdad ante la ley, pues las vías de impugnación no son idénticas para todas las partes. Precisamente, al indicar la Corte Suprema que una sentencia que anula un acto administrativo no es una sentencia definitiva, así como tampoco una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación⁷⁰, priva a la Administración —y eventuales coadyuvantes— de la posibilidad de apelar o casar decisiones de los TA. No obstante, en caso de que la sentencia del TA hubiese confirmado la decisión de la Administración, y esta fuese constitutiva de un acto terminal administrativo, los regulados podrían utilizar el recurso de casación.

En tal sentido, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “(...) se ve afectada la igual protección de los derechos cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a solo uno de los agraviados por una resolución judicial, *excluyendo al otro la posibilidad de reclamar* (énfasis agregado)”⁷¹, que es lo acaecido en este contexto.

⁶⁴ HUNTER, 2020, p. 177-178.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 197.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 198.

⁶⁷ MOSQUERA Y MATURANA, 2012, p. 144-145.

⁶⁸ DEL RÍO FERRETTI, 2012, p. 257-258.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, 26.8.2010, rol 1443-2009.

⁷⁰ Corte Suprema, 13.3.2025, rol 251034-2023. En el mismo sentido: rol 13.3.2025, 248419-2023; rol 13.3.2025, Nº 3762-2024.

⁷¹ ROMERO, 2016, p. 217-218.

Además, esta interpretación vulnera el efectivo acceso a la justicia ambiental. A mayor abundamiento, uno de los ministros de la CS, impulsor de la interpretación expuesta, indica que el acceso a la justicia debe dotar a los ciudadanos de mecanismos para tutelar sus derechos, así como para participar en el control del cumplimiento de las normas ambientales⁷². Sin embargo, la restricción y posterior privación del derecho al recurso, ha atentado contra dicha posibilidad, acentuándose tal situación en aquellos casos donde han sido las comunidades las perjudicadas por tal decisión.

Esto no resiste sustento legal ni constitucional. Más aún, esta postura infringe lo establecido en el artículo 8° del Acuerdo de Escazú, de carácter internacional, en orden a garantizar el derecho a acceder a la justicia en asuntos ambientales, de acuerdo con las garantías del debido proceso, incluyendo, la posibilidad de impugnar y recurrir.

III. PROPUESTA ANTE LA INCERTIDUMBRE

Mediante Boletín N° 16.204-12, se ingresó un Proyecto de Ley, que modifica la Ley N° 20.600, en materia de procedencia del recurso de casación en los casos que indica. En específico, el Proyecto de Ley proponía modificar el sistema recursivo de la Ley N° 20.600, con la finalidad de consagrar la procedencia del recurso de casación en contra de las sentencias emanadas de los TA, que resuelvan reclamaciones que se deduzcan en contra de actos dictados en el marco de procedimientos asociados a leyes especiales.

En el marco de la discusión del Proyecto de Ley, específicamente, en la Comisión de Medio Ambiente, Cambio Climático y Bienes Nacionales del Senado, expertos en la materia dieron cuenta de que, si bien el proyecto se encontraba bien dirigido, su ingreso daba la oportunidad para discutir el sistema recursivo en general del sistema ambiental.

El Proyecto de Ley en los términos preliminarmente propuestos contó con un informe favorable de la CS. No obstante, esta no se pronuncia respecto del problema de fondo planteado.

En virtud de la discusión en la Comisión, se emitió, el 13 de diciembre de 2023, el Primer Informe de la Comisión. En lo relevante, modificó el proyecto originalmente planteado, reemplazando el inciso tercero del artículo 26 por el siguiente:

“En contra de la sentencia dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, con excepción del numeral 4) del artículo 17, ya sea la que acoja o rechace, total o parcialmente, la reclamación o la acción de declaración, e incluso si retrotrae el procedimiento administrativo respectivo, procederá respecto de todas las partes, solamente el recurso de casación en el fondo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

⁷² MUÑOZ, 2014, p. 25-26.

Además, en el inciso cuarto, se reemplazó la frase “en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos”, por “en los casos”.

El Proyecto de Ley se aprobó en general y particular, en el Primer Trámite Constitucional, en la Cámara del Senado. Actualmente, el Proyecto de Ley se encuentra en el Segundo Trámite Constitucional, en la Cámara de Diputados.

La propuesta busca, entonces, evitar interpretaciones respecto de la expresión “definitiva”, haciendo énfasis, incluso, en el problema particular de la retroacción de los procedimientos administrativos, cuestión que pareciese innecesaria de ser mencionada, habiendo solucionado el dilema basal.

No obstante, dicho Proyecto no logra hacerse cargo del hecho de que fueron los jueces de la propia CS quienes se apartaron de lo establecido por el legislador, siendo siempre un riesgo que aquello vuelva a ocurrir, a menos que se establezca un nuevo contrapeso a sus actuaciones, lo que guarda relación con una modificación de nuestro sistema orgánico institucional, cuestión que escapa de las pretensiones de este trabajo.

En tales circunstancias, si bien el Proyecto de Ley busca otorgar certeza al sistema recursivo asociado a las decisiones de los TA, es menester recordar que este problema se origina únicamente por una indebida restricción por parte de la CS de los recursos que se encuentran establecidos por el legislador para tal fin.

CONCLUSIONES

El artículo 26 de la Ley N° 20.600 indica el sistema recursivo asociado a las decisiones de los TA. En síntesis, distingue las resoluciones que serán apelables, de aquellas que serán susceptibles de casación. Este sistema es de baja intensidad impugnativa y se estructura sobre la base de resguardar las facultades de casación de la CS; y, a su vez, de dar coherencia a un sistema especializado.

En un inicio no era discutido que las sentencias dictadas por los TA que ponían término al juicio eran susceptibles de ser casadas. No obstante, la CS ha resuelto, transitando por tres estadios interpretativos distintos y de forma contraria a derecho, que no todas las sentencias dictadas por los TA pueden ser casadas, pues no siempre serán definitivas.

Tras un análisis de dichas sentencias, se observa que tal decisión denota una falta de fundamentación jurídica; y, por ello, permite postular que obedece más a una decisión asociada a la maximización del tiempo y recursos.

Frente a este escenario, los litigantes, así como los TA y las CA, tuvieron que adaptarse a dicha interpretación, interponiendo otro tipo de recursos, como el de apelación, con sus consecuentes dificultades.

Asimismo, se observa que tal postura ha tenido importantes consecuencias en la forma cómo se controlan las decisiones de la judicatura ambiental. Efectivamente, las CA se han mostrado reticentes a cambiar las decisiones adoptadas por los TA, y estos comenzaron a fallar retrotrayendo los procedimientos administrativos o anulando parcialmente las decisiones de la Administración, lo que ha provocado en ciertas ocasiones la imposibilidad de revisar sus decisiones.

Además, ha generado importantes afectaciones al derecho a un debido proceso, asociadas a la restricción del derecho al recurso e, incluso, a su privación, lo que ha desembocado en un obstáculo para el debido acceso a la justicia ambiental. Así, el actuar de la CS no solo atenta contra la ley, sino también contra la Constitución Política de la República y Tratados Internacionales.

Este problema solo podría ser solucionado con una reforma legal que limite la discrecionalidad de la CS. Actualmente se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley, Boletín N° 16.204-12 que, si bien inicialmente tuvo otro objetivo, tras la discusión legislativa, apunta a la solución de este problema. De ser tramitado de forma célere, el conflicto suscitado por la interpretación realizada por la CS podría ser resuelto.

Sin embargo, dicho Proyecto no logra hacerse cargo del hecho de que fueron los jueces de la propia CS quienes se apartaron de lo establecido por el legislador, siendo siempre un riesgo que aquello vuelva a ocurrir, a menos que se establezca un nuevo contrapeso a sus actuaciones. Lo anterior, pues toda la problemática expuesta se origina únicamente por una indebida restricción por parte de la Corte Suprema de los recursos que se encuentran establecidos por el legislador en materia ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- DEL RÍO FERRETI, Carlos, 2012: "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal". *Estudios constitucionales*, volumen 10, N° 1.
- ETCHEVERRY, Juan, 2016: "¿Cómo ha resuelto el desafío de la sobrecarga de trabajo la Corte Suprema de los Estados Unidos?". *Revista Chilena de Derecho*, volumen 43, N° 3.
- EZURMENDIA, Jesús, 2023: "Una aproximación al estándar de revisión en el proceso civil chileno". *Vniversitas Jurídica*, volumen 72.
- HUNTER, Iván, 2020: *Rol del juez. Prueba y proceso*. Santiago de Chile, DER Ediciones.
- MÉNDEZ, Pablo, 2017: *Tribunales Ambientales y contencioso administrativo. El procedimiento de reclamación de la Ley N° 20.600*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- MILLAR, Javier, 2022: "El recurso de casación en el fondo en contra de sentencias dictadas en los procedimientos contencioso-administrativos de la Ley N° 20.600". En: FERRADA, Juan Carlos (editor). *La Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las III Jornadas de Justicia Ambiental*, Santiago de Chile, DER Ediciones.
- MOSQUERA, Mario; MATURANA, Cristian, 2012: *Los recursos procesales* (2ª edición actualizada), Santiago de Chile, Editorial Jurídica.
- PEÑA Y LILLO DELAUNOY, Cristián, 2021: *Derecho Procesal Ambiental*, Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters.
- ROMERO, Alejandro, 2016: "Algunos problemas del derecho al recurso en el contencioso ambiental, *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes), N° 28.
- URIBARRI, Catalina, 2015: "El recurso de casación del artículo 26 de la Ley N° 20.600. Un análisis de su coherencia con el sistema de justicia especializada al cual pertenecen los Tribunales Ambientales". *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad de Chile.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL Constitucional, rol 1443-2009 INA Requerimiento.
TRIBUNAL Constitucional, rol 15.666-2024 INA Requerimiento.
TRIBUNAL Constitucional, rol 16.334-2025 INA Requerimiento.
TRIBUNAL Constitucional, rol 16.335-2025 INA Requerimiento.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017, rol 3682-2017.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017, rol 18341-2017.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 16 de abril de 2018, rol 43049-2017.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 29 de agosto de 2018, rol 3572-2018.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 2 de diciembre de 2018, rol 12803-2018.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 3 de junio de 2019, rol 7359-2018.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 7 de noviembre de 2019, rol 7073-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 29 de agosto de 2018, rol 3572-2018.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2019, rol 21265-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 9 de marzo de 2020, rol 23085-2018.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 19 de junio de 2020, rol 28886-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 10 de septiembre de 2020, rol 27083-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 7 de agosto de 2020, rol 7785-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 14 de octubre de 2020, rol 10300-2019
CORTE Suprema, sentencia de fecha 14 de octubre de 2020, rol 43798-2020.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 19 de octubre de 2020, rol 24001-2019.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 8 de febrero de 2021, rol 117379-2020.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 9 de agosto de 2021, rol 4222-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 27 de agosto de 2021, rol 65369-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 18 de octubre de 2021, rol 18996-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021, rol 154869-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 21 de febrero de 2022, rol 82391-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 18 de abril de 2022, rol 75804-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 18 de mayo de 2022, rol 36972-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 11 de julio de 2022, rol 96002-2022.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2022, rol 3569-2022.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 28 de marzo de 2023, rol 170487-2022.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de junio de 2023, rol 3363-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 5 de julio de 2023, rol 10332-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 16 de agosto de 2023, rol 40806-2022.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 4 de diciembre de 2023, rol 84171-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 5 de diciembre de 2023, rol 87601.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 6 de diciembre de 2021, rol 71706-2021.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2023, rol 149371-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de diciembre de 2023, rol 115405-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 28 de diciembre de 2023, rol 190094-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 2 de febrero de 2024, rol 121263-2022.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2024, rol 197254-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 31 de julio de 2024, rol 245151-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 19 de agosto de 2024, rol 17773-2024.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2024, rol 46417-2024.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 4 de octubre de 2024, rol 20752-2024.

- CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de enero 2025, rol 49545-2024.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 7 de marzo de 2025, rol 4989-2025.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2025, rol 251034-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2025, rol 248419-2023.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2025, rol 3762-2024.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 1 de abril de 2025, rol 9554-2025.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 5 de agosto de 2025, rol 24342-2025.
CORTE Suprema, rol 13431-2024.
CORTE Suprema, rol 6355-2025.
CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 11 de agosto de 2020, causa ambiental rol 2-2020.
CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2024, causa ambiental rol 1-2024.
CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 6 de septiembre de 2024, causa ambiental rol 2-2024.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 31 de diciembre de 2020, , causa ambiental rol 5-2020.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 6 de julio de 2021, causa ambiental rol 7-2021.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 3 de abril de 2025, causa ambiental rol 9-2022.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 12 de julio de 2024, causa ambiental rol 3-2023.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 25 de febrero de 2025, causa ambiental rol 4-2024.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 13 de febrero de 2025, causa ambiental rol 5-2024.
CORTE de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021, causa ambiental rol 3-2021.
CORTE de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2023, causa ambiental rol 8-2023.
CORTE de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 1 de abril de 2024, causa ambiental rol 9-2023.
CORTE de Apelaciones de Valdivia, resolución de fecha 29 de diciembre de 2023, rol 11-2023.
PRIMER Tribunal Ambiental, resolución de fecha 10 de junio de 2020, rol R-26-2019.
PRIMER Tribunal Ambiental, resolución de fecha 25 de junio de 2024, rol R-96-2023.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 6 de diciembre de 2021, rol R-171-2018.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 29 de enero de 2021, rol R-227-2020.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 6 de noviembre de 2024, rol R-425-2023.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 15 de noviembre de 2024, rol R-451-2024.
TERCER Tribunal Ambiental, resolución de fecha 4 de junio de 2021, rol R-34-2020.
TERCER Tribunal Ambiental, resolución de fecha 31 de octubre de 2023, rol R-48-2022.

Otros

BOLETÍN 16.204-12. Visto en línea, <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=16756&prmBOLETIN=16204-12>.

HISTORIA de la Ley N° 20.417. Visto en línea, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>.

HISTORIA de la Ley N° 20.600. Visto en línea, https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/4429/#h2_1_3.

PODER Judicial. Cuenta pública del Presidente de la Corte Suprema. 2024. Visto en línea, <https://www.pjud.cl/docs/download/73573>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502026000100227>

Muertes violentas de mujeres en contexto de crimen organizado en Chile: ¿homicidio calificado o femicidio por razón de género?

*Fabiola Girao Monteconrado Ghidalevich**

RESUMEN

El aumento de la criminalidad organizada en Chile ha implicado una mayor participación o involucramiento de mujeres en bandas delictivas y la ocurrencia de muertes violentas en dichos contextos, las que no siempre son calificadas como femicidio. Este trabajo analiza las dinámicas de género en tales escenarios, destacando que la violencia estructural, aunque relevante, no es suficiente para justificar dicha calificación. Para ello, se examinan dogmáticamente las expresiones del artículo 390 ter, numeral 5, del Código Penal —“manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima” y “evidente intención de discriminación”— como criterios determinantes para establecer cuándo corresponde reconocer un femicidio por razones de género.

Femicidio por razón de género; criminalidad organizada; motivo discriminatorio

Violent deaths of women in organized-crime contexts in Chile: aggravated homicide or gender-motivated femicide?

ABSTRACT

The increase in organized crime in Chile has led to greater participation or involvement of women in criminal gangs and to the occurrence of violent deaths in such contexts, which are not always classified as femicides. This article analyzes gender dynamics in these scenarios, emphasizing that structural violence, although relevant, is not sufficient to justify such classification. To this end, a dogmatic analysis is carried out of the expressions contained in Article 390 ter, number 5, of the Chilean Criminal Code —“manifest subordination due to unequal power relations between the perpetrator and the victim” and “an evident intention of discrimination”— as determining criteria for establishing when it is appropriate to recognize a femicide on gender grounds.

Gender-based femicide; organized crime; discriminatory motive

* Licenciada en Derecho, Universidad Federal de Amazonas, Brasil. Magíster en Derecho, Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora de Derecho Penal, Universidad Católica del Norte, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8433-9723>. Correo electrónico: fabiola.girao@ucn.cl.

El presente trabajo ha sido realizado en el marco de un convenio celebrado entre la Universidad Católica del Norte y su Facultad de Ciencias Jurídicas, oficializado mediante decreto 110/2023, de fecha 25 de agosto de 2023.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación el 29.9.25.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de marzo de 2023, en la comuna de Alto Hospicio, región de Tarapacá, la víctima de iniciales L.J.S.M. fue asesinada mediante el uso de dos armas distintas, lo que le ocasionó al menos treinta y siete heridas punzantes y cortopunzantes en diversas zonas del cuerpo, comprometiendo ambos pulmones, el corazón y el paquete vascular del cuello. Momentos antes, su pareja había sido ejecutada con diecisiete disparos de arma de fuego y, tras dar muerte a la mujer, los autores materiales secuestraron a su hija de seis años, a quien posteriormente abandonaron en una carretera a las afueras del radio urbano de Iquique. Es importante señalar que la pareja asesinada se dedicaba a la venta de drogas en su domicilio, lugar donde se produjeron los hechos¹. Posteriormente, el 24 de octubre del mismo año, fue ultimada a tiros en plena vía pública de la comuna de Padre Hurtado, Santiago, Sabrina Durán, conocida en redes sociales como una “narco *influencer* de TikTok”; según Carabineros, el hecho podría vincularse a un “ajuste de cuentas entre narcotraficantes”². Finalmente, el 3 de abril de 2024, en un cementerio de mascotas en Alto Hospicio, se hallaron los cuerpos de tres hermanos—Alan, Jonathan y Tania, esta última de 24 años— al interior de un vehículo. Todos se encontraban maniatados de pies y manos y habían sido asesinados con un machete. La fiscal a cargo de la investigación declaró: “la forma de comisión del delito, a través del uso de machete, claramente nos da cuenta de que estamos frente a un ilícito cometido en el contexto del crimen organizado”³.

Estos son algunos ejemplos de conductas homicidas cometidas contra mujeres y atribuidas a miembros de grupos de criminalidad organizada en Chile, especialmente aquellos relacionados con el tráfico de drogas. Ninguno fue calificado como femicidio y, debido a esto, han surgido dudas acerca de la correcta tipificación para los asesinatos de mujeres pertenecientes, o de alguna forma vinculadas, a bandas criminales en contexto de crimen organizado. En efecto, la muerte de una mujer en manos de un hombre solamente puede ser calificada como femicidio en aquellas hipótesis establecidas en los arts. 390 bis o ter del Código Penal (en adelante, CP), que establecen respectivamente las figuras denominadas como femicidio íntimo, femicidio íntimo ampliado a las relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, y “femicidio no íntimo” o “por razones de género”, respectivamente.

Los casos anteriormente mencionados comparten un escenario común: se trata de delitos perpetrados por personas desconocidas de las víctimas o que no mantenían

¹ Corte de Apelaciones de Iquique, 21 de septiembre de 2024, rol 227-2024.

² Diario *El País*, 25 de octubre de 2023, “El asesinato de una narcorreina chilena de Tiktok alerta a las autoridades por un funeral de alto riesgo”. En un estudio acerca de los casos de femicidio en el estado de Veracruz, México, Casados también constató la invisibilidad de los femicidios en contexto de crimen organizado por ser clasificados como ajuste de cuentas entre pandillas, pese a que en muchos casos las mujeres asesinadas eran simplemente parejas de algún miembro de la organización, lo que puede generar un subregistro de casos de femicidios. CASADOS, 2016, 58-78.

³ Diario *El País*, 3 de abril de 2024, “Golpeados con un machete y amarrados de pies y manos: el triple homicidio que impacta el norte chileno”.

especial relación con ellas, y todo lleva a creer que la muerte de las mujeres igualmente se produciría en caso de que fuesen hombres. Eso podría constituir argumento suficiente para desestimular la calificación del hecho como femicidio por razones de género y, de hecho, en dos de los casos solo hay condenas por homicidio calificado. A propósito de esto, y refiriéndose específicamente al delito de femicidio, Corn señala que las dificultades interpretativas que ofrecen conceptos más bien normativos indujeron a los fiscales de Guerrero, en México, por razones simplemente de economía procesal, a calificar los femicidios como homicidios calificados⁴. En el mismo sentido, Castillo advierte acerca de los problemas interpretativos que incluso pueden dar lugar “a que el resultado interpretativo en algunos casos aparezca injusto, indeseado y no del todo satisfactorio⁵”.

El objetivo de este trabajo es establecer algunos criterios que orienten la identificación de los móviles de un femicidio en razón de género en el contexto de la criminalidad organizada, especialmente en aquellos casos en que no concurren las circunstancias previstas en los numerales I a IV del artículo 390 ter del CP. Con este propósito, se examinará el contexto en que se desarrollan las relaciones interpersonales dentro del crimen organizado, así como las particularidades fenomenológicas de la denominada narcocultura, las que evidencian un escenario donde la violencia de género se intensifica y las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres se acentúan, configurando un espacio propicio para que situaciones de subordinación y discriminación desemboken en la eliminación, desaparición o aniquilamiento de la mujer. No obstante, reconociendo que el contexto violento, por sí solo, no basta para que el asesinato de una mujer sea calificado como femicidio, este trabajo analizará el alcance y significado de las expresiones contenidas en el numeral 5 del artículo 390 ter del CP, con el fin de aportar criterios que permitan identificar tales móviles como constitutivos de un femicidio por razones de género.

La metodología empleada para el cumplimiento de los objetivos planteados se sustenta, en primer lugar, en un análisis doctrinal respecto del delito de femicidio y, en segundo término, en la teoría jurídico-feminista sobre la violencia de género, con el propósito de precisar los elementos constitutivos de la figura prevista en el artículo 390 ter, numeral 5, del CP. Asimismo, mediante un método de análisis documental de carácter comparativo, se examinarán textos doctrinales e informes especializados acerca de la violencia contra las mujeres en contextos de crimen organizado, con el fin de alcanzar una comprensión más acabada del fenómeno y proponer criterios jurídicamente pertinentes para calificar la muerte violenta de una mujer, en dicho contexto, como un femicidio cometido por razón de género.

⁴ CORN, 2021, p. 227.

⁵ CASTILLO, 2025, p. 72.

II. EL CONTEXTO DEL CRIMEN ORGANIZADO: ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS

Desde una perspectiva fenomenológica, la noción de criminalidad organizada carece de definición unívoca: su complejidad y efectos multisectoriales han motivado diversas aproximaciones para fijar un marco conceptual mínimo. Históricamente se la vinculó con violencias en conflictos armados, episodios de rebelión y, en Estados Unidos, con las mafias de origen italiano. La literatura actual identifica, con matices, algunas características recurrentes: reiteración de actividades ilícitas, pluralidad de partícipes, algún grado de estructura, generalmente organización jerárquica, actuación conjunta –habitual o circunstancial–, propósito lucrativo y operación bajo tolerancia o negligencia estatal⁶. Al mismo tiempo, procesos asociados a la globalización, como exclusión social, debilitamiento del Estado-Nación y anomia, se señalan como factores que impulsan mutaciones en estas prácticas, lo que acrecienta los retos dogmáticos y de política criminal: tipificar con precisión sin desbordar el principio de legalidad y diseñar respuestas eficaces que respeten los derechos fundamentales⁷.

Al examinar la definición de “grupo delictivo organizado” de la Convención de Palermo, Scheechler y Zuluaga advierten que la complejidad y el carácter multifacético de la criminalidad organizada –según contextos culturales, sectoriales y territoriales– dificultan su adecuada aprehensión penal. Por ello, cuestionan enfoques reduccionistas, como exigir un número mínimo de partícipes, que pueden ampliar la discrecionalidad del ente persecutor, o la exigencia de ánimo de lucro como elemento subjetivo, pues los móviles pueden concurrir con fines sociopolíticos, bélicos o ideológicos; observaciones que, además, se corresponden con la evolución histórica del fenómeno⁸.

En Chile, la Ley N° 21.577 de 2023, introdujo modificaciones al Párrafo 10 del Título VI del Libro II del CP, para establecer los delitos de asociación delictiva y criminal, entendiéndose la primera como “toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos” y la segunda como “toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes”, conforme con lo dispuesto en los artículos 292 y 293, respectivamente. Además, agregó otra modalidad el numeral 23 al artículo 12, estableciendo una circunstancia agravante para quien ejecuta un hecho formando parte de una “agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer crímenes o simples delitos”.

A su vez, el Informe sobre crimen organizado en Chile, elaborado por la Unidad Especializada en Crimen Organizado y Drogas de la Fiscalía, identifica como criminalidad organizada “un sistema complejo con estructuras adaptativas capaces de establecer conexiones transnacionales. Su principal motor sigue siendo el tráfico ilícito de drogas,

⁶ LIZARZABURU Y FLÓREZ, 2024, pp. 107-127.

⁷ ZÚÑIGA, 2010, p. 159.

⁸ SCHEECHLER Y ZULUAGA, 2025, p.430-431.

un mercado que impulsa actividades conexas, tales como el tráfico de armas, los homicidios y el lavado de activos”⁹. El mismo documento señala que hubo un incremento significativo de la acción del crimen organizado en el país en la última década y relaciona el incremento del número de homicidios con el aumento de las armas de fuego en poder de las bandas organizadas que, en su mayoría, practican el tráfico de drogas. Así, concluye, el uso de armas de fuego facilita el alza de homicidios y estos están generalmente vinculados con las disputas territoriales entre las organizaciones criminales¹⁰.

Este trabajo no se concentrará en analizar los delitos de asociación ilícita u organización criminal ni las modalidades de negocios ilícitos; su objeto es dilucidar cuándo la muerte violenta de una mujer en contextos de bandas vinculadas al narcotráfico se debe calificar como femicidio. Para contextualizar, se utilizarán como referencia los casos previamente citados, todos vinculados al tráfico de drogas. Para ello, es necesario comprender cómo se configuran las relaciones de género en ese espacio específico y determinar cuándo la discriminación de género opera como móvil en el caso concreto, evitando fundar acriticamente la calificación o su descarte exclusivamente en el contexto (guerra de bandas, narcocultura, ajuste de cuentas, etc.) en que ocurre el hecho.

III. LA NARCOCULTURA COMO FACTOR POTENCIADOR DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El comercio de drogas ilícitas se articula mediante complejas cadenas que abarcan desde la producción, el transporte y la comercialización a gran escala —a cargo de carteles con capacidad de corromper instituciones—, hasta actividades intermedias de traslado y almacenamiento, que finalmente desembocan en la venta minorista al consumidor final. Las relaciones entre los miembros de estas organizaciones se sostienen en reglas rígidas y en un conjunto de usos, costumbres, ritos y simbologías propias, conformando lo que se ha denominado **narcocultura**. Este concepto comenzó a ser desarrollado en América Latina por la sociología desde la década de 1990, a partir de investigaciones empíricas y estudios de campo, así como de relatos sobre las experiencias vitales de quienes integran dichas organizaciones.

La narcocultura se manifiesta a través de diferentes expresiones, tales como la música, cine, religiosidad, vestimenta, arquitectura, lenguaje, etc., y posee un sistema de valores específico, donde el honor, la lealtad y la confianza se sostienen a base de la violencia que se ejerce respecto de quienes no cumplen con las reglas establecidas y donde la autoridad se ejerce mostrando capacidad de mandar y asesinar, y es la forma de obtener admiración y respeto de los amigos y enemigos¹¹.

⁹ Ministerio Público, 2022, p.6

¹⁰ Ministerio Público, 2022, p.7

¹¹ VÁSQUEZ, 2024, p. 64.

Las experiencias documentadas de diversos países de nuestro continente revelan que las relaciones entre hombres y mujeres en ese contexto replican y profundizan los estereotipos de género, los roles de género, las asimetrías de poder entre hombres y mujeres, aumentando la gravedad de los hechos de violencia perpetrados contra ellas. Los asesinatos de mujeres ganan contornos propios de “exhibición de capacidad de dominio que debe ser reeditada con cierta regularidad y puede ser asociada a los gestos rituales de renovación de los votos de virilidad”¹², siendo los cuerpos de las mujeres usados como trofeos para enviar mensajes a la comunidad, castigar indirectamente a los hombres a través de la victimización de mujeres cercanas a ellos, o castigar a las mujeres que no cumplen con el rol que se espera de ellas en el contexto de la actividad criminal¹³. Ese patrón de comportamiento se replica en diversos países en los que se registran muertes violentas de mujeres que se involucran de alguna forma con el crimen organizado, revelando que no se trata de casos aislados y evidenciando, además, que los roles de género refuerzan la violencia contra las mujeres en ese ambiente ultramasculinizado¹⁴.

Los cuerpos femeninos son “el territorio donde se producen ajustes de cuentas mediante el uso de la violencia a través de femicidios/feminicidios”. La mayoría de las mujeres se involucra con la delincuencia por razones familiares o de pareja con miembros de la agrupación, o por presencia y control que los grupos criminales organizados ejercen en su región. La posición que ocupan dentro de las organizaciones es generalmente accesoria de colaboración y solo excepcionalmente de liderazgo. En ese contexto, el femicidio es utilizado como una forma de venganza simbólica para reafirmar el poder de un grupo criminal sobre otro. Se detectaron principalmente muertes de mujeres por involucramiento en los intereses de las pandillas, incumplimientos de órdenes, por haber traicionado la confianza de la organización, por colaborar con la justicia o iniciar una relación sentimental con alguien ajeno al grupo criminal o con persona no aprobada por el mismo. Finalmente, se observa en la comisión del delito el uso de violencia extrema contra la mujer antes de la muerte y sobre su cuerpo y su descarte después de la consumación del hecho¹⁵.

Desde el punto de vista psicológico, la violencia es el medio utilizado para reafirmar una masculinidad hegemónica, pero también precaria, y que necesita reconocimiento de sus pares para garantizar la manutención del poder fáctico sobre un determinado territorio. Sus manifestaciones son propias de las *performances* representadas por espectáculos con fuegos artificiales, ritos mortuorios, uso ostensivo de las armas, adquisición de bienes de lujo, disparos al aire y sexualización máxima de la figura de la mujer. En ese contexto, la necesidad de reafirmación constante de la masculinidad demanda muestras explícitas de violencia que, en el caso de los femicidios, se revela incluso en las marcas

¹² SEGATO, 2020, p. 43.

¹³ Programa Regional de la Iniciativa Spotlight para América Latina, 2021, p. 7.

¹⁴ VÁSQUEZ, 2024, p. 64.

¹⁵ Programa Regional de la Iniciativa Spotlight para América Latina, 2021, p. 4.

impresas en los cuerpos de las mujeres asesinadas, como hizo ver Segato, en su estudio acerca de los asesinatos de mujeres en la ciudad de Juárez¹⁶.

Asimismo, el estudio sociológico realizado por el Observatorio Colombiano de Crimen Organizado, publicado en 2020, da cuenta de una opaca comprensión del incremento de la participación de las mujeres en el crimen organizado. La percepción es muy restringida y binaria, interpretando la posición de la mujer como víctima o victimaria, sin mayores matices y con escasa consideración o comprensión de otras variables no menores como raza, etnia, condición de vulnerabilidad u otros factores que, además, influyen negativamente en las respuestas que el sistema penal es capaz de generar en aquellos casos donde las mujeres también participan de los delitos o son víctimas “no ideales”¹⁷. La caricaturización del papel de la mujer que tiene participación activa en los grupos de delincuencia organizada es un obstáculo para identificar la violencia por razones de género y revela el escaso conocimiento de los operadores del sistema acerca de las dinámicas que ocurren en el contexto de las organizaciones delictivas.

En Chile, algunos relatos periodísticos han difundido la idea de que las bandas dedicadas al comercio de drogas estarían siendo lideradas por mujeres “poderosas”, utilizando rótulos como “matriarcado” para describir una supuesta nueva forma de operación del crimen organizado. Un ejemplo es la nota publicada por *El Mercurio* en marzo de 2023, titulada “Cartel con rostro de mujer: La irrupción femenina en las bandas narco”. Si bien la nota periodística destaca el aumento de detenciones de mujeres vinculadas al tráfico de drogas, no subraya con igual énfasis que cerca del 75% de esas detenciones corresponderían a microtráfico, dato relevante para dimensionar la posición que ocupan en la cadena delictiva.

La propia nota recoge declaraciones de la subdirectora de la Unidad Especializada en Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional, quien indica que, salvo casos específicos (por ejemplo, en tráfico de migrantes), en la mayoría de las organizaciones las mujeres no desempeñan roles protagónicos. Además, se sugiere que los cargos de mando asumidos por algunas mujeres suelen obedecer a procesos sucesorios contingentes –tras la detención o muerte de varones en enfrentamientos con la policía u otros grupos– más que a una transformación estructural del liderazgo criminal. La construcción de una imagen fantasiosa de la mujer narcotraficante “empoderada” es muy distinta de la realidad de las mujeres que integran actualmente el sistema carcelario chileno y no contribuye para la comprensión del preocupante aumento exponencial de la población carcelaria femenina imputada o condenada en su mayoría por el tráfico de drogas¹⁸.

¹⁶ SEGATO, 2013.

¹⁷ TICKNER, *et al.*, 2020, pp. 5-6.

¹⁸ “De las 4.957 mujeres privadas de libertad al 31 de julio de 2024, más de la mitad están en prisión preventiva o condenadas por delitos asociados al tráfico de droga, delito con fuerte carga criminológica de género, donde la mayoría ha sufrido violencias a lo largo de su vida, especialmente física y sexual y donde la participación de mujeres migrantes o en situación de movilidad es sustancialmente relevante y compleja, entrecruzada con incursiones delictuales breves y espacios de victimización relacionados con el crimen transnacional y la trata de personas”. Defensoría Penal Pública, 10 de septiembre de 2024, “Columna de opinión: La desigual privación de libertad de mujeres en Chile”.

En México, las características demográficas y sociales de las mujeres privadas de libertad por delitos asociados al tráfico de drogas revelan que la mayoría se constituye por mujeres desempleadas, con ingresos bajos e inestables, adultas jóvenes con hijos con bajo nivel educativo y con trayectorias familiares delictivas. Muchas son jefas de hogar, responsables por la manutención de sus hijos, con nivel socioeconómico bajo y viven en barrios populares con intensa presencia de grupos que comercializan drogas. La mayoría ocupa un nivel más bajo en la jerarquía de los grupos delictivos, siendo “portadoras humanas” y “microtraficantes” en pequeña escala para la venta, distribución o transporte de droga. Por lo regular, su papel dentro de la cadena de comercialización no es de liderazgo, salvo algunas excepciones que no se limitan a una clase social particular, y que en muchos casos se debe al apoyo que brindan a otros integrantes de la familia¹⁹.

Otro estudio mexicano identificó un incremento de la inserción de mujeres a los carteles relacionados con el tráfico de drogas, específicamente en los estados de Tamaulipas y Guanajuato, territorio de conformación de los carteles de Las Flacas, Las Panteras, La Comandante Morena y La Güera Loca. Muchas mujeres murieron en situaciones de enfrentamientos o por motivos de venganza y dichos crímenes no fueron calificados como femicidios. También se identificó lo que se denominó femicidio por pertenencia, cuando las mujeres son asesinadas para infringir dolor y pérdida a los varones, siendo tomadas como botines de guerra y sus muertes normalizadas debido a su involucramiento con el crimen organizado²⁰.

La importancia de comprender la dinámica de la participación o involucramiento de las mujeres en el contexto de crimen organizado reside en poder extraer elementos indiciarios de las razones de género. Tales características en sí mismas no son suficientes para determinar que el hecho concreto de la muerte de una mujer debe ser calificada como femicidio, ya que entender el contexto en que se dio el hecho ayuda en la comprensión del juicio que el autor puede tener acerca de las mujeres en general, por ejemplo, “como meros objetos sexuales, como meros cuerpos fungibles para transportar la droga y que pueden ser aniquilados si no tienen esa utilidad”²¹. En un caso concreto, por razones que se justificarán más adelante, habrá que probar que esas creencias y juicios se manifestaron y constituyen el móvil del hecho perpetrado por el autor. Sin embargo, es necesario asumir que lo que se denomina “razones de género” encuentra sentido y explicación en la sociología, y la falta de conocimiento de ese contexto aumenta considerablemente las posibilidades de invisibilización de un femicidio.

Así, cuando el asesinato de una mujer es perpetrado por un sujeto desconocido, con quien aparentemente no mantenía ninguna relación de carácter sentimental o sexual, y se enmarca en lo que la policía suele identificar como un “ajuste de cuentas” entre bandas criminales, dicho hecho suele no ser calificado como femicidio. Aparentemente, por razones prácticas, se opta por subsumir la conducta en la figura de homicidio calificado,

¹⁹ DE LA ROSA Y CORTÉS-PÉREZ, 2021, p. 114.

²⁰ OLVERA, 2019, pp. 159-160.

²¹ MANRIQUE, 2019, pp. 212-213.

en la medida en que ello permite asegurar una condena semejante a la que podría obtenerse mediante la tipificación del hecho como femicidio por razones de género. No obstante, esta práctica constituye un serio menoscabo para la calidad de la prestación jurisdiccional que el Estado está obligado a garantizar, especialmente considerando los compromisos internacionales asumidos en virtud de los tratados sobre violencia contra la mujer. Al mismo tiempo, genera una deuda con la sociedad al contribuir a la minimización, estigmatización e invisibilización de aquellas muertes de mujeres que no se ajustan al estereotipo de las denominadas “víctimas ideales” de femicidio.

En el apartado siguiente, se analizarán los problemas derivados de la técnica legislativa empleada en Chile para la correcta comprensión del término “razones de género” y se tratará de demostrar cuál es su significado y alcance en relación con la causal que establece el artículo 390 ter, numeral 5, del CP.

IV. LA TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO EN CHILE Y LA PROBLEMÁTICA COMPRENSIÓN DE LAS “RAZONES DE GÉNERO” COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL O MÓVIL DE LA CONDUCTA

El término femicidio surge en el siglo XIX para designar el homicidio de una mujer²². En la década de 1970 adquiere un nuevo sentido al incorporar la misoginia como eje estructural, proceso consolidado por el debate académico y por casos paradigmáticos, como el hecho conocido como la masacre de Montreal. En la literatura sociológica, Russell y Radford lo sitúan como el estadio extremo de la violencia contra las mujeres. Posteriormente, Russell lo define como el conjunto de homicidios sexistas perpetrados por hombres, motivados por odio, dominación, placer sádico o suposición de propiedad sobre las mujeres²³. Es un concepto que nace con el objetivo político de develar el sustrato sexista o misógino que subyace en la muerte de una mujer por razones asociadas a su género. En México, Lagarde introdujo el término feminicidio para dar cuenta de la fractura del Estado de derecho que propicia la impunidad frente a patrones sistemáticos de secuestros, desapariciones y asesinatos de mujeres, subrayando la aquiescencia o negligencia estatal²⁴.

La construcción teórica del concepto de femicidio presenta variaciones importantes. A título de ejemplo, en un estudio evolutivo del concepto en sentido estricto, Escobar identificó por lo menos cinco definiciones: 1) Un asesinato cuando la víctima es una mujer²⁵; 2) el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer; 3) el asesinato de una

²² En 1801 fue utilizado para denominar el asesinato de una mujer en la obra *A Satirical View of London at the Commencement of the Nineteenth Century*, de John Corry; en 1827 el asesinato de una mujer joven, William Macnish, tituló sus memorias como *The Confessions of an Unexecuted Femicide*. Finalmente, en 1848 apareció en el *Law Lexico* de Wharton como un delito punible. RUSSELL, 2006, p. 75 y 76.

²³ IRIBARNE, 2016, p. 206.

²⁴ LAGARDE, 2006, p. 221.

²⁵ Concepto de John Corry, conforme explicamos en la nota n. 9.

mujer por parte de un hombre por el hecho de ser mujer; 4) el asesinato de una mujer por motivos misóginos; 5) el asesinato de personas del sexo femenino por parte de personas del sexo masculino por el hecho de pertenecer al sexo femenino²⁶. Las posturas amplias a su vez consideran como femicidio las muertes de mujeres como resultado de su posición de subordinación en un determinado contexto, incluyendo suicidios cometidos en contextos de violencia o en situaciones de discriminación, las muertes por desnutrición selectiva o la falta de atención médica selectiva, las muertes por la falta de atención en embarazos, partos, abortos, etcétera.²⁷

En el ámbito penal, debido a la exigencia de taxatividad, tiene sentido la advertencia de que la definición de femicidio como la muerte de una mujer por el hecho de ser mujer es tautológica. La definición presenta complicaciones lógicas, ya que sería imposible matar a una mujer por el hecho de no serlo, es decir, una mujer no podría dejar de serlo. En este sentido, “como preposición, el complemento se vuelve *innecesario*, aunque irónicamente es una condición necesaria de la definición”²⁸. Eso es así porque, desde la perspectiva sociológica, el trabajo de Russell en su momento y los estudios del feminismo jurídico revelan que se trata de una definición con intenso significado político, y que expuso el carácter estructural de la violencia a que están sometidas las mujeres en una sociedad patriarcal en la que los patrones de conductas violentas confirman que el asesinato de mujeres en determinados contextos no constituyen hechos aislados, y más bien se trata de un fenómeno diseminado de violencia contra las mujeres.

El aterrizaje de ese concepto en la legislación latinoamericana se dio en el 2007, cuando Costa Rica tipificó el delito de femicidio como dar muerte a una mujer con quien se mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho, declarada o no²⁹. La limitación de la figura típica al asesinato cometido en el ámbito intrafamiliar fue la forma más usual para introducir el concepto en la legislación penal en un primer momento, lo que fue objeto de críticas porque la prohibición no se dirigía específicamente a la violencia contra las mujeres, sino a la violencia familiar o intrafamiliar³⁰.

En Chile, esa misma lógica fue adoptada por la Ley N° 20.480, de 2010 que incorporó la palabra femicidio dentro del delito de parricidio, para denominar los casos de asesinatos de mujeres por ser actual o excónyuge o conviviente. En la época, la decisión legislativa fue criticada por no permitir la comprensión adecuada de la violencia de género contra las mujeres³¹ y por su desajuste con los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado ya en aquella época³².

²⁶ ESCOBAR, 2021, p. 237.

²⁷ Asociación Centro Feminista de Información y Acción (CEFEMINA), 2010, pp. 4-5

²⁸ ESCOBAR, 2021, p. 239.

²⁹ Ley N° 8589, 2007, artículo 21.

³⁰ TOLEDO, 2009, p. 57.

³¹ SANTIBAÑEZ Y VARGAS, 2011, p. 205.

³² En un trabajo publicado en Chile en el 2010, Corcoy advertía respecto de la confusión entre violencia intrafamiliar y violencia de género. La autora explicaba ya en aquella época que el origen de la violencia de género era el desprecio, el odio o el miedo hacia la mujer y no derivaba automáticamente de la convivencia.

En 2020, la Ley N° 21.212 reformó el Título VIII del Libro II: reemplazó la rúbrica “Del homicidio” por “Del parricidio”, suprimió el inciso segundo del artículo 390 e incorporó el párrafo “Del femicidio”, añadiendo los artículos 390 bis, ter, quater y quinquies. La reforma distingue el femicidio íntimo, íntimo ampliado y no íntimo o en razón de género³³. Este trabajo se centra en el artículo 390 ter numeral 5, por tratarse de una cláusula amplia que plantea mayores dificultades interpretativas y probatorias³⁴, ya que opera cuando no existe vínculo sentimental o sexual ni concurren las hipótesis de los N°s 1 a 4, pero exige acreditar subordinación por relaciones desiguales de poder o una evidente intención discriminatoria.

La técnica legislativa empleada estableció sanciones distintas para los femicidios de carácter íntimo (e íntimo “ampliado”), cuya pena máxima es la de presidio perpetuo calificado, y las hipótesis de femicidio por razones de género, que tienen como límite superior el presidio perpetuo. Esta opción legislativa genera una cierta desprolijidad técnica que impacta en algunas cuestiones de carácter sustancial, que pasamos a exponer.

La primera advertencia que se debe hacer es la de que la conducta tipificada en el inciso primero del artículo 390 bis constituye una forma ampliada de parricidio, como observó González en su momento³⁵, más que un auténtico femicidio. La mayor sanción asignada en este caso se debe al quebrantamiento del vínculo matrimonial, de convivencia civil, actual o pretérita, o por la existencia de un hijo en común entre el autor y la víctima. De hecho, este tipo penal no requiere ninguna justificación particular³⁶, más allá de las dificultades probatorias referentes al vínculo conyugal, de convivencia o de existencia del hijo en común³⁷.

A su vez, la Ley N° 21.675 modificó el artículo 5 de la Ley N° 20.066 equiparando las relaciones sexoafectivas a las relaciones familiares, lo que autoriza concluir que la hipótesis del inciso segundo del artículo 390 bis, de femicidio íntimo “ampliado”, también tiene asignada sanción más severa en razón del quebrantamiento de las reglas de ese vínculo familiar “por equiparación”³⁸, siendo suficiente demostrar la existencia

En 2014, Corn criticó la tipificación del femicidio por la Ley N° 20.480 por su carácter meramente simbólico-comunicativo, plasmada en un tipo penal que no era distinto del parricidio y circunscribía el delito de femicidio al estrecho ámbito de las relaciones privadas. CORCOY, 2010, p. 207; CORN, 2014, pp. 103-136.

³³ Conforme al inciso primero del artículo 390 bis, inciso segundo de la misma disposición legal y artículo 390 ter, respectivamente.

³⁴ ARAYA, 2024, pp. 222-223.

³⁵ GONZÁLEZ, 2015, p. 196.

³⁶ MURILLO, 2021, p. 99.

³⁷ Sobre las dificultades de delimitación los nuevos conceptos introducidos en las hipótesis de femicidio íntimo: SCHEECHLER, 2021, pp. 107-128. Acerca de los elementos que deben ser probados en el femicidio íntimo: ARAYA, 2021, pp. 57-83.

³⁸ Moscoso reconoce que, para asignar efectos legales, se deben establecer algunos criterios para identificar una relación de pareja sin convivencia, y propone los siguientes: intimidad, exclusividad, reconocimiento personal y social. La autora defendió en el 2012 la equiparación de la relación conocida como pololeo a la relación familiar. Su esfuerzo claramente apuntaba a reconocer la violencia ejercida en ese contexto como una forma de violencia de género, pero también, para efectos prácticos de mayor protección de las mujeres,

del vínculo sexoafectivo para configurar el delito, sin necesidad de comprobar determinados estados mentales del autor³⁹.

Finalmente, el artículo 390 ter tipifica el femicidio en razón de su género, mediante una técnica mixta: una fórmula casuística en los numerales 1 a 4, complementada por una cláusula amplia en el numeral 5. La pena asignada es equivalente a la del homicidio calificado, pero inferior a la del artículo 390 bis, que permanece anclada al parámetro sancionatorio del parricidio. La justificación político-criminal de esta diferencia descansa en que el femicidio íntimo incorpora un plus de injusto derivado del vínculo y del especial desvalor de la lesión en el ámbito relacional íntimo. Con todo, como advierte Corn, la hipótesis del artículo 390 ter, numeral 1, también describe un contexto relacional íntimo, “en la medida en que la muerte ocurra por intentar establecerse una relación sentimental o sexual por un amigo o un conocido de la víctima”; sin embargo, por su ubicación sistemática no recibió la misma severidad punitiva⁴⁰.

En efecto, la redacción finalmente aprobada, que divide el femicidio en dos categorías, resulta desprolija desde el punto de vista sistemático: mezcla supuestos heterogéneos y omite lo esencial, a saber, que el mayor desvalor de la conducta radica en su carácter discriminatorio y en el menoscabo de la dignidad de la mujer asesinada por el hecho de ser mujer. Si es cierto que desde la perspectiva dogmática de la tipicidad, la fórmula “matar a una mujer por el hecho de ser mujer” aparece como tautológica, en cuanto reitera, como móvil típico, una cualidad que ya define al sujeto pasivo; sin embargo, la sociología ha mostrado que estos homicidios se inscriben en contextos culturales que reproducen y legitiman relaciones asimétricas de género y que, en un caso concreto, pueden culminar en el ejercicio de violencia extrema contra la víctima por considerarla inferior, o como señala Maldonado, un ser menospreciado en su condición de sujeto⁴¹. Es por esto que la figura típica del femicidio por razones de género pareciera ser la versión legislativa más fiel a lo que en su génesis Russell consideró como “asesinato misógino de mujeres a manos de hombres”⁴².

Por esa razón, en nuestra opinión, técnicamente, sería suficiente el numeral 5 del artículo 390 ter para delimitar el contenido del delito de femicidio, porque esta hipótesis abarca las demás hipótesis tipificadas, en la medida que capta el verdadero fundamento del plus de injusto del femicidio, cual sea el menosprecio o el trato discriminatorio contra la víctima⁴³. En este sentido, Corn señala que, si el femicidio es la expresión de violencia extrema ejercida contra una mujer por el hecho de ser mujer, los vínculos que se establecieron en algún momento con el hechor pueden facilitar la comisión del delito,

su inclusión como nueva forma de violencia intrafamiliar, lo que efectivamente ocurrió con la modificación del artículo 5° de la Ley Nº 20.066. MOSCOSO, 2021, pp. 121-152.

³⁹ ARAYA, 2024, pp. 219-220.

⁴⁰ CORN, 2022, p. 66.

⁴¹ MALDONADO, 2021, p. 162.

⁴² CASTILLO, 2025, p. 87.

⁴³ MURILLO, 2021, p. 97.

pero no parece ser suficientes para explicar la calificación jurídica distinta del artículo 390 bis, porque conceptualmente es femicidio la figura dispuesta en el artículo 390 ter⁴⁴.

V. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 390 TER, NUMERAL 5: LA SUBORDINACIÓN DE LA VÍCTIMA EN CONTEXTOS DE DESIGUALDAD DE PODER Y LA INTENCIÓN DISCRIMINATORIA DEL AGRESOR

El Informe estadístico 2022 de la Fiscalía de Chile sobre homicidios con perspectiva de género es el documento oficial más reciente con el desglose de los casos de femicidio en conformidad con la tipificación actual del delito⁴⁵. Este documento da cuenta que “el tipo de femicidio que presenta la mayor frecuencia corresponde al íntimo VIF (79%), seguido de los femicidios no íntimos del artículo 390 ter del CP (13%). Lo siguen con igual cantidad de casos los femicidios íntimos no VIF (4%) y casos de violación con femicidio (4%)”. De los 7 casos de femicidios no íntimos conforme al artículo 390 ter, cuatro casos correspondían a la circunstancia cuarta; un caso a la circunstancia segunda; un caso a la circunstancia tercera; y un caso por la circunstancia quinta⁴⁶. Esta bajísima cifra puede indicar cierta dificultad en calificar correctamente un hecho constitutivo de femicidio en razón de género, especialmente la circunstancia quinta.

En este apartado final, nos concentraremos en analizar el numeral cinco del artículo 390 ter por entender que esta disposición refleja el real sentido y alcance de la tipificación del delito de femicidio y la mayor gravedad del injusto penal. Para esto, es necesario despejar algunas confusiones. La primera consiste en que el reconocimiento del componente discriminatorio del delito de femicidio, que se origina en la violencia estructural ejercida contra las mujeres en una sociedad patriarcal, no implica tener que clasificarlo como delito de odio, ya que esta categoría presupone que la conducta del hecho se dirige a una persona, pero conlleva un metamensaje al grupo al que ella pertenece. La identidad y singularidad de la víctima no importa porque el delito de odio tiene una dimensión colectiva y la víctima es fungible⁴⁷. El femicidio, al contrario, posee una dimensión esencialmente individual, donde el ataque se dirige a una mujer en concreto.

En efecto, el motivo discriminatorio supone “dar a otra persona un trato de inferioridad basada en alguna generalización”⁴⁸. En el caso del femicidio, se observa que el hechor ejerce violencia cuando la mujer frustra sus expectativas en relación con el comportamiento que él esperarí de ella, el cual en general está marcado de manera importante por estereotipos de género. Al considerar que la mujer debe someterse a su voluntad y ante la imposibilidad de doblegar su autonomía o su comportamiento, el

⁴⁴ CORN, 2022, p. 63.

⁴⁵ Los informes más recientes de SERNAMEG muestran cifras más actualizadas, pero no detallan la calificación jurídica que se atribuyó en cada caso.

⁴⁶ Ministerio Público, 2022, p. 9

⁴⁷ PEREZ, 2018, pp. 164-174.

⁴⁸ GUZMÁN Y FORNASARI, 2015, p. 197.

autor prefiera dar muerte a la víctima. Conforme señala Maldonado, la discriminación se refleja concretamente en la decisión de sancionar la osadía que supone no cumplir o someterse a la determinación heterónoma del varón, y que refleja un tratamiento cosificante, como objeto incompatible con la dignidad y trato que es propio de la personalidad, en términos que suponen su negación, lo que resulta intolerable⁴⁹.

En efecto, el reconocimiento jurídico de que determinadas formas de homicidios contra mujeres merecen ser calificadas como femicidios se debe a la constatación de que sobre ellas recae una forma de discriminación específica resultante de la manera asimétrica como se relacionan los sexos, bajo el respaldo de una cultura basada en la supremacía del hombre⁵⁰. El género implica explicar lo masculino y lo femenino no como hechos naturales o biológicos, sino como construcciones culturales, siendo este el eje para entenderlo como elemento normativo extrajurídico⁵¹ que justifica la sanción más rigurosa para la muerte de una mujer en manos de un hombre que, respaldado por esta construcción cultural que lo pone en una posición de superioridad, consideró poder disponer de su vida.

Sin embargo, no es suficiente identificar y reconocer la violencia estructural ejercida contra las mujeres para calificar un hecho concreto como femicidio en razón de género. Tampoco basta, en el caso de la realidad ultramasculinizada del crimen organizado, constatar que los sesgos de género se expresan más intensamente para concluir que una mujer asesinada en un “ajuste de cuentas” fue víctima de femicidio porque atentaría contra el debido proceso, en la medida en que el imputado tiene el derecho a que se juzgue la conducta cometida y sus móviles particulares en el caso concreto, no siendo compatible con las exigencias del principio de culpabilidad atribuir responsabilidad penal a una persona por el hecho de ser hombre y como tal encontrarse en una situación de privilegio en una sociedad estructurada sobre la base del machismo. Manrique también advierte acerca de los riesgos de concluir el estado mental del autor a partir de datos que revelan sus creencias personales, pero que no implican necesariamente hayan sido el móvil de su conducta en el caso concreto. Así, concluye, tener actitudes machistas y de menosprecio hacia las mujeres no es suficiente para demostrar que el autor experimentó o no esa emoción en el caso concreto en que dio muerte a una mujer⁵². Expresado de otra manera, es necesario comprobar que Juan mató a Juana porque no podía aceptar su comportamiento o sus decisiones, eventualmente contrarias a las determinadas por él o a las que él esperaría de ella, o aun porque muestra menosprecio por sus acciones e impone su condición de superioridad mediante la violencia con el fin de someterla a su voluntad.

Segato estudió ampliamente el fenómeno de los patrones de violencia extrema en los cuerpos de mujeres víctimas de femicidio, a los que atribuye una función comunicacional. Este código suele manifestarse en las marcas dejadas en determinadas partes del

⁴⁹ MALDONADO, 2021, pp. 161-162.

⁵⁰ PULEO, 1995, p. 25.

⁵¹ OSSANDÓN, 2022, p. 124.

⁵² MANRIQUE, 2019, p. 217.

cuerpo y en la reiteración de ciertos modos de operar empleados para castigar al enemigo del bando contrario o para cobrar una deuda determinada⁵³. No obstante, la gravedad de las lesiones sufridas, así como la forma en que estas se produjeron, solo se pueden considerar indicios que deben ser corroborados por el conjunto del material probatorio.

En este sentido, aunque las heridas infligidas en el rostro o en los órganos genitales de las mujeres suelen estar presentes en muertes violentas vinculadas al crimen organizado, tales elementos, por sí solos, no constituyen pruebas suficientes para acreditar la concurrencia de un femicidio ni para concluir que la muerte se produjo como castigo por el incumplimiento de los parámetros de comportamiento esperados de una mujer desde la perspectiva del varón, o por el menosprecio y cosificación de su autonomía como persona. Por ello, la calificación de un hecho como femicidio no puede descansar únicamente en una especie de “catálogo de indicios”, sino que requiere un análisis probatorio integral que permita inferir de manera sólida la intención del autor.

Además, las creencias y deseos del agente, su historia, su pertenencia al grupo criminal pueden ser indicadores de su comprensión y juicio acerca de las mujeres en general, por ejemplo, como meros objetos sexuales, como meros cuerpos fungibles para transportar la droga y que pueden ser aniquilados si no tienen más esa utilidad o si no son controlables⁵⁴, pero aun así habrá que probar en un caso concreto que el móvil de su actuar fue el descarte de la vida de aquella mujer específica por considerarla inferior, o atribuirle un menor valor o su inutilidad para los fines que él le atribuyó. Los factores externos de la conducta del hechor deben constituir la expresión de un actuar intencional y con cierta racionalidad, es decir, “cuando actuamos intencionalmente perseguimos un objetivo, por lo cual tenemos que escoger el curso de acción más apropiado para ello”, el análisis del curso causal entregará ciertas pautas para el tribunal y el reforzamiento del trabajo de investigación con perspectiva de género se hace imprescindible para mejorar la calidad de la prueba y de la respuesta jurisdiccional⁵⁵. En efecto, esta herramienta hermenéutica⁵⁶ facilita el análisis relacional entre discriminación y violencia, en la medida que “permite comprender que las leyes no son neutras y que, por lo tanto, no tienen iguales efectos entre hombres y mujeres” y su incorporación ha sido reconocida como imprescindible por la Fiscalía de Chile como estrategia de investigación de delitos de femicidio desde las primeras diligencias que deben ser realizadas⁵⁷.

⁵³ SEGATO, 2020, pp. 35-40.

⁵⁴ Thomas Bomberman y Jennifer Knapp documentan el caso del asesinato de un varón por sus compañeros de pandilla por no haber podido controlar a su pareja, quien hizo una denuncia por violencia de género y con eso aumentó la presencia policial en el territorio controlado por el grupo criminal. BOERMAN Y KNAPP, 2017, p. 9.

⁵⁵ ARAYA, 2024, pp. 226-227.

⁵⁶ Si bien “el sesgo es inherente al ser humano”, como señala Castillo, y aun reconociendo que los operadores del sistema de justicia –Defensoría Penal Pública, Ministerio Público y Poder Judicial– suelen incorporar la perspectiva de género de modo funcional a su estrategia procesal, su inclusión contribuye a comprender las dinámicas de poder que se despliegan en las relaciones sociales entre hombres y mujeres, así como en las disidencias sexogenéricas, dentro de un contexto patriarcal. CASTILLO, 2025, p. 85.

⁵⁷ Ministerio Público, 2023, p. 37.

Finalmente, es importante señalar que ello no implica que el móvil discriminatorio sea incompatible con otras circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Si en el caso concreto concurren, por ejemplo, un móvil discriminatorio y la premeditación, la solución se debe alcanzar mediante la aplicación de los principios del concurso aparente de leyes penales o, en su caso, mediante la consideración de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que correspondan, siempre evitando la doble valoración y sin vulnerar el principio *ne bis in idem*⁵⁸.

VI. CONCLUSIONES

Las muertes violentas de mujeres pertenecientes o de alguna forma involucradas con la delincuencia organizada no siempre han sido calificadas como femicidio, y se observa una tendencia a desestimar la discriminación contra el género femenino como móvil de la conducta para encasillar esos hechos como propios de las disputas territoriales o ajustes de cuentas entre narcotraficantes. El apuro por descartar el delito de femicidio en esos casos se debe a las dificultades interpretativas y probatorias que el tipo penal ofrece al establecer que la muerte de una mujer será considerada femicidio cuando ocurre por razones de género. En el caso de este estudio, nos concentramos especialmente en la figura dispuesta en el numeral 5 del artículo 390 ter del CP por considerar que esta disposición capta el verdadero fundamento del femicidio, fenómeno estudiado en el ámbito de la sociología y plasmado en la expresión “la muerte de una mujer por el hecho de serlo”. Más allá de las dificultades que este concepto pueda generar debido a las exigencias de legalidad y taxatividad penal, se reconoce que el mayor injusto de este delito consiste en la discriminación, sometimiento o menoscabo de la dignidad de la mujer⁵⁹, y no se debe concebir su invisibilización.

La escasa comprensión de la violencia de género y sus formas de expresión en el mundo del crimen organizado, como asimismo los estereotipos de género, contribuyen a la idealización de la participación de las mujeres en las organizaciones delictivas, particularmente en el comercio de drogas ilícitas, y contribuyen a restar importancia al problema o simplemente normalizar las muertes como consecuencias esperables para quienes entran al mundo del crimen organizado.

Para efecto de esta investigación, debido a la complejidad y variedad de conceptos doctrinales, se adoptó el concepto de delincuencia organizada establecido por el Informe

⁵⁸ Al respecto se puede observar las soluciones que la doctrina presenta para la concurrencia de dos circunstancias calificadoras en el caso del homicidio. En Chile, una interpretación amplia del artículo 63 del CP permite concluir que la concurrencia de más de una calificante no confiere al hecho una mayor gravedad, que autorice para aplicar una pena más severa. No se podría usar una para calificar el hecho como homicidio calificado y otorgar a la otra el efecto de agravante según el artículo 12, porque siendo un único delito el del artículo 391 N° 1, aquella segunda circunstancia estaría expresada en ese único tipo. Ello sin perjuicio de que estas circunstancias conserven su carácter para otros efectos, como la comunicabilidad a los partícipes. Acerca de este punto, MATUS Y RAMÍREZ, 2021.

⁵⁹ MURILLO, 2021 p. 97.

sobre el crimen organizado en Chile, elaborado por la Unidad Especializada en Crimen Organizado y Drogas de la Fiscalía, para efecto de delimitar el espacio en que ocurren las muertes violentas de mujeres que generalmente reciben la calificación de homicidios calificados, por motivos más bien prácticos. Se considera pertinente analizar las dinámicas de poder que se configuran al interior de las organizaciones delictivas, donde la violencia constituye la principal forma de expresión de la denominada narcocultura. En este contexto, los estereotipos de género no solo se reproducen, sino que se intensifican, lo que repercute directamente en las relaciones entre hombres y mujeres, haciéndolas aún más asimétricas y violentas.

El trabajo se esfuerza para explicar que ese contexto de maximización de la violencia de género puede ser un indicador importante de que ocurren muertes de mujeres por razones de género en ese contexto. La criminología ha establecido algunos patrones de conductas femicidas: la muerte de una mujer como castigo por intentar abandonar el grupo, como castigo a un varón perteneciente al grupo, también la muerte de la pareja de un enemigo como forma de enviarle un mensaje, etcétera.

El análisis fenomenológico, sin embargo, no es suficiente para elucidar las brechas que se producen en la respuesta del sistema de justicia a los casos de muertes violentas de mujeres, por esta razón en el acápite tercero de este artículo se analizaron algunos de los problemas que la doctrina nacional identifica en la tipificación del delito de femicidio para concluir que las hipótesis de femicidio íntimo y femicidio íntimo ampliado, de los incisos primero y segundo del artículo 390 bis, comparten el mismo fundamento del delito de parricidio para efecto agravatorio de la pena y no cumplen cabalmente con el compromiso internacional que asume el estado de adecuar su legislación en aras a la protección de la mujer. Y en relación con las hipótesis del artículo 390 ter, denominadas femicidio no íntimo o en razón de género, se concluye que la fórmula casuística adoptada en los numerales 1 a 4 podrían ser perfectamente subsumidas a la hipótesis del numeral 5 de la misma disposición porque ella encarna el correcto fundamento del femicidio, cual sea, la razón discriminatoria o el menoscabo de la condición de persona de una mujer por encontrarse en una posición de subordinación en la relación que establece con un hombre.

El móvil discriminatorio debe ser comprobado en el delito de femicidio y para esto se propone analizar en conjunto los elementos externos y utilizar criterios de racionalidad para establecer la intención del autor en el momento del cometimiento del delito. Así, el contexto en que el delito ocurrió, la forma y las circunstancias en que la muerte se llevó a cabo constituyen los elementos externos que deben recibir mayor atención. Para esto, servirá bastante que el órgano juzgador sepa cómo introducir en su análisis la perspectiva de género para derrumbar los estereotipos en torno a la víctima y entender el sentido y significado de la violencia de género en contextos ultramasculinizados, como es el caso de la narcocultura. Pero no bastará entender el contexto, es necesario mensurar el estado mental del autor sin caer en el equívoco de deducirlo mediante generalizaciones, es decir, no es suficiente reconocerlo como un hombre machista o misógino para concluir que mató a una mujer por motivo discriminatorio. El estado mental del autor debe ser demostrado en relación con la víctima concreta en el momento de la realización

de la conducta delictiva. Finalmente, no está de más reforzar la necesidad de mejorar la calidad de la investigación para que el tribunal reciba mejores elementos de apreciación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Marcela, 2021: "Ley Gabriela. Algunas Reflexiones desde el Derecho Probatorio", en Scheechler, Christian (editor), Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Der Ediciones, pp. 221-240.
- ARAYA, Marcela, 2024: "Reflexiones probatorias en torno a los delitos de género con especial énfasis en el femicidio en Chile", en Fernández, José Ángel y Lorca, Rocío (directores), *Feminismo y Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ASOCIACIÓN CENTRO FEMINISTA DE INFORMACIÓN Y ACCIÓN (CEFEMINA), 2010: *No olvidamos ni aceptamos: femicidio en Centroamérica 2000-2006*, CEFEMINA. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/20697>.
- BOERMAN, Thomas y KNAPP, Jennifer, 2017: "Gang culture and violence against women in El Salvador, Honduras and Guatemala", *Immigration Briefings*, 17-03. <https://nansen-refugee.be/wp-content/uploads/2021/09/2019-Gang-Culture-and-Violence-Against-Females-in-El-Salvador-Honduras-and-Guatemala.pdf>.
- CASADOS GONZÁLEZ, Estela, 2016: "Impunidad e invisibilización en los feminicidios de Veracruz". *Clivajes, Revista de Ciencias Sociales*, año III, Nº 6, pp. 58-78. <https://clivajes.uv.mx/index.php/Clivajes/article/view/2149/3901>.
- CASTILLO, Alejandra, 2025: "Dotando de sentido al femicidio por razones de género", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 257, pp. 71-104. <https://doi.org/10.29393/RD257-3DSAC10003>.
- CORCOY, Mirentxu, 2010: "Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIV, pp. 305-347. <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n34/a09.pdf>.
- CORN, Emanuele, 2014: "La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley Nº 20.480 desde una perspectiva comparada", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 21, Nº 2, pp. 103-136. <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n2/art04.pdf>.
- CORN, Emanuele, 2021: "El Nº 5 del apartado II del artículo 390 ter como clave de bóveda para la interpretación del nuevo tipo penal de femicidio en Chile", en Scheechler, Christian (editor), Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Der Ediciones, pp. 221-240.
- CORN, Emanuele, 2022: "Una revolución 'típica', la reforma del delito de femicidio en Chile por la Ley Nº 21.212". *Revista de Ciencias Penales*, Nº 2, pp. 57-78. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000200004&script=sci_abstract.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (10 de septiembre de 2024). "Columna de opinión: La desigual privación de libertad de mujeres en Chile". Disponible en: https://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/14954/la-desigual-privacion-de-libertad-de-mujeres-enchile#:~:text=De%20las%204%20mil%20957,f%C3%ADsica%20y%20sexual%20y%20donde.
- DE LA ROSA, Paola y CORTÉS-PÉREZ, Oscar, 2021: "Género, criminalidad femenina y drogas: reflexiones desde la criminología feminista para su estudio en México a partir del crimen organizado, la violencia y exclusión social", *Cultura y Droga*, volumen 26, Nº 32, pp. 109-135. <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/culturaydroga/article/view/6831/6173>.

- DIARIO EL PAÍS (25 de octubre de 2023). "El asesinato de una narcorreina chilena de Tiktok alerta a las autoridades por un funeral de alto riesgo". Recuperado el 30.12.2024, de Diario *El País*: <https://elpais.com/chile/2023-10-25/el-asesinato-de-una-narco-reina-chilena-de-tiktok-alerta-a-las-autoridades-por-un-funeral-de-alto-riesgo.html>.
- DIARIO EL PAÍS (03 de abril de 2024). "Golpeados con un machete y amarrados de pies y manos: el triple homicidio que impacta el norte chileno. Recuperado el 30.12.2024, de Diario *El País*: <https://elpais.com/chile/2024-04-03/golpeados-con-un-machete-y-amarrados-de-pies-y-manos-el-triple-homicidio-que-impacta-al-norte-chileno.html>.
- ESCOBAR, Christian, 2021: "Una aproximación analítica al concepto de femicidio", *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, N° 48, pp. 233-254.
- GONZÁLEZ, Diego, 2015: "El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas". *Política Criminal*, volumen 10, N° 19, pp. 192-233. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992015000100007>.
- GUZMÁN, José Luis y FORNASARI, Gabriele, 2015: "La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, pp. 195-250. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24517/19410>.
- LAGARDE, Marcela, 2006: "Del femicidio al feminicidio", *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, N° 6, pp. 216-225, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2923333>.
- LIZARZABURU, Edmundo y FLÓREZ, Hugo, 2024: "Revisión sistemática de literatura del concepto 'organización criminal' mediante el modelo PRISMA", *Revista Criminalidad*, Volumen 66, N° 1, pp. 107-127. <https://doi.org/10.47741/17943108.564>.
- MALDONADO, Francisco, 2021: "Razón de género, femicidio, cosificación y negación de la personalidad (artículo 390 ter del Código Penal)", en Scheechler, Christian (editor), Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Der Ediciones, pp. 151-167.
- MANRIQUE, María Laura, 2019: "Delitos de odio y motivos emocionales", *Análisis filosófico*, volumen XXXIX, N° 2, pp. 191-220. https://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96362019000200004&script=sci_arttext.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María, 2021: *Manual de derecho penal chileno* (4ª edición), Santiago de Chile, Tirant lo Blanch.
- MINISTERIO PÚBLICO, 2022: *Homicidio con perspectiva de género. Informe Esradístico*. Disponible en: https://www.fiscaliadechile.cl/sites/default/files/documentos/Informe_Femicidios_v2_0.pdf.
- MINISTERIO PÚBLICO, 2023: *Manual para la investigación de muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio)*. Disponible en: <https://media-front.elmostrador.cl/2023/10/Manual-para-la-investigacio%CC%81n-de-muertes-violentas-de-mujeres-por-razones-de-ge%CC%81nero-femicidios.pdf>.
- MOSOSO, Daniela, 2021: "Violencia contra la mujer en el pololeo: ¿Está Chile a la altura?", *Anuario de Derechos Humanos*, volumen 17, N° 1, pp. 121-152. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.59450>.
- MURILO, Consuelo, 2021: "El injusto en el delito de femicidio", en Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Ediciones DER, pp. 87-106.
- OLVERA, Alejandra, 2019: *La Femenidad Buchona: performatividad, corporalidad y relaciones de poder en la narcocultura mexicana*. Tesis para optar al grado de doctora en estudios culturales en el Colegio de la Frontera Norte, México. Disponible en: <https://posgrado.colef.mx/wp-content/uploads/2019/08/TESIS-Le%C3%B3n-Olvera-Alejandra-DESC.pdf>

- OSSANDÓN, María Magdalena, 2022: "Femicidio", en Rodríguez Collao, Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 120-126.
- PEREZ, Mercedes, 2018: "La caracterización del femicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio", *Revista de Derecho PUCP*, Nº 81, pp. 163-196.
- PROGRAMA REGIONAL DE LA INICIATIVA SPOTLIGHT PARA AMÉRICA LATINA, 2021: "Resumen Ejecutivo: Análisis regional de legislación y políticas sobre crimen organizado y violencia contra las mujeres y niñas y el femicidio/feminicidio. Adecuación de marcos regulatorios según el Protocolo de Palermo". Disponible en: https://americalatinagenera.org/wp-content/uploads/2021/12/E6_Resumen_FINAL_CCREV_-07082022.pdf.
- PULEO, Patricia, 1995: "Patriarcado", en Amorós, Celia (directora), *Diez Palabras Clave sobre Mujer*, Navarra, Editorial Verbo Divino, pp. 21-54.
- RUSSELL, Diane, 2006: Definición del feminicidio y conceptos relacionados, en Russell, Diane y Harmes, Roberta, *Feminicidio: una perspectiva global*, México, Centro de investigaciones interdisciplinarias en ciencias y humanidades. Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 73-96.
- SANTIBAÑEZ, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, 2011: "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley Nº 20.480)", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen XXXVIII, Nº 1, pp. 204-205.
- SCHEECHLER, Christian, 2021: "El ámbito de relaciones incluidas en el artículo 390 bis del Código Penal", en Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Der Ediciones, pp. 107-128.
- SCHEECHLER, Christian y ZULUAGA, John, 2025: "La definición de grupo delincuencia organizado y su alcance frente a la criminalidad organizada transnacional", en Galain, Pablo, Olasolo, Héctor, Saad-Diniz, Eduardo y Raskovsky, Rodrigo (directores), *El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina, Parte II*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 403-433.
- SEGATO, Rita, 2013: *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado*, México, Editorial Tinta Limón.
- SEGATO, Rita, 2020: *La guerra contra las mujeres*, Buenos Aires, Editorial Prometeo Libros.
- TICKNER, Arlene, ALONSO, Laura, LOAIZA, Lara, SUÁREZ, Natalia, CASTELLANOS, Diana, y CÁRDENAS, Juan, 2020: *Mujeres y crimen organizado en América Latina: más que víctimas o victimarias*, Observatorio colombiano de crimen organizado.
- TOLEDO, Patsilí, 2009: *Feminicidio* (1ª edición), México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- VÁSQUEZ, Ainhoa, 2024: *Narcocultura. Masculinidad precaria, violencia y espectáculo*, Santiago de Chile, Editorial Paidós.
- ZÚÑIGA, Laura, 2010: Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis. *Foro Jurídico*, Nº 10, pp. 157-170. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18551>.

Normas Jurídicas

CÓDIGO PENAL, publicado en 1 de marzo de 1875.

LEY Nº 20.066, Ley de violencia intrafamiliar, publicada el 7 de octubre de 2005.

LEY Nº 20.480, Modifica el Código Penal y la Ley Nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, publicada el 18 de diciembre de 2010.

LEY N° 21.212, Modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 en materia de tipificación del femicidio, publicada el 4 de marzo de 2020.

LEY N° 21.675, Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, publicada el 14 de junio de 2024.

LEY N° 8589, Sobre penalización de la violencia contra las mujeres, promulgada en Costa Rica el año 2007.

Jurisprudencia

CORTE de Apelaciones de Iquique, sentencia de 21 de septiembre de 2024, rol 227-2024.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La imparcialidad administrativa: propia y distinta de aquella que rige para el ejercicio de la función jurisdiccional (Tribunal Constitucional)

Impartiality in public administration: specific and distinct from that which governs the exercise of judicial functions

*Comentario de Cristian Pino Prieto**

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 15.088-24 INA, de 3 de abril de 2025.

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 4 de enero de 2024, Wom S.A. deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38, inciso primero, de la Ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones, en el proceso sobre recurso de apelación del artículo 36 A de la misma Ley, caratulado “Wom S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”, que se sustancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº 14.048-2023.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.

La preceptiva legal cuestionada dispone: “Artículo 38.- Se considerará como infracción distinta, cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones de esta ley o de sus reglamentos, después de la orden y plazo que hubiere recibido de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. (...)”

Antecedentes y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional

Como antecedentes de contexto y en relación con la gestión judicial pendiente, Wom S.A. explica que es adjudicataria de cuatro de las bandas de radiofrecuencias que forman parte del concurso público “Proyecto 5G”, licitación que viene a ser la

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Sebastián. Magíster en Regulación y Litigación Pública, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3217-4883>. Correo electrónico: cristian.pino.prieto@gmail.com

materialización de una de las políticas públicas con colaboración público-privado más importantes a nivel de las telecomunicaciones, llevada adelante por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL) y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT). El objetivo final de esta política es dar cobertura a más del 90% del territorio nacional, otorgando por primera vez internet móvil de alta velocidad a 366 localidades, estimando que serán más de 300 mil habitantes quienes superarán la desigualdad digital. La implementación y despliegue del Proyecto supone una ambiciosa inversión financiera y técnica, que recae en la instalación de numerosas infraestructuras de telecomunicaciones y la puesta en marcha de una nueva tecnología en telecomunicaciones a lo largo y ancho del país. Wom se obligó a la realización de diversas inversiones en obras de servicio, ofrecidas en tres etapas de 12, 18 y 24 meses a contar de la publicación del decreto que otorgó la concesión. Así, como todo proyecto de este nivel de envergadura, señala Wom que la ocurrencia de hechos de carácter extraordinarios e inimputables no fueron ajenos al caso en particular. De esta forma, el acaecimiento de estos problemas que –en interpretación de su parte– revisten la calidad de hechos sobrevinientes constitutivos de fuerza mayor, fue comunicada con anticipación suficiente a la SUBTEL durante el mes de julio 2022, con el objetivo de solicitar un aumento de plazo para el cumplimiento de las obligaciones asociadas a la primera etapa de este “Proyecto 5G”. Es en este marco, cuando las solicitudes de fuerza mayor se encontraban pendientes de resolución por parte del propio órgano administrativo, indica Wom, que la Subsecretaría decidió formular cargos en su contra por (i) no haber dado cumplimiento a su obligación de solicitar recepción de obras dentro de plazo y (ii) no haber iniciado servicios en el plazo establecido en las Bases de Licitación, e imponiéndole en definitiva la Subsecretaría multas por los dos cargos referidos y las consecuentes infracciones a la Ley General de Telecomunicaciones, las Bases de Licitación Pública y el Protocolo de Recepción de Obras (Ordinario Nº 16.399/DJ-3 Nº 467, de 9 de noviembre de 2022). A esto se le suma la obligación impuesta por la SUBTEL a Wom en orden a “ajustar su actuar conforme a derecho”, en un plazo de 10 días hábiles desde la notificación del Ordinario, sumado a solicitar la correspondiente modificación de la concesión. Todo ello, precisamente, bajo el apercibimiento dispuesto en el impugnado artículo 38º inciso primero de la Ley General de Telecomunicaciones, que impone una multa diaria si se desatiende esta obligación. Así, en el ordinario se consigna que “(...) a partir del décimo día hábil contado desde la notificación del presente oficio, su representada deberá dar estricto cumplimiento a las disposiciones que se imputan infringidas, adecuando inmediatamente su conducta a las disposiciones pertinentes contenidas en la Ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones, solicitando la modificación de la concesión en el sentido expuesto debiendo en igual plazo, mediante un informe dirigido a la División Fiscalización de la Subsecretaría, debidamente justificado, informar sobre las acciones que adoptará y ejecutará, precisando los plazos de las mismas, para dar cumplimiento a las referidas disposiciones, indicando el número que identifica este documento. Esta orden y plazo se imparte y fija, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 38º, inciso primero de la Ley Nº 18.168, General de Telecomunicaciones”. En el mismo contexto, y por Resolución Nº 23, de 20 de abril de 2023, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

(MTT) sancionó a la requirente Wom S.A. con multas ascendentes a 1.250 UTM, más una multa diaria de 1 UTM en aplicación de la preceptiva legal impugnada de inaplicabilidad. En contra de esta resolución sancionatoria, la requirente presentó recurso de apelación del artículo 36 A de la Ley N° 18.168, caratulado “Wom S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”, y que se sustancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta se constituye como la gestión judicial en que incide el libelo de inaplicabilidad y se encuentran suspendida conforme a lo ordenado por la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, mediante resolución de 15 de enero de 2024. En seguida, en cuanto al conflicto constitucional, alega la parte requirente, Wom S.A. que la aplicación del reprochado artículo 38 inciso primero de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en la gestión judicial referida importa la vulneración de lo dispuesto en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR). Alega Wom que, en un mismo acto administrativo la Subsecretaría le formuló cargos, solicitándole defenderse, pero a reglón seguido, le solicita reencaminar su actuar en lo que esa autoridad estima como acorde al marco regulatorio. A mayor abundamiento, la orden de la SUBTEL que impuso a Wom la obligación de ajustar su actuar a la legislación aplicable se impuso en un contexto en que no había sido –ni ha sido a la fecha– acreditada la ocurrencia de los hechos que fundamentaron la imposición de la sanción. Es decir, no existió un procedimiento administrativo previo, racional y justo, tramitado legalmente con anterioridad a la imposición del citado apercibimiento. Así, alega Wom que en el recurso de apelación deducido ataca la pretensión de aplicación del inciso primero del artículo 38° que, en definitiva, habilita la desproporcional e inconstitucional facultad de la Subsecretaría, de apercibir al concesionario a un cambio de actuar, basado en su supuesto incumplimiento, cuando, paralelamente se está revisando en sede administrativa, y luego en sede jurisdiccional, la corrección del actuar sancionatorio de la SUBTEL y del Ministerio. Afirmar la actora que en la práctica se configura una verdadera sanción *ex ante*. En efecto, se apercibió en la gestión pendiente a Wom con una multa administrativa computada desde el décimo día de la notificación del acto administrativo de formulación de cargos, a pesar de no haber sido completamente tramitado el procedimiento administrativo sancionador correspondiente y a pesar de su impugnación jurisdiccional. Es decir, el procedimiento comenzó con una multa ya impuesta que se acumulaba con cada día que pasaba. Agrega que el tipo infraccional contenido en el inciso primero del artículo 38 consiste en el incumplimiento de una orden indeterminada de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en un plazo definido por esta misma, que puede referirse a cualquier aspecto de la LGT o sus reglamentos, lo que contraviene, entre otros, el principio de tipicidad consagrado en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la CPR, que la jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha hecho aplicable al derecho administrativo sancionador. De igual forma, se debe estar a la naturaleza jurídica de este apercibimiento diario, que en este caso se trata de una sanción administrativa, que requiere para ajustarse al ordenamiento jurídico de los siguientes elementos: (i) la vinculación a una infracción administrativa; (ii) la consagración en el ordenamiento jurídico; (iii) la tramitación previa de un procedimiento administrativo sancionador; y (iv) la responsabilidad del infractor. Así, alega Wom que

en la especie se generan las siguientes infracciones constitucionales: (i) la no satisfacción mínima de un estándar de tipicidad en la sanción; (ii) la omisión de un procedimiento previo administrativo sancionador racional y justo para su imposición, y (iii) la ausencia de un reproche de culpabilidad para materializar los efectos de la sanción. Todos elementos que –afirma Wom– resultan aplicables al caso concreto, dada la consagración de estas garantías penales según la asentada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en los procedimientos administrativos sancionadores. Añade Wom que el inciso primero del artículo 38 de la LGT tipifica una conducta como infracción administrativa sin que concurren los requisitos para el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Desarrolla Wom la infracción de los principios de tipicidad, culpabilidad y debido proceso, afirmando que se vulnera el artículo 19 Nº 3 constitucional en cuanto ordena que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En el caso de autos, no se cumple siquiera con la determinación del núcleo esencial de la conducta infraccional, se vulnera asimismo el inciso séptimo del artículo 19 Nº 3 constitucional que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Así, la orden emanada de SUBTEL en virtud de cuyo incumplimiento procedería la aplicación de la sanción consagrada en la norma impugnada, no puede ser cumplida por la requirente en tanto no existen los presupuestos para adecuarse a la normativa en los términos –amplios y vagos– propuestos por la misma SUBTEL. Además, se vulnera el debido proceso, desde que la multa diaria consagrada en el artículo 38 inciso primero LGT se está haciendo efectiva desde una fecha anterior a la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. No parece racional, ni justo, el hecho de que Wom se vea expuesto a la imposición de una multa diaria que se calculará a partir de una fecha determinada antojadizamente por el órgano que inició el procedimiento sancionatorio. Agrava lo anterior el hecho de que a la fecha no se encuentran firmes los hechos que configuran el presupuesto de la infracción principal a que se asocia la multa diaria adicional, y que el supuesto infractor, está discutiendo la existencia misma de la infracción principal en sede jurisdiccional. Por otro lado, la parte requirente aduce que la aplicación del inciso primero del artículo 38 de la LGT al caso concreto es contraria al contenido esencial del derecho a la acción (artículo 19 Nº 3 de la CPR), toda vez que, la normativa reprochada permite agravar la multa en contra de quien decide ejercer su derecho a la acción respecto de los cargos formulados por el Estado la posterior sanción aplicada. Así, sin formarse aun convicción la SUBTEL de la culpabilidad o la existencia de la infracción siquiera de la requirente, se comenzó a generar una sanción en contra de ella. El presupuesto fáctico que la justifica, a su vez, encuentra su origen en una orden, orden que no coincide con la imposición de la multa propiamente tal sino con la apertura de un procedimiento que no tenía en ese instante una clara definición. Se alega que se trata de un verdadero cobro por ejercer el control judicial, una suerte de arancel o tasa por poder apelar, que se agrava cuando se verifican los tiempos que tarda nuestro sistema judicial en procesar las impugnaciones sancionatorias que los particulares presentan contra la Administración del Estado. No se puede ni privar ni desincentivar a la apelante para deducir su reclamo judicial bajo la amenaza cierta de no solo seguir aumentando el cómputo de su sanción, sino que hacerlo de tal forma que pueda superar con creces

la multa original, deviniendo adicionalmente en una desproporcionalidad manifiesta. Añade Wom que la aplicación del inciso primero del artículo 38 de la LGT al caso concreto infringe el contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 19 N° 3 de la CPR), ya que al inhibir el ejercicio de los descargos y posterior apelación a través del cómputo de días desde el cual se comienza a contabilizar la multa diaria, se establece una barrera artificial para la tutela judicial efectiva de los derechos. Ello se traduce en continuar abultando el valor de la multa total a pagar en caso de resultar completamente vencido.

(...)

Y CONSIDERANDO:

(...)

Décimo séptimo: Que, en cuanto a las alegaciones de verse infringido el debido proceso, así como el contenido esencial del derecho de acción y de la tutela judicial efectiva, como se explicará a continuación, tales alegaciones serán descartadas, en la medida que se constata que el contenido de dichos derechos no resulta afectado –ni siquiera prima facie– por el precepto reprochado.

Décimo octavo: Que, la requirente funda su alegación de verse afectado tal derecho en los siguientes argumentos: (i) la multa impuesta en virtud del precepto impugnado se comenzó a computar desde una fecha anterior a la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, sin que se encontraran “firmes los hechos que configuran el presupuesto de la infracción principal a que se asocia la multa diaria adicional” (fojas 16), y por tanto, sin que existiera un proceso previo legalmente tramitado; (ii) el precepto tendría “un problema de raíz que supone una desigualdad de armas de entrada y un defecto de imparcialidad”, en tanto existiría un problema de incentivos, dado que “la SUBTEL y el Ministerio tienen todos los incentivos puestos en condenar y no absolver, so pretexto de perder una multa que se encuentra devengándose en el patrimonio fiscal” (fojas 16-17).

(...)

Vigésimo primero: Que, respecto del segundo argumento, por una parte, cabe advertir que la idea de imparcialidad que resulta aplicable en este ámbito se encuentra deslindada en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, que señala que “la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte”. En este sentido, no se trata del mismo estándar que resulta aplicable en el ámbito jurisdiccional, que asegura que el juez o tribunal se ubique en una posición equidistante respecto de las partes en juicio. Así, no resulta aceptable la alegación de verse infringido el estándar de imparcialidad en los términos descritos por la requirente, pues en el caso de la Administración, la equidistancia no puede ser tal, en la medida

que la función y competencias de carácter administrativo importan la existencia de objetivos e intereses públicos que orientan su ejercicio, a diferencia de lo que sucede con la función y competencias de carácter jurisdiccional, en cuyo ejercicio no existen más objetivos que la correcta aplicación del derecho. En este contexto, se advierte además que la igualdad de armas aludida por la parte requirente no resulta aplicable –ni siquiera de manera matizada– al procedimiento administrativo en cuestión, en tanto dicho estándar deriva, precisamente, de la imparcialidad que resulta propia a la función jurisdiccional, toda vez que se refiere una situación de igualdad procesal *entre* las partes *respecto* del tribunal.

Vigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, de acuerdo con la requirente, la desigualdad de armas y defecto de imparcialidad alegados tendrían lugar puesto que el precepto en cuestión establecería un incentivo para “condenar y no absolver” respecto de la autoridad administrativa (fojas 17). Sin embargo, en la medida que el procedimiento administrativo no puede equipararse sin más al proceso jurisdiccional –y por ello, la doctrina mayoritaria de este Tribunal sostiene la aplicación matizada del debido proceso al procedimiento administrativo–, teniendo en consideración el carácter de la función administrativa y el fin público comprometido en este ámbito, se observa que el legislador establece la multa coercitiva como medio de apercibimiento precisamente, en tanto busca establecer un incentivo para lograr el cumplimiento de lo ordenado por la administración, sin cuya existencia, el incentivo sería el contrario, en el sentido de hacer más probable que el administrado no ajustara su conducta a derecho sino hasta la finalización del procedimiento, o, de ser el caso, hasta que la impugnación judicial del acto terminal haya sido resuelta.

(...)

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, Nº 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducida a fojas 1, en todas sus partes.
- 2) Que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada. Ofíciase al efecto.
- 3) Que no se condena en costas a la parte requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para litigar.

COMENTARIO

Tradicionalmente, el poder de sanción que detenta la Administración ha estado sujeto a un conjunto variado de principios, extraídos en su mayoría de lo que al efecto prescribe la Constitución Política de la República (en adelante CPR) en su artículo 19 N° 3 inciso sexto, para el ámbito penal. Esa fórmula, principialista y de corte garantista, surgió de la elaboración doctrinal¹ realizada por un sector que veía con desconfianza la emancipación de las potestades de que se encontraba –y se encuentra– dotada la Administración en el ámbito de esa función. Producto de lo anterior, se establecieron un conjunto de limitaciones con el fin de configurar la potestad sancionatoria del Estado de un modo que pueda conciliarse con el estatuto constitucional chileno, y así legitimar la intervención por parte de este en aquellos sectores que se estimaban de la mayor relevancia.

A su vez, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional² forjó también los principales lineamientos de esa postura, y extendió la aplicación de los principios penales contemplados en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la CPR a la actividad sancionatoria desarrollada por el conjunto orgánico de que se compone la Administración del Estado. Así, no solo resultaban aplicables a dicho ámbito de acción aquellos propios del orden penal contemplados en el texto constitucional (legalidad y tipicidad, fundamentalmente), sino que, además, el derecho a un racional y justo procedimiento cobró centralismo y se concluyó que los órganos administrativos, en el ejercicio de su poder sancionatorio, quedaban sujetos a aquel y al cúmulo de garantías que lo componen.

En ese contexto, el derecho a obtener una sentencia dictada por un juez u órgano imparcial se alza como una de las garantías fundamentales y parte integrante del racional y justo procedimiento, al cual la Administración debía someter esta potestad exorbitante. En ese sentido, la doctrina³, crítica de la idea según la cual el Estado contase con amplios poderes para intervenir en determinados sectores mediante la imposición de sanciones, sobre todo en el ámbito del desarrollo de actividades económicas, sostuvo que la imparcialidad del órgano encargado de aplicarlas constituía parte de ese esquema.

Luego, la tesis consistente en postular que a la Administración le era aplicable el principio de imparcialidad en el ejercicio de su potestad, de igual forma en que aplica para un juez al dictar una sentencia condenatoria, constituyó un límite infranqueable para la inclusión al interior del ordenamiento jurídico de un vasto conjunto de normas por las cuales se pretendió dotar a determinados Servicios Públicos del poder para sancionar

¹ ARÓSTICA MALDONADO, Iván, 1987: “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N°182. <https://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2311>

² Tribunal Constitucional, 21.4.2005, rol 437-2005.

³ BOETTIGER PHILIPPS, Camila, 2009: “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 20. URL: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/ediciones/>; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, 2004: “Debido proceso y ejercicio de facultades por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios”, *Revista de Derecho Público*, volumen 66. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i66.41662>

las infracciones de que tomasen conocimiento en el ámbito de su competencia. En esa línea de ideas, las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en el ejercicio del control preventivo y sobre los proyectos de ley que introducían modificaciones a la Dirección General de Aguas y al Servicio Nacional del Consumidor⁴, son una muestra clara de aquello. En síntesis, el Tribunal decidió que ambos órganos no podían contar con atribuciones que impliquen sancionar conductas como respuesta frente a la comisión de determinadas infracciones, pues no gozan de la imparcialidad requerida para imponerlas.

Pues bien, más allá del análisis crítico realizado por la literatura más autorizada⁵ con ocasión de la dictación de esos paradigmáticos fallos, la sentencia que aquí se comenta no solo marca un hito en el ámbito de la actividad sancionatoria de la Administración por haberse pronunciado recientemente y proporcionar al procedimiento que sirve de base a la dictación de actos sancionatorios un marco jurídico propio, otorgando autonomía al Derecho Administrativo, en general. Además, esta decisión se aparta del tinte principialista, trasvasijado desde la órbita penal, para configurar la estructura sancionatoria estatal con base en las normas que al efecto ha previsto el legislador para el desarrollo de la actividad desplegada por la Administración.

Dicho eso, la imparcialidad que rige al interior del derecho administrativo sancionatorio es distinta y posee un ámbito de aplicación propio, cuyo contenido normativo se desprende con nitidez de lo dispuesto por el artículo 11 de la ley Nº 19.880. Desde esa perspectiva, este principio, informador del procedimiento administrativo, exige de parte de la Administración del Estado un actuar objetivo, respetuoso del principio de probidad consagrado en la legislación y, por esas razones, dotada de elementos propios que la diferencian de aquella que resulta exigible a los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, la existencia de intereses públicos necesitados de la debida tutela por parte del Estado hace que el ejercicio de las potestades públicas, en particular la sancionatoria, no pueda asimilarse sin más, en el ámbito de las exigencias de imparcialidad, a la función jurisdiccional llevada a cabo por dichos órganos. En ese sentido, la sentencia es clara y atribuye al poder de sanción un margen normativo que se aviene con el contexto y la realidad dentro de la cual se desenvuelve esta actividad. En efecto, la pretensión existente en orden a dejar atrás la creación de lagunas normativas susceptibles de una solución consistente en la extrapolación de principios desde el orden penal al administrativo⁶, se hace realidad mediante el reconocimiento que hace la sentencia del principio de imparcialidad aplicable a la Administración en el ejercicio de la potestad.

Ahora bien, si se complementa la importancia que reviste esta decisión para el desarrollo del sancionatorio –por la autonomía que le otorga al delimitar el marco

⁴ Tribunal Constitucional, 26.12.2017, rol 3958-2017 y Tribunal Constitucional, 18.1.2018, rol 4012-2017.

⁵ SOTO DELGADO, Pablo, 2018: “El giro conservador en torno a las sanciones administrativas por obra del Tribunal Constitucional en Chile: Transformando a la Administración en juez para desproteger el interés público”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº45. <https://doi.org/10.22187/rfd2018n45a9>

⁶ LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2017: “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Revista Política Criminal*, volumen 12, Nº 24. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>

normativo del referido principio y ordenar su aplicación al interior de estos procedimientos— con lo prescrito en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, la independencia del derecho administrativo sancionador presenta un crecimiento exponencial, permitiendo así la obtención de mayor certeza jurídica, tanto en el ámbito del procedimiento como también al interior del contencioso a que eventualmente dé lugar las interposición de acciones destinadas a revisar en sede jurisdiccional el acto dictado por la Administración.

De esa forma, si el contenido del principio establece que la Administración deberá actuar con objetividad, entonces la disposición pareciera exigir algo distinto. En ese sentido, imparcialidad y objetividad son conceptos íntimamente relacionados⁷, pero que expresan ideas distintas, no obstante que la nota común a ambas se encuentre en el principio de legalidad. Así, la objetividad se relaciona directamente con cómo la Administración queda vinculada a la ley, obligándola a observar estrictamente la voluntad de la norma, sin que puedan intervenir en la substanciación del procedimiento ni en la dictación del acto particular otros factores distintos a aquellos contemplados por el legislador para cumplir los fines previstos por ella. En consecuencia, se trata del plano interno de la vinculación que pesa sobre los órganos de la Administración de sujetar su actividad a la legalidad. Por su parte, la imparcialidad, de igual manera relacionada directamente con la vinculación a dicho principio, es tratada desde una óptica distinta, pues coloca el acento sobre la Administración y el ciudadano; más precisamente, en torno al trato que proporciona el órgano al administrado, relevando así la apariencia de buena Administración. En efecto, la imparcialidad resalta el plano externo de la vinculación por parte de los órganos al principio de legalidad⁸.

Dicho eso, el principio informador contenido en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 hace hincapié en la vinculación plena de los órganos de la Administración del Estado al principio de legalidad, tal cual se especificó. Considerando lo anterior, esta figura, cuyos contornos se encuentran delineados y su campo de acción reservado para el ámbito del ejercicio de las potestades públicas, reviste unos elementos y características propios, que, en el contexto de su aplicación al ejercicio del poder de sanción, no puede asimilarse a la imparcialidad prevista para el desarrollo de la jurisdicción. En esa línea de ideas, esta categoría viene a significar algo distinto, y se vincula armónica y estrechamente con la objetividad, probidad administrativa y razonabilidad⁹.

De ese modo, la sentencia constituye un avance en lo que respecta al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, toda vez que rompe con la idea de imparcialidad como uno de los principios tradicionalmente utilizados por la doctrina

⁷ GARCÍA COSTA, Francisco, 2011: "Delimitación conceptual del principio de objetividad: Objetividad, neutralidad e imparcialidad", *Revista Documentación Administrativa*, N° 289. <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067>

⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁹ HUEPE ARTIGAS, Fabián, 2014: "El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Su control a través del principio de proporcionalidad", en Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña (coordinadores), *Sanciones administrativas*, Colección estudios de Derecho Público, pp. 167-186, p. 183.

y jurisprudencia como límite a ese poder. Así, la obligación de velar por cumplir con aquellos fines de interés público que la ley ha puesto de cargo de la Administración del Estado, produce que en su ejercicio no pueda exigirse sino el cumplimiento de un deber de conducta que pueda calificarse de objetivo y, en consecuencia, ajustado a la voluntad de la ley. Cónsono con lo anterior, la decisión del Tribunal Constitucional debiera servir de base para el pronunciamiento de otras sentencias que recaigan directamente sobre conflictos que se susciten sobre los límites y formas en que se ejercen los poderes de sanción de que se encuentra investida la estructura administrativa, permitiendo superar el paradigma principialista que de forma continua y permanente ha permeado el desarrollo de esta función. De esa forma, se va generando el espacio necesario para dotarla de la debida autonomía y desde sus propias bases, excluyendo así, el trasvasije de principios previstos para otras áreas del derecho, lo que permitiría en definitiva aplicar el conjunto de normas que al efecto rigen la actividad de la Administración.

Cinco conclusiones se extraen de la sentencia. Primero, pone de relieve la existencia y aplicación del principio de imparcialidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria, en tanto informador del procedimiento administrativo y cuyo desarrollo normativo se encuentra en el artículo 11 de la Ley Nº 19.880. Segundo, se trata de una figura consistente en la observancia por parte de la Administración de una conducta objetiva y respetuosa del principio de probidad, distinta a la imparcialidad característica exigida para la jurisdicción, con plena sujeción al principio de legalidad. Tercero, el procedimiento administrativo no puede colocarse, sin más, al mismo nivel que el proceso jurisdiccional. Cuarto, la necesidad de satisfacer las necesidades colectivas y la protección del interés general, coadyuvan a que la Administración del Estado sea esencialmente parcial y, por ello, no susceptible de requerir que concurra a su respecto la necesaria equidistancia que le permita resolver conflictos de relevancia jurídica entre partes. Quinto, en la imposición de sanciones, el estándar de imparcialidad que rige la actividad administrativa tiene un núcleo normativo propio, aplicable únicamente al ámbito del procedimiento administrativo y respecto de los órganos y organismos que al efecto señala la propia Ley Nº 19.880.

Críticas a la aplicación de penas sustitutivas a personas mayores condenadas por crímenes de lesa humanidad (Corte Suprema)

Criticism of granting non-custodial sentences to elderly individuals convicted of crimes against humanity (Supreme Court)

*Comentario de Pietro Sferrazza Taibi**
*y Sebastián Henríquez San Martín***

“Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil veinticinco.

En cumplimiento a lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente fallo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del considerando trigésimo primero, el cual se suprime.

Y, TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

1º) Que, conforme se detalla en la contestación de la acusación fiscal, la defensa planteó la aplicación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y, en su mérito, solicitó que la pena dictada, en caso de ser privativa de libertad, se decrete su cumplimiento en el domicilio de los condenados, justificando ello en la avanzada edad de los sentenciados, 92 años en el

* Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, España. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. Prof. asistente del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1133-9221>. Correo electrónico: psferrazza@derecho.uchile.cl.

** Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Chile. Ayudante de las cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6089-6185>. Correo electrónico: sebastian.henriquezsanmartin@derecho.uchile.cl.

caso de Reyes Basaur, 86 años en relación con Santibáñez Obrequé y, 75 años respecto de Morera Hierro.

2º) Que, en esta materia, por la edad de los referidos inculcados y por señalarlo así el inciso final del artículo 1º de la Ley Nº 19.828, ellos integran el grupo etario denominado como adultos mayores de la cuarta edad y, en su favor, cobra plena aplicación la aludida Convención pues este instrumento internacional se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico nacional a través del artículo 5º de la Carta Fundamental y en cuyo texto se establece una obligación insoslayable para el Estado como parte firmante del mismo, en cuanto se compromete a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, sin discriminación de ningún tipo, entendiéndose que, en este caso, se trata del juzgamiento de adultos mayores que encuadran, en plenitud, en lo que entiende la Convención como “persona mayor”, de allí que existe una responsabilidad y un compromiso internacional en torno a su aplicación que no puede rehuirse bajo la premisa que no existe un cuerpo normativo nacional que prevea la situación penitenciaria de los condenados por crímenes de lesa humanidad, lo cual los colocaría en una situación discriminatoria que no es tolerable, sobre todo si el inciso final del artículo 13 de la Convención establece: “Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos”..

(...)

4º) Que, tampoco puede obviarse la existencia de otros instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que refrendan esta línea de un trato digno y humano respecto de las personas privadas de libertad, tal es el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuanto establece en el inciso final del artículo XXV. que: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.. En tanto, el artículo 10 Nº 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Del mismo modo, expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señalando en su inciso 2º del artículo 5, bajo el rótulo Derecho a la Integridad Personal: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En un mismo sentido, aun cuando no sea obligatorio pero sí puede conformar una guía de referencia en esta materia, existen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las cuales constituyen “los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de

libertad, y han tenido un inmenso valor e influencia en el desarrollo de leyes, políticas y prácticas penitenciarias en los Estados Miembros en todo el mundo” (referencia indicada en el link: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf).

5º) Que, de igual forma, incluso derivado del artículo 5.2 de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, en este plano, cobra suma relevancia la Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, la cual fuere emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que se refiere a los Enfoques diferenciados respecto de determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos; siendo de suma relevancia lo expresado por la Corte en su párrafo 350: “Por otra parte, en cuanto a personas condenadas por la comisión de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte reitera que, durante la ejecución de penas privativas de la libertad en establecimientos penitenciarios, el Estado debe garantizar una atención médica adecuada, especializada y continua. En el análisis de la procedencia de medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de libertad que permitan continuar el cumplimiento de la pena bajo otras condiciones fuera del centro penitenciario, pero que no impliquen la extinción o perdón de la pena, las autoridades competentes deben ponderar además de la situación de salud del condenado, sus condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente (ya sea en el centro penal o mediante traslado a un centro médico), y la afectación que ocasione tal medida a los derechos de las víctimas y sus familiares. En esta línea, resulta necesario que en dicha evaluación se tomen en cuenta y valoren otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares”.

(...)

7º) Que, el citado plano normativo deja en claro que existe un respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, en materia de sustitución de condenas en casos excepcionales, incorporado a nuestra legislación, el cual debe ser observado por los actores relacionados con la administración de justicia pues representa un fiel reflejo de la necesidad de emplear un trato digno y humano respecto de quienes se encuentran en una situación de vulneración y riesgo, como son las personas privadas de su libertad que, por cierto, se puede agravar dado que, en algunas situaciones, padecen enfermedades o patologías que no solo son propias de su rango etario, las cuales, por las condiciones en que pueden encontrarse, se ven desmejoradas, de tal manera que no puede tener cabida ninguna clase de discriminación, ni siquiera la justificación que pudiese plantearse sobre los crímenes atroces que pudieron haber cometido pues, en

Chile, nuestra Carta Fundamental garantiza la igualdad ante la ley (artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República). Es más, el derecho internacional no descarta la posibilidad de entregar beneficios alternativos a quienes han sido condenados por crímenes de lesa humanidad sino que condiciona el otorgamiento de los mismos al cumplimiento de ciertas condiciones que, en definitiva, se correlacionan con la garantía de la no impunidad.

8º) Que, de todas formas, en esta ecuación, no puede perderse de vista la problemática que se plantea en estos asuntos, en donde la temática se contrapone con el legítimo derecho de las víctimas a una reparación integral que, muchas veces, lo equiparan al deseo que las penas privativas de libertad impuestas se vean purgadas de manera íntegra, entendiendo que ello equivale, en parte, a una forma de reparación del mal causado por sus perversas acciones, como asimismo, consideran que una medida distinta a la privación de libertad acrecienta un eventual riesgo de fuga, lo cual socava cualquier pretensión de justicia.

Ahora, estos elementos, no son ajenos a la discusión que suscita la materia y que es común en los países latinoamericanos que fueron asolados por un período dictatorial en que se cometieron delitos de lesa humanidad. Incluso, en pronunciamientos emitidos por Tribunales internacionales, como el que recayó en el caso *Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 145 de su dictamen ha sostenido, en lo pertinente: "...No obstante, la Corte considera, sin excluir ninguna categoría de condenados, que el Estado deberá ponderar la aplicación de estos beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, como en el presente caso, pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad".

Incluso, se cuenta con la posición entregada por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas, el que en su informe sobre su visita a Chile (A/HRC/22/45/Add.1, 2013) consideró que: "todas las personas condenadas por desaparición forzada tienen los mismos derechos de la población condenada en general", sin perjuicio de lo cual deben considerarse determinados elementos indispensables para que accedan a atenuantes o beneficios (párrafo 32).

(...)

10º) Que, en este orden de cosas, es posible concluir que, por su situación etaria y sus respectivos estados de salud, esta última remarcada por el plano penitenciario en que cumplirán sus condenas, sin duda produce (replicando en ello del aludido autor español), "un efecto aflictivo adicional y contrario a Derecho sobre cuya valoración se puede discutir. Desde luego, este daño en absoluto se mueve en la dimensión simbólico –expresiva de la pena. Pero sí lo hace en la dimensión fáctica– aflictiva de esta". (*Ibidem*, p. 154).

En estas condiciones, la pena aplicada a los encartados en un recinto carcelario bajo las circunstancias anotadas, sumado a la gran cantidad de tiempo que les queda por purgar, se traduce en un tratamiento que puede considerarse cruel o lacerante hacia su dignidad, lo

cual también está proscrito, tanto en el plano nacional como internacional, ejemplo de ello es lo que establece la letra b), artículo 2 de la Ley N° 21.154, en cuanto define el trato o pena cruel, inhumano o degradante como, todo acto que, sin constituir tortura, vulnere el derecho a la integridad o dignidad de las personas privadas de libertad. En este caso, como recuerda la autora ibérica doña Marina Mínguez Rosique, “la dignidad humana implica reconocer el valor intrínseco de todo ser humano por el mero hecho de serlo. Precizando esta idea, sostiene Von Hirsch que aquellos que sufren la pena deben ser tratados como personas, como miembros de la comunidad, razón por la que no puede aplicarse ninguna pena que niegue este estatus o le degrade, tratándolo y haciéndolo sentir como algo inferior. Por ello, la pena debe ser impuesta de manera que quien la soporta mantenga una cierta autonomía y de modo que, pese a que se sufra un castigo que, *per se*, es desagradable (pues no en vano la pena siempre implica una restricción de derechos), pueda hacerse con dignidad” (Mínguez Rosique, Marina. *Penas crueles e inusuales. El debate sobre los límites constitucionales al castigo en los Estados Unidos*. Ed. Atelier Libros Jurídicos. 2020. P. 166 y 167). De un mismo modo, precisa la misma autora hispánica que, “si el principio de humanidad de las penas exige tratar al condenado como persona, como fin en sí mismo, y este debe configurarse como su centro, y no únicamente como su mero sujeto pasivo, la pena, entonces, debe, en primer lugar, tener una finalidad para el propio condenado, y no solo tener sentido en el marco de los fines que el Estado quiere alcanzar con ella; de otra parte, la pena no puede ser de tal tipo que, debido a su configuración o ejecución, ocasione un deterioro de las capacidades y cualidades del condenado como ser humano (su personalidad, sus habilidades sociales...). Así, por ejemplo, solo podrá entenderse que la pena privativa de libertad respeta el estándar exigido por el principio de humanidad de las penas si se encuentra orientada hacia la reeducación y la resocialización, pues ello garantizará que el condenado sea honrado como persona” (*Ibidem*, p. 167 y 168).

(...)

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal,

I. Que, se CONFIRMA la sentencia apelada, dictada con fecha doce de marzo de dos mil veinticuatro, por el Ministro en Visita Extraordinaria, don Max Antonio Cancino Cancino, en la causa Rol N° 15-2016, CON DECLARACIÓN que, a los sentenciados Juan de Dios Reyes Basaur, Héctor Vicente Santibáñez Obreque y Guillermo Tomás Morera Hierro, para el cumplimiento de la pena impuesta en estos autos, se le concede la modalidad de reclusión domiciliaria total, controlada mediante el monitoreo telemático respectivo.

(...)

Rol N°1.025-2025

Pronunciado por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Leopoldo Llanos S., Sras. María Teresa Letelier R., María Cristina Gajardo H., y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G. y Sr. Raúl Patricio Fuentes M. No firma el Abogado Integrantes Sr. Fuentes, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

COMENTARIO

El 25 de noviembre de 2025, en la causa rol 1025-2025, relacionada con crímenes de lesa humanidad cometidos en la dictadura, conociendo un recurso de casación deducido contra una sentencia penal condenatoria, la Segunda Sala de Corte Suprema (integrada por los/as ministros/as Leopoldo Llanos, María Teresa Letelier, María Cristina Gajardo, y los abogados/as integrantes Pía Tavolari y Raúl Fuentes) dictó una sentencia donde casó de oficio la resolución recurrida y concedió penas sustitutivas a tres condenados. El caso se refiere al secuestro con grave daño sufrido por Luis Humberto Cáceres Fabris, ocurrido el 27 de octubre de 1973. La víctima, militante socialista y dirigente gremial, fue secuestrada en su lugar de trabajo y trasladada a la Academia de Guerra y al Cuartel Silva Palma, ambos recintos clandestinos de detención a cargo de la Armada de Chile en Valparaíso, donde fue sometida a torturas que incluyeron aplicación de electricidad, simulacros de fusilamiento, asfixia, alimentación forzada de comida descompuesta y amenazas de tortura contra sus hijos. Los beneficiados de las medidas fueron los condenados Juan de Dios Reyes Basaur, Héctor Santibáñez Obrequé y Guillermo Tomás Morera Hierro, todos exagentes del Servicio de Inteligencia de la Comandancia de Área Jurisdiccional de Seguridad Interior, organismo integrado por funcionarios de la Armada que operó con el objetivo de reprimir a opositores políticos.

La defensa de los condenados dedujo recurso de casación en el fondo alegando que, debido a la edad de los condenados, debía otorgárseles pena sustitutiva invocando la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM). Si bien la Segunda Sala rechazó el recurso debido a su formulación procesal defectuosa, dictó de oficio sentencia de casación, sin escuchar a la representación de la víctima, invalidando de oficio la sentencia recurrida y emitió sentencia de reemplazo decretando el arresto domiciliario total en atención de la avanzada edad y las malas condiciones de salud de los condenados.

Este fallo es similar a un conjunto de sentencias dictadas de oficio por la Segunda Sala, todas por la misma integración (ministros/as Leopoldo Llanos, María Teresa Letelier, María Cristina Gajardo, Manuel Valderrama y abogada integrante Pía Tavolari), en el contexto de recursos de casación en el fondo interpuestos por las defensas. Esta jurisprudencia considera criterios etarios y de salud de los condenados por crímenes de lesa humanidad para autorizarles a cumplir las penas en sus hogares. Sin embargo, esta línea jurisprudencial no está consolidada, porque la misma Segunda Sala, con una integración distinta, ha rechazado recursos de apelación deducidos contra sentencias que desestimaron acciones de amparo promovidas con la misma finalidad¹. En esos casos,

¹ Las sentencias similares en que se casó de oficio son: Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 3743-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 8705-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 9256-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 20636-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 30919-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 32767-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 32864-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 38025-2024; Corte Suprema, sentencia de 27

la Corte Suprema aplicó adecuadamente los estándares internacionales pertinentes, que serán desarrollados en el presente comentario.

I. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

La sentencia analizada argumentó que el Derecho internacional de los derechos humanos permite otorgar medidas alternativas a la privación de libertad a personas mayores condenadas por crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, aunque la normativa y estándares citados son pertinentes, el tribunal yerra en su valoración.

El fallo se remite al artículo 13 de la CIPDHPM, que obliga a los Estados a promover, “según corresponda”, medidas alternativas a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos. Sin embargo, esta es una norma genérica que no se refiere a las personas condenadas por violaciones graves a los derechos humanos, lo que no es aclarado en la sentencia. Respecto de tales personas, la sola invocación del tratado es insuficiente, porque es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la que ha desarrollado los criterios que deben ponderarse para conceder penas sustitutivas. La resolución clave es la opinión consultiva sobre enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad², que detalla los criterios que los tribunales deben ponderar. Tales criterios habían sido desarrollados en sentencias de supervisión de los casos La Cantuta y Barrios Altos, ambos contra Perú, a propósito de la concesión del indulto al dictador Alberto Fujimori. Sin embargo, esta jurisprudencia no es citada por la Corte Suprema.

II. CRITERIOS SOBRE PENAS SUSTITUTIVAS A PERSONAS MAYORES CONDENADAS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

En nuestra opinión, los criterios que se deben ponderar de acuerdo con la jurisprudencia interamericana pueden clasificarse en dos categorías. Un primer grupo comprende factores relacionados con la situación de la persona condenada: 1) situación de salud; 2) condiciones de detención; 3) facilidades para atención médica. Un segundo

de junio de 2025, rol 46354-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 51650-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 55606-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 59028-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 59850-2024; Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 60327-2024 y Corte Suprema, sentencia de 27 de junio de 2025, rol 61017-2014. En cambio, los fallos que desestimaron los recursos de amparo son los siguientes: Corte Suprema, sentencia de 13 de octubre de 2025, rol 38841-2025; Corte Suprema, sentencia de 13 de octubre de 2025, rol 39846-2025.

² Corte IDH, *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A N° 29, párr. 350.

grupo, en cambio, se centra en los derechos de las víctimas: 1) cumplimiento de una parte considerable de la pena; 2) pago de la reparación civil; 3) contribución a la verdad; 4) reconocimiento de la gravedad de los delitos; y 5) efectos de la liberación a nivel social y respecto de las víctimas. Este segundo grupo de criterios se vincula directamente con derechos humanos de las víctimas: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la reparación integral, y el derecho a la verdad.

Si bien la Corte Suprema invocó la referida opinión consultiva, lamentablemente aplicó parcial e incorrectamente los criterios, considerando solo la edad, el estado de salud y la cuantía de la pena por cumplir. Respecto de la edad de los condenados, el fallo solo la específica –92, 86 y 75 años–sin mayor argumentación. Respecto de la situación de salud, detalla el estado de cada condenado remitiéndose a informes de Gendarmería. Finalmente, el criterio de la pena por cumplir fue aplicado de manera inversa, considerándose que debido a su extensión podría afectar la dignidad e integridad de los condenados. Sin embargo, lo que exige este criterio es el cumplimiento de una parte sustancial de la pena, de modo que no fue correctamente interpretado.

El problema es que la Corte Suprema no ponderó estos criterios ni el resto de los factores. La ponderación es una actividad interpretativa destinada a ofrecer una solución argumentada a los conflictos que se producen entre principios o derechos en un caso concreto, mediante la valoración de ciertos parámetros³. Por tanto, la decisión del tribunal debía considerar todos los criterios aplicables y argumentar razonadamente por qué primaban los derechos de los condenados o de las víctimas en cada caso específico. El estándar interamericano obliga a ponderar, de modo que su omisión en la sentencia comentada ocasionó la concesión indebida de los beneficios y, en consecuencia, una situación de impunidad.

En las sentencias de supervisión de los casos Barrios Altos y La Cantuta, la Corte IDH ha identificado los criterios que deben ponderarse con base en la influencia del Derecho penal internacional⁴. Las disposiciones pertinentes son el artículo 110 del Estatuto de Roma y la Regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Sin embargo, estos criterios solo se pueden considerar para una reducción de pena y no para su sustitución. Además, para los tribunales estatales estas normas solo son funcionales como parámetros de referencia, debido a que regulan una competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional (CPI).

De acuerdo con este marco regulatorio, para que la CPI se pueda pronunciar acerca de la reducción de pena es necesario que se hayan cumplido las dos terceras partes de la misma o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua. En cuanto a los factores a considerar, el artículo 110 enuncia los siguientes: a) que el recluso haya manifestado su

³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2023: *Principios de Interpretación: Constitución y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 45-46; BERNAL PULIDO, Carlos, 2003: "Estructura y Límites de 'la Ponderación'", *Doxa*, 26, pp. 225-226; ALEXY, Robert, 1993: *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 89-92.

⁴ Corte IDH. *Barrios Altos y caso La Cantuta Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 30 de mayo de 2018, párr. 57.

voluntad de cooperar con las investigaciones; b) que haya facilitado la ejecución de las decisiones de la Corte en otros casos; c) que se consideren los otros factores de las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio de circunstancias suficientemente claro e importante. Esos otros factores son los que siguen: i) que la conducta del condenado durante su detención revele una auténtica disociación de su crimen; ii) que existan posibilidades de reinserción; iii) que su liberación anticipada no cree una gran inestabilidad social; iv) que el condenado haya adoptado medidas importantes en beneficio de las víctimas; v) que su liberación anticipada no afecte a las víctimas y sus familias; y vi) que se valoren sus circunstancias individuales⁵. Debe señalarse que la jurisprudencia CPI ha sido muy rigurosa en la valoración de estos factores para decidir si procede la reducción de pena⁶. La sentencia comentada no alude a estas consideraciones.

III. AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

La sentencia de la Corte Suprema ha infringido el principio de proporcionalidad de la pena. De acuerdo con los estándares interamericanos, la etapa de ejecución de la pena integra el derecho de acceso a la justicia de las víctimas⁷. Respecto de personas condenadas por violaciones graves de derechos humanos, si bien el Derecho internacional admite que los Estados pueden atenuar o sustituir la pena, para evitar la impunidad es necesario que el tribunal realice un juicio de ponderación de los criterios enunciados, ya que si no lo hace otorga indebidamente los beneficios y da lugar a una hipótesis de impunidad, porque la ejecución de la sentencia queda afectada indebidamente⁸. Esto es lo que ocurrió con el fallo comentado.

Además, frente a violaciones graves de derechos humanos la medida jurídica en beneficio del condenado debe ser la menos restrictiva del derecho de acceso a la justicia de las víctimas y solo debe aplicarse en casos extremos y por una necesidad imperante. La medida no necesariamente debe consistir en la puesta en libertad ni en la extinción de la pena. De acuerdo con las circunstancias del caso y con base en la ponderación de

⁵ HARMSSEN, Robert O y STRIJARDS, Gerard AM, 2022: "Article 110 Review by the Court Concerning Reduction of Sentence", en AMBOS, Kai (ed), 2021: *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary* (4ª edición), Múnich/Oxford/Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, pp. 2756-2762.

⁶ Cfr. CPI. *Fiscal con Thomas Lubanga Dyilo*. Segunda Decisión sobre la revisión relativa a la reducción de la pena del Sr. Thomas Lubanga Dyilo de 3 de noviembre de 2017, ICC-01/04-01/06-3375, párrs. 50-94, denegando la reducción de pena; CPI. *Fiscal con Germain Katanga*. Decisión sobre la revisión relativa a la reducción de la pena del Sr. Germain Katanga de 13 de noviembre de 2015, ICC-01/04-01/07-3615, párrs. 38-116, concediendo la reducción de pena.

⁷ *Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia (n 4), párrs. 30 y 47; Corte IDH. *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246, párrs. 209-210.

⁸ *Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia (n 4), párrs. 30, 31, 46, 47; Corte IDH. *Barrios Altos Vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 7 de septiembre de 2012, párrs. 55 y 57. Véase también Corte IDH. *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213, párr. 152.

los factores, debe determinarse si hay una medida que permita una atención médica efectiva, modificar la pena, o decretar una libertad anticipada⁹.

IV. AFECTACIÓN DEL DERECHO A SER OÍDO

Un aspecto problemático adicional del fallo comentado consiste en la afectación del derecho a ser oído en que ha incurrido, debido a que al casarse de oficio la sentencia recurrida, no se garantizó este derecho de las víctimas, quienes no dispusieron de una oportunidad procesal para presentar alegaciones y oponerse a la decisión. Es oportuno recordar que Chile fue recientemente condenado por la Corte Interamericana en el caso *Vega González y otros*, entre otras cuestiones, justamente por la afectación del derecho a ser oído, porque los tribunales nacionales casaron de oficio sentencias de tribunales inferiores con la finalidad de aplicar la prescripción gradual en beneficio de condenados por crímenes de la dictadura, generando hipótesis de impunidad que infringieron el deber de sanción en relación con el principio de proporcionalidad de la pena¹⁰.

V. CONCLUSIÓN

La revisión de esta sentencia de la Corte Suprema da cuenta de una aplicación distorsionada de los estándares internacionales para conceder penas sustitutivas a personas mayores condenadas por delitos constitutivos de violaciones graves a los derechos humanos. Aplicando de manera errada e incompleta los estándares internacionales, el máximo tribunal pretendió comunicar que resolvió un problema de derechos humanos mediante la aplicación del control de convencionalidad. Sin embargo, el resultado fue justamente el contrario, porque la aplicación errónea de los estándares generó hipótesis de impunidad haciendo primar los derechos de los condenados mediante la falta de ponderación de los criterios relacionados con los derechos de las víctimas.

⁹ Corte IDH. *Barrios Altos y caso La Cantuta Vs. Perú*. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de abril de 2022, párr. 42; *Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencia (n 3), párrs. 53 y 68.

¹⁰ Corte IDH, *Vega González y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C N° 519, párr. 269.

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. Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su

publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página web de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores/as.
- b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor/a o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor/a en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

Sección Investigaciones:

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave.* El artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

Sección Jurisprudencia comentada:

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

Sección Recensiones:

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis.* Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El

uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.

- b. *Subtítulos.* El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
 - c. *Citas textuales.* Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
 - d. *Notas a pie de página.* Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMÁN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
 - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:
Ley 20.422, 2010.
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
 - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:
Libro:
WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.
LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.
INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (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

Revista 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) deben ser respetadas por todos los intervinientes en el proceso editorial y, para todos los efectos prácticos, se entienden formar parte de las presentes Instrucciones.

12. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor/a cede a la Revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor/a tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor/a en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

DERECHO CIVIL

La teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Influencia, desarrollo y aplicación. Felipe Valenzuela Quiros

La imposibilidad jurídica de la donación irrevocable entre cónyuges: estatuto de los acreedores y protección de los terceros legitimarios. Francisco Cabello Vargas

DERECHO DEL TRABAJO

El principio de igualdad de remuneraciones en Chile: una nueva interpretación del artículo 62 bis del Código del Trabajo desde la perspectiva de género. Óscar Olivares Jatib, Fernando Pérez Godoy

Los desafíos del derecho laboral ante las transformaciones tecnológicas y organizativas. Juan Pablo Severin Concha

El derecho al trabajo y su realización, a propósito de la Ley 3/2023 de Empleo española. Claudia Rodrigo Silva

DERECHO PÚBLICO

“No hay derechos sin deberes”: El rol de los deberes humanos en instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos. Álvaro Paúl Díaz

Familias y constitución: influencias mutuas en cuidados e infancia. María José Jara Leiva, Victoria Martínez Placencia

Las actuaciones materiales de la administración. Una aproximación. Tomás Izquierdo Serrano

Intención del legislador y elusión tributaria: una visión desde la doctrina anglosajona del derecho tributario. Ricardo Guerrero Fernández, Francisco Saffie Gatica

DERECHO PROCESAL

La posición adoptada por la Corte Suprema respecto del recurso de casación en materia ambiental. Francisco Sepúlveda Muñoz

DERECHO PENAL

Muertes violentas de mujeres en contexto de crimen organizado en Chile: ¿homicidio calificado o femicidio en razón de género? Fabiola Girao Monteconrado Ghidalevich

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La imparcialidad administrativa: propia y distinta de aquella que rige para el ejercicio de la función jurisdiccional (Tribunal Constitucional). Cristian Pino Prieto

Críticas a la aplicación de penas sustitutivas a personas mayores condenadas por crímenes de lesa humanidad (Corte Suprema). Pietro Sferrazza Taibi, Sebastián Henríquez San Martín