

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
(C H I L E)

REVISTA
DE CIENCIAS
SOCIALES

PUBLICACIÓN DE LA
FACULTAD
DE DERECHO

ISSN 0719-8442 versión en línea
ISSN 0716-7725 versión impresa



VALPARAÍSO
N° 86
PRIMER SEMESTRE 2025

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTORA

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO 

EDITORA EN JEFE

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO 

EDITORAS ASISTENTE

VALERIA LEAL CORNEJO 

AYUDANTE DE EDICIÓN

CARLOS PALACIOS OSORIO 

CORRECTORES DE TEXTOS

BASTIÁN FERRARI BUSTAMANTE 

JAVIERA GUZMAN ROJAS 

DISEÑO GRÁFICO

Marigloria Díaz-Valdés Tagle

COMITÉ CIENTÍFICO

- Dra. Daniela Accatino Scagliotti, Universidad Austral de Chile (Chile)
Dr. Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado (Chile)
Dr. Hernán Corral Talciani, Universidad de Los Andes (Chile)
Dr. Jaime Couso Salas, Universidad Diego Portales (Chile)
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá (España)
Dr. Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de Los Andes (Chile)
Dr. Hugo Eduardo Herrera Arellano, Universidad Diego Portales (Chile)
Dra. María Isabel Huertas Martín, Universidad de Salamanca (España)
Dra. Carmen Jerez, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Claudio Nash Rojas, Universidad de Chile (Chile)
Dr. Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales (Chile)
Dr. Alfonso Ruiz Miguel, Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial, Universidad de Chile (Chile)
Dra. Yanira Zúñiga, Universidad Austral de Chile (Chile)

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Dr. Ricardo Saavedra Alvarado, Decano de la Facultad de Derecho.
Directora: Profesora Dra. Rommy Álvarez Escudero.
Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

E-mail: revistacs@uv.cl.

ÍNDICE

ESTUDIOS

ALEJANDRA ZÚÑIGA FAJURI:

Los efectos de la ley de drogas en madres extranjeras y sus hijos.....11

CARLOS AMUNÁTEGUI PERELLÓ:

¿Existen elementos de Bentham y Austin en la definición de ley en el Código Civil?..... 35

NICOLÁS CARRASCO DELGADO:

El incidente de mala fe del deudor ¿Un cambio de tuerca en la legislación concursal chilena?..... 57

FELIPE MARCHANT CONTRERAS:

Los presupuestos que configuran la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios del Ministerio Público 109

FRANCISCO CABELLO VARGAS:

Los bienes familiares: Entre la protección de la familia y la incerteza para los terceros..... 143

CLAUDIA GONZÁLEZ COBOS Y ROBERTO AUDE DÍAZ:

La justicia restaurativa en el derecho de familia. Una mirada desde el sistema jurídico mexicano 197

GABRIEL RUZ CASTILLO Y GABRIELA ZAPATA ARCA:

Factores clave del tribunal de tratamiento de drogas (TTD): Características del programa y perspectivas de sus participantes en la zona oriente de la Región Metropolitana 233

DANGERI GODOY OLIVARES:

Tortura sexual: La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la violencia sexual..... 273

ANDREA SALAZAR NAVIA:

“Me cuidan mis amigas”: El reconocimiento social y jurídico de la amistad.... 319

GABRIELA PRADO PRADO, CORY DUARTE HIDALGO, RODRIGO CARDOZO POZO Y PAULINA MOSCOSO JORQUERA:

Percepción de los derechos humanos en la formación jurídica: El caso de la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama..... 359

EDUARDO ZAMORA FUENTES:

Recensión. Álvarez Norambuena, Vicente Manuel: Cláusulas abusivas y control de contenido. Libromar, Santiago de Chile, 2024. 399

JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA:

Traducción. Introducción al estudio de la ciencia jurídica Max Ernst Mayer.... 409

ESTUDIOS

LOS EFECTOS DE LA LEY DE DROGAS EN MADRES EXTRANJERAS Y SUS HIJOS¹⁻²

THE EFFECTS OF DRUG LAW ON FOREIGN MOTHERS AND THEIR CHILDREN

Alejandra Zuñiga Fajuri*

Resumen:

El uso del derecho penal como herramienta de control del tráfico de drogas tiene consecuencias muy diferentes cuando se aplica a mujeres y hombres. Al ser ellas las principales cuidadoras, el impacto de la cárcel en el núcleo familiar es inmenso y, muchas veces, devastador y permanente. Este trabajo revisa los datos sobre crecimiento desproporcionado de la población carcelaria femenina de extranjeras a consecuencia de la Ley N°20.000 y la reciente reforma en materia de medidas alternativas, que dificulta a los jueces acceder a la solicitud de expulsión. Se repasan algunos estándares legales del derecho internacional sobre mujeres infractoras de ley para luego examinar el impacto intergeneracional de la cárcel y la necesidad consecuente de dar cumplimiento a las normas sobre derechos de niños, niñas y adolescentes.

1 Artículo recibido el 26 de septiembre de 2024 y aceptado el 23 de abril de 2025.

2 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto ANID–Iniciativa Científica Milenio NCS2021_003, titulado “Núcleo Milenio para la Evaluación y Análisis de Políticas de Drogas”, del cual la autora es la investigadora responsable.

* Doctora en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Profesora e investigadora de la U. de Valparaíso.  0000-0001-9620-4910. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alejandra.zuñiga@uv.cl.

Palabras clave:

Drogas, Madres, Extranjeras, Niños.

Abstract:

The use of criminal law as a tool to control drug trafficking has very different consequences for women and men. Since women are the primary caregivers, the impact of prison on the family unit is profound and, in many cases, devastating and permanent. This paper reviews the data on the disproportionate growth of the female prison population as a result of Law N°20.000 and the recent reform on alternative sanctions that prevents judges from granting the expulsion request of foreign mothers. It reviews some legal standards of international law on women offenders. It also examines the intergenerational impact of imprisonment and the urgent need to comply with international and comparative law standards on children's rights.

Keywords:

Drugs, Mothers, Foreigners, Children.

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo del 2023, dos hermanos –una niña de 15 años y un niño de 13– murieron en un incendio que destruyó la casona donde vivían en Valparaíso. Los niños estaban solos pues su padrastro había viajado a Talca para visitar a la madre de los menores, que estaba presa por microtráfico³. De inmediato las noticias se llenaron de acusaciones de abandono y negligencia parental, sin embargo, pocos se preguntaron sobre la responsabilidad que tiene el Estado, y en particular los tribunales de justicia, cuando se priva de libertad a los únicos cuidadores de los niños y, más aún, cuando la madre estaba recluida en una ciudad distinta a la que viven sus hijos ¿qué ocurre con el derecho de los hijos a mantener una relación directa y regular con

3 BIO BIO (2024), s/p.

sus padres encarcelados? ¿Qué obligaciones tienen los tribunales respecto de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a cuyos padres privan de libertad?

Las investigaciones muestran que los niños cuya madre ingresa en prisión de pequeños tienen más probabilidades que sus pares de tener dificultades en el futuro, como involucrarse en delitos, padecer problemas de salud mental, drogadicción, morir antes de los 65 años, ganar menos que sus homólogos cuando sean adultos y dejar de estudiar a una edad más temprana. Además, el hijo de una madre encarcelada experimenta más efectos negativos que el hijo de un padre encarcelado⁴. La evidencia internacional indica que los efectos adversos del encarcelamiento parental son mayores cuando es la madre la que está en prisión pues la mayoría de los niños y niñas viven previamente con ella⁵. Debido a esto, el aumento permanente del encarcelamiento femenino es una preocupación emergente en materia de política criminal y derechos de los NNA.

El número de mujeres encarceladas en el mundo ha crecido cerca de un 60% desde el año 2000, en un porcentaje muy superior al 22% de los hombres en igual período⁶. En Latinoamérica, la principal causa del encarcelamiento femenino es por delitos drogas⁷ y Chile es el país sudamericano con la más alta proporción de mujeres privadas de libertad, con un 8.2% de presas que, en su mayoría, cumplen también condena por delitos de drogas⁸. Según los datos del Ministerio de Justicia y DDHH, cerca de un 57 % de las mujeres que se encuentran recluidas en establecimientos penitenciarios, lo está por un delito asociado con la ley de drogas (Ley N°20.000). Además, aproxi-

4 MINSON (2019), pp. 519-536; BUSH-BASKETTE (2000), pp. 919-928; JOHNSTON (1996); Valenzuela et al. (2012), pp. 307-309; WOLA (2016); HUEBNER y GUSTAFSON (2007), pp. 283-296, y MURRAY, FARRINGTON y SEKOL (2012), pp. 175-210.

5 CREWE et al. (2017), pp. 1359-1378 y EPSTEIN (2014).

6 CASTRO (2019), p. 141.

7 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2023).

8 HIGHEST TO LOWEST-FEMALE PRISONERS (PERCENTAGE OF PRISON POPULATION), s/d.

madamente el 90% de las presas son madres y siete de cada diez tiene hijos menores de edad de los que son el principal sustento⁹. Así, el costo social de encarcelar a una mujer supera con mucho el costo de encarcelar a un hombre¹⁰.

Las normas internacionales de derechos humanos disponen que cuando un tribunal condena a un infractor de ley con responsabilidades de cuidado, tiene el deber de indagar sobre el impacto potencial de la sanción en sus hijos dependientes. El principio del interés superior del niño (en adelante, ISN) y el derecho del niño a la vida familiar requieren de una consideración jurídica específica e independiente por parte de los jueces a la hora de dictar sentencia. Pero ¿cómo debe considerarse en el fallo el impacto probable de la pena en los niños a cargo de la condenada? Más específicamente, cuando un tribunal decide sobre la condena a prisión de una mujer cuidadora ¿cómo debe sopesar el ISN frente a otras circunstancias, como la proporcionalidad de la pena o la seguridad pública?

Varios países del *common law*, Europa y también de Latinoamérica han construido estándares, tanto por vía jurisprudencial, legislativa o reglamentaria, para que los jueces penales discurren sobre el ISN cuando una madre cuidadora corre peligro de ser condenada a prisión. En Chile, sin embargo, no sólo no contamos con estándares, sino que además las recientes reformas legislativas en materia de tráfico de drogas han ido encaminadas en el sentido contrario. Así, la reforma del año 2021 que modificó la Ley N° 18.216 en su artículo 34, impide a los jueces hacer uso de la pena sustitutiva de expulsión a las madres extranjeras imputadas o condenadas por delitos sancionados en la ley de drogas (N° 20.000), vulnerando directamente la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres delincuentes (conocidas como Reglas de Bangkok).

9 CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021), pp. 6, 7, 55 y 56.

10 WOLA (2019), pp. 35 y 36.

En las páginas que siguen se revisa esta problemática analizando, primero, los datos sobre crecimiento desproporcionado de la población carcelaria femenina a consecuencia de la Ley N°20.000 y la reciente reforma en materia de medidas alternativas que dificulta a los jueces acceder a la solicitud de expulsión de madres extranjeras. A continuación, se repasan algunos estándares legales del derecho internacional sobre mujeres infractoras de ley para luego examinar el impacto intergeneracional de la cárcel y la necesidad, consecuente, de dar cumplimiento con el derecho internacional sobre NNA.

2. CRECIMIENTO DESPROPORCIONADO DE LA POBLACIÓN CARCELARIA FEMENINA A CONSECUENCIA DE LA LEY N°20.000

En Chile, la tasa de encarcelamiento femenino ha aumentado desproporcionadamente en los últimos años. Según datos de Gendarmería, las mujeres en la actualidad representan al 7,6% de la población privada de libertad y en su mayoría cumplen condena por delitos tipificados en la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹¹. Así, la entrada en vigor de esta ley en el año 2005 ha afectado principalmente a las mujeres, aumentando su criminalización y encarcelamiento a niveles nunca vistos. De hecho, antes de entrar a regir la Ley N°20.000, el promedio anual de condenadas en prisión se mantenía relativamente estable en 1.300 mujeres, situación que con posterioridad a su publicación aumentó progresivamente hasta aproximadamente 3.400 en promedio anual.

Como veremos, las mujeres pobres, mayoritariamente jefas de familia, se ven tentadas a ingresar a las redes del narcotráfico por los ingresos que se obtienen y porque pueden realizar el tráfico “desde casa”. Se trata de mujeres que acumulan una serie de desventajas sociales combinadas con situaciones de trauma y abuso en sus familias de origen o de sus parejas¹². Además, casi el 90% de las mujeres presas en Chile es madre y más de la mitad tuvo a su

11 GENDARMERÍA DE CHILE (2023).

12 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016); SANHUEZA et al. (2018) pp. 119-145.

primer hijo antes de los 18 años¹³. Asimismo, a diferencia de los hombres, la mayoría de las mujeres privadas de libertad se hacen cargo casi exclusivamente de sus hijos (cerca del 70%)¹⁴ generando, por la suspensión de la maternidad, consecuencias muy perjudiciales a nivel de vínculo afectivo. La evidencia muestra que la principal causa de sufrimiento para las madres encarceladas es por la separación de sus hijos y la angustia que les genera el tener que ejercer control parental desde la cárcel¹⁵.

3. REFORMA A LA LEY DE DROGAS Y ENCARCELAMIENTO DE MUJERES

Las alternativas a la privación de libertad en Chile se gestaron desde comienzos hasta mediados del siglo XX, casi de manera paralela a como se fueron desarrollando en los sistemas comparados. Las razones para su inclusión obedecen especialmente al carácter negativo de las penas privativas de libertad y a la necesidad de buscar mejores formas de reinserción social de las personas condenadas. En el año 1983 se gestó la modificación normativa más importante en la materia a través de la Ley N°18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Según la historia de la norma, la *ratio legis* consistió en el reconocimiento de la cárcel como una institución de contagio criminógeno y al medio libre como el apto para alcanzar la reinserción social y evitar la reincidencia futura. El nuevo ordenamiento contempló la remisión condicional de la pena y nuevas medidas como la reclusión nocturna y la libertad vigilada¹⁶.

En junio de 2012 se modificó la norma a fin de cambiar la denominación de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas”, para saldar así la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica. A partir de ese entonces no se trataron como beneficios, sino que como sanciones que se imponen en forma sustitutiva a la pena privativa de libertad originalmente

13 CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021), p. 5.

14 UNDURRAGA y CÁRDENAS (2014). pp. 286-309.

15 CREWE et al.(2017), pp. 1359-1378.

16 SALINERO y MORALES (2019),pp. 255-292.

impuesta, las que pueden ser revocadas en el evento de ser incumplidas. La reforma también amplió el catálogo de penas sustitutivas: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y expulsión en caso de extranjeros. A la vez que estableció un catálogo de delitos excluidos respecto a los cuales no procedía la aplicación de penas sustitutivas.

El año 2016, en el contexto de la llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”, se dispuso que, en el caso de los extranjeros, se permitiría la sustitución de una pena igual o inferior a 5 años por la expulsión del territorio, en el evento de que el condenado fuera “no residente legal” (además de establecer la prohibición de reingreso al país por un plazo de 10 años). La regulación de la expulsión tuvo detractores durante la discusión legislativa, tanto del mundo parlamentario como académico. Se sostuvo que la reforma implicaba la renuncia del fin de “prevención general de la norma” pues la expulsión no permitiría cumplir con la función disuasiva de las penas al constituir más bien “una real invitación a cometer delito”¹⁷. Por esto, el año 2021 se modifica la Ley N°18.216 en su artículo 34 introduciendo un nuevo inciso por el cual la pena sustitutiva de expulsión no se puede aplicar en el caso de personas condenadas por delitos sancionados en la Ley N°20.000.

En efecto, el artículo dispone:

Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. La sustitución se aplicará respecto del extranjero que resida legalmente en el país, a menos que el juez, fundadamente establezca que su arraigo en el país aconseje no aplicar esta medida, debiendo recabar para estos efectos un informe técnico al Servicio Nacional de Migraciones, el que deberá ser evacuado al tenor del artículo 129 de la Ley de Migración y Extranjería.

17 Ibid.

Y en su parte final, el precepto legal señala que,

No procederá esta sustitución respecto *de los delitos cometidos con infracción de la Ley N°20.000* y de los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, ni de los condenados por los delitos contemplados en el párrafo V bis, de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, del Título octavo del Libro Segundo del Código Penal [resaltado propio].

Si se revisa la discusión legislativa de dicha norma, se puede observar que no se consideró, en modo alguno, el sexo de los condenados ni la afectación de los derechos del niño. La incorporación de una norma que dificulta la sustitución de la pena e impide a las madres extranjeras condenadas por delitos de drogas volver a sus países con sus familias, no tomó en cuenta el *efecto de la reforma en los niños* encarcelados con sus madres que, mayoritariamente, no sólo deben vivir en prisión con ellas, sino que luego de haber formado el vínculo afectivo y de apego más importante, son separados de ellas al cumplir los dos años, generándoles un trauma difícilmente reparable.

Incorporar las preocupaciones de género en la legislación y en la resolución de casos supone considerar, por ejemplo, la importancia que tiene para las madres las medidas alternativas a la prisión destinadas a mantenerlas fuera del circuito carcelario, evitando las nefastas consecuencias que tiene la cárcel para ellas y sus familias. Más aún si se trata de extranjeras que han ingresado a Chile sólo para transportar droga y mantener a sus familias, sin intención migratoria o de residencia y dejando a sus hijas e hijos en su país de origen con la expectativa de volver para continuar con su cuidado.

4. ESTÁNDARES LEGALES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE MUJERES INFRACTORAS DE LEY

La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de la Drogas define las medidas alternativas al encarcelamiento —siguiendo a la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito (UNDOC)— como todas

aquellas medidas (que pueden ser reformas jurídicas, estrategias, programas o políticas) que buscan: i) reducir el procedimiento penal; ii) limitar el uso del encarcelamiento como retribución penal o como sanción, o iii) disminuir el tiempo efectivo de privación de libertad en el caso de encarcelamiento para personas que hayan cometido delitos relacionados con las drogas¹⁸.

En vista de los efectos perjudiciales y contraproducentes del incremento de la población carcelaria, la comunidad internacional sostiene que, a pesar de que el encarcelamiento puede ser necesario en caso de delitos violentos graves, es importante evitarlas políticas penales de mano dura y considerar la implementación de medidas sustitutivas al encarcelamiento y medidas alternativas no-punitivas, tanto en la etapa previa como en la posterior al proceso de justicia penal. Los estándares legales internacionales sostienen que las medidas no privativas de libertad deben considerarse como primer recurso e implementarse de manera que cumplan con los derechos humanos y el debido proceso legal. Las soluciones alternativas que abordan los riesgos y necesidades de las personas que entran en contacto con la ley generarán un mayor rendimiento para las comunidades en términos de cohesión social, reducción de costos y seguridad pública a largo plazo¹⁹.

Las elevadas tasas de crecimiento de la población de mujeres encarceladas, la evidencia sobre sus características criminológicas y sociodemográficas relacionadas con la decisión de delinquir, la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraban ellas y sus hijos, motivaron a la comunidad internacional, desde inicios de los años 90, a prestar mayor atención a las mujeres y niños que se encontraban en prisiones, a fin de identificar problemas y proponer soluciones específicas para ellos²⁰. El año 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes. Estas reglas, conocidas como Reglas de

18 COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (2015), pp. 19-24.

19 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020).

20 VIEDMA (2019), pp. 10 y 11.

Bangkok, consideran las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad de priorizar, en su caso, la aplicación de medidas no privativas de libertad.

La normativa se refiere de forma particular a las mujeres embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel, extranjeras y pertenecientes a grupos minoritarios y pueblos indígenas. Así, sobre las mujeres extranjeras, la regla 53 señala que,

cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente. En estos casos, se estudiará la posibilidad de reubicar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes en su país de origen, en particular si tienen hijos en él.

Sobre las medidas no privativas de libertad, las Reglas de Bangkok abogan para que el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se elabore con reglas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena. Se deben concebir específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas (regla 57). También se respalda no separar a las mujeres de sus parientes y comunidades, prestando especial atención a su historial y vínculos familiares (regla 58). De este modo, cuando sea posible y apropiado, se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo²¹.

La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) y el Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC, por sus siglas en inglés) recuerdan que las políticas de drogas deben ser integrales, tener perspectiva de género y basarse en un enfoque de salud pública y reducción de daños, con estricto apego a las obligaciones de los Estados en materia de

21 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2020).

derechos humanos e inclusión social. Así, se identifican una serie de ejes transversales que no pueden dejar de considerarse en las decisiones que se refieren a los delitos relacionados con drogas en el caso de las mujeres:

-Es fundamental el principio jurídico de que la herramienta penal debe ser utilizada solo como un recurso de última *ratio*. También es imperativo atender el enfoque de transversalización de género en el desarrollo, la implementación y la evaluación en las reformas de la legislación y las políticas de drogas. Puesto que el derecho penal se construye desde una mirada androcéntrica y el sistema penitenciario ha sido pensado por y para hombres, se hace necesaria una revisión con perspectiva de género de los delitos, las penas y los modos en que las personas que transgreden las normas pueden retribuir a la sociedad.

-En aras de minimizar sus efectos colaterales, las políticas de drogas deben reconocer el impacto diferencial e incremental de su aplicación sobre las mujeres y sus familias; las leyes y las políticas de drogas han de tomar en cuenta las condiciones de mayor vulnerabilidad de las mujeres indígenas, afrodescendientes, de la diversidad sexual, y embarazadas y madres con hijos/as lactantes, así como en situación de pobreza, desprotección y exclusión social.

-Las mujeres deberían tener un papel fundamental en la formulación, implementación y evaluación de las políticas de drogas; el enfoque de salud pública que debe guiar las políticas de drogas garantiza que prevalezcan las respuestas de inclusión social y de protección de la salud sobre las de carácter punitivo.

-Las políticas de drogas deben tener un enfoque en el desarrollo humano. Han de implementarse programas de desarrollo económico en áreas rurales donde prevalecen los cultivos dirigidos a mercados ilegales y en áreas urbanas marginadas donde existen mercados de drogas²².

22 WOLA (2016), pp. 35 y 36.

Sobre las extranjeras que, debido a la prisión, quedan detenidas interrumpiendo sus vínculos familiares, sociales e institucionales (como el caso de las “mulas” o correos humanos) se hacen las siguientes recomendaciones:

-Para el caso de mujeres extranjeras, si ellas dan su consentimiento, se debe facilitar que cumplan la condena en su país (mediante la transferencia internacional de personas detenidas por medio de cooperación bilateral). Incluso, se podrían adoptar políticas que sustituyan el procedimiento penal, como el decomiso de la droga y la repatriación al momento del arresto.

-Garantizar el acceso a los beneficios en la ejecución de la sentencia, y al derecho a la no discriminación por su nacionalidad, para obtener los beneficios penitenciarios como progresión de la sentencia, salidas temporales y libertad condicional.

-Desarrollar redes de apoyo social y económico para correos humanos de mujeres extranjeras, y asegurar que tengan acceso a traductores en el proceso legal.

-Activar indagaciones tendientes a establecer los casos en que las mujeres han sido forzadas a portar la droga, y activar mecanismos que garanticen la seguridad de la familia de las mujeres que han sido convertidas en correos humanos²³.

Hay varios ejemplos de políticas alternativas para las mujeres extranjeras que terminan cumpliendo el rol de “mulas”. En España, para penas de menos de seis años, la sentencia puede ser sustituida por su expulsión del territorio español. En Argentina, la ley permite la expulsión de las extranjeras no residentes al cumplir la mitad de la condena²⁴. Los organismos internacionales recomiendan no usar esta medida cautelar en caso de mujeres embarazadas o que tengan a su cargo personas dependientes (hijos, adultos mayores y

23 Ibid.

24 Ibid., p. 35.

personas con discapacidad). En estos casos, su aplicación ha de circunscribirse a la privación de libertad en su domicilio, a libertad vigilada o a la expulsión. Cuando se trata de mujeres madres y embarazadas, el encarcelamiento debe ser el último recurso o incluso debería evitarse por completo.

5. IMPACTO INTERGENERACIONAL DEL ENCARCELAMIENTO DE MUJERES EN SUS HIJOS

Existe evidencia sobre el daño que genera la prisión respecto a los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad. El impacto intergeneracional de la pena se produce cuando el Estado no considera el costo social de la pena pues, cuando se trata de mujeres cuidadoras, los perjuicios de la sanción exceden con mucho a la propia mujer. Las actuales políticas de droga en Chile criminalizan a las familias aumentando su condición de vulnerabilidad. Los estudios muestran el impacto demoledor y de largo plazo del encarcelamiento de la madre en la vida de los hijos²⁵. Y las consecuencias negativas se multiplican cuando la familia vive en el extranjero pues, debido a la distancia y la frontera, se produce un quiebre casi definitivo del vínculo con los hijos. De este modo, la sanción penal deja de ser personalísima y pasa a ser una sanción colectiva, una sanción a las familias. El encarcelamiento además es un factor de riesgo en el desarrollo del comportamiento antisocial de los hijos a consecuencia del trauma de la separación y la desestructuración profunda del vínculo.

La desintegración familiar, en el caso de mujeres extranjeras, se produce porque, aunque ellas buscan la permanencia del vínculo con los hijos, no les es posible mantenerlo debido a la frontera. El contacto frecuente con los hijos es crucial para ellas y disminuye los riesgos de suicidio y agresiones entre las internas. Cuando la distancia les impide recibir visitas, se genera un

25 VALENZUEL Aet al. (2012), pp. 307-309.

riesgo de desenraizamiento y abandono, haciendo peligrar cualquier proceso de reinserción²⁶. En especial, cuando además han sufrido abandono, abusos sexuales y violencia intrafamiliar²⁷.

Casi todas las mujeres manifiestan que lo que más les afectaba de estar privada de libertad es no poder estar con sus hijos²⁸. El dolor por la separación familiar es una constante durante el encarcelamiento, se pierden etapas importantes de sus seres queridos, y a pesar de que las comunicaciones son limitadas, muchas se arriesgan a conseguir y usar un teléfono celular, a pesar de las sanciones asociadas. La suspensión de la maternidad genera angustia y depresión profunda en las mujeres que se ven impedidas de ejercer control parental desde la cárcel²⁹.

Para una niña o un niño, la separación de su madre por la reclusión puede tener un impacto desolador. En muchos casos, la madre es la única persona adulta de la que dependen y la separación puede resultar en situaciones de pobreza extrema, institucionalización o vida en la calle. En 2010, la psicóloga brasileña Claudía Stella realizó un análisis de censos penitenciarios internacionales en el que demuestra que cuando el padre está preso, la mayoría de los niños y las niñas continúan siendo cuidados por sus madres; sin embargo, cuando se trata de un encarcelamiento materno, apenas el 10% queda a cargo de sus padres. Esta diferencia hace pensar en cómo penas igualmente estrictas para mujeres y hombres, van a castigar de diferente manera a hijos e hijas³⁰.

En el caso además de las madres extranjeras privadas de libertad por el delito de tráfico de drogas, los estudios muestran que la mayoría se han involucrado en el tráfico para aumentar sus ingresos económicos al ser jefas de familia³¹. Durante la privación de libertad, son sus madres, hermanas,

26 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016).

27 SANHUEZA et al. (2018), pp. 119-145.

28 Ibid.

29 COLLICA (2010), pp. 314-347; CREWE et al. (2017), pp. 1359-1378.

30 WOLA (2016), pp. 35 y 36.

31 FERNÁNDEZ (2019), pp. 219-234.

cuñadas, en unos pocos casos los padres y hasta vecinas del poblado o la comunidad quienes cumplen el rol de cuidadoras, y en casi todos los casos en los países de origen³². Por ello los niños, junto con perder a su madre, además se enfrentan a cambios que agregan estrés y trauma a sus vidas como el cambio de residencia, abandono del colegio o agresión y victimización escolar. También se producen problema de salud importantes como la depresión y drogadicción³³. En definitiva, para los niños la separación de su madre por la reclusión en la cárcel tiene, casi siempre, un enorme impacto y frecuentemente los hunde aún más en la pobreza, provoca su institucionalización o los obligar a vivir en la calle.

6. ESTÁNDARES LEGALES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE NNA

Las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que se vulneran debido a la reforma del artículo 34 de la Ley N°20.000 son:

Artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los Órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá es el interés superior del niño (...). En todo momento, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del menor, se deberá justificar y documentar la consideración del interés superior.

Artículo 8: 1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Artículo 9: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley

32 ZÚÑIGA (2025).

33 VALENZUELA et al. (2012), pp. 307-309.

y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...) niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir con sus familias y el Estado debe prestar el apoyo necesario para que ello sea garantizado. De requerirse una separación, debe fundamentarse en su interés superior. Ningún niño o niña debe ser separado de su madre a menos que sea absolutamente necesario para su bienestar.

La Constitución chilena declara que la familia es núcleo fundamental de la sociedad (art. 1.2) y reconoce que la familia es objeto especial de protección constitucional. En la misma línea el Tribunal Constitucional ha reconocido “como un mandato para el juez” el tener “siempre” “en consideración principal, al momento de decidir sobre cuestiones de su competencia... el ISN”³⁴.

A su turno, la nueva Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia instituye que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños y que en la interpretación de las leyes y demás normas y reglas referidas a los niños, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales (TT.II.), en especial, la CDN (art. 3). La ley, además, prohíbe cualquier interpretación que afecte los derechos de los niños en su esencia; dispone el derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier condición, entre otras, por aquellas relacionadas con el estatus de sus padres (art. 8); insiste en el rol protector de la familia y en el derecho preferente de los padres a cuidar de sus hijos y dispone que los órganos del estado deben entregar la debida prioridad a los niños en la formación y ejecución de las políticas públicas, en especial, cuando se trate de niños vulnerables (art. 16).

En definitiva, todas estas normas buscan instaurar un simple principio: que una condenada que es cuidadora debe ser sentenciada a prisión sólo si es absolutamente necesario pues los derechos de sus hijos se ven siempre

34 Tribunal Constitucional, Rol N°2867-2015, de 12 de abril de 2016.

comprometidos. Y, además, que los tribunales deben realizar un ejercicio de equilibrio entre los intereses amparados por la sanción penal y el interés superior del niño.

La reforma en comento fue aprobada sin considerar las normas citadas, que exigen a los jueces sopesar, de entre los numerosos factores que generalmente se consideran al resolver la imposición de una pena, las circunstancias personales del condenado, el interés superior del niño y su derecho a la vida familiar. A la luz de la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley de garantías, los jueces debieran tener siempre en cuenta los daños probables causados a los hijos de una imputada a la hora de dictar una sentencia penal, por lo que una norma como la del art. 34 de la Ley N°18.216, que impide a los jueces hacer esa evaluación, resulta inconstitucional.

7. CONCLUSIÓN

El sufrimiento de las mujeres extranjeras en prisión a consecuencia de la reforma a la Ley N°18.216 no cumple ninguno de los objetivos de una política criminal racional y eficiente. Las madres extranjeras, mayoritariamente primerizas y con un perfil criminógeno bajo, no se rehabilitan en prisión ni mejoran su capacidad para mantener a sus familias. Al ser sustancialmente fungibles dentro del escalafón criminal, encerrarlas genera un nulo impacto en la lucha contra el narcotráfico. Es más, la pobreza multidimensional en la que viven con sus hijos favorece un círculo de criminalidad intergeneracional permanente.

El inconmensurable daño que la política de drogas chilena causa a los niños implica una violación de sus derechos humanos. La actual política de drogas causa más perjuicios de los que puede prevenir pues el derecho penal tiene consecuencias muy diferentes para mujeres y hombres. Son ellas las principales cuidadoras de los niños, los enfermos y los ancianos, por lo que las repercusiones del encarcelamiento en los miembros de la familia y la comunidad toda son inmensas, a menudo devastadoras y permanentes.

Para las mujeres extranjeras encarceladas en Chile el impacto de la reforma ha sido enorme. Deportar a las mujeres extranjeras para que cumplan sus condenas en casa, donde pueden estar más cerca de sus familias, les daría una oportunidad. Las distancias se hacen casi insalvables cuando los muros de la cárcel, por no hablar de la frontera de un país, les niegan el derecho a mantener vínculos con sus hijos.

Es urgente reconocer que una gran parte de las mujeres encarceladas por delitos de drogas no son objetivos apropiados, sino actores menores que son castigados como chivos expiatorios de políticas criminales equivocadas. Urge una reforma legislativa adecuada y la formulación de políticas basadas en evidencia y acordes con la normativa internacional de derechos humanos. Dado que mantener juntos a las madres extranjeras y a los niños dependientes puede ayudar a mitigar el impacto del encarcelamiento, las alternativas para esta población merecen una consideración especial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSH-BASKETTE, Stephanie (2000): “The war on drugs and the incarceration of mothers”, en: *Journal of Drug Issues* (Vol. 30, N°4), pp. 919-928.

CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2018): “Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres Privadas de Libertad en Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2022/01/Estudio-Reinserción-Desistimiento-en-Mujeres-WEB.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021): “Datos en perspectiva. Más allá del 8M. La condena penal y social de las mujeres privadas de libertad en Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/5.-La-condena-penal-y-social-de-las-mujeres-privadas-de-libertad-en-Chile.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

COLLICA, Kimberly (2010): “Surviving Incarceration: Two Prison-Based Peer Programs Build Communities of Support for Female Offenders”, en: *Deviant Behavior* (Vol. 31, N°4), pp. 314-347.

COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (2015): “Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas”. Disponible en: <https://www.oas.org/ext/es/seguridad/alternativas-al-encarcelamiento#:~:text=derivaci3n%20o%20remisi3n%2C%20tribunales%20de,en%20enfques%20de%20justicia%20terap3utica> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

CREWE, Ben, HULLEY, Susie y WRIGHT, Serena (2017): “The gendered pains of life Imprisonment”, en: *British Journal of Criminology* (Vol. 57 N°6), pp. 1359-1378.

EPSTEIN, Rona (2014): “Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child”, en: *The Howard League for Penal Reform*. Disponible en: https://howardleague.org/wp-content/uploads/2016/04/HLWP_3_2014.pdf. [Fecha de última consulta: 15.10.24].

FERNÁNDEZ, Francisca (2019): “Mujeres y cárcel: Ser migrante e indígena en el norte de Chile”, en: *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* (Vol. 30 N°2), pp. 219-234.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016): *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad* (Santiago de Chile, Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo).

GARCIA CASTRO, Teresa (2019): “Pretrial detention in Latin America: The disproportionate impact on women deprived of liberty for drug offences”, en: *Women, Drug Policy And Incarceration Policy Brief*. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2019/05/Pretrial-detention-in-Latin-America_June-2019.pdf [Fecha de última consulta: 11.04.25].

GENDARMERÍA DE CHILE (2023): “Estadística general penitenciaria”. Disponible https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html [Fecha de última consulta: 15.10.24].

HUEBNER, Beth y GUSTAFSON, Regan (2007): “The effect of maternal incarceration on adult offspring involvement in the criminal justice system”, en: *Journal of Criminal Justice* (Vol. 35 N°3), pp. 283–296.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2023): “Women Deprived of Liberty in the Americas”. Disponible en: https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad_ENG.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

JOHNSTON, David (1996): “Interventions”, en: GABEL, Katherine y JOHNSTON, Denise (eds.): *Children of incarcerated parent* (New York, Free Press).

KAILAHEIMO-LÖNNQVIST, Sanna; KUJA-HALKOLA, Ralf; LARSSON, Henrik; LICHTENSTEIN, Pauly y LATVALA, Antti (2022): “Parental criminality and children’s educational attainment: A population-based extended family study”, en: *Journal of Criminal Justice* (N°81), pp. 1-7.

KURY, Helmut (2021): “Prisoners and Their Families: The Effects of Imprisonment on the Family”, en: KURY, Helmut y REDO, Slawomir (eds.): *Crime Prevention and Justice in 2030* (Londres, Springer), s/p.

MINSON, Shona (2019): “Direct harms and social consequences: An analysis of the impact of maternal imprisonment on dependent children in England and Wales”, en: *Criminology & Criminal Justice* (Vol. 19, N°5), pp. 519-536.

MURRAY, Joseph; FARRINGTON, David y SEKOL, Ivana (2012): “Children’s antisocial behavior, mental health, drug use, and educational performance after parental incarceration: A systematic review and meta-analysis”, en: *Psychological Bulletin* (Vol. 138, N°2), pp. 175-210.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2020): “Estrategia Hemisférica sobre Drogas”. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/AboutCICAD/BasicDocuments/Estrategia_Hemisferica_sobre_Drogas_OEA_ESP.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

SALINERO, Sebastián y MORALES, Ana María (2019): “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (N°52), pp. 255-292.

SANHUEZA, Guillermo y BRANDER, Francisca (2018): “Las mujeres privadas de libertad en Chile y sus necesidades de intervención”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (N°32), pp.119-145.

UNDURRAGA, Rodrigo y CÁRDENAS, Ana (2014): “El sentido del trabajo en mujeres privadas de libertad en Chile”, en: *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia* (N°9), pp. 286-309.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020): “Prevención del delito y justicia penal. Alternativas al encarcelamiento”. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/CPCJ/E4J_CPCJ_Module_07_-_Alternatives_to_Imprisonment_-_Spanish_-_Final.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

VALENZUELA, Eduardo; MARCAZZOLO, Ximena; STUVEN, Ana María; LARROULET, Pilar y SIMONETTI, Estefanía (2012): “Impacto social de la prisión femenina, en Propuestas para Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2023/02/Impacto-social-de-la-prision-femenina-en-chile.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

VAN WORMER, Katherina y BARTOLLAS, Clemens (2021): *Women and the Criminal Justice System* (New York, Routledge).

VIEDMA, Antonio (2019): “Perspectiva de género y alternativas a las penas de privación de libertad en prisión: estrategias para mejorar los procesos de inserción y abandono del delito de mujeres”. Disponible en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2019/09/09_PERSPECTIVA_DE_GENERO-004.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

WOLA (2016): “Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento”. Disponible en: <https://www.wola.org/es/2023/11/gobiernos-de-america-latina-deben-liberar-a-mujeres-encarceladas-por-drogas/> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra; VARELA, Patricia; BOADO, Renata y ROMERO, Laura (2025): “Impact of the Drug Act on Foreign Mothers Incarcerated in Arica”, en: *Feminist Criminology*, s/p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal de Chile. Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.

Decreto N°100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N°30, aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 213, de 1953, sobre ordenanza de aduanas. Diario Oficial, 4 de junio de 2005.

Decreto N°830, promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.

Ley N°18.216, establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Diario Oficial, 14 de mayo de 1983.

Ley N°20.000, sustituye la Ley N°19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.

Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 65/229, 21 de diciembre de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de abril de 2016, rol N°2867-2015.

¿EXISTEN ELEMENTOS DE BENTHAM Y AUSTIN EN LA DEFINICIÓN DE LEY EN EL CÓDIGO CIVIL?¹

ARE THERE ELEMENTS FROM BENTHAM AND AUSTIN IN THE DEFINITION OF STATUTE IN THE CIVIL CODE?

Carlos Amunátegui Perelló*

Resumen:

El presente artículo analiza la definición de ley del art. 1° del Código Civil, intentando establecer sus fuentes. Al respecto, encontrará que su aparato formal la liga con reflexiones teóricas que, en último término, pueden vincularse con las ideas de John Austin y Jeremy Bentham.

Palabras clave:

Ley, Bentham, Control Constitucional, Soberanía.

Abstract:

This article analyses the definition of statute from article 1 of the Civil Code in order to establish its sources. In doing so, it will find that its formal apparatus links it with the theoretical approximations of John Austin and Jeremy Bentham.

¹ Artículo recibido el 15 de octubre de 2024 y aceptado el 13 de marzo de 2025.

* Doctor en Derecho Patrimonial por la U. Universidad Pompeu Fabra. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia U. Católica de Chile.  0000-0002-7063-2770. Dirección postal: Alameda 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl.

Key words:

Statute, Bentham, Constitutional Control, Sovereignty.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta establecer la posible influencia de la obra de Jeremy Bentham en la definición de ley que Bello incluye en el primer artículo de su Código Civil. Para ello, intentará establecer las fuentes que Bello utilizó en la composición del artículo, dividiéndolo en tres partes, la ley como declaración de voluntad, la ley en su relación con la Constitución y la ley en sus funciones, de mandar, permitir y prohibir, puesto que cada una de estas partes tiene su propio conjunto de fuentes. En ellos, descubriremos algunas interesantes conexiones entre la codificación de Bello y las ideas de Bentham, las cuales terminen por prefigurar algunas de las teorías que paralelamente desarrollará John Austin, uno de los positivistas más destacados del siglo XIX. El método utilizado en cada una de sus partes será histórico crítico, avanzando desde el texto al contexto histórico que le sirve de fundamento.

En el ámbito de las codificaciones decimonónicas, resulta inusual que un Código Civil contenga una definición de la ley. En efecto, ni el *Landrecht* prusiano, ni el *Code Napoléon*, ni el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*, ni el Código de las Dos Sicilias, ni el de Holanda de 1838, ni el Sardo de 1837, ni otros códigos menores² contienen definición alguna de este tipo. En este sentido, la idea de establecer una definición de la ley, en general, dentro de un Código Civil, parece una excentricidad de la codificación de Bello. Sólo dos códigos vigentes a la época de la redacción del Código de Bello contenían definiciones de la ley. El primero, es el Código de las Luisianas, que incluye la siguiente definición en sus artículos 1° y 2°:

2 Podemos mencionar entre ellos el Código del Gran Ducado de Baden de 1839, ni el Código Belga de 1831, ni el Código de Bolivia de 1843, ni el de Dinamarca, ni el de Módena de 1852, ni el de Berna, ni el de Friburgo, ni el de Valais de 1833, ni el de Neuchatel de 1834, ni el del cantón de Soleure de 1848, ni el del cantón de Zurich, contemplan una definición de ley.

Art. 1° La loi est une déclaration solennelle de la volonté législative.

Art. 2° La loi ordonne, elle permet, elle défend elle annonce des récompenses et peines. Elle dispose en général, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses.

El otro es el Código del Cantón de Tesino de 1838 que señala lo siguiente:

Art. 1° La loi est une disposition générale sanctionnée par les représentants du peuple dans les limites et dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel.

En cualquier caso, tal idea tiene un cierto asidero en la tradición didáctica occidental, toda vez que todos los códigos civiles del siglo XIX siguen el modelo institucional gayano-justiniano³. Dicho modelo metodológico, muy posiblemente obra del misterioso jurista de época antonina conocido por nosotros como Gayo⁴, consiste en estructurar la enseñanza del Derecho entorno a tres preguntas fundamentales⁵, quién puede ejercer el derecho (personas, libro I), sobre qué se ejerce el derecho (cosas –libro II, desde 1 hasta el párrafo 99–, donde primero se trata de las corporales y la propiedad, para luego pasar a las incorporales, comenzando por los derechos en cosas ajenas, para luego pasar a las herencias –libro II, párrafo 99 hasta libro III, par–87–, y rematar en las obligaciones –libro III, 88 *in fine*) y, finalmente, cómo se ejerce el derecho (las acciones, en el libro IV). Tal modelo didáctico pasó a la tradición occidental toda vez que Justiniano –o su comisión compiladora, más bien– decidió seguirlo al redactar sus propias Instituciones, dentro del monumental esfuerzo legislativo que resultó en la redacción del *Corpus Iuris*.

3 Al respecto, por todos, véase GUZMÁN (2009), pp. 30-33.

4 Las conjeturas acerca de la personalidad de Gayo son muchas. Van desde un jurista provincial, a un maestro menor de una escuela o, incluso, una mujer, tal vez hija de algún importante jurista, que es nuestra interpretación favorita. Véase WACKE (2008), pp. 63-83. Acerca de Gayo en general, véase: HONORÉ (1962), pp. 12 y ss.

5 GROSSO (1974), p. 5 y GUZMÁN (2008), pp. 2438-2447.

Ahora bien, con el surgimiento del racionalismo en el siglo XVII, el modelo gayano-justiniano fue estimado como un modelo racional, y hasta natural, de organizar los conocimientos jurídicos, por lo que las exposiciones didácticas e incluso académicas de la época tendieron a organizar el tratamiento del derecho privado siguiendo dicho esquema institucional⁶. Tal sistemática fue transmitida a los códigos civiles del siglo XIX, que tendieron a organizarse en cuatro libros, el primero dedicado a las personas, el segundo a los bienes, el tercero a las sucesiones y el cuarto a contratos y obligaciones, toda vez que el tratamiento de las acciones fue relegado a un estudio separado. Considerando que tanto las Instituciones de Justiniano (I. 1.1-2), como las entonces perdidas Institutas de Gayo (Gai 1.1-7) comienzan con una suerte de estudio breve y preliminar sobre el Derecho y sus fuentes, es que la mayor parte de los textos generales sobre el estudio del derecho organizados bajo el esquema institucional hacían lo mismo. En este sentido, la mayor parte de los códigos del siglo XIX solían incluir un título preliminar donde se explicitaban algunas características de la ley, como su vigencia, la necesidad de su publicación y otras particularidades tales. En este sentido, si las características de la ley o su imperio quedaron positivizadas en los diversos códigos civiles, no es por el carácter supletorio de tal rama del Derecho, sino porque la tradición jurídica plurisecular romanista solía tratarlos ahí, a modo introductorio.

No obstante, la mayor parte de las codificaciones del siglo XIX no optaron por definir la ley, sino simplemente por regular sus efectos. La definición de ley, en este sentido, parece una particularidad de las codificaciones inspiradas en la obra de Bello, antes que un fenómeno común en el movimiento codificador de dicha época. Ahora bien, en cuanto a la historia textual de esta definición, la encontramos por primera vez en el Proyecto de 1853 que, como se sabe, fue el primer proyecto completo de Código Civil que fue presentado al gobierno de Chile por el propio Bello, después que la comisión

⁶ Al respecto, véase GROSSI (2010), p. 62.

codificadora de la que formara parte se disolviese, por haber muerto sus integrantes⁷. En su artículo primero disponía⁸: “La lei es una declaracion de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite”.

La disposición recién transcrita presenta alguna de las características que finalmente quedarán en el texto final del artículo, como es la mención acerca de que la ley es una declaración de la voluntad soberana, y también las funciones que eventualmente ejecutaría, esto es, el mandar, el prohibir y permitir, pero en ella no aparece mención alguna a la necesidad de sujeción a las formas establecidas por la Constitución.

Un poco más adelante, leemos en el llamado Proyecto Inédito⁹ la siguiente redacción¹⁰: “La lei es una declaracion de la voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda, prohíbe o permite.”

Adicionalmente, agrega en nota al pie una referencia a *Lei 7, D. De legibus*, que se refiere a Digesto 1.3.7, sobre el cual volveremos más adelante.

Aquí, sí encontramos una referencia expresa a la constitucionalidad de la ley, aunque dicha mención difiere de aquella vigente en Chile, tal disposición parece encaminada en la misma ruta que la redacción final. Finalmente, el

7 Para la historia del Proyecto de 1853, véase GUZMÁN (1982), pp. 341-343.

8 BELLO (1888), p. 3. Toda las citas de los proyectos serán realizadas en ortografía Bello, según se utilizaba oficialmente en Chile en la época.

9 El Proyecto Inédito es un texto que, en verdad, nunca existió. Fue compuesto por Amunátegui Reyes a partir de las anotaciones manuscritas encontradas en cuatro ejemplares del Proyecto de 1853 que fueron utilizadas por la Comisión Revisora que fue nombrada para que corrigiese tal texto a fin de ser presentado el proyecto para su aprobación en el Congreso. No se sabe a quién perteneció cada uno de los ejemplares, pero en uno de ellos se leen las iniciales O.C., por lo que sería posible atribuirlo a don Gabriel Ocampo, quien habría actuado como secretario de la comisión. Miguel Luis Amunátegui Reyes editó estas notas en uno solo volumen y las publicó en el tomo XIII de sus obras completas. Véase: GUZMÁN (1982), pp. 370-375, t. I.

10 BELLO (1932), p. 41.

texto que termina por entrar en vigencia en 1856 en Chile señala: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”¹¹.

En cualquier caso, a fin de analizar la definición, podemos dividirla en tres partes distintas que apuntan en tres direcciones diferentes. La primera es el género al que pertenecería la ley, a las declaraciones de voluntad soberanas. La segunda sería la necesidad de ceñirse al orden constitucional vigente. La tercera parte indica las funciones de la ley, mandar, prohibir y permitir. Cada una de ellas parece tener fuentes distintas, por lo que el análisis separado se encontraría justificado.

2. DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD SOBERANA

La fuente evidente de esta parte de la disposición es, efectivamente, el art. 1° del Código de las Luisianas¹². La idea que la ley es esencialmente un acto de voluntad es antigua, y puede rastrearse sin problemas hasta San Agustín, que afirma sin ambigüedad que la ley no obligaría si no fuese voluntad (*ne lex iuberet, nisi esset voluntas* Ep. 177.5). Ahora bien, la idea que la ley es un acto de voluntad colectivo se encuentra firmemente enraizada en la mentalidad liberal de comienzos del siglo XIX. En último término, podemos sindicar al propio Montesquieu como uno de sus principales difusores. Al efecto, en su clásico *L'esprit de le lois* (1.3) señala, respecto a las leyes civiles, que:

11 La redacción final tomada por el Código Civil de Colombia –art.4° del Código Civil– difiere de la redacción chilena en varios puntos algunos importantes, otros de mera redacción. En primer término, la oración de Bello es descompuesta en dos, separadas ambas por un punto seguido. Así, se suprime “que”, a continuación de la palabra soberana, a fin de mejorar la lectura de la misma, se reemplaza la palabra “prescrita” por “prevenida” y se agrega la voz “Nacional” a continuación de “Constitución”. Ahora bien, el cambio más sustantivo se manifiesta en la segunda oración, donde se señala que el carácter general de la ley no sería sólo mandar, prohibir o permitir, sino también castigar. Las raíces de esta diferencia son profundamente filosóficas, por lo que deberemos explicarlas detalladamente un poco más adelante.

12 *La loi est une déclaration solennelle de la volonté législative.*

*Les forces particulières ne peuvent se réunir sans que toutes les volontés se réunissent. La réunion de ces volontés, dit encore très bien Gravina, est ce qu'on appelle l'état civil*¹³.

En este sentido, la concepción de los actos de legislación como una suerte de manifestación de voluntad común al interior del Estado, parecen formar parte del acervo cultural propio de la Ilustración, al cual tanto Bello, como el legislador de Luisiana parecen simplemente adherir. La idea rival, fruto de la tradición tomista y suarista sobre la razón como elemento fundamental de la ley, no se encuentra esbozada en esta tradición¹⁴. Ahora bien, parece existir una diferencia importante entre la idea de voluntad soberana y voluntad legislativa que uno y otro cuerpo manifiestan. La voluntad legislativa y soberana difieren, en cuanto a que la primera es común a toda entidad de gobierno que tiene facultades normativas, sea que se constituya como una unidad totalmente independiente o que sea parte de una federación, confederación o imperio, mientras que la soberanía es propia de una entidad que no reconoce pertenencia a ninguna otra asociación superior.

En este sentido, hablar de soberanía implica independencia, mientras que la mera facultad legislativa no. Así, la afirmación del Código de las Luisianas es coherente con la integración de tal territorio dentro de una federación de estados superior, como son los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que la derivación de la ley directamente de la soberanía se condice con la independencia de que Chile goza. Así, el artículo en comento refuerza la idea de independencia de los territorios que una vez formaron parte de la Corona de Castilla en Sudamérica, mientras que la voluntad legislativa es

13 MONTESQUIEU (1772).

14 La clásica definición de la q. 90 art. 4 de la *Summa Theologica* es tradicionalmente tomada como punto de partida: *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*.

Podría agregarse al respecto la definición contemplada en las Siete Partidas de ley (P. I.T.1): En estas razones que se muestran todas las cosas cumplidamente según son en el entendimiento que han sido llamadas leyes.

No obstante, al menos para la obra tomista, debemos recalcar que el Aquinate suele utilizar la voz ley como sinónimo de Derecho. Al respecto, véase STRAUSS (1952), 1.3515.

acorde con la incorporación de Luisiana a la federación norteamericana. En cualquier caso, Bello mismo se encarga de aclarar el significado de la voz soberanía en su Tratado de Derecho Internacional, donde declara que la soberanía consiste en la independencia de una nación, y precisamente en que no recibe leyes de otra¹⁵ por lo que el poder legislativo es “actual y esencialmente el soberano”¹⁶. Es más, descompone la soberanía en dominio, en cuanto se refiere al poder del Estado sobre cosas, e imperio, cuando rige sobre personas¹⁷ por lo que la idea queda perfectamente aclarada.

Por último, debemos señalar que la idea de Derecho de Bello, en muchos puntos, parece estar fuertemente influida por las concepciones de Jeremy Bentham sobre la materia. No puede olvidarse que precisamente fue contratado por James Mill para pasar en limpio los desordenados manuscritos de Bentham, que postulaba la construcción de un código universal –el *pannomion*– y que es el creador de tanto la palabra codificación, como del sintagma Derecho Internacional¹⁸.

En efecto, la influencia de Bentham en Bello es interesante de rastrear, toda vez que Bello efectivamente enseñó un curso privado de Legislación Universal bajo el modelo benthamita¹⁹, e incluso escribió un tratado de filosofía –su Filosofía del Entendimiento²⁰– de corte utilitarista. Ahora bien, no obstante la evidente influencia en materia filosófica y teórica, es difícil rastrear una directa tradición benthamita en materia jurídica. No obstante, la definición de ley parece ser uno de los pocos casos en que tal figura se manifiesta, toda vez que es Bentham el primero que vincula la voluntad y la soberanía de una manera explícita, al estilo de la definición del Código Civil: *A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state*²¹.

15 BELLO (1886), p. 28.

16 Ibid., p. 29.

17 Ibid., p. 84..

18 Vid. JANIS (1984), p. 405.

19 Por todos, vid: VICENCIO (2021), pp. 39 y ss.

20 BELLO (1881).

21 BENTHAM (1945) p. 88.

El fragmento es interesante, sobre todo por la vinculación entre voluntad y soberanía a través de la cual delimita la ley, que Bentham es el primero en realizar. Hasta su época, la vinculación era usualmente con el poder legislativo, antes que con la soberanía. Pero esto no es todo, Bentham²², un par de páginas más adelante se dedica a discutir la diferencia entre asociar la ley al poder soberano y al legislativo para concluir:

Such are various sorts of expressions of will to which men would be apt for one reason or other to deny the appellation of a law: such therefore are the points in which the definition here given of that such important word outstretches the idea which common usage has annexed to it²³.

El lector atento habrá notado que la obra que extractamos se publicó sólo en 1945, es decir ochenta años después de la muerte el propio Bello, toda vez que se trata de una edición de manuscritos inéditos pertenecientes a Bentham realizada por Charles Warren Everett. No obstante, dado el conocimiento personal entre ambos, y el hecho que el propio Bello estuvo justamente encargado de realizar el trabajo de puesta en limpio de los manuscritos de Bentham, la influencia es posible, aunque no demostrable. En cualquier caso, las ideas de Bentham penetraron en otro autor importante del siglo XIX que manifiesta expresiones que particularmente resuenan armónicas con aquellas señaladas con Bello. Este es John Austin, uno de los teóricos de Derecho más relevantes e influyentes del positivismo científico. Al respecto, Austin, al igual que Bello, fija la soberanía como fuente de la ley, señalando, al igual que Bello, que esta no es otra cosa que una sociedad política independiente²⁴. Es interesante recalcar que Austin, al igual que Bello, se formó jurídicamente en el círculo de pensadores utilitaristas que orbitaban entorno a las figuras de Jeremy Bentham y James Mill. En este sentido, parecen haber bebido ambos de las mismas aguas. Veremos que la sincronía entre ambos no se limita a la soberanía.

22 BENTHAM (1945), pp. 90-96.

23 Ibid., p. 96.

24 AUSTIN (1998), pp. 191 y ss.

3. LEY Y CONSTITUCIÓN

Hoy resulta una obviedad que la ley debe ceñirse a la Constitución. No obstante, a la época de la redacción del texto del Código Civil esto no resultaba del todo prístino. En primer término, vale la pena recordar que la redacción del Código de la Luisianas no contempla tal requerimiento de constitucionalidad. Ahora bien, el Código del Cantón de Tesino²⁵ sí emplea la expresión exacta de la que se sirve la redacción que entró en vigencia en Chile en 1856 del Código de Bello –*dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel*.

Resulta interesante verificar que a lo largo de los proyectos la disposición fue experimentando variaciones que la van acercando a la idea de sujeción de la ley a la Constitución. En efecto, en la redacción del Proyecto de 1853 no se contempla la constitucionalidad como requisito de la ley, mientras que en el Proyecto Inédito figura una redacción más amplia (“constitucionalmente expedida”), que aquella que finalmente fue adoptada por el Congreso chileno. En efecto, la sujeción de la ley a la Constitución fue, durante el siglo XIX, una materia algo atormentada. Recordemos que la idea de un Derecho sistemático y jerarquizado es obra del positivismo de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX, por lo que al redactarse la disposición en comento no existe, propiamente, una pirámide normativa que establezca una prelación clara en materia legislativa. El mismo Amunátegui Reyes, al comentar la fuerza vinculante de la ley llega a afirmar que: “no importa que se diga que la ley es injusta, inicua, absurda: no importa que se alegue que es inconstitucional; pues, en todo caso, tendrá que ser obedecida: *sic scripta est*”²⁶.

25 Art. 1° *La loi est une disposition générale sanctionnée par les représentants du peuple dans les limites et dans les formes prescrites par l'acte constitutionnel.*

26 AMUNÁTEGUI (1891), p. 174.

En este sentido, la sujeción de la ley a la Constitución es una idea que se encuentra en pleno desarrollo dentro de la ciencia jurídica europea a la época de la dictación del Código. Al efecto, mientras que en la legislación continental no habían aún surgido mecanismos eficaces de control de constitucionalidad, en el *common law* sí que despuntaba la idea de supervisión judicial sobre la constitucionalidad de las leyes. No es casual que el caso *Marbury v. Madison* se haya convertido tempranamente en el eje en torno al cual se construyó la idea de control de constitucionalidad. Al respecto, tales ideas llegan a Bello desde sus estudios de Derecho Internacional, de entre los que destaca su acucioso estudio de los *Commentaries* de James Kent, que fue una fuente que Bello conocía bien y de la que se sirvió en su redacción del Código, especialmente en este título preliminar²⁷. Ahí, en efecto, se encuentra una definición de ley –*statute*– similar a la utilizada por Bello²⁸ en el Proyecto Inédito, pero a continuación de ella se expresa la idea del control de constitucionalidad por el poder judicial, cuestión exótica a la mentalidad continental:

*In this [the United States], and all other countries where there is a written constitution, designating the powers and duties of the legislative, as well as of the other departments of the government, an act of the legislature may be void as being against the constitution. It must conform, in the first place, to the constitution of the United States, and then to the subordinate constitution of its own state, and if it infringes the provisions of either, it is void*²⁹.

Ahora bien, entre tanto, la idea relativa a una necesidad de sujeción a la constitución fue incorporada en términos bastante amplios por Bello a su definición de ley, al punto que en el Proyecto Inédito encontramos la referencia a la necesidad que la ley sea “constitucionalmente expedida”. Lo interesante de este precepto es que, en línea con lo establecido por la

27 *Ad ex*, en el art. 60 que define el domicilio y en el art. 593 relativo al mar adyacente, ambos en la numeración chilena.

28 *Statute law is the express written will of the legislature, rendered authentic by certain prescribed forms and solemnities.* KENT (1826), p. 419.

29 *Ibid.*, pp. 420 y 421.

jurisprudencia norteamericana, la sujeción no se limitaba a la forma, es decir, no se enmarca exclusivamente en la observancia de la ritualidad del proceso nomogenético, sino que parece, más bien, apuntar también al fondo.

Ahora bien, es justamente en este punto en que la redacción sufre un importante cambio, producto de la doctrina influyente francesa, que limita y morigera el control de constitucionalidad de las leyes. Durante el Antiguo Régimen, el poder normativo de los reyes fue sistemáticamente minado por los parlamentos franceses. Estos eran tribunales de apelación, establecidos teóricamente por el rey para imponer el derecho del real sobre las costumbres locales de carácter feudal. Existían trece en Francia y eran sumamente poderosos. En este contexto, cuando una ordenanza real era estimada contraria a los usos y costumbres constitucionales de Francia, los parlamentos de Francia se la representaban al rey, negándose a inscribirla como tal en sus registros. Ante ello, el rey podía emitir un decreto de insistencia y forzarlos a tal acto, pero en muchas ocasiones estos mismos parlamentos volvían a representar el decreto al rey a fin que aclarase su contenido, lo cual derivaba en un abierto conflicto de poderes. Al efecto, incluso en los días previos a la Revolución Francesa, una disputa entre Luis XVI y el Parlamento de París (1787-1788) se agrió hasta tal punto que, forzando la convocatoria de los Estados Generales, fue el antecedente inmediato de la Revolución.

A fin de cuentas, en el medio francés había una actitud eminentemente contraria a que los tribunales revisasen la constitucionalidad de fondo de las leyes. Esto se tradujo en que la idea de proceder a una revisión de la misma fuese dejada a órganos *ad hoc* de carácter político, como el senado consular francés de 1799³⁰ cuyos resultados fueron dudosos. En este sentido, el control constitucional en Francia devino en meramente formal, lo cual se tradujo en la idea que la ley debía respetar las formas constitucionalmente

30 Al respecto, la constitución consular de 1799 dispone en su artículo 20: *Article 21. Il [Sénat] maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le gouvernement: les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes.*

establecidas. Así, leemos en Delvincourt, “*Ce qui y est appelé proprement Loi, est un acte du Pouvoir législatif, rendu dans les formes prescrites par la Charte constitutionnelle*”³¹.

Y, a continuación, se dedica a describir el proceso nomogenético de la ley en su época, sin plantear ni por asomo la posibilidad de establecer la inconstitucionalidad de fondo.

La redacción, como se ve, es íntimamente similar a la del Código del Cantón de Tesino, y probablemente le ha servido de inspiración. La redacción definitiva del Proyecto de 1855 sigue de cerca a Delvincourt y termina por señalar que la ley es manifestada “en la forma prescrita por la Constitución”, redacción final que quedó en el Código de Chile. La redacción final que contempla el Código Civil de Colombia se aparta sutilmente de la chilena en este punto, escogiendo decir que la ley debe ser “manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”, pero mantiene, en cualquier caso, el carácter formal de la sujeción de la ley a la Constitución, y será el desarrollo del constitucionalismo del siglo XX el que venga a crear un verdadero sistema de control de constitucionalidad.

4. MANDAR, PROHIBIR, PERMITIR O ¿CASTIGAR?

La presente es una de las diferencias más notables entre el Código de Chile y el de Colombia, puesto que, donde el primero sólo habla de mandar, prohibir o permitir, el segundo agrega castigar. La explicación es eminentemente histórica y sus consecuencias son relevantes para la Teoría del Derecho. En primer término, es aquí donde entra a jugar la mención realizada por Bello de D.1.3.7, en nota al pie de su Proyecto de 1853. La misma nos reenvía a un texto celeberrimo en la tradición jurídica: *Modestinus libro secundo regularum. Legis virtus hace est imperare vetare permitre punire*. [La fuerza de la ley es esta: mandar, prohibir, permitir y castigar].

31 DELVIN COURT (1834), p. 9.

Como se aprecia, Modestino indica cuatro funciones para la ley: mandar, prohibir, permitir y castigar. En este sentido, la tradición romanista tomó por descontado que estas cuatro son las funciones esenciales de la ley. Al efecto, este era un lugar común de la literatura de la época de la codificación señalar que la ley tenía estas cuatro misiones³².

No obstante, y a pesar del peso de la tradición, ya desde la primera tentativa de definición de ley, enunciada en el Proyecto de 1853, la omisión de la función de castigar figura notoriamente. Es más intrigante aún tal supresión, toda vez que Bello hace un reenvío en su nota al pie justamente al fragmento de Modestino. En verdad, en todo el cuerpo de escritos de Bello no hemos encontrado una explicación convincente para tal separación de la tradición. Una pista interesante se encuentra en uno de los ejemplares del Proyecto de 1855 –hoy en el archivo de la Universidad de Chile³³– que contiene notas manuscritas tomadas aparentemente por don Gabriel Ocampo, quien fue amigo cercano de Bello y actuó como secretario de la Comisión Revisora que reelaboró el Proyecto de 1853 para convertirlo en el Proyecto de 1855, efectivamente presentado al congreso. Junto al artículo 1º se lee una nota manuscrita presumiblemente de Ocampo lo siguiente: “Se ha suprimido el *punire*, porque la ley no castiga, sino que manda castigar.”³⁴

Como se observa, la nota nos reenvía específicamente a los *Eléments du Droit Civil Français* del célebre autor Victor–Napoléon Marcadé, donde podemos leer lo siguiente:

32 Así, por ejemplo, Domat señala: *L’usage et autorité de toutes les loix foit naturelles, ou arbitraires, consiste à ordonner, défendre, permettre, et puni. (cita a modestino) Par.19. Les loix repriment et punissent non seulement ce qui blesse évidemment le sens de leurs termes, mais encore tout ce qui paroissant n’avoir rien de contraire aux termes, blesseroit directement, ou indirectement leur intention, et tout ce qui seroit fait en fraude de la loy, et pour l’é luder.* DOMAT (1689), p. 12.

33 Disponible en línea en <https://libros.chile.cl/568>.

34 MARCADÉ (1844), introd. n°5.

Les Lois, en effet, se divisent en: 1° impératives ou perceptives; 2° prohibitives ou défensives; 3° facultatives ou permissives. [Aparte] Quant à la quatrième classe, qu'on ajoute ordinairement à ces trois premières, celle des lois pénales, elle n'existe pas comme distincte des trois autres... Une loi pénale n'est rien autre chose que le commandement qu'est enjoint aux fonctionnaires du pouvoir judiciaire, de prononcer, et à ceux du pouvoir exécutif d'infliger, telle peine, quand telle violation de loi sera légalement constatée; mais si c'est un commandement, c'est donc une loi impérative³⁵.

La nota es bastante interesante, toda vez que explicaría la aparente omisión de la voz castigar. De acuerdo a Marcade, las punitivas, esto es las penales, no serían un tipo distinto de las tres anteriores, toda vez que su función no sería más que mandar aplicar una pena. Aunque la pista es interesante, en verdad suscita dudas. Aunque Marcade fue un autor relevante a mediados del siglo XIX, su influencia en Bello parece mínima. En efecto, no figura mencionado en las notas de Bello de su Proyecto de 1853, ni en el Proyecto Inédito, ni en las fuentes detectadas en la edición con fuentes del Código de Bello³⁶, y ni siquiera ha sido establecido como fuente en ninguno de los artículos del Comentario Histórico-Dogmático al Libro IV³⁷. Por otra parte, la nota no pertenece a Bello, sino a Ocampo, y no figura en los ejemplares utilizados por Amunátegui Reyes para componer su Proyecto Inédito. Bien puede tratarse de una observación del propio Ocampo acerca de un texto encontrado con posterioridad a la redacción del Código Civil que vino a confirmar las ideas ya plasmadas en él, mas no ser determinante en la concepción de Bello.

35 MARCADE (1844), p. 18.

36 AMUNÁTEGUI (2019), pp. 31 y ss.

37 AMUNÁTEGUI (2023), pp. 21 y ss.

Otra posible fuente para esta omisión se encuentra en Delvincourt, quien sí influyó profundamente en Bello, e incluso en la misma redacción del precepto en cuestión, como ya hemos mencionado. Al respecto, señala: “[...] la *Loi ordonne, défend ou permet. De là, la division des Lois, en impératives, prohibitives, et facultatives*”³⁸.

En sus notas, al mismo respecto, profundiza: “*Nous observerons à l’égard de ces deux espèces de lois, impératives et prohibitives, que toute loi de ce genre doit contenir une sanction. On appelle ainsi, comme nous l’avons dit, la partie de la loi renfermant la peine qui doit être infligée au transgresseur*”³⁹.

Lo que se manifiesta en el texto de Delvincourt es la idea que toda ley implica la posibilidad de imponer un castigo cuando es transgredida, lo cual es significativo. En este sentido, no importaría si la ley manda, prohíbe o permite, cualquier transgresión a ella sería castigada, por lo que, en definitiva, toda ley sería coercitiva. Ahora bien, estas ideas tienen un sabor a positivismo clásico bastante pronunciado, hasta el punto que recuerdan a aquéllas expuestas por John Austin respecto a la coercitividad de la ley⁴⁰.

De conformidad a Austin, justamente todas las leyes son mandamientos (*commands*) que se encuentran respaldados por la capacidad coercitiva del soberano, y en este sentido se pueden distinguir las reglas morales de las jurídicas con nitidez. Ahora bien, al igual que en el caso de la soberanía, las ideas de Bentham pueden rastrearse en las de Austin, toda vez que el primero también entendía que la función de castigar es intrínseca a toda norma jurídica. En este sentido, llega a afirmar: “*In every law must be comprised two things: 1. A specification of the cases in which the punishment is to attach; 2. A specification of the punishment itself: without punishment, no such thing as law: without motive, no such thing as action*”⁴¹.

38 DELVINCOURT (1834), p. 10.

39 Ibid.

40 AUSTIN (1998), pp. 9 y ss.

41 BENTHAM (1945), p. 53.

Resulta significativo que tanto Bello como Austin muestren ideas sincrónicas entorno a aspectos relevantes de la noción de ley, como son la soberanía y la coercitividad. Ambos podrían rastrearse hasta Bentham y es posible que su influencia haya gatillado a ambos pensadores, uno como legislador, el otro como teórico, a llegar a conclusiones similares.

En cualquier caso, el legislador colombiano, percibiendo la desviación de Bello respecto de la ortodoxia teórica de su época, corrige el texto y vuelve a incorporar la antigua función de la ley de castigar –*punire*– como una función autónoma de la ley y no un elemento implícito en cualquier manifestación normativa.

La pregunta que queda, de alguna manera, en el aire, es si verdaderamente toda ley es coercitiva, en cuyo caso la supresión de Bello de la función de castigar tendría sentido, o no, situación en la cual la intervención del legislador colombiano sería pertinente. Naturalmente, esta es una cuestión teórica que no podemos resolver en el presente artículo, pero es interesante constatar que la propia definición de ley resulta relevante para abrir el debate.

5. CONCLUSIONES

Nuestra primera conclusión es que el sistema de fuentes que inspiraron a Bello en la redacción de su definición de ley en el Código Civil es sustancialmente más complejo que aquél que se desprende de la lectura de los proyectos de Código. En efecto, no sólo parece influir en él la cita de Digesto 1.3.7, sino también una pléyade de fuentes adicionales, entre las que contamos al Código del Cantón de Tesino, el Código de las Lousianas y la obra de Delvincourt. Amén de este conjunto de fuentes conocidas y directas, emerge otro conjunto de fuentes que llamaremos indirectas, que parecen constituir el fondo ideológico sobre el cual descansa la concepción teórica de Bello respecto a la ley en general y la codificación en particular. En este fondo, como ya antes ha puesto de manifiesto Vicencio en su trascendental

obra sobre Bello⁴², Bentham emerge como una influencia fundamental en la concepción del Derecho de Bello. En este sentido, creemos haber demostrado la influencia directa de las ideas de Bentham en Bello al respecto de la definición de ley en dos aspectos distintos, en la conexión entre ley y soberanía y en la supresión de la función de castigar, que de acuerdo a Modestino cumple la ley. En ambos aspectos, existe más una sincronía con las ideas de Austin, antes que una influencia. Tanto Austin como Bello tuvieron vínculos de colaboración estrechos con Bentham, y la influencia de este último en ellos es una materia bastante acreditada por sus obras filosóficas. De esta manera, Bentham parece haber sido el factor que gatilló la emergencia de ideas sobre la ley en ambos, que más adelante se darán lugar al primer positivismo jurídico.

En cuanto a la vinculación formal entre ley y constitución que establece la definición de ley de Bello, ésta encuentra su propio sistema de fuentes directas e indirectas. Entre las primeras parecen estar el Código del Cantón de Tesino y la obra de Delvincourt, mientras que indirectamente influyen los Comentarios de Kent y, en último término, la doctrina del *common law* sobre la sujeción de la ley a la constitución que emana del propio caso *Marbury v. Madison*. En este sentido, en la definición de Bello se encuentran las bases para la construcción de la supremacía constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMUNÁTEGUI, Carlos (2019): Código Civil de Chile. Edición Concordada, Anotada y con Fuentes (Valencia, Tirant).

AMUNÁTEGUI, Carlos (2023): Comentario Histórico Dogmático al Libro IV del Código Civil (Valencia, Tirant).

42 Vid. VICENCIO (2021), p. 39.

AMUNÁTEGUI, Miguel Luis (1891): “Definición de Ley”, en: Revista Forense Chilena (Vol. 7 N°1), s/p.

AUSTIN, John (1998): *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge Indianapolis, Hackett).

BELLO, Andrés (1881): “Filosofía del Entendimiento”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.1.

BELLO, Andrés (1886): “Derecho Internacional”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.10.

BELLO, Andrés (1888): “Proyecto de Código Civil (1853)”, en: *Obras Completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile, Pedro G. Ramírez), v.12

BELLO, Andrés (1932): “Proyecto de Código Civil”, en: *Obras Completas* (Santiago de Chile, Nascimento), t. 3.

BENTHAM, Jeremy (1945): *The Limits of Jurisprudence Defined* (New York, Columbia University Press).

DELVINCOURT, Claude (1834): *Cours de Code Civil* (Paris, Videcoq), v.1.

DOMAT, Jean (1689): *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel* (Paris, Coignard).

GROSSI, Paolo (2010): *De la Codificación a la Globalización del Derecho* (Navarra, Thomson Reuters).

GROSSO, Giuseppe (1974): *Problemi sistematici nel diritto romano* (Torino, Giappichelli).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982): *Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho en Chile* (Santiago de Chile, Universidad de Chile).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008): “La tripartición del *omne ius* en *personae res actiones* y la doctrina retórica de las *circumstantiae*”, en: *Revista General de Derecho Romano* (Nº 11), s/p.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009): *Estudios de Historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno-Colombiano* (Medellín, Diké).

HONORÉ, Tony (1962): *Gaius* (Oxford, Clarendon Press).

JANIS, Mark (1984): “Jeremy Bentham and the Fashioning of International Law”, en: *The American Journal of International Law* (Vol. 78 Nº2), pp. 405-418.

KENT, James (1826): *Commentaries on American Law* (New York, Halsted), v. 1.

MARCADE, Victor–Napoléon (1844): *Eléments du Droit Civil Français* (Paris, Cotillon).

STRAUSS, Leo (1952): *Persecution and the Art of Writing* (Chicago, University Press of Chicago).

VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe (2021): “Estudio Preliminar: Las Ideas de Jeremías Bentham en la Obra Jurídica de Andrés Bello y su Influencia en Chile”, en: *Teoría de la legislación Universal, según Jeremías Bentham* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 39-112.

WACKE, Andreas (2008): “War ‘Gaius? Das männliche Pseudonym einer Juristin? Zur Stellung römischer Frauen in Recht und Justiz”, en: OIR (N°12), pp. 63-83.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Código Civil Colombiano, de 1873.

Código Civil de Luisiana, de 1808.

Código Civil del Catón de Tesino, de 1819.

EL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR ¿UN CAMBIO DE TUERCA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL CHILENA?¹

INCIDENTAL BAD FAITH ON THE PART OF THE DEBTOR: A RACHETING UP OF CHILEAN INSOLVENCY LAW?

Nicolás Carrasco Delgado*

Resumen:

Esta investigación tiene como objetivo examinar si el establecimiento del incidente de mala fe del deudor significó un cambio relevante en el diseño que dispuso la Ley N°20.720. En este sentido, se advertirá que la versión original de la Ley N°20.720, estableció un tratamiento propicio a los deudores incluso en los procedimientos concursales de liquidación. Una potente razón para ello se encuentra en el efecto de extinción de los saldos pendientes de créditos que puede lograrse en esos procedimientos concursales. Pues bien, la Ley N°21.563 contempló un incidente de mala fe que limita o impide tal efecto. Así, es útil indagar acerca de si la consagración de ese incidente modifica el diseño inicial, o bien, logra conservar una regulación favorable a los deudores a través de otras modificaciones legislativas.

1 Artículo recibido el 17 de marzo de 2025 y aceptado el 10 de mayo de 2025.

* Doctor en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la U. de Chile.  0000-0001-9026-3266. Dirección postal: Pío Nono N°1, Providencia, Chile. Correo electrónico: ncarrasco@derecho.uchile.cl.

Palabras claves:

Derecho Concursal, Procedimientos concursales de liquidación, Incidente de mala fe del deudor, Eficiencia.

Abstract:

The objective of this research is to examine whether the establishment of bad faith on the part of the debtor meant a significant change in the design as provided for by Law N°20.720. In this sense, it should be noted that the original version of Law N°20.720 provided favorable treatment for debtors, even in bankruptcy liquidation proceedings. An important for this is the effect of extinguishing outstanding balances of credits as a result of these bankruptcy proceedings, since Law N°21.563 considered an incident of bad faith any that limits or prevents such an effect. It is thus useful to inquire as to whether the recognition of this incident modifies the initial design, or whether it manages to preserve a regulation favorable to debtors through other legislative modifications.

Keywords:

Bankruptcy Law, Bankruptcy liquidation proceedings, Incidental bad faith on the part of the debtor, Efficiency.

1. INTRODUCCIÓN

La última reforma a la ley concursal (Ley N°21.563), ha introducido diversas modificaciones, siendo uno de los cambios normativos relevantes la excepción al efecto de liberación de los saldos insolutos que quedan al término del procedimiento concursal de liquidación. Lo anterior ocurrirá en caso de que se declare la mala fe del deudor, consagrando incentivos para que éste se comporte colaborativa y lealmente con sus acreedores antes y durante el procedimiento concursal de liquidación.

En esta materia, la versión original de la Ley N°20.720 contemplaba un tratamiento benévolo al deudor en el procedimiento concursal de liquidación², toda vez que, le permitía acceder al efecto liberatorio mencionado, generando un *freshstart*³. Ese beneficio era mayor que el consagrado en la legislación anterior (Ley N°18.175), que establecía la extinción del saldo insoluto de las deudas del quebrado anteriores a la declaración de la quiebra, siempre que se decretara el sobreseimiento definitivo.

A pesar de que el beneficio es el mismo, era difícil y lento obtener un sobreseimiento definitivo porque se requería que transcurrieran 2 años desde que se aprobara la cuenta definitiva del síndico sumado a la necesidad de que una sentencia penal firme calificara la quiebra como fortuita (lo que podía durar muchísimos años), y que el deudor no hubiese sido condenado por ciertos delitos. En cambio, la Ley N°20.720, produce el mismo resultado con la terminación del procedimiento, sin necesidad de esperar ningún otro proceso ni tiempo adicional.

Sin embargo, ese tratamiento propicio al deudor motivó que éstos iniciaran una gran cantidad de procedimientos concursales de liquidación a pesar de no tener bienes, transformando ese procedimiento en un mecanismo de extinción de obligaciones.

Ello generó intentos por revertir esta situación. En esta línea, ciertos acreedores sostuvieron que los deudores estaban abusando de su derecho a obtener el efecto liberatorio. Como consecuencia, los acreedores promovieron

2 REVECO (2022), p. 355.

3 El tratamiento favorable al deudor también se verificaba en los procedimientos de reorganización: CABALLERO (2017), pp. 347-361. Sobre la idea de “*freshstart*” o “nuevo comienzo”, en la discusión parlamentaria que terminó con la dictación de la Ley N°20.720, se hizo presente ante el Senado en el primer trámite constitucional por la entonces Superintendente de Quiebras al indicar que: “Sin duda, esta iniciativa cambiará la vida de miles de emprendedores, quienes tendrán, por fin, una herramienta legal que los ayude a levantarse ante las dificultades económicas para volver a emprender” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2013), p. 1019.

incidentes que se denominaron de “exclusión de créditos”, que permitieron que ciertas deudas educacionales fueran cobradas y ejecutadas extra concurso de acuerdo con los mecanismos de la Ley N°20.227⁴.

Frente a ese diagnóstico una solución posible era reformar la ley concursal impidiendo el inicio de procedimientos de liquidación cuando el deudor no presente bienes, excluyendo del ámbito concursalllas denominadas quiebras sin bienes⁵.

Una reforma en ese sentido habría evitado tales problemas porque habría determinado que la única vía para perseguir esos créditos habría sido la ejecución individual. Esta última es más rápida y menos costosa que los procedimientos concursales para enfrentar a un deudor que no posee bienes. En este sentido, la antigua Ley N°18.175, disponía que la ausencia de bienes por parte del deudor daba origen al sobreseimiento temporal, que según el artículo 161 significaba que se restituía el derecho de los acreedores a ejecutar individualmente al deudor.

Sin embargo, el legislador optó por establecer un mecanismo sancionatorio al deudor que incurra en ciertas causales que manifiestan falta de colaboración con sus acreedores y una conducta deshonesta hacia la justicia concursal. De esta forma, en este artículo estudiaremos en detalle las causales del incidente de mala fe, indagando en su ámbito de aplicación.

Lo anterior, plantea la duda acerca de si la Ley N°21.563 modifica el propósito inicial pro-deudor de la Ley N°20.720. Para resolver este problema, además de esta breve introducción, se desarrolla el principio de neutralidad (apartado 2), y un par de consideraciones acerca de la clasificación de los procedimientos concursales en favorables al deudor o a los acreedores (apartado 3), lo que entregará un marco analítico para examinar si la normativa concursal chilena establece procedimientos que favorece a alguno de esos

4 CAMPOS y EZURMENDIA (2023), pp. 349-376 y MARTÍNEZ et al. (2022), pp. 187-199.

5 BLASCO (2009), pp. 171-198.

sujetos (apartado 4). En ese contexto, se mencionará que el incidente de mala fe del deudor fue una reacción a la tendencia pro-deudor de la Ley N°20.720 (apartado 5), lo que quedará claro cuando se examine más profundamente sus distintas causales (apartado 6), formulándose luego las conclusiones.

2. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD CONCURSAL

Las vías procedimentales por medio de las cuales un concurso puede alcanzar sus objetivos son la liquidación (que permite realizar la masa activa) y la reorganización (que permite modificar la estructura de capital del deudor para mantener su funcionamiento). Las legislaciones concretizan esos procedimientos y, muchas veces, difuminan las diferencias teóricas entre procedimientos concursales de liquidación y reorganización. Por ejemplo, la doctrina ha advertido que muchas veces las enajenaciones de la masa activa se asemejan más a una reorganización que a una liquidación⁶. Asimismo, en Chile se han identificado reorganizaciones liquidatorias⁷ que alteran las diferencias teóricas entre esos procedimientos.

Ahora bien, desde una perspectiva dogmática, tanto la liquidación como la reorganización se encuentran en condiciones de mejorar la tasa de recuperación de los acreedores en comparación con el recupero que es posible obtener en un procedimiento de ejecución individual. Así, una situación de viabilidad determinará que la mejor solución procedimental es la reorganización⁸; por su parte, de concurrir inviabilidad esa solución corresponde a la liquidación⁹.

6 BAIRD et al. (2007), pp. 3 y 4; BAIRD y RASMUSSEN (2002), pp. 777 y 788 y BAIRD (2004), pp. 71-82.

7 ALCALDE (2018), pp. 353-357.

8 La viabilidad se verifica cuando el flujo de ingresos futuros de un agente económico actualizados en tiempo presente es superior al valor de liquidación de los activos de ese agente.

9 GOLDENBERG (2018), p. 185.

Por lo anterior, la ley debe posibilitar ambas vías, de modo que se opte por el procedimiento que resulte más apropiado para la estructura de capital y de deudas del deudor. Para alcanzar ese objetivo, la mejor opción regulatoria es la neutralidad, es decir, una política legislativa que no contemple incentivos o sesgos *a priori* a favor de alguno de tales procedimientos. El profesor Puga, en línea con lo anterior, define este principio señalando que “una buena ley concursal debe tener por equivalentes tanto una solución liquidatoria como una de reorganización”¹⁰.

Desde una mirada económica, la neutralidad satisface exigencias de eficiencia¹¹, porque los sujetos concursales son quienes se encuentran en mejores condiciones para determinar la vía procedimental que resulte acorde a la masa activa y pasiva, reduciéndose los costos concursales del error de tipo I (liquidar empresas viables) o de tipo II (reorganizar empresas inviables). Ese resultado de neutralidad es más difícil de conseguir cuando la ley favorece un cierto procedimiento; en cuyo caso, las partes del concurso deben derrotar la regulación preferida por el legislador. Si esa posibilidad de derrota opera a un costo elevado (por la necesidad de que intervengan ciertos órganos concursales o por la exigencia de obtener ciertos quórum de aprobación), entonces, el procedimiento preferido por la ley será el que regirá en el caso concreto, a pesar de no ser el óptimo para la estructura de capital y deuda de un deudor en específico.

Una regulación que respeta el principio de neutralidad es la legislación alemana contenida en la *Insolvenzordnung (InsO)*, cuyo artículo 1° explicita el tratamiento igualitario de los procedimientos de liquidación y de reorganización o plan de insolvencia con miras a alcanzar “la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor”¹², al indicar que ello se logrará “por medio de la realización de los activos del deudor y distribución de sus ingresos o por medio de un acuerdo alternativo en un plan de insolvencia”.

10 PUGA (2016), p. 52.

11 Esta idea se manifiesta en la posibilidad de acordar el procedimiento óptimo: SCHWARTZ (1999), pp. 346-348.

12 DASSO (2008), p. 20.

Tal igualdad se demuestra en que compete a los acreedores determinar el curso del concurso (artículo 157 *InsO*¹³), conclusión con la cual está conteste la doctrina¹⁴. Incluso, en caso de que el deudor pida el plan de insolvencia (reorganización), serán los acreedores quienes finalmente resolverán¹⁵. Ahora bien, ese plan de insolvencia examina comparativamente dos estados de recuperación: la tasa de recuperación ejecutando el plan y esa tasa sin plan. Por racionalidad se aprobará el plan si permite una mayor recuperación en comparación con la liquidación, pero si los acreedores no alcanzan ese punto y el mismo es constatable por el juez, entonces, éste lo impondrá¹⁶.

Ese mismo propósito de eficiencia se encuentra en Chile en el caso del acuerdo de reorganización, donde para reducir las asimetrías de información entre el deudor y los acreedores se exige que el veedor emita un informe previo a la votación de un acuerdo (artículos 57 N°8 y 107 Ley N°20.720)¹⁷. En este sentido, si ese informe determina que la reorganización alcanzará un mayor valor probable de recuperación que la liquidación, entonces, es racional que los acreedores aprueben ese primer procedimiento, sucediendo lo contrario si la mayor recuperación proviene de la liquidación.

A partir de lo anterior, la mejor regulación legislativa es dejar, en cada caso, en manos de los interesados la decisión sobre la vía por la cual tramitar el concurso, recurriendo a su racionalidad para disminuir las pérdidas de bienestar que pueden producirse por la elección equivocada de un procedimiento concursal¹⁸. De ahí se desprende la bondad del principio de neutralidad.

13 Este artículo señala que en una junta de acreedores se decidirá si la empresa será cerrada o podrá continuar, pudiendo encargar al administrador formular un plan de insolvencia y determinar sus objetivos. Esa decisión puede ser modificada en otra junta de acreedores.

14 BRAUN (2006), pp. 316 y 317.

15 Artículo 244(1) *InsO*.

16 Ver reglas de prohibición de obstrucción a la aprobación del plan de insolvencia (artículo 245 *InsO*).

17 CARRASCO (2018), pp. 67 y 68.

18 MIESSLER (2015), pp. 31 y 32.

3. DISTINCIÓN ENTRE PROCEDIMIENTOS FAVORABLES A LOS DEUDORES Y PROCEDIMIENTOS QUE FAVORECEN A LOS ACREEDORES

Con todo, es complejo que una legislación respete el principio de neutralidad, según ha sido advertido en Europa¹⁹, y en Estados Unidos²⁰. Por tanto, en la práctica las legislaciones disponen incentivos que terminan favoreciendo o incentivando a los deudores o a los acreedores²¹.

Povelha investigado la manera en que los procedimientos concursales influyen en los incentivos de los partícipes del concurso, clasificando los procedimientos concursales en procedimientos suaves (*soft*) y procedimientos duros (*tough*)²².

La tesis de ese autor se basa en que el deudor es quien mejor conoce su crisis financiera y, por tanto, puede actuar estratégicamente hacia sus acreedores. Por lo anterior, es indispensable que se determine cuál es el procedimiento óptimo para enfrentar ese comportamiento oportunista. Así, los procedimientos suaves serán óptimos si incentivan al deudor para que inicie prontamente el concurso, lo que significará un costo que debe ser pagado con el hecho que el deudor mantendrá la administración de su actividad económica²³, que, a su vez, aumentará su poder de negociación en relación con sus acreedores²⁴. Así, se ha advertido que un procedimiento concursal suave mejora la declaración oportuna del concurso, pero perjudica la tasa

19 VAN SOLINGE y SOEDERHUIZEN (2023), pp. 16-18.

20 EISENBERG y SUNDGREN (1997), pp. 1532-1567.

21 GOLDENBERG (2012), pp. 315-346.

22 POVEL (1999), pp. 660-662. Un ejemplo de procedimiento pro-acreedor es el *Receivership* inglés, ver: ARMOUR y FRISBY (2020) y un ejemplo de procedimientos pro-deudores es el capítulo 11 *Bankruptcy Code*. Mientras que un punto intermedio es el procedimiento *Vergleichsordnung* alemán, ver: GONZÁLEZ-MÉNDEZ y GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ (2000), p. 359.

23 *Ibid.*, pp. 662-674 y 678.

24 En sentido contrario, sosteniendo que una vez iniciado un procedimiento suave pueden surgir intereses de la administración del deudor que sean coincidentes con los acreedores se pronuncian: MILLER y WAISMAN (2005), pp. 155 y 156.

de recuperación de los acreedores²⁵. Las fuerzas opuestas operan en una ley concursal severa, la que demorará la entrada al concurso, pero incentivará al deudor a un mayor esfuerzo en cumplir sus obligaciones.

Tal es la cuestión fundamental que enfrenta la ley concursal y se manifiesta en la última reforma a la ley chilena, la que busca incorporar mecanismos pro-credores, limitando el efecto extintivo de los saldos pendientes. Esa reforma entrega un contenido sancionatorio a ese procedimiento, al mismo tiempo que implementa otras medidas para que ese carácter duro no perjudique el inicio de los procedimientos concursales.

Si miramos este asunto desde los costos del error concursal, se aprecia que una legislación pro-creedora favorece la producción de mayores costos del error de tipo I (liquidar al deudor solvente); mientras una legislación pro-deudora, es proclive a mayores costos del error de tipo II (reorganiza al deudor insolvente). Así, si en un caso concreto la mejor solución es la reorganización, entonces, un sesgo que favorece la generación de costos concursales de tipo I, podría terminar conduciendo a una liquidación si el deudor no logra derrotar las limitantes para la reorganización²⁶.

Al respecto, son variadas las maneras en que la ley concursal puede favorecer uno u otro tipo de costo del error. Así, habrá casos claros donde la ley beneficia alguno de esos costos, por ejemplo, cuando incentiva el inicio del concurso otorgando preferencias al acreedor instante²⁷. En otras situaciones, los incentivos son más sutiles estableciendo una mayor exigencia de requisitos para comenzar un procedimiento en comparación con las exigencias para incoar otro, favoreciendo aquel que presenta menores requisitos de entrada.

25 BAIRD (1997), pp. 1-48 y AGHION et al. (1994), pp. 849-877.

26 CARRASCO (2020), pp. 4-8.

27 Como la preferencia que adquiriría en el derecho español el crédito ordinario del acreedor que solicitaba la liquidación y que transformaba en crédito preferente el 25% del crédito ordinario (artículo 91.6 de la ley concursal previo a la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

En este sentido, la tendencia de una normativa a favor de alguno de los costos del error también puede ser intertemporal, por medio de la comparación que los sujetos realizan frente a cambios normativos. Así, una legislación que favorece incurrir en costos del error de tipo I, pero que luego se modifica haciendo más sencillo recurrir a la reorganización (produciendo mayores costos del error de tipo II), podría conducir a una mayor percepción a favor de la reorganización. Este efecto es más intenso cuando se busca desincentivar un procedimiento por mecanismos de sanción (cuando pasamos de un procedimiento concursal pro-deudor a un procedimiento concursal pro-acreedor) porque los mecanismos sancionatorios producen mejores efectos disuasivos.

Es probable que, en la práctica, ese sea el fin que subyace en la modificación de la Ley N°21.563 que restringe el beneficio de liberación de deudas al término del procedimiento de liquidación.

4. ¿QUÉ SISTEMA CONTEMPLA LA NORMATIVA CONCURSAL CHILENA? UNA REVISIÓN A SU DISEÑO ORIGINAL

Para efectos de avanzar en el tema que trata este artículo acerca de si el establecimiento del incidente de mala fe significó un cambio en el diseño de la Ley N°20.720 respecto del tratamiento que los procedimientos concursales entregaban al deudor, es necesario indagar acerca de si la versión inicial de la Ley N°20.720 establecía un diseño favorable al deudor. En lo sucesivo se examinarán cinco razones que permiten sustentar esta última idea.

4.1. Menores exigencias normativas para el inicio de los procedimientos concursales voluntarios

El primer antecedente que permite afirmar que la ley concursal estableció un diseño favorable al deudor se encuentra en que la versión original de la Ley N°20.720 señaló menores exigencias para el inicio del concurso que es presentado por el deudor en comparación a los procedimientos concursales que se incoan a petición del acreedor.

Lo anterior se demuestra en que, para iniciar los procedimientos concursales de reorganización judicial y extrajudicial, así como para solicitar la liquidación voluntaria de la empresa deudora, no es necesario acreditar insolvencia, cese de pagos o alguna otra demostración de situación patrimonial o económica desmejorada o en crisis.

Como consecuencia, se admitieron concursos meramente preventivos de una potencial insolvencia (donde no mediaba incumplimiento del deudor). Al respecto, la doctrina económica es proclive a este resultado²⁸, lo mismo que los autores que valoran el principio de conservación²⁹, y se opone, en cambio, al entendimiento del concurso como instrumento de última *ratio*³⁰.

Asimismo, el hecho de admitir el inicio de procedimientos concursales sin la concurrencia de un presupuesto procesal específico trajo consigo que el concurso se convirtió en un mecanismo paralelo para cobrar créditos, cumpliendo una lógica similar al juicio ejecutivo y al juicio ordinario. Lo anterior, era más claro si se compara con la legislación concursal anterior a la Ley N°20.720, contenida en el Libro IV del Código de Comercio, donde el inicio de las quiebras siempre requería de un presupuesto objetivo calificado (asociado a un estado patrimonial desmejorado³¹), situación que lo diferenciaba de las exigencias para comenzar procedimientos individuales de tipo ejecutivos u ordinarios.

Pues bien, en contraste con esa realidad normativa, la Ley N°20.720, dispuso que, para iniciar un procedimiento concursal de liquidación forzosa, el acreedor debía fundar su petición en alguna causal del artículo 117, que están asociadas al cese en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo vencido con el solicitante (N°1), o bien, en la existencia de dos o más títulos ejecutivos vencidos sin que haya bienes para responder del crédito

28 HART (2009), pp. 159-161.

29 SANDOVAL (2014), pp. 39 y 40 y PUGA (2014), pp. 21-27.

30 JEQUIER (2010), pp. 17-22.

31 GÓMEZ (2003), p. 146.

dentro de cierto plazo contado desde el requerimiento (N°2), o finalmente, cuando la empresa deudora cierre sus oficinas y no deja mandatario para cumplir sus obligaciones (N°3).

Respecto de ellas, la doctrina ha entendido que, en presencia de cesación de pagos, el concurso es una alternativa al juicio ejecutivo. Si bien, el profesor Puga señala que esta regulación conduce a la “desnaturalización del proceso concursal”³², también reconoce que la Ley N°20.720 amplió la posibilidad de pedir un concurso, lo que es compartido por la doctrina³³.

Es interesante que la jurisprudencia percibió que esas consideraciones configuraban un sistema pro-deudor. Como consecuencia, reaccionaron por medio de una interpretación restrictiva de las exigencias que los deudores debían cumplir para acudir al procedimiento concursal de liquidación voluntaria. La razón para esa reacción fue que los tribunales advirtieron el desbalance que se producía entre los intereses de los deudores y los acreedores, porque los primeros accedían a un beneficio a costa de los segundos.

La primera reacción se manifestó en que los tribunales de instancia exigieron insolvencia del deudor para iniciar un procedimiento concursal. Sin embargo, los tribunales superiores frenaron esas decisiones, señalando que el legislador había descartado ese requisito como causal para iniciar una liquidación³⁴.

La segunda reacción exigió que el deudor acompañara un listado de los juicios incoados en su contra. De este modo, si el deudor no tenía ejecuciones, entonces, los tribunales entendieron que no procedía el inicio de la liquidación. En esta línea, se pronunció el 17° Juzgado Civil de Santiago, en la causa rol C-34427-2017 que rechazó una solicitud de liquidación voluntaria, sosteniendo que el deudor solicitante no cumplía con la exigencia

32 PUGA (2014), pp. 57 y 58.

33 GOIC (2023), p. 154.

34 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°16-2017, de 27 de septiembre de 2017. Considerando 4°.

impuesta por el antiguo artículo 115 N°3 de la Ley N°20.720 al no incluir una relación de sus juicios pendientes. Sin embargo, la Excelentísima Corte Suprema, revocó esa decisión sosteniendo que la sola solicitud de liquidación voluntaria “debe ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia que lleva a iniciar un procedimiento de ejecución universal, precisamente por estimar que dicha situación no es superable”³⁵. Esta decisión ha sido recogida favorablemente por la doctrina³⁶, y sigue lineamientos que habían sido formulados por algunos autores³⁷.

Las reformas de la Ley N°21.563 buscaron reforzar esta primera manifestacional señalar que el deudor debe realizar una “relación de sus juicios pendientes” (artículo 155 N°4 de la Ley N°20.720), solamente en caso de que “los hubiera”.

4.2. Conversión procedimental

La segunda muestra de que la versión original de la Ley N°20.720 consagró una legislación pro-deudora, se encuentra en que el procedimiento concursal de liquidación forzosa puede mutar a un procedimiento concursal de reorganización en diversas oportunidades. Por tanto, el procedimiento concursal que inicia el concurso no necesariamente es el procedimiento concursal que lo concluye.

Esta idea también está presente en el caso del procedimiento concursal de reorganización, pero bajo la lógica sancionatoria de generar una liquidación refleja³⁸. En cambio, cuando el cambio ocurre desde una liquidación a

35 Corte Suprema, Rol N°20.607-2018, de 11 de julio de 2019. Considerando 7°.

36 BARCELÓ (2020), pp. 365-373.

37 CONTADOR y PALACIOS (2015), p. 143.

38 QUIJANO (2023), p. 22. Estos supuestos corresponden a un acuerdo de reorganización, o bien, a la declaración de nulidad del acuerdo (artículo 100 de la Ley N°20.720), o finalmente, si se ha acogido una o más causales de impugnación del acuerdo de reorganización y no se presente una nueva propuesta (artículo 89 de la Ley N°20.720). En cualquiera de esos casos siempre el deudor tendrá el derecho de discutir la procedencia del supuesto que conduce a la

una reorganización se busca favorecer la subsistencia del deudor, de modo que la conversión opera como un incentivo al deudor al darle más de una oportunidad para reorganizarse.

Esta posibilidad de conversión ocurre en dos oportunidades. La primera acontece cuando el deudor se acoge al procedimiento concursal de reorganización judicial durante la audiencia inicial del procedimiento concursal de liquidación, según el artículo 120 N°2 letra a) de la Ley N°20.720. Esta opción es una alternativa dominante del deudor porque a la fecha de optar por acogerse al acuerdo de reorganización judicial no requiere contar con ningún porcentaje de apoyo de los acreedores. A pesar de ello el deudor accederá a dos beneficios: por una parte, demorará la declaración de liquidación, la que sólo podrá decretarse una vez que no se logren los quórum para aprobar un acuerdo de reorganización judicial (artículo 96 de la Ley N°20.720); y, por otra parte, se verá beneficiado con la protección financiera concursal que lo inmuniza respecto de cualquier ejecución que se inicie en el futuro, suspendiendo, además, las ejecuciones ya iniciadas³⁹.

La segunda oportunidad para acceder al procedimiento concursal de reorganización judicial en el marco de un procedimiento concursal de liquidación se extiende hasta que se notifique la nómina de créditos reconocidos (artículo 257 de la Ley N°20.720). En este caso, nuevamente existe una posición dominante del deudor porque la ley ordena que presentada esta

liquidación refleja. Este derecho de oposición no es posible de ser invocado, cuando el deudor es el que solicita la conversión procedimental desde el procedimiento concursal de liquidación al procedimiento concursal de reorganización.

39 La Ley N°20.720, describe la protección financiera concursal, en su artículo 1 N°31, entendiéndola como: “aquel período que esta ley otorga al deudor que se somete al Procedimiento Concursal de Reorganización, durante el cual no podrá solicitarse ni declararse su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en los juicios de arrendamiento. Dicho período será el comprendido entre la notificación de la Resolución de Reorganización y el Acuerdo de Reorganización Judicial, o el plazo fijado por la ley si este último no se acuerda”. Al respecto, el profesor Gonzalo Ruz, señala que la protección financiera legal corresponde a una “prerrogativa legal, automática e irrenunciable, esto ya que existe como un incentivo para que la empresa deudora que busca su reorganización pueda mantenerla en funcionamiento.” RUZ (2017), p. 256.

solicitud se debe dar curso a ella en términos que el juez fijará fecha, lugar y hora para la celebración de la junta de acreedores que debe pronunciarse sobre su propuesta. A diferencia de la primera oportunidad, en este caso, el deudor no tendrá el beneficio de la protección financiera concursal, pudiendo afectarse la viabilidad de alcanzar un acuerdo de reorganización judicial porque la mantención de ejecuciones en paralelo (en específico de los acreedores garantizados⁴⁰) reduce las chances del deudor de ofrecer un acuerdo que incluya activos con los cuales generar una reestructuración eficiente.

Cabe mencionar que la Ley N°20.563 no modificó la regulación respecto de esta materia. Asimismo, mantuvo la misma normativa sobre el tercer aspecto que se examinará a continuación:

a) La doble chance de reorganización

La doctrina ha denominado como “doble chance de la reorganización”⁴¹, a la posibilidad que tiene el deudor de insistir en un procedimiento de reorganización, durante la tramitación del procedimiento concursal de liquidación refleja iniciado luego de declararse incumplido un acuerdo de reorganización anterior.

Se trata de una sucesión temporal de procedimientos, que presenta la siguiente secuencia: primero se inicia un procedimiento concursal de reorganización (momento 1), luego se declara incumplida o nula esa reorganización (momento 2), y, durante el procedimiento concursal de liquidación que se inicia reflejamente como consecuencia de la declaración de incumplimiento o nulidad, se solicita el inicio de un nuevo procedimiento concursal de reorganización (momento 3).

40 Esta posibilidad de ejecución subsiste para los acreedores hipotecarios y prendarios respecto de los bienes gravados con hipotecas o prenda (artículo 135 inciso 2° Ley N°20.720).

41 NÚÑEZ y CARRASCO (2014), p. 61.

Es posible apreciar que en el momento 2, subyace la constatación que la restructuración del activo y del pasivo concursado no permitió satisfacer las exigencias crediticias que se proyectaron con ese acuerdo en el momento 1, siendo equivocado el análisis prospectivo contenido en el informe del veedor sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo de reorganización⁴².

En presencia de una doble chance de reorganización ocurrirá un costo del error de tipo II porque hubo una preferencia por un procedimiento concursal que demoró la liquidación y, por tanto, la satisfacción en tiempo presente de los créditos. Con todo, a pesar de verificarse un error concursal de tipo II, no se impide que el deudor presente una nueva propuesta de reorganización (supuesto 3). Por tanto, esta regulación es proclive al deudor al posibilitar que se demore nuevamente la satisfacción inmediata de los acreedores (por medio de la liquidación) a favor de una segunda adecuación de la capacidad productiva del deudor (a través de una reorganización) que, eventualmente, producirá beneficios futuros para pagar a sus acreedores.

b) El beneficio de extinción de los saldos pendientes de las obligaciones

La muestra más fidedigna del carácter favorable al deudor de la Ley N°20.720 es el beneficio de la extinción del saldo pendiente de las deudas una vez concluido el procedimiento concursal de liquidación. En la versión inicial de esa ley, los autores señalaron que este beneficio se debía otorgar a cualquier deudor sin importar la colaboración prestada a sus acreedores antes o durante el procedimiento. Además, se extendía a todo crédito, cualquiera haya sido su naturaleza⁴³. Al respecto, el artículo 255 inciso 1°, en su versión original, contemplaba un *discharge* que operaba *ipso facto* con la sola ejecutoriedad de la resolución de término. La doctrina no dudó en considerar que este beneficio explicaba la gran cantidad de procedimientos

42 CARRASCO (2020), pp. 15 y 16.

43 CABALLERO y GOLDENBERG (2021), p. 49.

concursoales de liquidación que se habían iniciado. La razón se encontraba en que la extinción de los saldos pendiente correspondía a un incentivo relevante para el deudor⁴⁴.

Según hemos adelantado, esa norma fue modificada por la Ley N°21.563, que para reducir el beneficio creó la institución de la mala fe del deudor, de modo que, de declararse esa mala fe se producirá una limitación total o parcial del efecto extintivo. Esta última reforma restituye al procedimiento concursal de liquidación su connotación pro-acreedora. La consecuencia que podría derivarse de ello es una disminución de la cantidad de liquidaciones. Sin embargo, la Ley N°21.563, introdujo otras dos modificaciones que compensan ese efecto.

En primer lugar, se contempló procedimientos concursales de liquidación simplificada para la persona deudora y para la empresa deudora⁴⁵, introduciendo adecuaciones al tamaño de ciertos deudores, con menos trámites, reducción de exigencias, y, probablemente, disminución de tiempos de tramitación⁴⁶.

La segunda modificación, se tradujo en una nueva conceptualización de la empresa deudora excluyendo a algunas personas naturales que, bajo la anterior redacción, se entendían formar parte de ese concepto. De esta forma, se permite que personas naturales puedan instar a un procedimiento de liquidación más adecuado para la naturaleza de sus obligaciones. En este sentido, en la versión original se generaba el problema que personas naturales

44 *Ibid.*, pp. 47 y 48.

45 Respecto de la empresa deudora es necesario que ella califique como micro o pequeña empresa de acuerdo con el artículo 2 Ley N°20.416 (son microempresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no superen las 2400 UF en el último año calendario; y pequeñas empresas aquellas cuyos ingresos sean superiores a 2400 UF y no excedan de 2500 UF en el mismo periodo) y con el artículo 505 bis Código del Trabajo (es micro empresa aquella que tuviera contratado de 1 a 9 trabajadores y pequeña empresa aquella que tuviera contratado entre 10 a 49 trabajadores).

46 Este mismo objetivo estuvo presente en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.720, según se puede apreciar de múltiples referencias que constan en la discusión parlamentaria, entre otras: BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL (2013), pp. 6, 119, 124, 255, 257, 339, entre otras.

eran consideradas empresas, pero se presentaban al procedimiento señalando que su pasivo estaba conformado por deudas de consumo, educacionales y otras que no son habituales de un giro empresarial⁴⁷. Este cambio era algo reclamado por la doctrina nacional que instaba por una solución concursal para el sobreendeudamiento de personas naturales⁴⁸.

Lo interesante es que ambas modificaciones favorecen que deudores que, bajo la redacción inicial de la Ley N°20.720, no concurrían al concurso, ahora lo hagan. Así, a pesar de que la liquidación haya restablecido su carácter pro-acreedor (por el incidente de mala fe del deudor), de todas formas, se seguirá usando mayoritariamente los procedimientos concursales de liquidación voluntaria, según se refleja de los datos obtenidos desde la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento⁴⁹.

Tabla N°1: Número de procedimientos concursales de liquidación (2021-2024)

	2021	2022	2023	Enero-agosto 2024	Total de liquidaciones 2021-agosto 2024 por tipo de procedimiento
Procedimiento de liquidación voluntaria de persona deudora	3481	2288	1775	27	7571
Procedimiento de liquidación voluntaria de empresa deudora	1273	861	901	133	3168

47 GUEVARA (2024), pp. 41-45.

48 CABALLERO (2018), pp. 135-140.

49 No se examinan datos sobre liquidaciones forzosas porque se está estudiando la incidencia de la reforma de la Ley N°20.563 en los deudores.

Procedimiento de liquidación voluntaria simplificada de persona deudora			519	2874	3393
Procedimiento de liquidación voluntaria simplificada de persona deudora			23	190	213
Total de procedimientos concursales de liquidación	4754	3149	3218	3224	

Fuente: <https://www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/observatorio-estadistico-superir/>

En la tabla N°1 se indica en la primera columna los distintos procedimientos concursales de liquidación existentes, mientras que en las columnas sucesivas se señalan los diversos años comprendidos en ella. La última columna registra el número total de los distintos tipos de procedimientos concursales de liquidación; mientras que en la última fila se contiene el número total de procedimientos concursales de liquidación iniciados, cualquiera sea su tipo o categoría.

En la tabla anterior se aprecia que el número de procedimientos concursales de liquidación durante el año 2024 es mayor que el número de liquidaciones tramitadas durante los años 2022 y 2023 (ver última fila). Asimismo, se constata que el procedimiento concursal predominante es el procedimiento concursal de liquidación simplificada de la persona deudora que corresponde al cauce procedimental favorecido por las dos reformas que compensaron el efecto pro-acreedor del incidente de mala fe del deudor. Así, ese procedimiento representa el 89% de todos los procedimientos concursales de liquidación voluntaria iniciados el año 2024. Esto último se debe a que

ese procedimiento permite una tramitación más rápida que el procedimiento de liquidación voluntaria de la persona deudora, la que sumado a la mayor cantidad de personas naturales que serán parte del concepto de persona deudora, permitirá encausar una mayor demanda potencial de personas que pueden incoar liquidaciones voluntarias en comparación con el procedimiento concursal de liquidación voluntaria de la empresa deudora.

De esos datos se puede concluir que el aumento en el número de procedimientos concursales de liquidación da cuenta que el establecimiento del incidente de mala fe del deudor solo desincentivará a aquellos deudores que han perjudicado los intereses patrimoniales de sus acreedores y que puedan incurrir en causales de mala fe, según se pasa a examinar.

5. ANTECEDENTES Y RAZONES QUE MOTIVARON LA REGULACIÓN DEL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR

A continuación, se indagará los antecedentes que justificaron el establecimiento del incidente de mala fe del deudor y las posibles implicancias de su regulación respecto del *ne bis in idem*.

5.1. Antecedentes legislativos

En la versión inicial del proyecto que condujo a la Ley N°21.563, ya se disponía una modificación al *discharge* de la Ley N°20.720, limitando su procedencia, desde dos perspectivas.

En primer lugar, se contemplaba que ciertas obligaciones no iban a quedar comprendidas dentro del efecto de liberación de deudas que generaba la resolución que ponía término al procedimiento de liquidación (obligaciones alimentarias y aquellas provenientes de delitos o cuasidelitos penales o civiles).

Y, en segundo término, se dispuso la regulación de un incidente de mala feque, en su descripción inicial, era concebido como un mecanismo por medio del cual los acreedores podían solicitar tal declaración, “cuando los antecedentes declarados por éste sean falsos o incompletos, o el deudor haya cometido actos ilícitos como la destrucción de bienes durante el procedimiento”⁵⁰.

De modo complementario se incrementaban las exigencias al deudor, con miras a favorecer su cooperación y una conducta acorde con las exigencias de buena fe procesal. En este sentido, se disponía que el deudor debía acompañar una declaración jurada y otros antecedentes no exigidos en la versión primigenia de la Ley N°20.720⁵¹. Por lo anterior se consagraron deberes al deudor asociados a la entrega de bienes y antecedentes, bajo apercibimiento de multas o arrestos (artículo 169 inciso 1° de la Ley N°20.720). Asimismo, la falta de la colaboración respecto de esos aspectos facultaba al liquidador para solicitar la declaración de mala fe del deudor (artículo 169 inciso 2° de la Ley N°20.720).

Ahora bien, el proyecto consagraba dos supuestos de procedencia de este incidente. El primero, refería a la circunstancia de que “los antecedentes documentales o la indicación de los activos del deudor informados (...) sean incompletos o falsos” (que en esencia corresponde a la redacción del actual artículo 169 A N°1 de la Ley N°20.720), y, el segundo, permitía esa declaración cuando “No se hubiere facilitado o se haya retenido y ocultado información o destruido bienes o documentos antes o una vez iniciado el procedimiento concursal”, que, según veremos, originó las actuales causales del incidente de mala fe de los numerales 2 y 3 del artículo 169 A de la Ley N°20.720.

50 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 9.

51 Los cuales quedaron finalmente regulados en los artículos 115, 273, y 273 A de la Ley N°20.720.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional ante el Senado, se agregaron la tercera y cuarta causal del artículo 169 A, sin que haya existido mayor discusión al respecto⁵².

Finalmente, por medio de una indicación complementaria realizada en el segundo trámite constitucional ante el Senado, en el contexto del segundo informe de la Comisión de Economía, se incluyó la quinta causal asociada a la declaración de mala fe cuando el deudor hubiera sido condenado en un procedimiento penal por la comisión de un delito concursal⁵³.

En la discusión parlamentaria se sostuvo que el establecimiento de este incidente mejoraba la posición procesal del acreedor en desmedro del deudor. Esta observación es correcta, pero no corresponde asociar a ella una valoración negativa desde una perspectiva concursal, en la medida que el tránsito hacia una legislación pro-creedor mejora la tasa de recuperación de los acreedores.

Por otro lado, también se advirtió que, en comparación con los delitos concursales el incidente de mala fe del deudor generaba un “reproche anticipado de la conducta ilícita, con un estándar más bajo (sana crítica) y la sanción es solo el restablecimiento del derecho al acreedor, sin multas o indemnizaciones adicionales”⁵⁴.

La cita anterior requiere aclaraciones. En primer lugar, es incorrecto señalar que el estándar de prueba aplicable en la especie es la sana crítica porque la sana crítica es un sistema de valoración y no un estándar de prueba⁵⁵, en tanto permite establecer el grado de confirmación de una determina hipótesis de hecho, pero no nos indica si esa hipótesis se tiene por cierta en el proceso (cuál es la finalidad del estándar de prueba). En cualquier caso,

52 Por medio de una indicación sustitutiva que recayó sobre esa norma en el trámite referido, según consta en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 389 y 390.

53 El texto de esa causal corresponde a la redacción final en la ley aprobada.

54 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 78.

55 LASO (2009), pp. 144 y 145.

tanto en un proceso penal como en un incidente de declaración de mala fe del deudor gobierna el mismo mecanismo de valoración de prueba. Sin embargo, existe una diferencia respecto del estándar porque en el incidente de declaración de mala fe rige un estándar de preponderancia de prueba, y no el estándar penal de convicción más allá de toda duda razonable del artículo 340 del Código Penal⁵⁶.

Además, esa cita yerra al señalar que se verifica un reproche anticipado de una conducta ilícita, porque en caso de que las acciones realizadas por el deudor sean constitutivas de delito, la decisión que respecto de ellas se adopte no incide en la posterior persecución y enjuiciamiento criminal, el que deberá ser llevado a cabo con todas las garantías del proceso penal.

Otra observación realizada durante la tramitación legislativa provino desde la Excelentísima Corte Suprema que, en el informe emitido en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, observó que no se exceptuaban de la declaración de mala fe los “deudores que hayan incurrido en las conductas por errores excusables”⁵⁷. Esto podría implicar que la sola verificación de las causales sea suficiente para configurarlas, equiparándose así errores excusables a los actos dolosos. Sin embargo, esta última interpretación es excesiva y no proporcional, toda vez que, pueden existir errores completamente excusables de parte de los deudores que, de ser advertidos y corregidos oportunamente por ellos mismos y siempre que no perjudiquen la tasa de recuperación de los acreedores, no deberían generar ningún reproche vía incidente de mala fe. En efecto, en estos casos, no habría ningún comportamiento desleal del deudor al advertir el error y corregirlo. Como consecuencia no se produciría ninguna afectación en los intereses patrimoniales de los acreedores.

56 CARNEVALI Y CASTILLO (2011), p. 80.

57 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 403 y 546.

A pesar de lo anterior, quienes promovieron el establecimiento del incidente de mala fe insistieron que todas las causales que justificaban su declaración eran objetivas y que se basaban en omisiones manifiestas de parte del deudor, sancionándose “la ocultación, falsedad, la destrucción de bienes o antecedentes”⁵⁸.

Sin embargo, se replicó que el propósito sancionatorio ya estaba satisfecho con la regulación de los delitos concursales y las acciones revocatorias⁵⁹, de modo que se corría el riesgo que un mismo hecho o acto fuera sancionado por dos mecanismos distintos. Esto último generó la duda acerca de si la regulación examinada infringe la prohibición de punición múltiple, según se pasa a examinar en el apartado siguiente.

a) Potencial infracción a la prohibición de punición múltiple

La doctrina sostiene que se vulnera la prohibición de punición múltiples cuando existe una aplicación acumulativa de sanciones que sea indicativa de una redundancia incongruente con el juicio de desaprobación jurídica del actuar de que se trate⁶⁰. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la acumulación de sanciones en regímenes diferentes, como el penal y el administrativo, estimando que es posible la aplicación acumulativa siempre que la valoración de la conducta sea única.

Por ejemplo, en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ha resuelto que no concurre punición múltiple frente a sanciones administrativas y penales por un mismo hecho, en la medida que las distintas sanciones y los distintos órganos que las aplican ponderen la conducta como una sola, existiendo solo una diversificación respecto de los órganos que sancionan⁶¹.

58 Ibid., pp. 106 y 107.

59 Ibid., p. 75.

60 MAÑALICH (2014), p. 559.

61 Tribunal Constitucional, Rol N°3.054-2016, de 2 de junio de 2023. Considerando 62°.

A ello se ha agregado que no se verificaba una infracción a tal prohibición en la medida que sean diversos los bienes jurídicos perseguidos con las distintas sanciones⁶².

En esta línea, Ossandón ha agregado que para configurar una infracción al *ne bis in idem* es irrelevante la circunstancia de que la duplicidad de sanciones sea impuesta por un mismo órgano o tribunal o por diversos órganos en aplicación de estatutos jurídicos diversos⁶³. Lo anterior, tiene importancia a propósito de la declaración de mala fe porque la eventual duplicidad de sanciones puede acontecer, por una parte, por la sanción penal por un delito concursal y, por otra parte, por las sanciones adoptadas en un procedimiento concursal al acogerse una acción revocatoria concursal y al limitarse la extinción de los saldos insolutos como consecuencia de la declaración de mala fe. Ahora bien, para configurar una infracción al *ne bis in idem*, es necesario que todas esas decisiones conlleven la imposición de sanciones⁶⁴, lo que es evidente en el caso de los delitos concursales, las acciones revocatorias y el incidente de mala fe⁶⁵.

62 “Si el fundamento de las dos sanciones obedece al mismo bien jurídico, sin duda se estará frente a una doble punición, en cambio, si obedece a bienes jurídicos diferentes, como en el caso de autos, no se estará frente a una infracción al principio *ne bis in idem*, sino simplemente a la respuesta del ordenamiento jurídico frente a un hecho de diversa naturaleza, realizado en el contexto del mismo acto reprochado.” Tribunal Constitucional, Rol N°12.539-2021, de 3 de noviembre de 2022. Considerando 22°. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N°21.054-2020, de 28 de septiembre de 2020. Considerando 8°. También, Tribunal Constitucional, Rol N°12.527-2021, de 3 de noviembre de 2022. Considerandos 17° y 41°.

63 OSSANDÓN (2018), pp. 963 y 964.

64 Así ha sido resuelto por la jurisprudencia constitucional, donde se ha recalcado que para la procedencia de una infracción al *ne bis in idem*, se debe resolver si las medidas que se dicen estar en infracción con la punición múltiple son o no sanciones, ver: Tribunal Constitucional, Rol 9.097-2020, de 28 de septiembre de 2020. Considerando 9°.

65 El carácter sancionatorio del incidente de mala fe emana de la Historia de la Ley N°21.563, mientras que el carácter sancionatorio de las acciones revocatorias concursales se desprende de la jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N°15.988-2013, de 15 de enero de 2015. Considerando 3°. La doctrina se manifiesta en la misma línea: GOLDENBERG (2016), pp. 120 y 123.

En base a lo señalado se debe determinar cuáles son los objetivos buscados por la ley con la imposición de esas tres medidas. En una primera aproximación, y sin querer agotar el tema, resulta problemática la duplicidad de sanciones en sede concursal en aquellos casos donde la acción revocatoria y el incidente de mala fe se basan en la persecución de unos mismos propósitos y objetivos legislativos. En este sentido, la acción revocatoria concursal y las causales del incidente de mala fe del artículo 169 A N°3 y 4 de la Ley N°20.720, persiguen un mismo fin que es castigar civilmente actos que distraen o disminuyen bienes de la masa activa del deudor, en virtud de unos mismos supuestos de hecho. En esos casos, el legislador reacciona frente a un mismo comportamiento con dos sanciones que están fundadas en una misma finalidad, lo que constituiría una duplicidad que permitiría sostener una redundancia o exceso de reacción y, por tanto, podría ser potencialmente inconstitucional.

Esto último tiene importancia para el presente artículo porque significa que la Ley N°21.563 que estableció el incidente de mala fe generó consecuencias sancionatorias desproporcionadas respecto de los deudores, marcando una diferencia relevante con el tratamiento que la Ley N°20.720 entregaba a esos sujetos.

6. CAUSALES DEL INCIDENTE DE MALA FE

A continuación, se examinarán las distintas causales que justifican una declaración de mala fe del deudor.

6.1. Causal de declaración de la mala fe por incompletitud o falsedad de antecedentes acompañados o indicados por el deudor (artículo 169 A N°1 Ley N°20.720)

La primera causal dispone la procedencia del incidente de mala fe señalando que ella concurre: “Cuando los antecedentes documentales o la indicación de los activos del Deudor informados de conformidad a los artículos 115 o 273 A, fueron incompletos o falsos”. De su lectura se desprende que esta causal procede por dos clases de defectos.

En primer lugar, la norma refiere que “los antecedentes documentales”, presentados por el deudor sean incompletos o falsos. Esos documentos se deben acompañar al momento de iniciar un procedimiento de liquidación voluntaria (artículo 115 de la Ley N°20.720), o bien, al momento de presentar una solicitud de procedimiento de liquidación voluntaria simplificada (artículo 273 A de la Ley N°20.720). Al respecto, la incompletitud y falsedad debe ser entendida de la manera tradicional que se ha concebido tales defectos formales en la prueba documental. Así, un antecedente documental será incompleto cuando le falte materialmente alguna porción, no conteniendo todas sus partes, páginas, o bien, si de ellas no se desprenden las expresiones del lenguaje que correspondan totalmente a su contenido, o bien, este último no se percibe o es ilegible⁶⁶.

Por su parte, la falsedad dice relación con que el documento no emana o no ha sido suscrito por quien aparece formalmente como su autor, o bien, se verifican supuestos en que el documento no se ha otorgado en la forma ni posee el contenido que en él se indica (falsedad ideológica)⁶⁷.

En segundo término, la causal dispone que la incompletitud y falsedad se relaciona con las declaraciones que realiza la empresa deudora respecto de “la indicación de los activos”, lo que nos reconduce a expresiones escritas del deudor sobre los activos que presenta en su demanda de liquidación. En

66 BORDALÍ (2024), pp. 365 y 366.

67 Nuestra jurisprudencia sigue este entendimiento, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°647-2019, de 12 de marzo de 2020. Considerando 13°.

esta materia, en la historia del establecimiento de la norma, se objetó que esta causal correspondía a una circunstancia vaga y difícil de entender porque la ley no incluía ejemplos para aclarar lo que se pretendía sancionar⁶⁸.

Sin embargo, de la lectura de los artículos 115 y 273 A de la Ley N°20.720, queda en evidencia que “la indicación de los activos” solo puede referirse a los requisitos de los numerales 1° y 3° de esos artículos.

En efecto, tales normas disponen que el deudor debe presentar la lista o nómina de sus bienes (artículos 115 N°1 y 273 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720); así como, la lista o nómina de los bienes legalmente excluidos de la liquidación (artículos 115 N°1 y 273 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720). Esos listados están asociados a la conformación de la masa activa del concurso, es decir, a los bienes sobre los cuales recaerán las pretensiones de pago de los acreedores⁶⁹.

En estos casos, la ley se coloca en el escenario que el deudor efectúe una relación parcial o fragmentada de los bienes que forman parte o que están excluidos de cada uno de esos procedimientos. Por ejemplo, si el deudor dolosamente informa una menor cantidad de bienes de aquellos que son exigibles en ambos supuestos se configuraría una falsedad ideológica, siempre que lo anterior no sea corregido oportunamente por el deudor.

Por otro lado, el deudor puede cometer una falta de completitud si respecto de un bien que es parte de la masa acompaña antecedentes parciales sobre las inscripciones de dominio, derechos reales o gravámenes que pesan sobre tal activo.

68 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 77.

69 RUZ (2019), p. 81.

Este segundo caso de incompletitud o falsedad únicamente puede ser incurrido por el deudor y no por sus abogados porque los deberes de colaboración son atribuibles al primero. Además, siempre que la normativa concursal ha deseado hacer extensible las sanciones a los asesores del deudor, lo ha señalado expresamente⁷⁰.

Finalmente, este segundo supuesto no comprende otras declaraciones o menciones que debe realizar el deudor a propósito del cumplimiento de las exigencias de los artículos 115 y 273 A de la Ley N°20.720, como sucede con el numeral 4° de ambos artículos que ordenan al deudor presentar una “relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales, si los hubiere”.

Sobre estos antecedentes, la ley exige que se acompañe una descripción de los procesos seguidos contra el deudor, pero, ese señalamiento no constituye un antecedente documental sobre los cuales pueda recaer una objeción de incompletitud o falsedad.

6.2. Causal de declaración de la mala fe por la destrucción u ocultamientos de información o antecedentes realizados por el deudor previo al concurso (artículo 169 A N°2 Ley N°20.720)

La segunda causal de declaración de mala fe dispone: “Cuando el Deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el procedimiento concursal, hubiere destruido u ocultado información o antecedentes documentales”.

La Excelentísima Corte Suprema, en su informe en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, realizó tres objeciones sobre esta causal. La primera, expresaba que la norma en su versión original configuraba la mala fe del deudor cuando éste hubiera “facilitado” información. La segunda, sostenía que esa redacción no establecía un plazo para que los hechos o actos puedan originar la declaración de mala fe. Finalmente, se

70 Como ocurre en materia concursal penal según los artículos 464 quáter del Código Penal.

cuestionaba el carácter “eminente objetivo [de la causal] que no permite exceptuar de esta sanción a los deudores que hayan incurrido en estas conductas por errores excusables”⁷¹.

Pues bien, la primera observación fue salvada durante el segundo trámite constitucional. Asimismo, la redacción definitiva de la norma solucionó el segundo cuestionamiento porque dispuso un límite temporal, toda vez que, solo se sancionarán los actos realizados durante los dos años anteriores al inicio del procedimiento concursal de liquidación.

Por su parte, la tercera observación se proyecta respecto de la totalidad de los motivos de declaración de mala fe del deudor, cuestionando el carácter meramente infraccional de sus causales, estableciendo incentivos para que los acreedores abusen de los procedimientos concursales de liquidación. Esto último puede ocurrir si los acreedores entienden que meros errores u omisiones pueden motivar el inicio de un incidente de mala fe, a pesar de que no tengan ninguna repercusión en determinar la masa activa o pasiva y siempre que ese error no afecte la tasa de recuperación de los acreedores. De ocurrir lo anterior, efectivamente habrá un abuso de parte de los acreedores que deberá ser contenido por los jueces concursales, negando lugar a tal incidente.

Volviendo a la redacción de la causal, ella cuestiona la destrucción u ocultamiento de información o antecedentes documentales que el deudor hubiera llevado a cabo dentro de los dos años anteriores al inicio del procedimiento de liquidación voluntaria de que se trate.

Respecto a ese límite temporal se debe destacar que la ley ha establecido un hito que no favorece la fiscalización de los acreedores y el debido comportamiento del deudor, porque como el incidente de mala fe procede en los procedimientos de liquidación voluntaria, entonces, el deudor podrá siempre determinar la fecha de inicio de esos procedimientos atendiendo,

71 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 290.

entre otras consideraciones, el momento en que pudo haber realizado los actos de ocultamiento o destrucción. Por tanto, estará bajo el control del deudor realizar la solicitud de liquidación voluntaria en un momento que exceda el plazo de 2 años que justifica la operatividad de esta cláusula.

En cuanto a los actos que justifican la procedencia de la causal ellos son de dos tipos. En primer lugar, la norma refiere la destrucción de antecedentes documentales o información. Esto último comprende toda actividad que implique hacer desaparecer jurídica o materialmente cualquier dato o documento vinculado con su giro o negocio. Así, se enmarcan en este supuesto acto de eliminación digital de archivos, extracción de registros o datos computacionales, borrado de antecedentes o emails de cualquier clase de sistema informático, destrucción o inutilización de papeles físicos de modo total o parcial, y cualquier otra actuación que conduzca a esos resultados.

En segundo lugar, los actos de ocultamiento se relacionan con toda actividad tendiente a esconder o encubrir datos o documentos del ámbito de la posible fiscalización de acreedores, órganos concursales o de toda persona que requiera el acceso a ellos para el ejercicio de sus funciones. Este entendimiento es similar al que tiene la doctrina penal sobre las conductas de ocultamiento realizadas por deudores que buscan que los bienes “queden fuera del alcance de los acreedores”⁷². En este sentido, podrían incluirse conductas omisivas como no registrar antecedentes comerciales en la contabilidad, llevar registros paralelos asociados al giro del negocio, o esconder antecedentes financieros, tributarios o comerciales de cualquier clase o condición, sean o no que produzcan un resultado concursalmente relevante como perjudicar a todos o alguno de los acreedores.

Finalmente, la norma exige que la destrucción u ocultamiento de información recaiga sobre “información o antecedentes documentales”. Considero que esos dos tipos de materialidad reflejan dos realidades distintas. Los antecedentes documentales, tal como se indicó a propósito de la causal del

72 ETCHEBERRY (1998), p. 389.

artículo 169 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720, refiere a la prueba documental; mientras que la mención a la “información”, da cuenta de todo dato que tenga relación con el giro, actividad o desarrollo comercial del deudor, cualquiera sea su soporte, pueda o no ser encuadrado dentro del concepto de documento. Por ejemplo, un contrato verbal que signifique disponer de un activo del deudor por medio de su tradición en beneficio de un tercero no tendrá ninguna materialidad documental, pero da origen a una “información” que debe ser registrada, de modo que, si así no ocurre, se habrá ocultado. A la vez, en esta clase de ejemplos, donde la “información” no posee un soporte, puede resultar más difícil configurar un supuesto de “destrucción”.

6.3. Causal de declaración de la mala fe asociado a la destrucción u ocultamiento de bienes o derechos del deudor realizados previo al concurso (artículo 169 A N°3 Ley N°20.720)

La tercera causal señala: “Cuando el Deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el Procedimiento Concursal, hubiere realizado actos que impliquen la distracción u ocultación de bienes o derechos de su patrimonio”.

En la tramitación legislativa se manifestó la similitud entre esta causal y el motivo cuarto que versa sobre las acciones revocatorias. Sin embargo, el profesor Goldenberg precisó las diferencias de ambos motivos, indicando “que cuando el numeral 3 se refiere a “distracción u ocultación de bienes”, se trata de actos materiales, mientras que las acciones revocatorias concursales a que se refiere el numeral 4, es respecto de actos jurídicos, y por eso se requiere de una sentencia para dejarlos sin efecto”⁷³. A lo anterior se debe sumar que los actos de distracción u ocultamiento de bienes o activos son actividades materiales del mismo modo que se verifica cuando existe distracción u ocultamiento de información o antecedentes documentales en la causal N°2.

73 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 441.

En cualquier caso, en el evento que el concepto de “actos” susceptible de una acción revocatoria concursal pudiera entenderse incluida en actuaciones de ocultamiento o distracción de activos, esos actos son susceptible de ser encuadrables en esta causal siempre que no exista una sentencia firme y ejecutoriada como sí se exige para que rijan la cuarta causal. Por tanto, frente a actos que constituyan, a la vez, ocultamiento o distracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor podría existir duplicidad de instrumentos, al ser admisible la declaración de mala fe y la acción revocatoria concursal. Esa duplicidad perseguiría propósitos sancionatorios tanto al impedir el *discharge*, como al propósito del ejercicio de la acción revocatoria del bien o derecho materia del acto objetado (artículo 292 de la Ley N°20.720). Según indicamos esa duplicidad basada en la protección de unos mismos objetivos podría constituir una contravención a la prohibición de punición múltiple.

Finalmente, existe una diferencia entre los actos comprendidos en esta causal y el cuarto motivo, porque la distracción u ocultamiento no necesariamente involucra un acto ejecutado o celebrado por el deudor con un tercero, como sí es indispensable que acontezca en las acciones revocatorias concursales⁷⁴. Así, la distracción u ocultamiento de bienes o derechos de la tercera causal, comprende situaciones donde el deudor por sí y ante sí extrae de la masa activa bienes o derechos, sin que éstos pasen a formar parte del patrimonio de otra persona. Se trata de actos donde los bienes o derechos quedan excluidos fácticamente del concurso debido a actuaciones que ejecuta exclusivamente el deudor y que impiden su persecución o incautación. Al respecto, podrían mencionarse ocultamiento que usen tecnologías de bitcoins que en la actualidad permiten anonimizar la propiedad a través de servicios de *mixing*⁷⁵, o, sistemas descryptados que difuminan la vinculación entre activos digitales y sus propietarios⁷⁶.

74 GOLDENBERG (2016), pp. 96, 100, 104, 115 y 116.

75 BEDECARRATZ (2018), p. 89.

76 FINANCIAL ACTION TASK FORCE (2015), pp. 15-38.

6.4. Causal de declaración de la mala fe por la dictación de una sentencia firme en materia de acción revocatoria concursal (artículo 169 A N°4 Ley N°20.720)

La cuarta causal se configura: “Cuando el tribunal hubiere acogido por medio de una sentencia firme o ejecutoriada una acción prevista en el Capítulo VI”.

Este motivo de declaración de mala fe del deudor tuvo una evolución durante la discusión legislativa, ya que, originalmente estaba restringida a aquellas acciones revocatorias ejercidas de conformidad con el artículo 288 de la Ley N°20.720, que trata la revocabilidad subjetiva.

Por ello, el profesor Goldenberg advirtió a la Comisión de Economía del Senado que era necesario extender esta causal a toda sentencia definitiva firme que acoja acciones revocatorias, sean éstas subjetivas como objetivas⁷⁷. La explicación se basa en que la revocabilidad objetivada cuenta de actos gratuitos que “representan una disminución innecesaria del patrimonio del deudor”⁷⁸, no siendo coherente que quedaran fuera de la declaración de mala fe.

De esta forma, este motivo amplía los supuestos a los actos gratuitos u onerosos que haya ejecutado el deudor⁷⁹.

Ahora bien, en términos de debido proceso cabe preguntarse si la tramitación de un procedimiento previo a la declaración de mala fe se satisface con la substanciación del juicio sumario que se exige para la condena de la acción revocatoria concursal.

77 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 440.

78 ALARCÓN (2017), p. 37.

79 Sobre el comportamiento deshonesto del deudor puede consultarse literatura de España, BASTANTE (2021), p. 306-316; en Alemania, EMERSON (2015), pp. 615-624; y, en Estados Unidos, KENNEDY (1974), pp. 428-434.

El problema surge porque este último procedimiento no está estructurado para posibilitar que el deudor se defienda respecto de la existencia de antecedentes que demuestren la “gravedad de los hechos” vinculados con la declaración de mala fe. De acuerdo con el artículo 196 A de la Ley N°20.720, de esa evaluación dependerá la extensión de la sanción que se adopte en ese incidente. Sin embargo, lo discutido en el juicio de revocación concursal cuya sentencia motiva la cuarta causal no se extiende a determinar la gravedad en el comportamiento del deudor.

Por tanto, la decisión acerca de una acción revocatoria no es suficiente para que el juez concursal se pronuncie sobre las consecuencias e implicancias que trae consigo la extensión de la sanción asociada a la declaración de mala fe. Al respecto, la circunstancia de que una misma decisión judicial genere dos efectos sancionatorios, sin que, esa decisión sea consecuencia de la tramitación de un procedimiento que permita la defensa de los aspectos que deben ser ponderados en la segunda sanción, podría vulnerar el debido proceso.

6.5. Causal de declaración de la mala fe del deudor asociada a la dictación de una condena penal por delitos concursales contra el deudor (artículo 169 A N°5 Ley N°20.720)

La quinta causal procederá: “Cuando el Deudor hubiere sido condenado, en el marco del mismo Procedimiento Concursal, por cualquiera de los delitos concursales previstos en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal”. Esta causal nuevamente introduce el tema de la multiplicidad de sanciones por la comisión de unos mismos hechos. Sin embargo, como se expresó, el problema de prohibición de punición múltiple no se verifica a propósito de este motivo porque persiguen fines diversos a la sanción penal.

Con todo, esa doble reacción y diversificación de sanciones, es un desincentivo para que los deudores inicien el concurso, porque de hacerlo quedarán afectos a las posibles consecuencias negativas que se siguen de un juicio penal y del incidente de mala fe del deudor⁸⁰.

En efecto, con esta causal se agrava la complejidad examinada en el motivo anterior porque el juez penal no tiene competencia para pronunciarse sobre la gravedad de la conducta de mala fe del deudor, la cual únicamente cabe ser examinada por el juez concursal. Esto marca una diferencia con aquellos casos donde se ha acogido una acción revocatoria concursal, en que la participación de un mismo juez en tal decisión y en el incidente de mala fe, facilita la evaluación del factor de “gravedad” que es necesario para determinar si el efecto liberatorio es total o parcial.

Lo anterior es relevante, porque el artículo 169 A inciso 3° de la Ley N°20.720 dispone, a propósito de este motivo y de la causal cuarta, que el juez resolverá de plano sobre la declaración de mala fe, una vez que se allegue al proceso los antecedentes de la condena penal y la revocación concursal. Sin embargo, es evidente que la decisión asociada a determinar la extensión de la limitación del efecto liberatorio no puede ser adoptada de plano si no se incorporan elementos de juicio al proceso⁸¹. De este modo, a la luz del artículo 89 Código de Procedimiento Civil, es conveniente que se inicie un incidente para que la empresa deudora tenga la oportunidad de aportar argumentos y prueba sobre un asunto que no se ha discutido en el juicio penal, pero que incidirá en la extensión de la sanción que se adopte en el incidente de mala fe.

80 WHITE (1994), pp. 268-295.

81 De hecho, no podría el juez resolver de plano porque no existen elementos probatorios que se hayan aportado al proceso sobre esta materia. En este sentido, recordemos que de conformidad con el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede resolver de plano aquellos incidentes cuyos hechos consten en el proceso o es de pública notoriedad.

7. ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA DECLARACIÓN DE MALA FE DEL DEUDOR

Según el artículo 169 A de la Ley N°20.720, la declaración de mala fe del deudor puede ser solicitada por el liquidador o por cualquier acreedor (incluso si no ha sido afectado por la causal invocada). Respecto de estos últimos sujetos es necesario que se encuentren aceptados en esa calidad en el procedimiento concursal de liquidación lo que ocurrirá con la publicación de la nómina de créditos reconocidos (artículos 70 y 71 de la Ley N°20.720).

El inciso 3° del artículo 169 A agrega una facultad de oficio al tribunal del concurso para declarar la mala fe, una vez que se haya acogido una acción revocatoria concursal, o bien, cuando tome conocimiento que el deudor ha sido condenado por alguno de los delitos concursales del párrafo 7 del título IX del libro II del Código Penal.

En cuanto a la tramitación de la declaración de mala fe, ella se somete a los trámites de los incidentes, remitiéndose implícitamente a las reglas del título IX del libro I del Código de Procedimiento Civil. Con todo, alguna de esas reglas debe entenderse modificada.

En este sentido, se ven alteradas las reglas sobre el plazo u oportunidad para deducir el incidente (artículos 84 a 86 del Código de Procedimiento Civil), toda vez que, en materia de declaración de mala fe la única oportunidad para producir el efecto preclusivo ocurre cuando la resolución de término adquiere carácter de firme y ejecutoriada.

También se modifican las normas sobre valoración de prueba, en atención a que el inciso 2° del artículo 169 A de la Ley N°20.720, dispone que la prueba se valorará de conformidad con las reglas de sana crítica. Cabe indicar que ese mismo sistema de valoración de prueba es utilizado, en ge-

neral, en materia concursal⁸², y sirve para determinar la procedencia de la condena penal asociada al quinto supuesto de procedencia de la declaración de mala fe⁸³. Con todo, ese mecanismo de valoración no es el que rige en materia procesal civil⁸⁴.

Por otra parte, la sentencia que se dicte en este incidente tendrá la naturaleza de una sentencia interlocutoria de primer grado, al resolver un incidente y establecer derechos permanentes para las partes (artículo 158 inciso 3 Código de Procedimiento Civil)⁸⁵, toda vez que, como consecuencia de la sentencia que declara la mala fe tanto ese sujeto como los acreedores tienen certeza definitiva acerca que se extinguirán o no todos o partes de los saldos insolutos que no hayan sido satisfechos con la liquidación.

Asimismo, según se indicó, la resolución que determina la mala fe del deudor debe establecer si la no extinción de los saldos insolutos será total o bien “sólo se extinguirán un porcentaje a prorrata respecto de todos los acreedores” (artículo 255 inciso 2° de la Ley N°20.720). Esta última norma hace operativa la declaración de mala fe del deudor, al disponer que el efecto extintivo podrá extenderse más allá de las obligaciones mencionadas, a todas aquellas obligaciones comprendidas en la resolución que declara esa mala fe, siempre que tengan carácter dinerario⁸⁶, porque aquellas que no posean esa naturaleza, no podrán ser verificadas en la liquidación.

Sobre esta materia, Alarcón ha criticado que la norma señale que el juez tendrá la potestad discrecional de disponer una extinción parcial de los saldos insolutos. De hecho, ha planteado que ese efecto sería contradictorio con

82 Por ejemplo, rige ese sistema de valoración de prueba, en materia de objeción de la cuenta final del liquidador según el artículo 52 N°7 letra e) de la Ley N°20.720; a propósito de la decisión a ser adoptada en el juicio de oposición de acuerdo con el artículo 126 inciso final de la Ley N°20.720; respecto de la resolución de controversias que se susciten entre el deudor, el liquidador y otros interesados, según lo dispone el artículo 131 de la Ley N°20.720.

83 Artículo 297 Código Procesal Penal.

84 Donde rige el estándar de preponderancia de prueba, véase: FUENTES (2020), pp. 58 y 59.

85 COLOMBO (1997), p. 477.

86 PUGA (2014), pp. 361-366.

los fundamentos de la institución, los que, deberían conducir a extinguir un porcentaje de créditos específicos y no una extinción a prorrata que afecte a todos los acreedores⁸⁷.

Sin embargo, restar toda aplicabilidad a una institución en atención a que no responde a los supuestos fundamentos teóricos que la sustentan, hace depender la eficacia y fuerza vinculante de las reglas a aspectos dogmáticos, afectando la imperatividad del Derecho y su respeto por los justiciables. Incluso más, la norma que autoriza al juez a modular los efectos de la limitación al *discharge* es una regla vigente que debe ser aplicada por los jueces, quienes deberán ponderar, de conformidad con las reglas epistémicas de la sana crítica, el elemento de “gravedad”, según la evidencia que se rinda. En específico el juez procederá a limitar total o parcialmente el efecto extintivo no atendiendo a su mera “discrecionalidad”, sino que, de acuerdo con la valoración que en concreto realice sobre el factor referido.

En este sentido, el juez deberá valorar el comportamiento del deudor para efectos de resolver si se produce una infracción a las causales de mala fe y a los propósitos que subyacen en cada una de ellas. En este sentido, es importante aclarar cuáles son los fines que se persiguen en dicho incidente. Así, es razonable entender que los deberes de colaboración del deudor con el proceso concursal y los acreedores fundamentan la causal del N°1 del artículo 169 A de la Ley N°20.720; mientras que el derecho de prenda general de los acreedores y la igualdad de trato de los acreedores son los principios que subyacen en las causales del N°2, 3 y 4; y los intereses patrimoniales de los acreedores del deudor expresan el bien jurídico tutelado por los delitos concursales⁸⁸, consagrada en la causal del N°5.

87 ALARCÓN (2023), pp. 83 y 84.

88 MAYER (2017), p. 247.

Así, el elemento “gravedad” debe ser construido a partir de las consecuencias que trae aparejado el actuar del deudor respecto de los objetivos señalados en el párrafo anterior. Atender a ellos y no a la culpabilidad del deudor⁸⁹, es preferible porque así se puede acudir a un parámetro que es más identificable y fácil de alegar y probar en juicio.

En efecto, los principios y objetivos de deberes de colaboración del deudor⁹⁰, derecho de prenda general⁹¹, igualdad de trato de los acreedores⁹² y protección de los intereses patrimoniales de los acreedores⁹³ (fines que subyacen en las distintas causales de mala fe del deudor, según vimos), poseen un sustrato dogmático que permite acudir a ellos (según consta en los pies de páginas anteriores) y generar mayor certeza jurídica. Esto último hace más fiable la actividad jurisdiccional en comparación con el uso de un criterio subjetivo y difícilmente escrutable como es la culpabilidad del deudor.

Para finalizar este apartado, es importante señalar que, como efecto de la resolución de término de los procedimientos concursales de liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad a ese procedimiento. Sin embargo, la Ley N°21.563, excluyó ciertas obligaciones del efecto extintivo, por ejemplo, los alimentos que se deben por ley a personas determinadas, la compensación económica, y las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales.

89 Como ha planteado: ALARCÓN (2023), p. 88.

90 AGUIRREZABAL (2016), pp. 179-195.

91 CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 161-166.

92 RUZ (2019), pp. 85-96.

93 MAYER (2017), p. 268.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR CAMBIA LA OPCIÓN CONCURSAL CHILENA A FAVOR DE LA LIQUIDACIÓN?

Como bien se puntualizó en la historia de la Ley N°21.563, el *discharge* presenta como característica el hecho de que desplaza el riesgo de insolvencia hacia los acreedores, de modo que, el establecimiento de un efecto extintivo amplio genera una regulación concursal favorable al deudor. Al respecto, sobre ese entendimiento se consideró que la Ley N°20.720, estaba produciendo dos consecuencias negativas: “a) La preferencia de la Liquidación por sobre la Reorganización o Renegociación; y b) La ausencia de mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado del Procedimiento Concursal de Liquidación de personas”⁹⁴.

Según lo desarrollado y en línea con los comentarios vertidos en la discusión parlamentaria, es claro que la versión original de la Ley N°20.720, favorecía el inicio de los procedimientos concursales de liquidación porque entregaba, entre otros, beneficios privados relevantes asociados a la extinción de los saldos pendientes. Por lo anterior, preliminarmente se concuerda con la primera consecuencia reseñada. Sin embargo, esa opinión preliminar debe ser matizada en cuanto a que una limitación del *discharge* no conducirá a un incremento de los procedimientos concursales de reorganización, toda vez que, en el escenario actual, difícilmente se iniciarán mecanismos reorganizativos en aquellos concursos que no tienen bienes o que poseen una masa activa disminuida, porque en tal estructura de activos y pasivos no se permite viabilidad alguna.

De esta forma, la limitación del efecto extintivo de deudas es un mecanismo que restringe la cantidad de procedimientos concursales de liquidación, pero no incrementa los procedimientos concursales de reorganización. Si ello

94 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 77.

conduce a un aumento o disminución de la totalidad de los procedimientos concursales dependerá de la incidencia que pueden tener las otras modificaciones de la Ley N°21.563 respecto de los incentivos para acudir al concurso.

En este sentido, según los datos que constan en la tabla N°1 se ha verificado una tendencia al incremento del número total de procedimientos concursales como consecuencia de la simplificación de los procedimientos concursales de renegociación de la persona deudora y la modificación del concepto de empresa deudora, logrando que las personas naturales que estaban catalogadas como empresa, pasen a tener un tratamiento más propio a su calidad de consumidor.

La opinión anterior es consistente con la segunda conclusión discutida en la historia del establecimiento de la declaración de mala fe, asociada a que la versión original de la ley concursal no consagraba mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado de procedimientos concursales de liquidación. En esta línea, excluir los beneficios originales de ese procedimiento a deudores que incurran en actos que disminuyan su patrimonio o que omita información acerca de sus activos o pasivos (como en general se desprende de los supuestos de procedencia del incidente de mala fe), previene un uso inadecuado de la liquidación. En efecto, todas las causales que originan ese incidente manifiestan un detrimento en la tasa de recuperación de los acreedores y, por tanto, es justo y eficiente limitar los beneficios del deudor como consecuencia de tales actos. En este sentido, durante la vigencia de la versión inicial de la Ley N°20.720 se iniciaban procedimientos concursales de liquidación que no lograban la efectividad de su fin ínsito (aumentar la tasa de recuperación), sino que, solamente, eran un mecanismo para extinguir deudas a causa de un efecto legal, no por el pago. En la medida que esta tendencia se restrinja, entonces, el diseño original de la Ley N°20.720 habrá cambiado y se podrá sostener que la Ley N°21.563, sí produjo una modificación relevante en nuestra normativa concursal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGHION, Philippe; HART, Oliver y MOORE, John (1994): “Improving Bankruptcy Procedures”, en: *Washington University Law Review* (Vol. 72, N°3), pp. 849-877.

AGUIRREZABAL, Maite (2016): “Manifestaciones del principio de colaboración en el nuevo procedimiento concursal de renegociación”, en: JEQUIER, Eduardo (ed.): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 179-195.

ALCALDE, Jaime (2018): “Sobre el ámbito de aplicación del procedimiento concursal de reorganización (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 31, N°2), pp. 349-357.

ALARCÓN, Miguel (2017): “Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 24, N°2), pp. 21-68.

ALARCÓN, Miguel (2023): “Comentarios críticos a los efectos del incidente de mala fe en el nuevo artículo 169 A inciso 4 de la Ley N°20.720 y propuestas de solución a partir de los elementos de la noción de abuso del deudor persona natural concursado”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)* (Vol. 61), pp. 65-99.

ARMOUR, John, FRISBY, Sandra (2020): “Rethinking Receivership”, en: *ESRC Centre for Business Research* (N°159), pp. 1-66.

BAIRD, Douglas (1997): “The Hidden Virtues of Chapter 11: An Overview of the Law and Economics of Financially Distressed Firms”, en: *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics* (N°43), pp. 1-48.

BAIRD, Douglas (2004): “The New Face of Chapter 11”, en: *American Bankruptcy Institute Law Review* (Vol. 12, N°1), pp. 69-100.

BAIRD, Douglas, BRIS, Arturo, ZHU, Ning (2007): “The Dynamics of Large and Small Chapter 11 Cases: An Empirical Study”, en: *Yale ICF Working Paper* (N°05-29), pp. 1-36.

BAIRD, Douglas, RASMUSSEN, Robert (2002): “The End of Bankruptcy”, en: *Stanford Law Review* (Vol. 55, N°3), pp. 751-789.

BEDECARRATZ, Francisco (2018): “Riesgos delictivos de las monedas virtuales: nuevos desafíos para el derecho penal”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Vol. 7, N°1), pp. 79-105.

BARCELÓ, Gonzalo (2020): “¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes contra el deudor?”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XXXIII, N°1), pp.365-373.

BASTANTE, Víctor (2021): “El deudor merecedor de una segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal”, en: GÓMEZ, Carlos (dir.): *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (Madrid, Aranzandi), pp. 303-324.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023): “Historia de la Ley N° 21563”. Disponible: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8164/> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023): “Historia de la Ley N° 20720”. Disponible: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de última consulta: 23.04.2025].

BLASCO, Francisco (2009): “Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa”, en: *Anuario de derecho concursal* (N°18), pp. 171-198.

BORDALÍ, Andrés (2024): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

BRAUN, Eberhard (2006): *Commentary on the German Insolvency Code* (Düsseldorf, IDW-Verlag).

CABALLERO, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, en: *Ius et Praxis* (Año 24, N°3), pp. 133-172.

CABALLERO, Guillermo (2017): “La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora. Sentencia Corte Suprema, 9 de mayo de 2017, Rol 4656-2017”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°29), pp. 347-361.

CABALLERO, Guillermo, GOLDENBERG, Juan Luis (2021): “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°36), pp. 41-77.

CAMPOS, Sebastián y EZURMENDIA, Jesús (2023): “Sobre la pretendida especialidad de la Ley N°20.027 respecto a la Ley N°20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento en Chile. Reflexiones acerca de las condiciones que debe cumplir una norma para ser considerada especial”, en: *Derecho PUCP* (N°91), pp.349-376.

CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo (2018): *Remedios contractuales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CARNEVALI, Raúl y CASTILLO, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 17, N°2), pp. 77-118.

CARRASCO, Nicolás (2020): “Los costos del error concursal: una visión dogmática”, en: *Revista de la Facultad de Derecho* (N°48), pp. 1-42.

CARRASCO, Nicolás (2020): “El concurso desde una perspectiva procesal”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (Vol. 27), pp. 1-32.

CARRASCO, Nicolás (2018): “Tres razones para la utilización de la eficiencia en el Derecho Procesal Concursal”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°30), pp. 55-85.

COLOMBO, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristián (2015): *Procedimientos Concursales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CONTRERAS, Óscar (2010): *Insolvencia y Quiebra* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

DASSO, Ariel (2008): *Derecho concursal comparado* (Santiago de Chile, Legis).

EISENBERG, Theodore y SUNDGREN, Stefan (1997): “Is chapter 11 too favorable to debtors? Evidence from abroad”, en: *Cornell Law Review* (Vol. 82, N°6), pp. 1532-1567.

EMERSON, Andrew (2015): “Identifying the honest debtor: Section 727 (a) (4) (a) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings”, en: *American Bankruptcy Law Journal* (Vol. 89, N°4), pp. 607-624.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte especial, tercera edición* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (2015): “Guidance for a risk-based approach to virtual currencies”. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Guidance-rba-virtual-currencies.html> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

FUENTES, Claudio (2020): “¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?”, en: Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción (N°37), pp. 51-66.

GOIC, Pedro (2023): “Las modificaciones introducidas por la Ley N°20.720 a la regla del artículo 1496 número 1 del Código Civil y su operatoria en los procedimientos concursales”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Vol. 61), pp. 145-176.

GOLDENBERG, Juan Luis (2018): “El crédito por intereses en el marco de los procedimientos concursales”, en: Revista de Derecho (Coquimbo) (Año 25, N°2), pp. 157-199.

GOLDENBERG, Juan Luis (2016): “El perjuicio como justificación de la revocación concursal”, en: Ius et Praxis (Año 22, N°1), pp. 87-128.

GOLDENBERG, Juan Luis (2012): “El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales”, en: Ius et Praxis (Año 18, N°1), pp. 315-346.

GÓMEZ, Rafael (2003): “El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado”, en: Actualidad Jurídica (N°7), pp. 129-146.

GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Víctor, GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, Francisco (2000): “Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: Costes de Insolvencia y Transferencias de Riqueza”, en: Investigaciones económicas (Vol. 24, N°2), pp. 357-384.

GUEVARA, José (2024): *Procedimientos concursales de reorganización y renegociación* (Santiago de Chile, Rubicón Editores).

HART, Oliver (2009): *Firms Contracts and Financial Structure* (Oxford, Oxford University Press).

KENNEDY, Frank (1974): “Reflections on the Bankruptcy Laws of the United States”, en: *West Virginia Law Review* (Vol. 76, N°4), pp. 427-451.

JEQUIER, Eduardo (2016): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

LASO, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, N°1), pp. 143-164.

MAÑALICH, Juan Pablo (2014): “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en: *Política Criminal* (Vol. 9, N°18), pp. 543-563.

MARTÍNEZ, Isnel; GONZÁLEZ, Ismael y SAN MARTÍN, Sol (2022): “Los créditos universitarios en los procedimientos concursales de liquidación voluntaria. Una mirada desde la jurisprudencia chilena”, en: *Prolegómenos* (Vol. 25, N°50), pp. 187-199.

MAYER, Laura (2017): “El bien jurídico protegido en los delitos concursales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLIX), pp. 255-281.

MIESSLER, Ira (2015): “Creditors’ Rights and Cramdown in Reorganization-A comparative Study of US Law and German Law”, en: *Central European University, LL.M. Short Thesis*, pp. 1-41.

MILLER, Harvey, WAISMAN, Shai (2005): “¿Is Chapter 11 Bankruptcy?”, en: *Boston College Law Review* (Vol. 47, N°1), pp. 129-181.

NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás (2014): *Presente y futuro del Derecho Concursal Procesal Chileno. Una revisión desde el análisis económico del derecho* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

OSSANDÓN, María (2018): “El legislador y el principio ne bis in ídem”, en: *Política Criminal* (Vol. 13, N°26), pp. 952-1002.

POVEL, Paul (1999): “Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures”, en: *Journal of Law, Economics & Organization* (Vol. 15, N°3), pp. 659-684.

PUGA, Juan Esteban (2016): “Mirada crítica de la Ley N°20.720”, en: JEQUIER, Eduardo (ed.): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 47-68.

PUGA, Juan Esteban (2014): *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N°20.720* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

QUIJANO, Camila (2023): “¿Liquidación de empresas viables en Chile? Reflexiones en torno a la ausencia de mecanismos de control judicial sustantivo en los procedimientos de reorganización”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 61), pp. 5-35.

REVECO, Ricardo (2022): “Los acuerdos de reorganización en la práctica actual”, en: *Actualidad Jurídica* (N°45), pp. 353-378.

RUZ, Gonzalo (2019): “La regla par condicio creditorum: ¿Mito o realidad del derecho concursal? De los orígenes históricos de la regla y su expresión en el Derecho concursal actual”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°32), pp. 71-100.

RUZ, Gonzalo (2017): *Nuevo Derecho Concursal Chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

SANDOVAL, Ricardo (2014): *Reorganización y Liquidación de empresas y personas*. Derecho Concursal (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

SCHWARTZ, Alan (1999): “Bankruptcy Contracting Reviewed”, en: *The Yale Law Journal* (Vol. 109, N°6), pp.343-364.

VAN SOLINGE, Fien y SOEDERHUIZEN, Beau (2023): “European insolvency law and firm leverage”, en: CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis. Disponible en: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Discussion-Paper-448-European-Insolvency-Law-and-Firm-Leverage.pdf> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

WHITE, Michelle (1994): “Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganization and Out-of-Court Debt Restructurings”, en: *Journal of Law, Economics & Organization* (Vol. 10, N°2), pp. 268-295.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Insolvenzordnung, de 05 de octubre de 1994. Parte I del Boletín Oficial Federal, 18 de octubre de 1994.

Ley N°20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

Ley N°21.563, moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N°20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. Diario Oficial, 10 de mayo de 2023.

Ley N°20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Diario Oficial, 09 de enero de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de enero de 2015, rol N°15.988-2013.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2017, rol N°16-2017.

Corte Suprema, sentencia de fecha 11 de julio de 2019, rol N°20.607-2018.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 12 de marzo de 2020, rol N°647-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de septiembre de 2020, rol N°21.054-2020.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 21 de abril de 2022, rol N°9.097-2020-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022, rol N°12.539-2021-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022, rol N°12.527-2021-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 12 de junio de 2023, rol N°3.054-2016-INA.

LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALES Y FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO¹

ADMINISTRATIVE LIABILITY REQUIREMENTS FOR PROSECUTORS AND EMPLOYEES OF THE PUBLIC PROSECUTION'S OFFICE

Felipe Marchant Contreras*

Resumen:

El presente trabajo tiene por objeto examinar los presupuestos que, en opinión del autor, resultan indispensables para configurar la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios del Ministerio Público. Aunque todavía resta un largo camino por recorrer, el texto aspira a dar los primeros pasos en la búsqueda por alcanzar la aplicación de criterios homogéneos que garanticen la vigencia del principio de igualdad en las pesquisas disciplinarias incoadas al interior de la Fiscalía de Chile, contribuir a la promoción de una eficaz y eficiente investigación en estas materias y, si acaso cabe, facilitar la uniformidad de criterios de juzgamiento, permitiendo que tanto eventuales investigados como investigadores conozcan con la mayor precisión posible el alcance de sus derechos y obligaciones.

¹ Artículo recibido el 22 de octubre de 2024 y aceptado el 10 de marzo de 2025.

* Master en Derecho Penal por la U. de Sevilla. Profesor del Diplomado de Litigación Oral de la U. Andrés Bello, sede Viña del Mar, Chile.  0009-0007-3991-7261. Dirección postal: Blanco N°937, 4to piso, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: f.marchant.c@gmail.com.

Palabras clave:

Responsabilidad disciplinaria, Responsabilidad administrativa, Ministerio Público, Fiscalía de Chile.

Abstract:

The purpose of this work is to examine the requirements that—in the author’s view—, are essential to establish the administrative liability of prosecutors and officials of the Public Prosecutor’s Office. Although much remains to be done, this article seeks to take the first steps toward the application of uniform criteria that ensures the enforcement of the principle of equality in disciplinary investigations initiated within the Chilean Prosecutor’s Office. It also aims to contribute to the promotion of effective and efficient investigations in these matters and, where appropriate, to facilitate the standardization of adjudicative criteria, enabling both potential subjects of investigation and investigators to understand as clearly as possible the scope of their rights and obligations.

Keywords:

Disciplinary Liability, Administrative Liability, Public Prosecutor’s Office, Chilean Public Prosecutor’s Office.

1. INTRODUCCIÓN

Suele afirmarse que la disciplina resulta imprescindible para mantener el orden en cualquier organización y, en última instancia, para preservarla y alcanzar los fines asignados a la misma².

Y si el poder disciplinario constituye un pilar fundamental de tutela de toda organización, pública o privada, lo es mucho más en el caso del Ministerio Público, cuya estructura constitucionalmente jerarquizada, naturaleza y funciones encomendadas, demanda la existencia de un poder interno todavía más estricto de articulación o de disciplina de sus medios personales,

2 MARINA (2015), p. 21.

esto es, de fiscales y funcionarios, cuya actuación es, precisamente, la de la organización^{3,4}. Como tales, pues, fiscales y funcionarios están sujetos al principio de *responsabilidad administrativa*⁵.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en adelante, Ley N°19.640 o Ley Orgánica), que reza a la letra: “el personal del Ministerio Público [lo que incluye a sus fiscales y funcionarios] estará sujeto a *responsabilidad administrativa*, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera afectarle” [énfasis añadido].

3 Cfr. *Ibid.*, pp. 21 y 22.

4 De ahí que el Fiscal Nacional haya señalado que el Ministerio Público constituye “una empresa de tendencia, ya que teniendo un fin específico dado por mandato constitucional, cual es el ejercicio de la acción penal pública, genera que sea una institución de la cual dimana un reproche más estricto y severo a las formas de comportamiento, exigiéndose un estándar de conducta superior a otras instituciones estatales y empresas del sector privado, lo que se manifiesta entre otras cosas en que se debe observar tanto en el ámbito laboral y social una conducta intachable por parte de los fiscales y funcionarios que integran la institución” (Resolución FN/MP N°1526/2022, de 03 de noviembre de 2022, considerando 8° letra f)).

5 A lo largo del texto emplearé las expresiones “responsabilidad administrativa” y “responsabilidad disciplinaria” indistintamente, considerándolas sinónimas.

La idea general se especifica en los artículos 5° y 36 del Reglamento de Responsabilidad Administrativa de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público (en lo que sigue, Reglamento de Responsabilidad o simplemente el Reglamento)⁶, y en el artículo 45 de la Ley Orgánica⁷⁻⁸.

En todo caso, no debe perderse de vista que el principio de responsabilidad administrativa informa, en general, a todo el sector público⁹.

6 Texto aprobado por Resolución FN/MP N°700, de 19 de mayo de 2020. Prescribe el inciso 1° del artículo 5° del mentado Reglamento que “El personal que infrinja sus obligaciones o deberes funcionarios incurrirá en *responsabilidad administrativa*, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle” [énfasis añadido], a lo que añade su inciso 2° que “Los funcionarios incurrirán en *responsabilidad administrativa* cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser establecida mediante una investigación administrativa” [énfasis añadido]. El artículo 36 del citado cuerpo reglamentario establece, a su turno, que “Los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad disciplinaria en conformidad a la ley y a las normas del presente reglamento, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o que constituyan infracción a los deberes funcionarios, la que se hará efectiva sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que de dichos actos pudiere generarse”.

7 Enfatiza esta disposición que “Los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad civil, *disciplinaria* y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley” [énfasis añadido].

8 Cabe hacer notar que el inciso 2° del artículo 48 de la Ley N°19.640, extiende a los *abogados asistentes* las normas sobre responsabilidad de los fiscales, en lo que respecta a las actuaciones que aquéllos realizan en virtud del inciso 3° del artículo 2° de dicha ley (facultades delegadas), de los incisos 2° y 3° del artículo 132 (facultades en la audiencia de control de detención), del artículo 132 bis (apelación de la ilegalidad de la detención), del artículo 190 (declaración de testigos ante abogados asistentes) y del inciso 1° del artículo 191 (advertencia al testigo de su deber de comparecer al juicio oral y de indicar cualquier cambio de domicilio, a propósito de la prueba anticipada), todos del Código Procesal Penal. Del mismo modo, los *abogados asistentes* que suplen o subrogan a fiscales adjuntos en los términos del artículo 40 de la Ley Orgánica, quedan sujetos a sus mismas obligaciones y deberes y, por consiguiente, se rigen también por las normas de responsabilidad administrativa aplicables a estos últimos, en tanto dure la respectiva suplencia o subrogancia. A su vez, el inciso 2° del artículo 1° del Reglamento de Personal para los Funcionarios del Ministerio Público, texto aprobado por Resolución FN/MP N°1.364, de 30 de mayo de 2024 (en adelante, el Reglamento de Personal para los Funcionarios), establece que “los funcionarios que desempeñen funciones de *abogado asistente* se regirán por el Reglamento de Personal para Fiscales en las materias correspondientes, tales como responsabilidad...” [énfasis añadido], al tiempo que el inciso 2° del artículo 1° del Reglamento de Personal para los Fiscales del Ministerio Público, texto aprobado por Resolución FN/MP N°819, de 26 de abril de 2023 (en lo que sigue, el Reglamento de Personal para los Fiscales), refuerza la misma idea.

9 Este principio se encuentra genéricamente establecido en los artículos 6°, 7° y 38 de la Constitución Política; también en el artículo 18 de la Ley N°18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en el artículo 119 de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Admi-

A la luz de lo dispuesto en las disposiciones recién citadas del Reglamento, además de lo previsto en sus artículos 17 y 44, y en el artículo 51 de la Ley N°19.640, es dable afirmar que incurren en responsabilidad administrativa los fiscales y funcionarios del Ministerio Público que infrinjan las obligaciones, deberes o prohibiciones a que están sujetos en su calidad de tales, siempre que dicha infracción sea susceptible de ser sancionada con una medida disciplinaria, previa investigación administrativa¹⁰.

Con todo, imperioso resulta advertir que no toda infracción a estos deberes, obligaciones y prohibiciones implicará per se la apertura de una investigación disciplinaria. En efecto, los artículos mencionados parten de la base que la instrucción de una investigación administrativa procederá sólo cuando la autoridad respectiva –Fiscal Nacional o Regional, en su caso– *estimare* –a su sano criterio– que las transgresiones estatutarias *son susceptibles de ser sancionadas con una medida disciplinaria*. De ahí que el Oficio FN N°711-2020, de 04 de noviembre de 2020, que imparte instrucciones generales para la tramitación de investigaciones administrativas (en adelante, Oficio FN N°711-2020), nos recuerde que,

la decisión de esas autoridades exige que haga una valoración de los hechos de que toma conocimiento, para determinar si ellos constituyen ‘hechos susceptibles de ser sancionados disciplinariamente’, de lo que se sigue que “la autoridad deberá ponderar si los hechos constituyen o pueden constituir incumplimiento de una obligación o infracción de una prohibición, y que es o puede ser de tal entidad que sea sancionable disciplinariamente¹¹.

nistrativo (en adelante, Estatuto Administrativo), entre otros textos legales.

10 Como sugiere Silva, estos mandatos de acción o abstención pretenden moldear a las personas que se desempeñan en la Administración, en nuestro caso, en el Ministerio Público, dirigiendo sus conductas hacia aquello que se considera como socialmente óptimo en el ejercicio de la función pública SILVA (2024), p. 71. De ahí que su transgresión amerite, por regla general, el inicio de una investigación disciplinaria y, en su caso, la imposición de una sanción del mismo carácter.

11 Oficio FN N°711-2020, p. 4.

Por tal razón, agrega, “debe tenerse presente que la autoridad dispone de otras herramientas para orientar el trabajo de funcionarios y fiscales, por lo que no debiera confundirse mal o deficiente desempeño, con incumplimiento de una obligación o infracción de una prohibición”¹²⁻¹³.

12 Ibid., todas las citadas de la p. 4. [Las bastardillas, de mi autoría]. En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, comentando el inciso 1° del artículo 119 del Estatuto Administrativo, ha dicho: “Cuando la autoridad administrativa observa que un funcionario tiene un comportamiento inadecuado respecto de otros funcionarios o de los usuarios del servicio, deberá evaluar la situación de manera objetiva, considerando especialmente los efectos de esa actitud sobre el funcionamiento y el quehacer de la institución, tanto en cuanto a su gestión interna como en la juridicidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, continuidad y calidad del cumplimiento de sus funciones de servicio público. Basada en esa evaluación, la jefatura, según el mérito y gravedad del diagnóstico de lo sucedido, podrá adoptar al respecto diversas decisiones, tales como: disponer la apertura de un proceso disciplinario si estima que podría estar comprometida la responsabilidad administrativa del funcionario; ordenar una anotación de demérito en su hoja de vida para los efectos de sus calificaciones si concluye que la infracción a sus obligaciones y deberes no puede ser objeto de medidas disciplinarias, o efectuar adecuaciones internas en la unidad donde se haya producido la situación de conflicto (v.gr.: destinación) si es que su gravedad no reviste una envergadura tal que amerite alguna de las medidas antes indicadas, dentro del orden jurídico aplicable. Así, entonces, no toda situación que afecte de manera negativa el cabal cumplimiento de los deberes, obligaciones y prohibiciones aplicables a los funcionarios públicos, importa necesariamente que se configure responsabilidad administrativa, pues en esta se incurre solo cuando la infracción a aquellos fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria. De este modo, existen otros mecanismos que el ordenamiento jurídico estatutario ha contemplado para una eficiente e idónea administración de los recursos humanos del organismo de que se trate, entregando a la autoridad en quien residen las potestades jerárquicas y disciplinarias, la discrecionalidad para evaluar la situación según su gravedad y adoptar las medidas necesarias para solucionar el conflicto que se haya producido al interior de la organización, lo que en ningún caso puede traducirse en el ejercicio abusivo de la potestad o en una torcida aplicación de la misma, ya que la discrecionalidad de ningún modo puede implicar arbitrariedad”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018), p. 579. Así también, Villar ha sostenido que los siguientes incumplimientos no debieran ameritar una sanción administrativa: imprimir un texto escolar con equipos institucionales, no portar la tarjeta de identificación o yerros de tipeo o de clasificación de documentos. Sin embargo, agrega, todas esas faltas pueden derivar en una anotación de demérito o, simplemente, influir en las calificaciones, en cuyo contexto sugiere a las autoridades respectivas “evitar ordenar procedimientos disciplinarios por faltas leves como rezagos en el trabajo, errores de redacción o disputas personales menores, prefiriendo en estos casos las calificaciones, las anotaciones de demérito y la conversación privada para requerir la subsanación de las faltas detectadas”. VILLAR (2021), pp. 31 y 34.

13 Tratándose de denuncias, la autoridad correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17 y 44 del Reglamento, puede, por resolución fundada, no iniciar una investigación administrativa cuando adolezca de manifiesta falta de fundamento o verosimilitud, o se refiera a hechos en que la eventual responsabilidad disciplinaria se encuentre prescrita. Hacen excepción

Las mentadas obligaciones, deberes y prohibiciones se encuentran diseminadas en un mar de normas, pero puede rastreárseles, fundamentalmente, en la Ley N°19.640 (Título V) y en el Reglamento de Personal para los Fiscales (Título III, párrafos 3, 4 y 5), en lo que a ellos respecta; y en la Ley Orgánica (Título V, por remisión del artículo 65); y en el Reglamento de Personal para los Funcionarios (Título IV, párrafos 2, 4 y 5), en lo que incumbe a estos últimos.

Además, diversos cuerpos normativos –v.gr., leyes, reglamentos, instrucciones generales– contienen deberes y obligaciones específicas para fiscales y funcionarios¹⁴.

La Ley N°19.640 ha instituido en su título III (artículos 45 y siguientes) la normativa aplicable al procedimiento dirigido a hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de fiscales, disposiciones que se hallan complementadas por el Reglamento de Responsabilidad y por el Oficio FN N°711-2020.

En lo que atañe a los funcionarios, las reglas destinadas a investigar su eventual responsabilidad administrativa se encuentran contenidas casi en su totalidad en el Reglamento de Responsabilidad, aunque maridadas, también, por el ya citado Oficio FN N°711-2020.

a esta regla, las denuncias sobre maltrato laboral, acoso laboral o acoso sexual (MALS), casos en los cuales deberá siempre ordenarse una investigación disciplinaria, salvo que esas denuncias se refieran a hechos en que la eventual responsabilidad administrativa se encuentra prescrita. 14 Como ocurre, por ejemplo, con las obligaciones que pesan sobre el custodio y el administrador de las fiscalías locales, conforme al Reglamento sobre Custodia de Especies Incautadas por el Ministerio Público, texto aprobado por Resolución FN/MP N°1.063, de 02 de julio de 2014; las que recaen en el conductor de un vehículo institucional, en los términos del Reglamento sobre Uso, Circulación, Mantenimiento y Administración de Vehículos del Ministerio Público, texto aprobado por Resolución FN/MP N°2.511, de 06 de noviembre de 2008 (en adelante, el Reglamento de Vehículos); las que contiene el Código de Ética del Ministerio Público, texto aprobado por Resolución FN/MP N°922/2020, de 27 de agosto de 2020, en relación a todo el personal que presta servicios en la institución; o, en fin, con las que subyacen en la propia Ley Orgánica, el Código Procesal Penal y en los incontables oficios –instrucciones generales– que el Fiscal Nacional ha impartido en las más diversas materias.

Todo lo anterior debe entenderse sin desmedro de las normas especiales que consultan otros reglamentos¹⁵.

Cabe asimismo apuntar que la normativa interna del Ministerio Público contempla *procedimientos distintos* –aunque con los matices de rigor, en cierto modo *semejantes*¹⁶–; en cualquier caso, *investigaciones administrativas* –¡que no sumarios!–, según se trate de indagar la responsabilidad disciplinaria de fiscales o, en su caso, de funcionarios. En consecuencia, al interior de la Fiscalía de Chile no existen las así llamadas *investigaciones sumarias* y los *sumarios administrativos*, que sí consulta, de forma diferenciada, el Estatuto Administrativo¹⁷.

15 Como sucede, v.gr., con el Reglamento de Vehículos, que faculta excepcionalmente al Director Ejecutivo Nacional o regional, según los casos, para instruir y resolver una investigación administrativa, en las hipótesis previstas en sus artículos 17 y 23. Véase, Oficio FN N°711/2020, p. 3.

16 Para comprender este aserto, es necesario tener presente la regla de remisión establecida en el inciso 1° del artículo 35 del Reglamento de Responsabilidad, que encabeza el Título IV, y que lleva por rótulo: “De las disposiciones aplicables a los fiscales”. Con arreglo a esta disposición, las normas de los títulos anteriores –esto es, las referidas a los funcionarios– *se aplican también a las investigaciones administrativas seguidas en contra de fiscales, en todo lo que no se oponga a las disposiciones especiales que los rigen*.

17 Las investigaciones sumarias y los sumarios administrativos acusan, entre otras, las siguientes diferencias: a) la investigación sumaria tiene por objeto la indagación de infracciones menores, atendido lo cual, salvas las excepciones legales, no es posible aplicar por esta vía la destitución; en cambio, el sumario administrativo se destina a pesquisar las infracciones de mayor gravedad, pudiendo aplicarse cualquier sanción (de las previstas en la ley), incluida la destitución; b) la investigación sumaria requiere la designación de un fiscal instructor, no siendo obligatorio contar con un actuario; en cambio, el sumario administrativo supone necesariamente la participación de ambos funcionarios, y; c) los plazos y formalidades en uno y otro caso son diversos, siendo más extensos y rigurosos los del sumario administrativo. Véase, por todos, CELIS (2019), pp. 185 y ss., y 239 y ss. Cabe destacar que en la tramitación parlamentaria de la Ley N°19.640, se evaluó expresamente la posibilidad de establecer al interior del Ministerio Público una investigación sumaria para las infracciones menores y un sumario administrativo para las más graves, indicación que fue rechazada en el segundo informe de la Comisión Técnica del Senado, esgrimiéndose al efecto que “la experiencia ha demostrado que tales procedimientos entorpecen, en muchas ocasiones, una buena administración (...), lo que no obsta a que se contemple un procedimiento, pero debería estar revestido de la suficiente flexibilidad para evitar que un fiscal negligente se perpetúe en el cargo, como ocurre en la actualidad en el sector público”. OTERO (2002), pp. 118 y 119. Una crítica a este diseño normativo ofrece Crisosto, para quien, al preverse un único procedimiento administrativo –y no, diferenciadamente, una investigación sumaria y un sumario administrativo– se corre el riesgo de mancillar el principio de proporcionalidad, ya que se rigidiza el abanico de sanciones posibles, con independencia

Finalmente, es preciso recordar que el Ministerio Público se rige exclusivamente por la Carta Fundamental, las normas de la Ley N°19.640, y por los reglamentos que se dicten en conformidad a ella (inciso 1° del artículo 66 de la Ley Orgánica), resultándole aplicable, además, unas pocas y contadas disposiciones de otros cuerpos normativos (inciso 3° del artículo 66 de la Ley N°19.640), dentro de las cuales no se encuentra el Título V (artículos 119 a 145) de la Ley N°18.834, que aprueba Estatuto Administrativo, que, como se sabe, regula la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos *en general*.

Con todo, para la elaboración de las líneas que siguen, he decidido valerme de sendas reflexiones y comentarios provenientes de la doctrina administrativa, de algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema; y, especialmente, de ciertos dictámenes de la Contraloría General de la República, para, con esto, *importar* determinados principios y criterios orientadores que, a mi juicio, arrojan luz, enriquecen, y resultan de recibo en las investigaciones disciplinarias incoadas al interior de la Fiscalía de Chile, atendida la incontestable semejanza existente entre las normas que contempla el aludido Estatuto Administrativo y las que consulta el Reglamento de Responsabilidad, nota esta última que, nuevamente en mi concepto, armoniza en lo esencial, y sin mayores obstáculos, ambos textos normativos¹⁸.

de la entidad de la infracción imputada, y se amplían los límites del ejercicio de la potestad disciplinaria del Fiscal Nacional, atendida la omnimoda facultad de revisión que le asiste –que el autor denomina, con razón, de *reformatio in pejus*– CRISOSTO (2023), p. 53. Véanse al respecto los artículos 30 y 45 del Reglamento de Responsabilidad.

18 Ya observaba la Comisión Técnica del Senado, en la tramitación parlamentaria de la Ley N°19.640, que “las reglas que se contemplan a propósito de la responsabilidad disciplinaria siguen los lineamientos generales de las que rigen al personal del sector público”. OTERO (2002), p. 98.

2. LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE FISCALES Y FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Enunciación

De acuerdo con los principios generales que informan el derecho administrativo disciplinario –aunque bajo el lente de los debidos matices que se dirán–, tengo para mí que, para que surja la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios del Ministerio Público, deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos:

- Que el investigado, al momento de iniciarse el respectivo procedimiento disciplinario, tenga la calidad de fiscal o funcionario del Ministerio Público;

- Que el fiscal o funcionario realice alguna acción o incurra en una omisión que suponga el quebrantamiento de una obligación, deber o prohibición, a que está sujeto en su calidad de tal, y;

- Que el fiscal o funcionario investigado tenga participación culpable en la infracción administrativa que se le reprocha¹⁹.

2.2. Análisis

a) Que el investigado, al momento de iniciarse el respectivo procedimiento disciplinario, tenga la calidad de fiscal o funcionario del Ministerio Público

19 En el mismo sentido, en relación con los funcionarios públicos en general, véase MONTERO (2015), pp. 129 y ss. En cambio, siguiendo de cerca los dogmas de la teoría general del delito y las categorías propias de la responsabilidad civil extracontractual, Pallavicini consulta estos cinco presupuestos de la responsabilidad administrativa: a) una acción u omisión; b) una conducta típica; c) culpabilidad del agente; d) un daño a un valor jurídicamente protegido, y; e) una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño. PALLAVICINI (2021), pp. 125 y ss..

Constituye un lugar común en la doctrina administrativa la afirmación de que la responsabilidad disciplinaria dura mientras subsista el vínculo con la Administración y termina con la extinción de ella, de manera tal que, si se detecta una eventual responsabilidad administrativa en relación con un servidor público que legalmente ha dejado de serlo, por haber cesado en su cargo, esa responsabilidad ya no podría perseguirse²⁰.

Dicho en otras palabras: si un fiscal o funcionario deja de serlo por cualquier causa, antes de que se inicie un procedimiento disciplinario en su contra, no resulta procedente indagar su eventual responsabilidad administrativa.

Empero, si la investigación disciplinaria se encontrare ya en *tramitación*²¹ y el fiscal o funcionario investigado cesara en sus funciones, el procedimiento *debe continuar hasta su normal término*, para el sólo efecto de registrar la sanción que el mérito de la investigación administrativa determine, pues así lo establece el artículo 34 inciso final del Reglamento de Responsabilidad. Coherente con ello, los artículos 26, inciso 3°, y 45, inciso 4°, del citado reglamento, permiten formular cargos únicamente respecto de aquellos investigados que, *al momento de ordenarse la instrucción de una investigación administrativa*, pertenezcan a la institución.

Desde otro punto de vista, cabe tener presente que a los funcionarios que prestan servicios sobre la base de *honorarios*, no les resultan aplicables las normas contenidas en el Reglamento de Responsabilidad, sino que ellos

20 Véase, por todos, MONTERO (2015), p. 133.

21 El órgano contralor ha interpretado el alcance de la expresión “se encontrare en tramitación”, contenida en el artículo 147, inciso final, del Estatuto Administrativo, en el sentido que ella se refiere “al instante en que se emite la resolución que ordena la instrucción del respectivo proceso sumarial” (dictámenes N°39.763, de 24 de junio de 2011; 61.077, de 02 de octubre de 2012; y 28.705, de 18 de abril de 2016), momento que, en el caso del Ministerio Público, comienza con la dictación de la “resolución de apertura o de inicio”, esto es, aquella que emana de la autoridad respectiva, y por la cual se instruye la correspondiente investigación disciplinaria. Será ésa, entonces, y no otra, la oportunidad a la que habrá de estarse para establecer si un determinado procedimiento se encuentra o no en tramitación y si, en consecuencia, es posible indagar la eventual responsabilidad administrativa del fiscal o funcionario que ha cesado en su cargo.

se rigen por lo estipulado en sus respectivos contratos, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1° del citado reglamento, y en el artículo 2° inciso 2° del Reglamento de Personal para Funcionarios²².

En fin, podría cuestionarse esta forma de sistematizar el primer presupuesto de la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios, desde que pareciera plausible sostener –como, en efecto, lo ha hecho en alguna oportunidad la Contraloría General de la República– que, si un servidor público deja de serlo antes de que se inicie el respectivo procedimiento disciplinario, su responsabilidad administrativa se *extingue*²³.

22 La jurisprudencia administrativa ha precisado el fundamento de esta exclusión, al dictaminar que no es procedente hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria del personal contratado sobre la base de honorarios “porque no tienen la calidad de funcionarios o empleados públicos y, en tal virtud, están marginados de los deberes y obligaciones propias de estos servidores, contenidas en los respectivos estatutos administrativos”, sin perjuicio de que “si dichas personas incurrían en actos que contravengan las normas o estipulaciones contenidas en el instrumento de su contratación, la autoridad administrativa competente ponga término a ese contrato, y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los tribunales ordinarios de justicia para perseguir las responsabilidades que en derecho correspondan”. MONTERO (2015), p. 131, con los dictámenes que cita). Sin embargo, en ocasiones la Contraloría General de la República ha declarado la responsabilidad disciplinaria de personas que ejercen funciones a título de honorarios, pero no por infracción a los deberes funcionarios contenido en el Estatuto Administrativo, sino por la transgresión al principio de probidad administrativa establecido en el artículo 8° de la Constitución Política y desarrollado, entre otros, en la Ley N°18.575, el que –en concepto del órgano contralor– “alcanzaría igualmente a dichos trabajadores, como quiera que estos últimos también tiene el carácter de servidores estatales, en la medida en que prestan servicios al Estado en virtud de un contrato con el órgano público”. Dictamen N°2.327, de 23 de enero de 2017.

23 Así, en su dictamen N°85.273, de 30 de diciembre de 2013, el órgano contralor aseveró: “Sobre el particular, cabe señalar que según lo manifestado en el dictamen N°2.023, de 2003, de este origen, no resulta procedente aplicar una sanción disciplinaria a un empleado que haya cesado en su cargo con anterioridad al inicio de un sumario administrativo, no obstante, su posterior reincorporación, en la medida que entre ambos desempeños exista discontinuidad o interrupción de funciones. Ahora bien, acorde con lo prescrito en el artículo 157, letra b), de la Ley N°18.834, *la responsabilidad administrativa se extingue* por el cese de funciones, tal como ha ocurrido en la situación en examen, por cuanto (...) el servidor de que se trata, al estar desvinculado por un día, esto es, el 7 de julio de 2008, finalizó en su empleo sin que existiera una continuidad con su reingreso, por lo que, de acuerdo con lo prevenido en dicho precepto legal, *su responsabilidad administrativa expiró*. De esta forma, considerando que, a la época de instrucción del pertinente proceso disciplinario, esto es, el 29 de marzo de 2011, *la responsabilidad administrativa del interesado se encontraba extinguida*, corresponde que la superioridad emita la resolución que declare que respecto del señor (...) concurrió la causal que, para estos efectos, contempla el artículo 157, letra b, de la Ley N°18.834” [énfasis añadido].

Esto tal vez podría ser efectivo para el sector público en general, mas no para el Ministerio Público. Téngase en cuenta que el artículo 33 del Reglamento de Responsabilidad y el artículo 157 del Estatuto Administrativo, consultan, en principio, las mismas causales de extinción de la responsabilidad administrativa –muerte, cumplimiento de la sanción y prescripción de la acción disciplinaria– con una sola excepción, que se echa en falta en el primero, y se contiene expresamente en el segundo: “por haber cesado en sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 147”.

Siendo esta la realidad normativa de la Fiscalía de Chile, o, si se quiere, al constatar que la voluntad del Fiscal Nacional de la época fue la de *no* incluir *el cese de funciones* dentro de las causales de extinción de la responsabilidad disciplinaria de fiscales y funcionarios, me parece que el tratamiento que aquí le he dispensado al primer requisito de la responsabilidad administrativa se ajusta a la estructura y sistematización correcta. Esto porque, si un fiscal o funcionario ha dejado de pertenecer a la institución, antes de la instrucción del correspondiente procedimiento, sencillamente no puede ser sometido a un proceso administrativo, puesto que –siempre en mi opinión– la eventual sanción disciplinaria desde ya carecería de objeto.

b) Que el fiscal o funcionario realice alguna acción o incurra en una omisión que suponga el quebrantamiento de una obligación, deber o prohibición, a que está sujeto en su calidad de tal

En segundo término, para que nazca la responsabilidad administrativa de un fiscal o funcionario del Ministerio Público, es preciso que aquél o éste despliegue alguna conducta, activa u omisiva, que implique una contravención a sus deberes, obligaciones o prohibiciones²⁴.

24 Recordemos que las mentadas obligaciones, deberes y prohibiciones se encuentran desperdigadas en una multiplicidad de normas, pero que puede rastrearseles, fundamentalmente, en la Ley N°19.640 (Título V) y en el Reglamento de Personal para los fiscales (Título III, párrafos 3, 4 y 5), en lo que a ellos respecta; y en la Ley Orgánica (Título V, por remisión del artículo 65); y en el Reglamento de Personal para los funcionarios (Título IV, párrafos 2, 4 y 5), en lo

Sobre el particular, es menester precisar que, en mi concepto, resulta indiferente si, *atendida la naturaleza de la infracción* de que se trate, tales actos u omisiones se realizan dentro o fuera de la fiscalía, o si los mismos tienen lugar en el ejercicio estricto de las funciones del fiscal o funcionario respectivo o si, incluso, aquello acontece al margen de ellas. Lo relevante es que constituyan un quebrantamiento de los aludidos deberes, obligaciones o prohibiciones.

En efecto, la redacción del inciso 1° del artículo 17 del Reglamento de Responsabilidad, que incide en esta materia, es amplísima:

Si el Fiscal Nacional o el funcionario en quien se haya delegado la atribución estimare que determinados hechos ocurridos en cualquier dependencia de la Fiscalía Nacional o de alguna de las Fiscalías Regionales, *o que constituyan infracción a los deberes funcionarios*, son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria, ordenará mediante resolución, la instrucción de una investigación administrativa [énfasis añadido].

El artículo 36 del Reglamento confirma el principio referido, al señalar –también disyuntivamente– que “los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad disciplinaria (...) por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones *o que constituyan infracción a los deberes funcionarios* (...)” [énfasis añadido]. La misma idea se reitera, en fin, en el artículo 38 del citado Reglamento.

No es ocioso insistir en que la regla asentada dependerá de la *naturaleza de la infracción* cometida. Así, el prototípico ejemplo de lo que vengo afirmando, se halla en el numeral 10 del artículo 33 del Reglamento de Personal para Funcionarios y en el numeral 15 del artículo 37 del Reglamento de Personal para Fiscales, que obligan a aquéllos y a éstos *observar una*

que incumbe a estos últimos. Además, como ya se dijo, diversos cuerpos normativos –v.gr., leyes, reglamentos, instrucciones generales– contienen deberes y obligaciones específicas para fiscales y funcionarios.

vida social acorde con la dignidad del cargo, mandato que abarca, por su carácter ínsito, los actos realizados por fiscales y funcionarios tanto dentro como *fuera* de la institución.

En cuanto a su contenido, algún autor ha dicho, comentando un deber idéntico establecido para los funcionarios públicos en general –artículo 61 letra i) del Estatuto Administrativo– que “el funcionario puede hacer en su vida privada todo lo que quiera, fuera de la jornada y de su lugar de trabajo, *en la medida que no afecten (sic) al Servicio donde se desempeña*”²⁵, aunque la jurisprudencia administrativa ha ido todavía más lejos, al extender este deber al ámbito privado del servidor público.

Es así como el órgano contralor ha señalado que:

(...) la calidad de servidor público no sólo obliga al correcto desempeño de las actividades propias del respectivo empleo, sino que también de aquellas a que se acceda en virtud de tal calidad (...), *e incluso comprende el comportamiento privado que puede trascender su vida social, en términos de comprometer el prestigio del servicio...*²⁶ [énfasis añadido].

y que,

el principio de probidad administrativa no sólo constituye un sinónimo de honestidad, sino que alcanza a todas las actividades que un servidor público realiza y que conlleva el deber de observar una vida privada acorde con la dignidad de la función; lo anterior, por cuanto (...) el aludido principio de probidad administrativa puede incluso *afectar el comportamiento privado del servidor, en tanto pudiere significar, entre otras consecuencias, desprestigio de la institución o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad*²⁷ [énfasis añadido].

25 REYES (2016), p. 62.

26 Dictamen N°56.858, de 2 de diciembre de 2005.

27 Dictamen N°41.172, de 23 de noviembre de 2017. En el mismo sentido, Dictamen N°98.033, de 18 de diciembre de 2014.

El estudio específico de cada obligación, deber o prohibición a que están sujetos los fiscales y funcionarios del Ministerio Público, lo reservaré, por su considerable extensión –aquí inabarcable– para otra oportunidad.

c) Que el fiscal o funcionario investigado tenga participación culpable en la infracción administrativa que se le reprocha

Es dable afirmar que la culpabilidad –en sede administrativa– constituye un juicio de reproche que se formula al fiscal o funcionario investigado, con el objeto de establecer si la conducta antirreglamentaria por él realizada –u omitida– puede atribuírsele *subjetivamente*. Sólo de este modo se cuenta con la seguridad de que los investigados responderán por aquello que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar –u omitir²⁸. En mi opinión, este juicio de reproche debe dirigirse a constatar tres elementos fundamentales: ante todo, si el fiscal o funcionario obró con *culpa o dolo* (culpabilidad en sentido estricto); si tenía aptitud o capacidad para comprender lo que hacía (*imputabilidad*); y, en fin, si pudo obrar diversamente, atendidas las circunstancias del caso (*exigibilidad* de otra conducta)²⁹. El primer elemento supone que el fiscal o funcionario ha actuado con la intención de infringir sus deberes, obligaciones o prohibiciones (*dolo*), o bien, que los ha transgredido amén de su negligencia o impericia (*culpa*); la imputabilidad, implica que el fiscal o funcionario posee madurez mental y salud psíquica que le permite conocer sus deberes, obligaciones y prohibiciones³⁰; y, por último, la exigibilidad se traduce en que el fiscal

28 ALCALDE (2011), p. 75.

29 Así también, entre nosotros, MONTERO (2015), p. 135 y CELIS y BARRA (2011), p. 3. En España, de la misma opinión, MARINA (2015), pp. 80 y 81.

30 El órgano contralor ha señalado reiteradamente que “en el evento de que en un proceso sumarial se adviertan antecedentes para considerar que un inculpado se encuentra en estado de una presunta anormalidad psíquica, que podría eximirlo de la responsabilidad administrativa que le asiste con motivo de las irregularidades funcionarias en que ha incurrido, cualquiera sea la naturaleza de éstas, debe requerirse, antes de decidir aplicar una sanción, un informe de la respectiva COMPIN, acerca del estado de salud mental del sumariado durante la época en que se cometieron las faltas, y la influencia que éste haya tenido en su facultad de obrar libre y racionalmente”. Dictamen N°12.577, de 1 de marzo de 2011, con cita al dictamen N°42.217, de 17 de octubre de 2002, que a su vez agrega a lo dicho: “En el evento que la Comisión de

o funcionario, en el caso concreto, estaba en condiciones de actuar de otro modo, esto es, de ajustar su conducta a las disposiciones legales y reglamentarias que lo rigen.

En suma, la responsabilidad administrativa por la comisión de un injusto disciplinario sólo podrá predicarse respecto de aquel fiscal o funcionario que, teniendo capacidad para comprender lo que hacía, y de adecuar su comportamiento a las normas vigentes, actúa, no obstante, dolosa o culpablemente, pudiendo hacerlo de otra manera, en contra de tales prohibiciones o prescripciones.

Ahora bien, concretando las *proyecciones* de este último presupuesto –que en doctrina suelen incardinarse en el así llamado “principio de culpabilidad”– es preciso anotar que, en materia de responsabilidad disciplinaria, al igual que como sucede en el campo del derecho penal, no existe la así denominada *responsabilidad objetiva* (artículo 19 N°3 inciso 7° de la Carta Magna). Esto quiere decir, como recién sugería, que toda infracción administrativa y su sanción habrá de descansar siempre en el *dolo* o *culpa* del fiscal o funcionario investigado³¹.

Medicina Preventiva e Invalidez que corresponda establezca que al momento de incurrir en las irregularidades de la que se le acusa, el inculpado de la especie no poseía el suficiente juicio y discernimiento como para imputarle responsabilidad por aquellas, se deberá ordenar la invalidación de la respectiva resolución sancionatoria, disponiéndose luego la absolución o el sobreseimiento del inculpado, según sea el caso, sin perjuicio de que luego se proceda a solicitar a esa misma Comisión individualizada un nuevo informe, a fin de que se pronuncie acerca de si el estado de salud del encausado es o no recuperable, y, de no serlo, se tendrá que poner término a sus funciones de conformidad con las normas contenidas en la Ley N°18.834”. Véase, también el dictamen N°22.927, de 6 de mayo de 2004.

31 *Cfr.* CORDERO (2014), p. 251.

Del principio de culpabilidad, como uno de los principio rectores del derecho administrativo sancionador³² –del que, a mi juicio, forma parte el derecho administrativo *disciplinario*³³– Cordero extrae algunas consecuencias jurídicas que estimo del todo aplicables a los procedimientos administrativos incoados al interior del Ministerio Público³⁴:

- Como la responsabilidad derivada de una infracción administrativa no es objetiva, pues, exige la reprochabilidad de la conducta del sujeto, es preciso que éste en la situación concreta pueda haberse sometido a los mandatos y prohibiciones establecidos en la norma, según ya tuvimos la oportunidad de relevar;

- La culpabilidad no sólo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también determina su magnitud (“la culpabilidad es la medida de la sanción”)³⁵;

32 Comenta Cordero que “existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia respecto de la aplicación de este principio en materia de sanciones administrativas”, y luego enfatiza: “no cabe dudas que ya sea por su eventual reconocimiento constitucional o por la proyección de los principios del orden penal como derecho común del poder punitivo estatal, la culpabilidad constituye uno de los principios del Derecho administrativo sancionador”. CORDERO (2014), pp. 251 y 252.

33 En efecto, “la doctrina y la jurisprudencia, salvo excepciones – escribe el profesor español Sánchez Morón– vienen insistiendo últimamente en que todas las manifestaciones punitivas del Estado, incluidas las que confiere el derecho disciplinario tienen un fundamento común, se explican y justifican en virtud de un mismo ius puniendi, de donde se deduce que les son aplicables a grosso modo los mismos principios y reglas, por lo general, extraídas de la dogmática del derecho penal”. SÁNCHEZ (2008), p. 300. Estas palabras resuenan a modo de estribillo constante en las cavilaciones de la doctrina nacional. Vgr. MONTERO (2015), p. 114; y CELIS y BARRA (2011), pp. 7 y 8. Incluso el propio órgano contralor ha argüido que “la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual se ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”. Entre otros, dictámenes N° 14.571, de 22 de marzo de 2005; 28.226, de 22 de junio de 2007, 34.407, de 24 de julio de 2008; y 63.697, de 07 de octubre de 2011.

34 Véase, CORDERO (2014), pp. 253 y 254.

35 En el mismo sentido, ALCALDE (2011), p. 75, cuando afirma que “la culpabilidad debe ser el factor determinante de la pena [sanción administrativa], de manera que ésta guarde estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al infractor”. Esto se traduce en que el grado de intencionalidad, descuido o negligencia debe ser tomando en cuenta al momento de conmensurar la sanción disciplinaria a imponer al fiscal o funcionario investigado, específicamente, a la luz del criterio de “la *gravedad* de la falta

- Como la culpabilidad exige que se pueda formular un reproche personal a la conducta del autor, la responsabilidad administrativa es, entonces, de *carácter personal*³⁶. Así, resultaría contrario a este principio que se establezcan formas de responsabilidad por el hecho ajeno o formas de imputación respecto de la conducta de terceros que no han tenido participación en los hechos constitutivos de la infracción, y;

- También son contrarias a este principio aquellas infracciones administrativas calificadas por el resultado, pues no se puede reprochar al autor la existencia de circunstancias que no ha podido prever, pero que agravan la magnitud de la sanción.

A este listado de consecuencias hay que agregar, naturalmente, esta otra: no es posible castigar formas de ser o la personalidad de las personas, sino solo conductas o hechos (prohibición de un derecho administrativo sancionador –y disciplinario– de autor)³⁷.

cometida” [énfasis añadido], contenido el artículo 50 del Reglamento de Responsabilidad. En palabras de Alcaraz: “La magnitud del reproche y, en consecuencia, de la sanción propuesta al inculpa dice relación con el grado de culpabilidad que le asiste. En este contexto, una conducta cometida con dolo es digna de un reproche más gravoso que una cometida con culpa, por cuanto manifiesta mayor indiferencia hacia el ordenamiento jurídico”. ALCARAZ (2023), pp. 173 y 174.

36 Esta proyección o consecuencia del principio de culpabilidad –denominado de la *personalidad de las sanciones*– se traduce en que la responsabilidad administrativa es *personalísima*: ésta sólo se puede predicar y atribuir al autor del acto infraccional, sin perjuicio de las responsabilidades –también personales– que puedan corresponder a los jefes superiores por su negligencia en las funciones de dirección, control y supervigilancia que les competen con relación a sus subalternos.

37 GÓMEZ (2021), p. 92.

3. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Un sector minoritario de la doctrina ha pretendido persuadirnos de que el principio de tipicidad penal debe aplicarse con rigor en el campo del Derecho Disciplinario –y sería, por tanto, uno de sus inflexibles presupuestos³⁸.

En mi opinión, el principio de tipicidad en el ámbito de la responsabilidad administrativa de funcionarios públicos en general y, en nuestro caso, de fiscales y funcionarios, no debe ser entendido en el sentido de la tipicidad penal –esto es, que la conducta punible esté expresa (y detalladamente) descrita en la ley criminal (artículo 19 N°3 inciso final de la Carta Suprema), de acuerdo con la cuádruple exigencia de *lex praevia, certa, scripta y stricta*–, pues en aquél campo su contenido es, a no dudarlo, más laxo: se satisface con la exigencia de que el deber, obligación o prohibición esté previamente descrito en una regla o norma, aun cuando lo sea de forma *genérica*³⁹.

Resultará bastante, pues, que la conducta que se estima infraccional pueda racionalmente encuadrarse en la norma que mandata o prohíbe⁴⁰, desde que, como suele afirmar la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en materia disciplinaria el principio de tipicidad se encuentra *atenuado o matizado*⁴¹. En

38 Hacia allá apuntarían las reflexiones de PALLAVICINI (2021), pp. 129 y ss.

39 De este modo, “la tipificación del ilícito administrativo, por la variedad de formas y complejidad que reviste la actuación administrativa, se realiza de forma abierta y con amplitud, utilizando referencias genéricas, con insuficiente precisión”. CAMACHO (2012), p. 14. Por tal razón, no debe despertar asombro el hecho de encontrar en los reglamentos del Ministerio Público diversos deberes, obligaciones y prohibiciones que están redactados en términos desesperadamente abiertos o con un alto grado de indeterminación. Sirvan de ejemplos las obligaciones previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 33 del Reglamento de Personal para Funcionarios, en la parte que mandata a éstos “orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos del Ministerio Público y a la mejor prestación de los servicios que a éste corresponde” y a “realizar sus funciones de la mejor forma posible, con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, procurando colaborar con todas las áreas y cumplir, eficaz y diligentemente, con las tareas que sean asignadas”, respectivamente.

40 Cfr. CAMACHO (2012), p. 14.

41 Véase, por todos, CELIS (2019), p. 151; y ALCARAZ (2023), p. 131. Marina, refiriéndose al caso español, asevera que “los Tribunales han modulado el contenido de las garantías del principio de tipicidad, de manera que *resultan admisibles grados considerables de amplitud e*

definitiva, en esta sede –la disciplinaria– no existen “tipos administrativos”, sino simplemente un conjunto de deberes, obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los servidores públicos⁴².

El órgano contralor ha ido aún más lejos, al señalar reiteradamente que el principio de tipicidad “(...) *no ha sido establecido en sede administrativa*, dado que el ejercicio de la potestad sancionadora no se enuncia a través de un listado de conductas, sino que por medio de un catálogo de deberes, prohibiciones y obligaciones”⁴³ [énfasis añadido].

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de tipicidad no es de recibo –al menos con rigor– en el campo disciplinario⁴⁴.

Resumiendo, ambas posturas, Cordero ha concluido que “en relación con la responsabilidad administrativa de los funcionarios, la jurisprudencia constitucional y administrativa ha establecido que no resulta aplicable el principio de tipicidad, el cual es sustituido por una regla de previsibilidad conforme a los deberes que vienen impuestos por sus respectivos estatutos”⁴⁵.

imprecisión en las normas tipificadoras” [énfasis añadido]. MARINA (2015), p. 54. La razón de la relajación de este principio en el ámbito disciplinario se halla, según León, en el especial conocimiento que deben tener los servidores públicos de sus deberes y funciones, en atención al lugar que ocupan dentro de la Administración. En sus propias palabras: “Este alcance diferente del principio de tipicidad [a modo de parangón con el que rige en materia penal] tiene su base en que la naturaleza o el contenido jurídico de la relación de sujeción especial permite una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones; con mayor lógica cuando se trate de empleados públicos, que se insertan físicamente y de manera duradera en la Administración y a quienes se les exige un especial conocimiento de la normativa relativa a sus funciones”. LEÓN (2019), pp. 612 y 618.

42 ALCARAZ (2023), pp. 131 y 132.

43 Dictámenes N°28.904, de 11 de noviembre de 2019; 13.852, de 20 de abril de 2017; 58.678, de 01 de agosto de 2014; y 78.839, de 27 de diciembre de 2010 (con cita a los criterios contenidos en los dictámenes N°8.281, de 2001 y 58.851, de 2004).

44 Tribunal Constitucional, Rol N° 747 (774)-2007, de 31 de agosto de 2007 (considerandos 17° y ss., y, especialmente, el 24°): “Que, en consecuencia, ni en el lenguaje, ni en el espíritu del inciso final del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, interpretado a la luz de los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico, es posible encontrar base de sustentación a la tesis de la requirente de que la garantía de tipicidad, propia del derecho penal, debe aplicarse sin más y con rigor a las sanciones del ámbito disciplinario (...)”.

45 CORDERO (2014), p. 250.

La Corte Suprema ha reconocido, en fin, que en el ilícito disciplinario, “principios de tanta relevancia como la reserva legal o la tipicidad, ceden ante la regulación legislativa de ilícitos configurados de forma de tipos abiertos, indeterminados y, en ocasiones, en blanco”⁴⁶.

Pese a lo dicho, considero que tales proclamaciones no debieran significar o llevar a pensar que el legislador o, en nuestro caso, el Fiscal Nacional, esté lisa y llanamente dispensado de incluir en las respectivas leyes o reglamentos, según corresponda, las conductas que se buscan desincentivar, aunque –en razón de la multiplicidad de hipótesis fácticas que, en la práctica, pueden entrar en colisión con las finalidades del servicio– se haga, como se dijo, de forma genérica. Es deseable, sí, que fiscales y funcionarios conozcan de antemano y con la mayor precisión posible el ámbito de lo prohibido y las sanciones que se seguirán de sus actos u omisiones. Por eso, si bien resulta admisible que en el ámbito disciplinario las conductas reprochables se describan utilizando conceptos más laxos o amplios que los autorizados en materia penal –de suerte que dejarán a la Autoridad respectiva un vasto margen de discrecionalidad en su apreciación–, tales conceptos –en un ideal teórico– debieran provenir de una pluma que permitiera a cualquier fiscal o funcionario prever razonablemente y con un mínimo grado de certeza, las notas *esenciales* de las conductas constitutivas de la infracción administrativa de que se trate y su ulterior consecuencia⁴⁷⁻⁴⁸.

46 Corte Suprema, Rol N°18.823-2019, de 2 de marzo de 2020 (considerando 8°). En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N°832-2022, de 22 de agosto de 2022 (considerando 3°).

47 En palabras de los ministros Bertelsen, Venegas y Navarro, contenidas en el voto disidente de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°747 (774)-2007, de 31 de agosto de 2007, ya citada: “(...) Resulta aplicable el principio de tipicidad en materia disciplinaria jurisdiccional (...). Ello obliga a la descripción de conductas ciertamente más genéricas, dado que no resulta posible la previsión de todas y cada una de las transgresiones, las que en todo caso en su núcleo esencial estarán siempre determinadas en la ley [o, en nuestro caso, en el o los reglamento (s) emanado(s) del Fiscal Nacional]. En el mismo sentido, con referencia al caso español, se pronuncian MARINA (2015), pp. 54, 56 y 57; y LEÓN (2019), p. 618.

48 En todo caso, parece plausible sostener que la *tipicidad*, como garantía para el investigado, se concreta en el deber que pesa sobre el investigador, al momento de formular los cargos, de “indicar los hechos que se imputan al fiscal o funcionario investigado en forma clara y precisa,

4. LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO EFECTIVO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD DISCIPLINARIA. ¿SE TRATA DE UN PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA?

Pallavicini ha sugerido que, en el campo del derecho administrativo disciplinario, “la responsabilidad del funcionario solo puede existir si su conducta ha generado un daño a un valor jurídicamente protegido y existe una relación de causalidad suficiente que vincule ambos elementos”⁴⁹.

Luego de asentar tal premisa, el autor da a entender que este daño debe ser necesariamente *real y efectivo*, cuando asevera que “(...) sin daño a un valor jurídicamente protegido o una tentativa que, de materializarse, hubiera tenido la aptitud suficiente para generar un daño, no puede haber responsabilidad”⁵⁰, agregando –y creo que con esto clarifica suficientemente su postura– que “*no existe ninguna razón suficiente que permita argumentar que en el derecho administrativo disciplinario se castiga el mero incumplimiento de deberes o prohibiciones pese a que de ello no se haya seguido ninguna consecuencia perjudicial ni para el órgano al cual pertenece ni para los ciudadanos*”⁵¹ [énfasis añadido]. Concluye aseverando que “si bien el daño es el último presupuesto en verificarse, debe ser el primero en ser comprobado a la hora de determinar la procedencia de la responsabilidad administrativa”⁵².

En defensa de sus argumentos, Pallavicini pasa revista a determinadas consideraciones vinculadas a la responsabilidad civil extracontractual, cita cierta doctrina, y, al final, remata invocando un fragmento del dictamen N°19.467, de 30 de mayo de 2000, del órgano contralor, del cual desprende

especificando la o las normas legales o reglamentarias presuntamente infringidas” (artículo 26 inciso 2° del Reglamento de Responsabilidad). En este sentido, sobre los funcionarios públicos en general, véase, ALCARAZ (2023), pp. 138-144.

49 PALLAVICINI (2021), p. 156.

50 Ibid., p. 157. Aunque con la referencia a la “tentativa que, de materializarse, hubiere tenido la aptitud suficiente para generar un daño”; pareciera bastarle una mera puesta en peligro, ¿acaso concreta?

51 Ibid.

52 Ibid.

—de un plumazo, también aislado— que la Contraloría General de la República “admite que para que se configure la responsabilidad administrativa, debe existir algún daño”⁵³.

Este último aserto es, sino derechamente errado, manifiestamente inexacto. En efecto, si bien la entidad controlara señaló en el mentado dictamen que las conductas antirreglamentarias del caso sub lite “no han producido un desmedro significativo para su institución empleadora ni un menoscabo en el cumplimiento normal de sus labores propias”⁵⁴, no lo hizo para eximir al servidor público de su responsabilidad disciplinaria, por faltar uno de sus presupuestos esenciales o constitutivos —como insinúa Pallavacini—, sino que para atenuar o disminuir dicha responsabilidad. El párrafo en cuestión, sin mutilaciones, es literalmente este:

Si a lo anterior se agrega, por una parte, que los cargos contenidos en los numerales 2.- y 4.- de fojas 93, constituyen en esencia una misma anomalía, y por otra, que las inconductas de la peticionaria, al tenor del contenido de los autos sumariales, no han producido un desmedro significativo para su Institución empleadora ni un menoscabo en el cumplimiento normal de sus labores propias, es posible concluir que si bien la inculpada incurrió en actividades improcedentes, que justifican aplicarle una sanción, ello no amerita la imposición de la medida disciplinaria de destitución, pues esta resulta desproporcionada en relación con la envergadura de aquellas⁵⁵.

Por esa razón, la Contraloría General de la República resolvió devolver los antecedentes a la superioridad respectiva, “a fin de que se someta a una nueva ponderación la situación de doña VL y *se le imponga una medida disciplinaria proporcional a las faltas que cometiera*”⁵⁶ [énfasis añadido].

53 Ibid., p. 158.

54 Dictamen N°19.467, de 30 de mayo de 2000.

55 Ibid.

56 Ibid.

En suma, para configurar la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios del Ministerio Público, no se requiere la producción de un daño o perjuicio efectivo.

En efecto, tengo para mí que el régimen disciplinario de fiscales y funcionarios no se construye sobre la base del resultado producido por las infracciones administrativas cometidas, sino que éstas se conciben, por regla general, como actos de mera conducta, que deben sancionarse con un fin preventivo-represivo y de respeto a la función pública –en este sentido, creo que la medida disciplinaria es, además, ejemplificadora– y no con un propósito meramente reparador o compensatorio⁵⁷.

De ahí que el Fiscal Nacional haya señalado que,

no puede ser factor de justificación el hecho de no haberse supuestamente ocasionado perjuicio material, lo cual supone una concepción equivocada de la responsabilidad administrativa. En este sentido su responsabilidad [la del funcionario inculpado] radica en el incumplimiento de deberes o

57 En concepto del Máximo Tribunal, la principal finalidad de las sanciones disciplinarias es “preventivo-represora. En efecto –dice– con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, [y] se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor”. Corte Suprema, Rol N°14.298-2021, de 13 de mayo de 2021. De acuerdo con Silva, las sanciones disciplinarias cumplen una función general, preventiva y disuasiva, pero además dos funciones específicas, a saber, la corrección del funcionario (en el caso de las medidas disciplinarias no expulsivas) y la depuración de la Administración (tratándose de la remoción). Véase, Silva (2024), pp. 148 y ss.

prohibiciones, es decir, no se sanciona por el resultado sino por la infracción de los deberes y obligaciones que le asisten en virtud de su desempeño en el Ministerio Público⁵⁸⁻⁵⁹.

Con todo, y estando convencido que de la manera expuesta *ut supra* se configura la responsabilidad disciplinaria de fiscales y funcionarios de la Fiscalía de Chile, esto es, con la comprobación de los tres presupuestos antes estudiados, sin necesidad de que, para estos efectos, se produzca un *resultado* específico, vale decir, un perjuicio o daño real y concreto para la institución o terceros, no veo razón para que la ausencia de tal daño o perjuicio, o su disminución –por ejemplo, al consignar el monto del daño causado al servicio– pueda ser tomada en cuenta al momento de conmensurar

58 Resolución FN/MP N°1526/2022, de 03 de noviembre de 2022, considerando 8°, letra e). Entiendo que, por el mismo motivo, el órgano de control ha establecido, en otro de sus dictámenes, que no corresponde sobreseer a un funcionario que incurrió en una falta administrativa de hacer uso indebido de un teléfono celular, ya que no puede “considerarse como causal de extinción de la responsabilidad administrativa que asiste a aquel, que éste se allane a devolver el costo que significó dicho uso indebido mediante facilidades que le otorgue la autoridad, ya que este aspecto se refiere únicamente a la responsabilidad civil del mismo derivada de su infracción a los deberes funcionarios”. Dictamen N°36.523, de 03 de octubre de 2001. En los dictámenes N°46.746, de 24 de julio de 2013 y 36.256, de 07 de mayo de 2015, el ente contralor ha sido todavía más enfático, al señalar, a las claras, que la ausencia de daño o menoscabo económico al Servicio, “no es óbice para la aplicación de una sanción, si se encuentra acreditada la conducta”.

59 Si quisiéramos poner lo recién reflexionado en términos penales, diría que, para que surja la responsabilidad disciplinaria, basta con una puesta en peligro (abstracta) del bien jurídico protegido con la norma cuya infracción se imputa al fiscal o funcionario investigado. Llegado a este punto, cabe anotar que la doctrina administrativa más reciente, ha pretendido trasladar los elementos propios del derecho penal al ámbito disciplinario, agregando como elemento de la infracción administrativa *la antijuricidad*, acaso para excluir de responsabilidad a aquellos servidores públicos que actúan amparados en una *causal de justificación*. De ahí que los autores que enarbolan esta bandera sostienen que no es suficiente con que la acción u omisión reprochada transgrede alguna obligación, deber o prohibición, sino que además es preciso que dicha vulneración produzca una afectación, o a lo menos, la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma administrativa. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, ALCARAZ (2023), pp. 147 y ss.; y LEÓN (2019), p. 620. El tortuoso camino que este sector de la doctrina ha escogido seguir, lo abandono yo, pues a la luz de mi propuesta pareciera ser suficiente con no dar por satisfechos los presupuestos de responsabilidad indicados en las letras b) y c), según los casos, para llegar al mismo resultado. En mi opinión, cuando tales autores incursionan sobre el tema, trastabillan en lo esencial: en delimitar correctamente el bien jurídico supuestamente tutelado, pues suelen hablar, indistintamente, *del correcto funcionamiento de la Administración, sus bienes, su imagen, de la eficacia de la organización, etc.*, conceptos tan amplios y vagos que en definitiva son –digamos la verdad– todo y nada al mismo tiempo.

la sanción administrativa a aplicar en el caso concreto –en suma, para atenuar la responsabilidad así configurada–, habida consideración del principio de proporcionalidad y, normativamente, de los criterios establecidos en el artículo 50 del Reglamento de Responsabilidad, especialmente, el de la *gravedad* de la falta cometida y las circunstancias *minorantes* concurrentes (en el ejemplo, la reparación celosa del mal causado)⁶⁰.

5. CONCLUSIONES

Para que se configure la responsabilidad disciplinaria de un fiscal o funcionario del Ministerio Público, es menester: primero, que éste o aquél, al momento de iniciarse el respectivo procedimiento administrativo, tenga la calidad de tal; segundo, que el fiscal o funcionario realice alguna acción o incurra en una omisión que suponga el quebrantamiento de una obligación, deber o prohibición a que está sujeto en dicha calidad; y, por último, que a éste o a aquél le quepa, en la infracción que se le reprocha, participación culpable.

El principio de tipicidad, en el sentido de la tipicidad penal, no es de recibo en el campo disciplinario, pues basta que la conducta endilgada al fiscal o funcionario pueda racionalmente encuadrarse en la descripción abstracta de la norma que se estima conculcada. En esta sede no existen, en efecto, “tipos administrativos”, sino simplemente un conjunto de deberes, obligaciones y prohibiciones, redactados las más de las veces de forma amplia o genérica. Esto no significa que el Fiscal Nacional esté dispensado de incluir en los respectivos reglamentos las conductas que se buscan desincentivar con la mayor precisión posible, de manera que cualquier fiscal o funcionario pueda razonablemente prever, acaso con un mínimo grado de certeza, las notas esenciales de la infracción administrativa que se le achaca y su ulterior consecuencia.

⁶⁰ En el mismo sentido, CÁRCAMO (2024), p. 172.

Para que nazca la responsabilidad administrativa de fiscales y funcionarios tampoco resulta exigible un daño real y efectivo para la institución o terceros. El régimen disciplinario de fiscales y funcionarios no se erige sobre la base del resultado producido por las infracciones administrativas cometidas, sino que éstas se conciben, por regla general, como actos de mera conducta, que deben sancionarse con un fin preventivo-represivo y de respeto a la función pública, y no con un propósito meramente reparador o compensatorio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALDE, Enrique (2011): “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (N°24), pp. 69-84.

ALCARAZ, Alexandra (2023): *La Infracción Administrativa Disciplinaria. Análisis de la Potestad de Instruir Sumarios de la Contraloría General de la República* (Santiago de Chile, Rubicón editores).

CAMACHO, Gladys (2012): “Guía Metodológica de los Deberes Funcionarios”, en: Programa de Fortalecimiento de la Gestión por Resultados en las Funciones de la Contraloría General de la República, Fiscalía, Unidad de Sumarios, pp. 1-28. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_chl_guia_fun.pdf [Fecha de última consulta: 16.09.2024].

CÁRCAMO, Alejandro (2024): *Responsabilidad Administrativa y Procedimientos Disciplinarios* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago).

CELIS, Gabriel (2019): *Derecho Administrativo Disciplinario*, segunda edición ampliada y actualizada (Santiago de Chile, Legal Publishing).

CELIS, Gabriel y BARRA, Nancy (2011): *Manual de Responsabilidad Administrativa* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): Estatuto Administrativo Interpretado y Concordado. Ley N°18.834 (Santiago de Chile, Contraloría General de la República).

CORDERO, Eduardo (2014): Derecho Administrativo Sancionador (Santiago de Chile, Legal Publishing).

CRISOSTO, Cristian (2023): “El régimen de responsabilidad administrativa de los fiscales del Ministerio Público chileno”, en: Revista Chilena de la Administración del Estado (N°8), pp. 33-61.

GÓMEZ, Rosa (2021): Infracciones y Sanciones administrativas (Santiago de Chile, DER).

LEÓN, Miguel (2019): “La responsabilidad del empleado público en España”, en: Revista CES Derecho (Vol. 10, N°2), pp. 605-640.

MARINA, Belén (2015): El Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

MONTERO, Cristian (2015): “La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio”, en: Revista de Derecho Público (Vol. 29), pp. 111-141.

OTERO, Miguel (2002): El Ministerio Público. Reforma Constitucional. Ley Orgánica Constitucional (Santiago de Chile, LexisNexis-Conosur).

PALLAVICINI, Julio (2021): Una Revisión Epistemológica de la Responsabilidad Disciplinaria (Valencia, Tirant Lo Blanch).

REYES, Miguel Ángel (2016): Sumarios Administrativos. Teoría y Práctica (Santiago de Chile, Librotecnia).

SÁNCHEZ, Miguel (2008): Derecho de la Función Pública, quinta edición (Madrid, Editorial Tecnos S.A).

SILVA, Daniel (2024): Las Sanciones Disciplinarias (Santiago de Chile, DER).

VILLAR, Gonzalo (2021): Manual Práctico sobre Sumarios e Investigaciones sumarias (Santiago de Chile, Libromar).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código de Ética del Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°922/2020, de 27 de agosto de 2020.

Decreto con Fuerza de Ley N°29, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.834, sobre estatuto administrativo. Diario Oficial, 16 de marzo de 2005.

Decreto N°100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Ley N°18.575, ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado. Diario Oficial, 05 de diciembre de 1986.

Ley N°19.640, establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial, 15 de octubre de 1999.

Ley N°19.696, establece Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Oficio FN N°711/2020, instrucción general que regula la tramitación de investigaciones administrativas, de 04 de noviembre de 2020.

Reglamento de Personal para los Fiscales del Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°819, de 26 de abril de 2023.

Reglamento de Personal para los Funcionarios del Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°1.364, de 30 de mayo de 2024.

Reglamento de Responsabilidad Administrativa de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°700, de 19 de mayo de 2020.

Reglamento sobre Custodia de Especies Incautadas por el Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°1.063, de 02 de julio de 2014.

Reglamento sobre Uso, Circulación, Mantenimiento y Administración de Vehículos del Ministerio Público. Texto aprobado por Resolución FN/MP N°2.511, de 06 de noviembre de 2008.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 30 de mayo de 2000, N°19.467.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 03 de octubre de 2001, N°36.523.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 17 de octubre de 2002, N°42.217.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 06 de mayo de 2004, N°22.927.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 22 de marzo de 2005, N°14.571.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 02 de diciembre de 2005, N°56.858.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 22 de junio de 2007, N°28.226.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 31 de agosto de 2007, rol N° 747 (774)-2007.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 24 de julio de 2008, N°34.407.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 27 de diciembre de 2010, N°78.839.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 01 de marzo de 2011, N°12.577.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 24 de julio de 2011, N°39.763.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 07 de octubre de 2011, N°63.697.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 02 de octubre de 2012, N°61.077.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 24 de julio de 2013, N°46.746.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 30 de diciembre de 2013, N°85.273.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 01 de agosto de 2014, N°58.678.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 18 de diciembre de 2014, N°98.033.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 07 de mayo de 2015, N°36.256.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 18 de abril de 2016, N°28.705.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 23 de enero de 2017, N°2.327.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 20 de abril de 2017, N°13.852.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 23 de noviembre de 2017, N°41.172.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 11 de noviembre de 2019, N°28.904.

Corte Suprema, sentencia de fecha 02 de marzo de 2020, rol N°18.823-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de mayo de 2021, rol N°14.298-2021.

Corte Suprema, sentencia de fecha 22 de agosto de 2022, rol N°832-2022.

Fiscal Nacional, Resolución de fecha 03 de noviembre de 2022, N°1526/2022.

LOS BIENES FAMILIARES: ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA INCERTEZA PARA LOS TERCEROS¹⁻²

FAMILY ASSETS: BETWEEN FAMILY PROTECTION AND UNCERTAINTY FOR THIRD PARTIES

Francisco Cabello Vargas*

Resumen:

El régimen de bienes familiares busca garantizar la protección de la vivienda y los bienes que la integran, asegurando un soporte material mínimo para la familia. Sin embargo, su aplicación ha generado incertidumbre, especialmente respecto de los derechos de terceros, debido a vacíos normativos y una regulación deficiente. La falta de claridad sobre la oponibilidad de la afectación y su eficacia frente a acreedores ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a desarrollar diversas interpretaciones. Este artículo analiza los principales problemas prácticos que enfrenta la institución en su relación con terceros y propone soluciones que armonicen la protección de la familia con la seguridad jurídica, destacando la importancia de la publicidad registral, la buena fe y la estabilidad de las relaciones jurídicas.

1 Artículo recibido el 27 de febrero de 2024 y aceptado el 23 de abril de 2025.

2 Trabajo desarrollado en el marco de la Beca ANID-PFCHA/Doctorado Nacional/2021-21210028, financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, de la cual el autor es beneficiario.

* Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Civil e Introducción al Estudio del Derecho Positivo Chileno en la Facultad y Escuela de Derecho de la Pontificia U. Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  0000-0001-7788-034X. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: francisco.cabello@pucv.cl.

Palabras clave:

Afectación, Bienes familiares, Publicidad registral, Seguridad jurídica, Terceros.

Abstract:

The family assets regime aims to protect the family home and its furnishings, ensuring basic material support. However, its application has created uncertainty, particularly regarding third-party rights, due to regulatory gaps and a lack of clear rules. The uncertainty surrounding its enforceability and effectiveness against creditors has led doctrine and case law to develop various interpretations. This article examines the main practical issues in its application and proposes solutions to balance family protection with legal certainty, emphasizing the role of publicity mechanisms, good faith, and the stability of legal relations.

Keywords:

Designation, Family assets, Publicity mechanisms, Legal certainty, Third parties.

1. INTRODUCCIÓN

Los bienes familiares se encuentran disciplinados desde el artículo 141 hasta el 149 del Código Civil, en el título denominado —precisamente— “De los bienes familiares” situado en el Libro I “De las personas”. Su incorporación a la legislación civil se realizó en el año 1994, en concomitancia con la introducción del régimen de participación en los gananciales. No se trata, evidentemente, de una institución prístina del Código Civil original.

El legislador no proporcionó concepto legal alguno, motivo por el cual ha sido la doctrina la que ha esbozado una definición. Principalmente, a partir del artículo 141, inciso 1º, que reza “el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y

se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio”. En armonía con otras disposiciones legales, estos bienes han sido definidos como aquellos que comprenden tanto el inmueble de propiedad de ambos cónyuges o convivientes civiles, o de uno solo de ellos, que sirve como residencia principal de la familia, como también los muebles que guarnecen el hogar y que han sido afectados como tales. El concepto descansa, pues, en su función esencial de permitir y fortalecer la convivencia familiar, en términos tales que los bienes familiares comparcen como una institución que promueve la protección jurídica de los descendientes, ascendientes, etc.; en general, de todo miembro que se pueda englobar en la categoría de familia, brindando un marco de tutela mínimo indispensable de soporte material.

La aceptación de este razonamiento es compartida por la Corte Suprema, la que ha admitido que “el cimiento que justifica la institución [de los bienes familiares] responde a un compromiso protector con la familia. En efecto, se ha dicho que el fundamento de la declaración de bien familiar es principalmente otorgar la protección de la vivienda familiar a quienes pueden ser privados de su uso, en cuanto proyección del deber de los cónyuges de proveer a las necesidades de la familia, especialmente al bien que le sirve de habitación, al que la ley le reconoce una función esencial que justifica su especial protección”³.

Por esta razón, la ley le asigna a estos bienes un régimen jurídico especial al margen del derecho común e independiente del régimen patrimonial escogido por los cónyuges o convivientes civiles. Además, una vez afectados como bienes familiares, quedan sujetos a un estatuto especial de administración y disposición, el que exige la participación conjunta del cónyuge o conviviente civil propietario como del no propietario, con el fin de garantizar la tutela

3 Corte Suprema, Rol N°129-2018, de 24 de septiembre de 2018.

familiar⁴. Lo anterior significa que entre los cónyuges o convivientes civiles hay un régimen de administración conjunta o cogestión que tiene por objeto la celebración de actos jurídicos sobre el bien afectado.

En todo caso, para complementar las definiciones dadas, se debe tener presente el artículo 146, inciso 1°, del Código Civil, el que comprende también en ellas a los derechos o acciones incluidos en la disposición.

Por lo que atañe al artículo 141, inciso 1°, segmento final, “cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio”, los bienes familiares constituyen un estatuto aplicable a cualquier régimen patrimonial, compuesto de normas mayoritariamente de orden público y de carácter imperativo, cuyo objeto es la protección de la familia, dado que garantiza un espacio o vivienda en el cual pueden vivir los integrantes de ella, o al menos una parte de ella⁵. El hogar representa así el espacio vital de los miembros de este grupo para que puedan aspirar a su bienestar integral y desarrollo espiritual. De esta manera, el fundamento de la institución descansa en constituir un mecanismo de salvaguarda de la vivienda familiar, cuya tutela se extiende no solo a las familias con base matrimonial, sino que también a los convivientes civiles, de conformidad al artículo 15 de la Ley N°20.830⁶. De ello se sigue que se

4 En este sentido: RODRÍGUEZ (2003), pp. 281 y 282; CORRAL (2007), p. 53; HÜBNER (1998), p. 107 y RODRÍGUEZ (2017), p. 468; etc.

5 En este mismo sentido se pronuncian: COURT (2009), pp. 96-101; CORRAL (2007), pp. 52-58; RODRÍGUEZ (2003), pp. 281-287; RAMOS (2015), pp. 358-361; BRANTT y VIDAL (2017), pp. 37-39; TURNER (2024), pp. 247-250; entre otros.

6 Si bien el precepto indicado extiende y hace aplicable el estatuto jurídico de los bienes familiares a los convivientes civiles, el presente trabajo se circunscribe exclusivamente en el análisis de los problemas dogmáticos y prácticos derivados de su aplicación en el contexto de una relación matrimonial. Esta delimitación no es arbitraria, sino que obedece a las particularidades propias de las uniones civiles, especialmente en lo relativo a su naturaleza, funcionamiento y formas de terminación —como el mutuo acuerdo o la declaración unilateral de uno de los convivientes civiles—, así como a la regulación patrimonial propia de los acuerdos civiles. De esta forma, los desafíos y problemáticas derivadas de esta institución en el acuerdo civil exigen un tratamiento diferenciado y autónomo, que excede el objeto de este estudio. La inclusión de estas situaciones reclama un análisis específico, dada la singularidad de las problemáticas que presentan en la afectación y desafectación de los bienes familiares.

intenta extender su campo de aplicación a las nuevas tipologías familiares, contribuyendo así a la consolidación de un núcleo básico para el crecimiento personal en ciertas condiciones mínimas⁷.

En virtud del artículo 142, inciso 1°:

no se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario. La misma limitación regirá para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualesquiera otros que concedan derechos personales de uso o de goce sobre algún bien familiar.

Y el artículo 146, inciso 2°, “producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar”.

La declaración de bien familiar implica la introducción de una limitación dominical y administrativa para el titular de bien, acciones o derechos afectados. Esta limitación se traduce en la exigencia de una administración conjunta por parte de los cónyuges o convivientes civiles para la celebración de ciertos negocios jurídicos sobre dicho bien, en particular si son de naturaleza dispositiva. En este sentido, el bien declarado como familiar es

7 La Corte Suprema ha aceptado que comparte este juicio acerca de los principales fundamentos de los bienes familiares. Al respecto, ha pronunciado que la institución de los bienes familiares se fundamenta en un compromiso de tutela familiar, con el propósito principal de salvaguardar el uso de la vivienda principal frente a posibles privaciones de esta facultad. Este principio se obtiene a partir del deber recíproco de los cónyuges de atender a las necesidades de la familia común, especialmente respecto del bien destinado a su habitación, al cual el derecho le asigna una función esencial que justifica su tratamiento disímil. Por lo tanto, la declaración de bien familiar tiene por objeto garantizar la permanencia de ciertos bienes básicos para el desarrollo y estabilidad de la familia, permitiendo a sus integrantes el desarrollo de una vida normal y llevar a cabo. Vid.: Corte Suprema, Rol N°3841-19, de 14 de septiembre de 2020; Corte Suprema, Rol N°4316-11, de 12 de septiembre de 2011; Corte Suprema, Rol N°1086-09, de 15 de abril de 2009; Corte Suprema, Rol N° 4243-15, de 30 de enero de 2017; Corte Suprema, Rol N°48749-2022, de 15 de junio de 2023; entre otros fallos semejantes.

sustraído del régimen general del derecho común y le resulta aplicable un marco que exige la gestión de los cónyuges o convivientes civiles, esto es, la concurrencia de una voluntad compleja para su administración o disposición.

Empero, el alcance de esta restricción varía según el régimen patrimonial adoptado por los cónyuges, pues se comportan de manera diferente en su aplicación práctica según se esté frente a la sociedad conyugal, participación en los gananciales o separación de bienes. La gravitación presenta una especie de graduación, pues es mayor en los dos últimos, puesto que allí la administración es separada, de lo que se sigue que se restringen facultades que el régimen naturalmente no contempla, por lo que constituye una excepción; en el caso de la sociedad conyugal, en principio su repercusión es menor, porque tratándose los bienes sociales inmuebles necesariamente se debe contar con la anuencia de ambos cónyuges, lo que es demostrativo de por sí de una administración conjunta o cogestión. En cambio, el escenario es diferente si se trata de un bien inmueble que pertenece al patrimonio del marido, de la mujer o del patrimonio reservado⁸.

Aunque la institución de los bienes familiares muestra sus luces y virtudes en este propósito de garantizar un soporte básico y fungir como núcleo elemental para los miembros de la familia, lo cierto es que su aplicación práctica no ha estado exenta de inconvenientes y desafíos, sobre todo en lo que se refiere al alcance respecto de terceros. En efecto, la exigua regulación de estos bienes ha contribuido a la creación de vacíos normativos, problemas interpretativos y falta de seguridad jurídica, dimensión que se materializa en varias cuestiones prácticas.

8 Eduardo Niño ha planteado que la trascendencia de los bienes familiares en el régimen de sociedad conyugal se distancia de la que se presenta en los otros regímenes. En efecto, los bienes sociales, del mismo modo que los bienes familiares, están sujetos a un régimen de administración conjunta. Los bienes sociales incluyen esta administración sobre todos los inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso, sin entrar a considerar su destino o uso habitual. En contraste, los bienes familiares se restringen a un único inmueble que debe estar destinado a ser la residencia principal de la familia. Además, mientras que los bienes sociales y los del marido se confunden y forman un solo patrimonio frente a terceros, los bienes familiares no comporten esta característica, y el cónyuge no propietario puede, si corresponde, oponer el beneficio de excusión frente a un acreedor. Vid.: NIÑO (1995), p. 285.

Esto ha sido particularmente claro en lo relativo al momento de la constitución provisoria del bien familiar por la sola interposición de la demanda y la falta de publicidad para con los terceros; en la constitución de derechos reales sobre los bienes familiares; en las consecuencias de la declaración de bien familiar sobre uno que se tiene en comunidad; en la falta de registro y publicidad en lo que se refiere a la afectación de bienes muebles como derechos y acciones; en la incerteza o ambigüedad sobre si un tercero puede solicitar la desafectación de un bien familiar; y en fin, el establecimiento del beneficio de excusión respecto de los bienes familiares. En la interpretación de estos supuestos, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han pretendido cubrir ciertos vacíos no previstos por la normativa a través de una interpretación extensiva de ciertas normas.

Sin tratarse de una lista taxativa o cerrada, lo cierto es que en todos estos casos planteados, se constata una problemática consistente en que la tutela jurídica de los terceros se ve amenazada o mermada por la omisión de una solución expresa, la ausencia de distinciones necesarias y la incerteza que regulación positiva de los bienes familiares proporciona.

En este orden de cosas, a partir de estos supuestos complejos que fueron anticipados y que comparten un denominador común, se realizará un análisis integral que no sólo denunciará los defectos legales, sino que también proporcionará soluciones que se enmarquen dentro de un sistema coherente y estructurado, subsanando las lagunas normativas, otorgando claridad en la implementación y permitiendo una aplicación eficaz de las disposiciones relativas a los bienes familiares.

2. PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y NUDOS CRÍTICOS. PROPUESTAS DE ENFOQUES Y SOLUCIONES PRÁCTICAS

2.1. Constitución provisoria del bien familiar por la sola interposición de la demanda

Según el artículo 141, inciso 3°:

con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisoriamente en familiar el bien de que se trate. En su primera resolución el juez dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

A la luz de la disposición, la mera interposición de la demanda para obtener la declaración de bien familiar genera, de forma provisional, la transformación de un inmueble en bien familiar⁹. Esta transformación es provisional porque el procedimiento está pendiente y el juicio que se ventila “se debe únicamente a la necesidad de permitir al cónyuge perjudicado por dicha afectación controvertir en juicio la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para su procedencia”¹⁰.

La problemática central de este supuesto estriba en que si bien se prevé que con la sola interposición de la demanda se transforma el bien en uno familiar, no se estableció, en cambio, acerca de cómo los terceros pueden ser notificados de tal afectación antes de la práctica de la subinscripción que debe efectuar el Conservador de Bienes Raíces (CBR), ni desde cuándo les es oponible tal calidad, pues por el hecho de entablar la demanda, los terceros no tendrían cómo tomar conocimiento sobre tal cambio ni acerca del litigio en general. Este vacío normativo propicia la generación de conflictos y un detrimento en la situación jurídica de los terceros.

9 De acuerdo con la Historia de la Ley N°19.335, durante el Segundo Trámite Constitucional, la Comisión de Constitución estimó prudente que la afectación de un bien como familiar quedara entregada a la competencia de los tribunales de justicia. Con el propósito de prevenir eventuales fraudes, se consideró conveniente que la sola presentación de la demanda -actualmente, interposición, conforme a la nomenclatura de los procedimientos reformados- bastara para declarar provisionalmente al bien como familiar. Esta afectación provisoria tendría el carácter de transitoria y se conservaría vigente hasta que una sentencia firme y ejecutoriada confirmara o desestimara la afectación solicitada. De esta forma, la tutela que obtiene el bien jurídico protegido condujo, quizás sin quererlo, a sacrificar otros intereses. Vid.: Historia de la Ley N°19.335, p. 234.

10 Corte Suprema, Rol N°42435-2016, de 30 de enero de 2017.

De forma anticipada, la solución más afín que se ha aplicado en situaciones análogas ha sido la exigencia de practicar la subinscripción en el Registro del CBR para que así, y sólo así, desde ese momento la declaración de bien familiar surta efectos y sea oponible a terceros¹¹. La oponibilidad respecto de terceros está, pues, predefinida por la publicidad que la subinscripción lleva aparejada y que es idónea para informar de forma fidedigna y auténtica la condición del bien afectado.

De esto se sigue que el principal problema que plantea la disposición transcrita radica en determinar el momento exacto en que los bienes afectados adquieren la calidad de familiares. De acuerdo al Código Civil, la afectación provisional de los bienes familiares se produciría *ipso iure* por la sola interposición de la demanda, sin necesidad de una resolución judicial ni de su notificación. Esto implica que, si el cónyuge o conviviente civil no propietario interpone una demanda solicitando la declaración de bien familiar, éste podría adquirir tal condición sin que el propietario tenga conocimiento de dicho estado de cosas; y respecto a los terceros interesados, tampoco pueden tener conocimiento de ello. Esto se ha justificado en la medida en que

para el legislador es tan importante el concepto de ‘protección de la familia’ que ante la sola [interposición] de la demanda, sin mayores antecedentes ni un estudio detallado de la situación de aquel grupo familiar, la ley ordena afectar de inmediato la calidad de ‘familiar’ al inmueble objeto de aquella petición [...] limitando muy severamente las garantías que protegen el dominio¹².

Esta situación es especialmente relevante en el ámbito del comercio inmobiliario, ya que, desde el momento en que la demanda se interpuso, el propietario queda impedido de disponer libremente del bien afectado sin la autorización del cónyuge o conviviente civil no propietario. Empero, mientras la demanda no sea proveída ni anotada la resolución en el CBR, los terceros interesados no tienen forma de conocer el carácter de bien familiar, por lo

11 Arts. 297 y 453 del Código de Procedimiento Civil; art. 1491 del Código Civil

12 LÓPEZ (2019), p. 18.

que está latente el riesgo de que se vean expuestos a una eventual declaración de nulidad relativa; de este modo, en la práctica, los terceros interesados exigirán la comparecencia de ambos cónyuges o convivientes civiles al celebrar un acto o contrato sobre el bien que puede ser potencialmente afectado. La omisión de esta previsión ha generado, naturalmente, una considerable incertidumbre en la contratación y el tráfico jurídico para los terceros¹³.

Como se puede apreciar, la ausencia de un mecanismo de publicidad efectivo antes de la subinscripción que acredite la calidad provisoria del bien como familiar puede dar lugar a una disociación o inconsistencia entre la real o verdadera situación jurídica del bien y la apariencia de la condición de éste que emana de los antecedentes que constan en el Registro Conservatorio. Esta última es la principal vía de acceso para los terceros que pretenden informarse y tomar conocimiento acerca de la condición del bien. Por consiguiente, los terceros que confían y actúan a partir de la información disponible, se exponen a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad relativa por la falta de la voluntad del cónyuge o conviviente civil no propietario, la que aparentemente no figuraba como necesaria para la validez o eficacia del acto o contrato que recaía sobre el inmueble.

La apariencia de regularidad y la plena disposición jurídica del bien objeto del acto o contrato por parte del titular dominical que emanan del registro resultan, pues, a lo menos, inexactas, y pueden inducir a los terceros de buena fe que confían en los certificados que proceden del ministro de fe, a cometer errores que envuelven la invalidez e ineficacia del negocio celebrado, transgrediendo así una de las principales finalidades del sistema registral, el cual es garantizar la protección de los terceros y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario¹⁴.

13 ROSSO (1998), pp. 138 y 139 y CORRAL (2007), pp. 74 y 75.

14 De acuerdo con Hernán Corral, este defecto constituye una de las objeciones más incisivas al estatuto de los bienes familiares, al generar un marco de incertidumbre sobre el estado o condición de un inmueble destinado a la residencia familiar. En la práctica, afirma, los agentes inmobiliarios y operadores jurídicos suelen exigir una declaración de no afectación del bien como familiar, así como la comparecencia de ambos cónyuges, aun cuando el bien integre exclusivamente el patrimonio propio de uno de ellos. Vid.: CORRAL (2008), p. 154.

Los autores nacionales han reconocido esta situación y han propuesto múltiples formas para enfrentarla adecuadamente¹⁵. En efecto, al alero del diagnóstico formulado por la doctrina, uno de los fines que cumplen las inscripciones es poner en conocimiento de terceros ciertas situaciones jurídicas particulares, como, por ejemplo, la constitución de un bien como familiar.

Por lo tanto, la exigencia de una formalidad por vía de publicidad parece estar implícita o tácita en la necesaria subinscripción que debe practicarse. De esto se sigue que es fundamental distinguir entre el momento constitutivo de la declaración provisoria de bien familiar, que tiene lugar por la sola interposición de la demanda, y la eficacia de dicha declaración respecto del cónyuge o conviviente civil y de terceros, la cual exige como condición sine qua non para el primero, la notificación de la demanda, y para los segundos, la inscripción de la resolución en el registro respectivo.

Esto es algo análogo y coherente con otras figuras semejantes, como la eficacia respecto de terceros de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre los bienes materia de un juicio según el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, el cual previene que “cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros”, puesto que en virtud de la inscripción en el registro del conservador respectivo la prohibición producirá efecto respecto de ellos, como también lo es necesario tratándose de los bienes raíces embargados de acuerdo con el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil, el que ordena que “si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituido en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros, sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde están situados los inmuebles”.

15 Así lo han hecho: COURT (2009), pp. 107-109; TURNER (2024), 253-255; RAMOS (2015), pp. 366-368; CORRAL (2007), pp. 72-76; TOMASELLO (1994), pp. 150 y 151, entre otros.

Otro tanto puede predicarse con relación al artículo 1491 del Código Civil, el que reza que “si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”, toda vez que los efectos de la condición resolutoria respecto de terceros, tratándose de los bienes de naturaleza inmueble, sólo los alcanza si es que la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Esto es coherente con el siguiente razonamiento

los requisitos generales de cualquier acto regido por el sistema registral es que sean oponibles siempre y cuando se haya efectuado la anotación, subinscripción, cancelación o anotación que se practique. En este fundamento descansa el artículo 1491 del Código Civil, que discurre sobre la base de que la condición conste en el título respecto, inscrito u otorgado por escritora pública¹⁶.

Como objeción se podría plantear que

la transformación provisorio en familiar del bien de que se trate asume todo el carácter de una medida cautelar o de precaución, pues tiene por propósito asegurar los resultados de la correspondiente acción. Con todo, la ley no ha hecho aplicables aquí los requisitos de las medidas precautorias ni tampoco ha establecido que la transformación provisorio en bien familiar pueda obtenerse en virtud de una suerte de medida prejudicial precautoria¹⁷.

No nos parece necesario que las mencionara, pues a nuestro juicio comparten una misma naturaleza jurídica y, en consecuencia, el mismo estatuto jurídico aplicable. La razón común de todos estos casos es que se disminuyen las facultades dominicales del titular (aunque sin alterar el dominio), aspecto que resulta de interés público al mantener la transparencia acerca del alcance

16 HÜBNER (1998), pp. 115 y 116.

17 TOMASELLO (1994), p. 150.

de sus atributos, y expone a los cocontratantes a una eventual declaración de nulidad y la subsecuente reivindicación que podría enderezarse¹⁸. Dicho en otros términos, conocer la realidad dominical y las facultades que el titular tiene sobre un bien raíz es una cuestión de orden público y de interés colectivo, por lo que mal podría quedar subordinado a la sola interposición de la demanda. Como se puede ver, en este terreno concreto es donde se proyectan las dificultades acerca de la interpretación de la norma en estudio y resulta preciso dilucidar una propuesta de solución.

Aún más, en las reglas relativas a la acción reivindicatoria, el artículo 143, inciso 2°, establece una fórmula de carácter general constitutiva de una presunción de derecho al establecer que “los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”. La presunción establecida por el legislador inevitablemente llama la atención y resulta cuestionable en este punto, puesto que si la mera interposición de la demanda por uno de los cónyuges o convivientes civiles transforma provisoriamente el bien en familiar, sin establecer requisitos de validez o publicidad para efectos de hacer esta declaración oponible a terceros, la determinación de la mala fe por parte del tercero es desproporcionada habida cuenta la dificultad o imposibilidad de tomar conocimiento de esta situación previa inscripción en el registro conservatorio.

Podría adquirir sentido, en cambio, si es que esta situación se encontraba a la vista del tercero, pues sólo allí sería indiciario de su mala fe. La falta de consideración en la condición del tercero de buena fe y la exterioridad a partir de la cual él se ampara, entraña necesariamente un tratamiento desigual que superpone dos calidades opuestas bajo una misma reglamentación. Esto

18 Existe además una razón de orden práctico, pues desde el punto de vista adjetivo, la ausencia u omisión de requisitos comunes a estas medidas (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) en este caso, implica que la afectación provisoria del bien por la sola interposición de la demanda se efectúa sin un examen o control previo de carácter judicial ni un mecanismo preciso de publicidad inicial. Esta asimilación que se propone da una solución concreta que es armónica con el ordenamiento jurídico.

evidencia la necesidad de efectuar un distingo y establecer como criterio fundamental la buena o mala fe del tercero, tutelando al primero y desamparando al segundo.

Si se opta por seguir esta interpretación protectora de los terceros de buena fe, la posterior sentencia que recaiga sobre el juicio solo tiene por finalidad consolidar una situación que primeramente era transitoria, aunque ahora se da en un estadio procesal en que el tercero con una mínima diligencia cuenta con las herramientas necesarias para conocer la condición de bien familiar, principalmente por medio de la inscripción registral y la subsecuente publicidad de la afectación del bien. En este marco, la presunción de mala fe parece fundada y proporcional, atendido que ahora sí es exigible el conocimiento de esta condición.

Este razonamiento ha sido seguido por los tribunales de justicia, los que han optado por proteger a los terceros de buena fe. En efecto, la Corte Suprema ha señalado que, si bien el juez

había ordenado la práctica de la anotación marginal dispuesta por el artículo 141 inciso 3° del Código Civil, ello no fue diligenciado oportunamente [...] el recurrente y tercero respecto de los cónyuges, no actuó de mala fe y no podía ser limitado en su dominio por una sentencia dictada en un juicio en que no fue parte¹⁹.

Una lectura opuesta a la aquí propuesta, no parece ser consecuente con la protección de los terceros porque éstos se verían afectados por una medida que limita las facultades de disposición sin ninguna inscripción al margen, y, por lo tanto, imposibilitados de tomar conocimiento acerca de la transformación del bien en familiar no obstante una actuación esmeradamente diligente. Esta circunstancia no solo agrava el riesgo de sufrir algún perjuicio por parte de un tercero y facilitar la generación de un detrimento en contra de sus derechos, sino que además atenta contra la finalidad perseguida por

19 Corte Suprema, Rol N°2155-97, de 15 de diciembre de 1997.

el legislador señalada en el Mensaje del Código Civil en orden a lograr la publicidad suficiente para poner en conocimiento de la sociedad el estado jurídico de los bienes inmuebles.

Sin embargo, la Corte Suprema ha dictado fallos excepcionales con una solución opuesta a la referida, lo que naturalmente ha generado una mayor incertidumbre y perjuicio a los intereses de terceros.

A modo ilustrativo, una mujer presentó una demanda ante el juzgado de familia con el objeto de obtener la declaración de bien familiar el primero de marzo de 2018 respecto de una propiedad utilizada como residencia principal de la familia, la cual era propiedad del cónyuge demandado. El tribunal declaró el inmueble provisionalmente como familiar el seis de marzo de 2018, aunque la resolución fue firmada el siete de marzo del mismo año. Este último día, el demandado vendió el inmueble a su padre, quien inscribió la compraventa en el Registro de Propiedad el quince de marzo de 2018.

Sobre este tema, la Corte Suprema estableció que,

de lo que se trata es saber si en las circunstancias ya expresadas (establecidas en la sentencia de modo irrefragable) debió declararse bien familiar el inmueble que siendo del cónyuge demandado a la fecha de la interposición de la demanda éste vendió a su padre -también demandado en autos (vía ampliación de la demanda en virtud de la compraventa habida entretanto) el mismo día que se firmó la declaración fechada un día antes mediante la cual se resolvió la declaración provisoria de bien familiar relativa al mismo inmueble [...] Es decir, que con la sola presentación [interposición] de la demanda se produce el efecto de transformar en bien familiar (provisoriamente, porque el procedimiento está pendiente) aquel objeto del libelo. De ahí se desprende, que firmada la resolución el día 7 de marzo de 2018 (mismo día de la compraventa al tercero), quedó suficientemente dispuesto que se anotara al margen de la inscripción respectiva la circunstancia precedente a que alude la ley y que es que con la sola presentación [interposición] de la demanda se produjo el efecto de transformación en bien familiar del inmueble perseguido declarar

[...] Sobre el particular cabe recordar que el artículo 142 del Código Civil preceptúa que ‘No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario.’ Esta primera parte del inciso primero de esta norma legal, deja en claro que habiéndose transformado en bien familiar el inmueble que el cónyuge demandado vendió al tercero después de presentada y proveída la demanda (esto último el mismo día en que la resolución se firmó por Sitfa), ya no podía celebrarse el acto de disposición, menos podría tener lugar la inscripción que le sucede²⁰.

En síntesis, al momento de otorgarse la escritura pública, no existía anotación marginal alguna en la inscripción conservatoria, de guisa que el comprador no podía tomar conocimiento acerca de la afectación provisoria del bien. El máximo tribunal, al solo contemplar como condición de eficacia erga omnes la interposición de la demanda para considerar al bien como familiar, permitió incluso que, si el mismo día de la firma de esa resolución judicial se produce la inscripción del bien inmueble en el CBR, éste ya se encuentra gravado.

En principio, este criterio y solución adoptada por la Corte Suprema debe ser objeto de crítica porque se traduce en una evidente desprotección de derechos de terceros, que no tienen conocimiento de la situación familiar interna, sobre el litigio pendiente, y menos aún de la declaración de bien familiar en relación al bien inmueble, lo que genera una evidente inseguridad jurídica, permite la realización de posibles actuaciones fraudulentas o de manipulación con el objeto de excluir un bien de los acreedores o de otras acciones, y en fin, impide el conocimiento efecto de la condición del inmueble, pues el tercero carece de un medio de notificación adecuada.

No obstante, este caso presenta ciertas particularidades que no podemos desatender, dado que el tercero adquirente no era un sujeto ajeno a la relación familiar, sino que el padre del cónyuge propietario. Esta circunstancia plantea

20 Corte Suprema, Rol N°7303-2019, de fecha 11 de marzo 2020.

dudas sobre la real o aparente falta de conocimiento del tercero respecto de la condición del inmueble. En efecto, si bien la Corte Suprema fundamentó su decisión en la eficacia de la afectación provisional desde la interposición de la demanda, sin exigir para estos efectos la inscripción en el CBR, surge la cuestión de si, en casos en los cuales el tercero tiene una evidente cercanía o muy probable conocimiento de la situación del bien, puede razonablemente presumirse su buena fe, atendido el contexto y las circunstancias del caso²¹.

De esta forma, ¿qué acontece cuando el tercero adquirente tiene conocimiento cierto de la situación del bien específico, no obstante, la subinscripción aún no se ha practicado? Existen buenas razones para argumentar que, en virtud de los vínculos, la proximidad y las relaciones familiares este tercero no puede desconocer razonablemente estas circunstancias, por lo que la protección dada merced de la apariencia carece de sentido en estos casos. Así las cosas, la exigencia de subinscripción cede en función del conocimiento efectivo del tercero, pues si este conocimiento logra acreditarse, aun sin inscripción, no debería otorgarse la protección que el sistema registral procura brindar.

Por cierto que podrá objetarse este razonamiento argumentando que el amparo de la familia es un bien jurídico protegido que merece la máxima tutela por parte del ordenamiento jurídico; pero aunque esto es efectivo, lo cierto es que la figura aparece como desbalanceada al no ofrecer protección

21 Este razonamiento permite validar la aplicación de una presunción judicial, entendida como una operación intelectual que, a partir de un hecho cierto y debidamente acreditado, permite al juez deducir fundadamente otro hecho desconocido o incierto, merced a las reglas de la lógica, el curso normal de los hechos y la experiencia. En este caso, la relación familiar estrecha entre el adquirente y el demandado, unido al contexto temporal en que se produjo la compraventa y la interposición de la demanda, podrían constituir un hecho base suficientemente sólido para presumir judicialmente el conocimiento del estado del bien, en tanto configura una situación de hecho altamente probable, indiciaria de este hecho desconocido. Así, el juez, aplicando una presunción judicial, puede establecer un nexo o ligamen lógico entre el hecho conocido (el parentesco y la cronología de los negocios) y el hecho presunto (el conocimiento real de la afectación), excluyendo la buena fe del tercero y permitiendo la aplicación del régimen excepcional de los bienes familiares. Cfr.: BORDALÍ et al. (2014), pp. 390-394; NÚÑEZ y PÉREZ (2014), pp. 213-215.

para los terceros que podrían verse perjudicados por esta afectación. La lectura hermenéutica que se propone tiene como mérito, pues, que establece un equilibrio entre la protección de la familia y los derechos de terceros.

Sin embargo, se ha dicho que este esfuerzo colisiona con “el claro tenor literal de la ley”²², pero esta aserción es inexacta porque las palabras de la ley no se interpretan de forma aislada, sino que dentro del contexto en el cual se encuentran y en armonía con el resto de los preceptos, tal como se indicó en párrafos previos, pues de esa manera se logra una congruencia con las finalidades perseguidas por el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por lo tanto, una lectura integral debe emplear el recurso al contexto de la ley y a las otras leyes que tengan por objeto la regulación de la misma materia. En efecto, a partir del tenor literal del artículo 141 inciso 3°, debe preferirse aquel sentido que le da efecto a lo prescrito por la norma, es decir, el que conduce a la conservación y aplicación de ella según las reglas generales. A la inversa, es necesario excluir aquello que la priva de sentido. La ley se dicta para ser aplicada, y según dicha máxima, la primera resolución que pronuncia el juez “dispondrá que se anote al margen de la inscripción respectiva la precedente circunstancia. El Conservador practicará la subinscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal”. Tal mandato no puede tener otra finalidad que la publicitación de transformación del bien inmueble en familiar para informar y precaver a los terceros acerca de este estado. Una interpretación opuesta haría inútil la redacción de tal imperativo.

Desde este punto de vista, las consecuencias de la afectación del bien como familiar se producen, respecto de terceros, con la anotación de la declaración en la inscripción del bien objeto de ella. Sin la referida anotación en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar²³, con toda

22 CORRAL (2007), p. 74.

23 Conclusión que se obtiene merced de los artículos 31, numeral 3°, 31, inciso 3°, y 53, numeral 3°, todos del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Sobre el particular, Daniel Peñailillo entiende que en realidad no se trata de un reglamento propiamente tal, sino que de un precepto legal por mandato del art. 695 del Código Civil. Así, PEÑAILILLO (2019), p. 800.

razón, los terceros pueden desconocer la existencia del bien como familiar. Así, es un caso que se puede reconducir a la inoponibilidad por el perjuicio que esto les podría acarrear.

Esta idea es compartida por la mayoría de los autores y fallos de los tribunales. En efecto, se ha sostenido de manera consistente que los terceros no pueden verse afectados por la declaración de bien en familiar de un inmueble, ya sea provisional o definitiva, mientras no se haya practicado la anotación correspondiente en el Registro del CBR²⁴. En este sentido, la afectación respecto de terceros solo les es oponible desde que se practica la subinscripción; este acto constituye una formalidad de publicidad de carácter sustancial, cuya omisión acarrea la sanción de inoponibilidad frente a terceros²⁵.

El desconocimiento de ella privaría a la figura de sentido práctico, especialmente considerando que el sistema registral inmobiliario chileno está construido y diseñado para otorgar transparencia y publicidad a la celebración de actos jurídicos que tienen por objeto bienes raíces, lo que permite a los terceros defender adecuadamente sus intereses²⁶. Esta interpretación, además, es coherente con la interpretación lógica y sistemática del Código Civil, el que en diversas disposiciones exige la publicidad como condición y requisito indispensable para la oponibilidad de ciertos actos frente a terceros (como los arts. 1491, 2513, 1902, 1716 y 1723)²⁷.

Para concluir, parece pertinente considerar que ésta ha sido, en efecto, la postura adoptada por la Corte Suprema, la que ha establecido una jurisprudencia tutelar de los derechos de los terceros en orden a exigir la respectiva inscripción para hacerles oponibles la afectación del bien en familiar. Los argumentos que suelen esgrimir son semejantes a los enunciados. Sobre el particular, pueden citarse el siguiente razonamiento del máximo tribunal:

24 RAMOS (2015), pp. 367 y 368.

25 HÜBNER (1998), p. 115

26 BRANTT (2015), pp. 108 y 109.

27 COURT (2009), p. 108.

la declaración de bien familiar impide la enajenación o gravamen del inmueble objeto de tal declaración, y la promesa de dichos actos, relativo a ese inmueble, efectuada voluntariamente, por uno de los cónyuges, prohibición que surte sus efectos desde que se practica su inscripción provisionalmente en el conservador de bienes raíces competente, una vez presentada [interpuesta] la demanda que persigue dicha declaración de bien familiar²⁸.

Como se puede apreciar, para la Corte Suprema, la eficacia de la declaración de un bien como familiar y la aplicación de su estatuto jurídico solo adquiere plena eficacia respecto de terceros desde el momento en que la resolución que así lo ordena se practica en el CBR, lo que es consistente con la interpretación de que la inscripción es otra condición necesaria que actúa como formalidad por vía de publicidad de carácter sustancial para que surta efectos con relación a los terceros.

2.2. Constitución de derechos reales sobre los bienes familiares

Una materia que ha sido controversial a nivel doctrinal y jurisprudencial se refiere a la eficacia de los derechos reales constituidos frente a la transformación del bien inmueble familiar. La problemática versa sobre la eventual erosión que pueden sufrir los acreedores por la constitución de derechos reales sobre bienes ya afectados como inmuebles.

El punto de partida se encuentra en la regulación y el alcance del artículo 147 del Código Civil. Dicha disposición prescribe que:

durante el matrimonio, el juez podrá constituir, prudencialmente, a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. En la constitución de esos derechos y en la fijación del plazo que les pone término, el juez tomará especialmente en cuenta el interés de los hijos, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. El tribunal podrá, en estos casos, fijar otras obligaciones o modalidades si así pareciere equitativo. La declaración judicial a que se refiere el inciso

28 VERDUGO (1999), p.109.

anterior servirá como título para todos los efectos legales. La constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

La disposición transcrita exige un análisis fragmentado. En primer lugar, una interpretación acerca del momento de la constitución de los derechos reales de goce y su eficacia respecto de terceros, a propósito de los derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, ha sido que “la constitución de estos derechos sobre bienes familiares es inoponible a los acreedores que el cónyuge propietario tenga a la fecha de su constitución”²⁹. Así, el diagnóstico adecuado sería reconocer la existencia de un específico tercero que funda su calidad de tal antes de la declaración de bien familiar en la titularidad de un derecho personal o condición de acreedor. Coherente con ello es el inciso final del artículo 147 al señalar que la constitución de estos derechos reales sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución. Por lo tanto, la constitución de estos derechos reales no deben causar un detrimento en la situación jurídica que se encuentra el acreedor anterior al momento constitutivo del bien familiar y titular de un derecho personal. Semejante análisis se encuentra en el artículo 1723 transcrito previamente, compareciendo así una situación análoga a la descrita: calidad de orden temporal y titularidad de un derecho.

En línea con lo anterior, con relación al efecto de la constitución de derechos reales sobre los bienes familiares, se ha considerado que

los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de la constitución de los derechos reales (debe entenderse, en caso de inmuebles, desde su inscripción) no resultan perjudicados en sus créditos (art. 147 inc. 4° CC). En consecuencia, los gravámenes serán inoponibles a estos acreedores. Por

29 TOMASELLO (1994), p. 159.

el otro lado, los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento no resultan beneficiados por el aumento del patrimonio del cónyuge deudor causado por la constitución de estos derechos en su favor (art. 147 inc. 3° CC). En consecuencia, estos acreedores no podrán embargar los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes familiares, como tampoco subrogarse en ellos (cfr. art. 2466 CC)³⁰.

Nótese, pues, que el legislador no afirma que tal declaración no le afectará, sino que no le perjudicará, lo que exige un detrimento en el ejercicio de sus derechos o intereses jurídicamente protegidos, lesión crediticia que se puede verificar al momento de exigir el pago, embargar y rematar bienes, o, en fin, cualquier hecho adicional que dificulte o enrevese la ejecución sobre el bien específico afectado.

Dentro de la reglamentación de los bienes familiares, en el artículo 147 están previstos expresamente los efectos jurídicos de la constitución del derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. Ahora bien, dado el tenor literal de la norma, una situación distinta y no prevista en esta regulación especial de los bienes familiares se vincula a la constitución de otros derechos reales de garantía sobre una cosa ajena, como, por ejemplo, una hipoteca o prenda. Piénsese, por lo tanto, en el bien inmueble familiar afectado con una hipoteca, o bien, en la declaración del bien raíz hipotecado en familiar. El momento de la constitución del bien como familiar es la condición determinante de los efectos jurídicos de uno y otro caso.

En el primer caso, si se está frente a un inmueble que ha sido gravado por la declaración de éste como familiar, lo cierto es que el cónyuge o conviviente civil propietario sí está facultado para hipotecarlo, siempre y cuando cuente con la autorización del cónyuge o conviviente civil no propietario. En efecto, esto es por aplicación del art. 142. De esta manera, de contar con la autorización del cónyuge no propietario, la constitución de la hipoteca desplegará toda su eficacia y proporcionará al acreedor hipotecario

30 CORRAL (2007), p. 97.

los derechos que este derecho real le otorga, quien podrá ejercitarlos si se dan las condiciones necesarias para ello. Con todo, en este caso se realza la importancia del beneficio de excusión antes de ejecutar el bien inmueble familiar, aspecto que el acreedor hipotecario deberá tener presente al momento de aceptar esta garantía real que se le ofrece, pues lo más probable es que le sea opuesto con el fin de evitar la realización del bien inmueble familiar.

Por el contrario, en el segundo caso, el panorama parece algo más complejo, pues el legislador no disciplina en términos expresos la posibilidad ni los eventuales efectos jurídicos de la declaración de un bien familiar que previamente haya estado hipotecado.

La solución coherente sobre el alcance en la constitución de la hipoteca es que la declaración de bien familiar del inmueble hipotecado es incapaz de perjudicar los derechos del acreedor hipotecario, toda vez que debe primar el criterio de la temporalidad, según el cual, una hipoteca constituida que afecta un bien inmueble, no puede experimentar menoscabos por gravámenes o limitaciones posteriores, ya que de lo contrario se suprimiría la fuerza caucionadora de la hipoteca. Esta deducción se obtiene por una interpretación extensiva del artículo 147 en lo relativo al usufructo, en términos tales que es análogo a la hipoteca, por lo que la transformación del bien en familiar no lesionará al acreedor hipotecario. Lo más razonable es aplicar el mismo razonamiento y conclusiones en lo que dice relación con la declaración del bien familiar si éste ya estaba hipotecado³¹.

31 Las problemáticas de esta índole no se agotan con lo expuesto. En efecto, se ha planteado “un problema no resuelto aún por los tribunales [y] es el que se deriva de la cláusula general de garantía hipotecaria. ¿bastará que la hipoteca se haya inscrito antes de la afectación del bien familiar aunque el crédito se ejecuta bajo su amparo se haya otorgado con posterioridad a ella? La cuestión es dudosa. Nos inclinamos por salvaguardar la hipoteca, puesto que de lo contrario sería muy sencillo burlar una garantía general hipotecaria por la vía de afectar posteriormente el inmueble como familiar”. Así, CORRAL (2008), p. 155. El razonamiento es coherente y suficiente, pues, para lograr la adecuada protección del tercero acreedor; empero, para reforzar el argumento, debe agregarse que la hipoteca denota una función garantizadora en virtud de la afectación de un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación propia o ajena, por lo que toda operación o negocio posterior que tiende a menoscabarla debe ser desconocida o impermeable para el acreedor hipotecario.

Por lo tanto, pese a que una de las finalidades de los bienes familiares es la tutela de la familia y conceder un espacio básico para el desarrollo de sus integrantes, no es capaz de empecer ni mermar la garantía hipotecaria ya constituida, en términos tales que se le da preferencia al acreedor anterior a la constitución de bien familiar, no obstante falta de disposición sobre el particular³². En consecuencia, si el acreedor hipotecario ejecuta el bien familiar en pública subasta previa orden del juez, el mejor postor lo adquiere puro y libre de todo gravamen, lo que supone también que es sin la limitación de ser un bien familiar.

Este criterio también ha sido compartido por los tribunales de justicia, porque se ha declarado que,

si bien es cierto [que] el antedicho crédito es de fecha posterior a la constitución del inmueble de marras como familiar, la cual tuvo lugar merced a la sentencia de 04 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Familia de Los Ángeles en los autos Rit C-202-2019, lo cierto es que la misma solo fue anotada al margen de la inscripción de dominio del bien raíz con fecha 24 de diciembre de 2015. Que, así las cosas, el acreedor sólo podía tener en consideración la realidad dominical y de gravámenes existe en los Registros del Conservador de Bienes Raíces de los Ángeles, a la época de rubricarse el título de crédito que se cobra en autos, la cual no daba cuenta de la existencia de la declaración de bien familiar invocada por la recurrida y la alteración posterior con la anotación registral antes referida, atendida la fecha en que se materializó, resulta serle del todo inoponible, en cuanto a la obligación que se cobra en la presente causa³³.

32 VIDAL (2009), p. 90.

33 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°2469-2019, de 22 de octubre de 2020. En el caso ventilado y fallado por la Corte de Apelaciones, la actora había enarbolado como excepción el beneficio de excusión frente a la acción de desposeimiento de la finca hipotecada, hipoteca que fue constituida con anterioridad a la inscripción y aun a la declaración de bien familiar del mismo. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°21-2012, de 26 de enero de 2012. Ídem: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° desconocido, de 11 de enero de 1999, en Gaceta Jurídica, N° 223, p. 109.

Con el fin de reforzar lo anterior, es importante destacar que si la hipoteca despliega toda su eficacia, el cónyuge reconvenido no podrá oponer el beneficio de excusión, dado que la declaración de bien familiar es inoponible al acreedor hipotecario, pues de lo contrario implicaría restringir la caución hipotecaria y perjudicar los derechos del acreedor, y la principal función garantizadora de una hipoteca válidamente constituida es la afectación del bien inmueble—que posteriormente será declarado familiar—al cumplimiento de una obligación principal. De modo que una excepción de tal naturaleza deberá ser rechazada por el tribunal porque puede ser desconocida por el acreedor hipotecario, ya que no le es oponible la declaración de bien familiar y sus ulteriores efectos.

Tal criterio argumentativo ha sido empleado por los tribunales de justicia, los cuales han sostenido que,

así las cosas, atendidas las especiales características de la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada, los sentenciadores estiman que no es procedente el beneficio de excusión consagrado en el artículo 148 del Código Civil en esta clase de ejecuciones. Ello, básicamente porque el juicio tiene por objeto ejecutar hipotecas otorgadas para garantizar los créditos debiendo trabarse embargo únicamente sobre la finca hipotecada, no siendo posible embargar otros bienes del tercero ni tampoco solicitar ampliación de embargo si acaso con el producto de la venta del inmueble gravado no alcanza a cubrirse la totalidad de la deuda; porque, también, el tercer poseedor no tiene la calidad de deudor de la obligación que garantiza la hipoteca, y, además, porque las normas que configuran la hipoteca son especiales y prevalecen sobre un precepto más general como el que establece el beneficio de excusión para los bienes familiares [...] por último, es necesario precisar que si la hipoteca es anterior a la declaración de bien familiar del bien hipotecado, y materia del juicio, tal declaración será inoponible al acreedor hipotecario por ser la hipoteca anterior a la constitución de bien familiar³⁴.

34 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°16337-2006, de 13 de agosto de 2009.

2.3. La declaración de un bien familiar sobre el que se tiene una cuota en propiedad

Se trata de una situación no regulada expresamente por el legislador con relación a este instituto³⁵. La hipótesis fáctica es que uno de los cónyuges o convivientes civiles tiene en propiedad una cuota sobre el bien principal en el que reside la familia³⁶. Las interrogantes que fluyen son las siguientes: ¿puede declararse como bien familiar la residencia principal de la familia una cosa inmueble cuya titularidad pertenece tanto al cónyuge o conviviente civil propietario como a un tercero? Este fenómeno jurídico, ¿actúa como una limitación a dicha constitución o es indiferente con relación a los requisitos para su afectación? En estricto rigor, las exigencias que establece la ley para la declaración de un bien familiar son solo las que establece el artículo 141, a saber: que el inmueble de propiedad de cualquier de los cónyuges o convivientes civiles sirva de residencia principal de la familia, por lo tanto, no distingue si la calidad dominical del titular es exclusiva o comunitaria.

En principio, podría sostenerse que no es un impedimento el estado de indivisión para la declaración de bien familiar, sin perjuicio de los evidentes problemas de orden práctico que podrían producirse con el tercero de acuerdo con la administración y uso común del bien, dado el estado de indivisión en virtud de la coexistencia de un derecho de igual naturaleza. Luego, las formas de aprovechamiento de bienes comunes se encuentran reguladas en el artículo 2305 del Código Civil en virtud del cual “el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber común”. Acontece que el derecho cuotativo del copropietario es una modalidad del derecho real de dominio que se proyecta en una parte ideal o abstracta del derecho entero, de lo que se sigue que es coherente entender que

35 En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que la ley no hace mención ni distinción sobre la situación de los bienes raíces de uno de los cónyuges en comunidad con terceros. Es decir, ni lo establece ni lo autoriza en estos casos, a diferencia de lo que ocurre con los derechos y acciones mencionados en el artículo 146 del Código Civil. Vid.: Sentencia de la Corte Suprema, Rol N°4608-2009 de 14 de septiembre de 2009. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol N°8072-2018, de 25 de marzo de 2019.

36 LEPIN (2015), p. 227.

si bien el inmueble está en propiedad de uno de los cónyuges o convivientes civiles, lo está en concurrencia con otro titular cuyo derecho es análogo, por lo que no existe un impedimento jurídico alguno para obtener la declaración de bien familiar de un inmueble en comunidad³⁷, sin alcanzar ni afectar, por cierto, la cuota del tercero.

Una problemática que ha surgido es en relación a la comunidad hereditaria. En un juicio fallado por la Corte Suprema, se tuvo por establecido:

que el inmueble materia de autos sirve de residencia principal de la familia [y] que el demandado es dueño de éste en comunidad con su hermano y que el modo de adquirir que ha operado en la especie corresponde a la sucesión por causa de muerte, por lo que debe aplicarse la disposición del artículo 2305 del Código Civil³⁸.

Por su parte, la demandante alegó que:

de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil, para que un inmueble pueda ser declarado bien familiar, éste debe ser de propiedad de cualquiera de los cónyuges, no distinguiendo la ley respecto de la forma a través de la cual se ha adquirido el dominio del mismo, ni ha excluido los bienes que forman parte de una comunidad³⁹.

La sentencia pronunciada por el tribunal de familia rechazó la acción deducida y fundó su fallo en el perjuicio que la declaración de bien familiar acarrearía para el tercero ajeno a la constitución familiar, detrimento que no debe porqué soportar él. Así las cosas, el tribunal sostuvo que “no resulta procedente la pretensión formulada en autos [puesto que] este estatuto no puede aplicarse a la comunidad hereditaria, en la que está implícita una situación de hecho, en la que la voluntad de los comuneros no ha intervenido

37 En contra, Cristián Lepin afirma que no es procedente tal declaración porque afecta el derecho de propiedad de terceros. Vid.: *Ibid.*, p. 227.

38 Corte Suprema, Rol N°10182-2011, de 16 de marzo de 2012.

39 *Ibid.*

como al formar una sociedad, pues de lo contrario se afectarían derechos de un tercero ajeno al bien jurídico protegido”⁴⁰. La disputa discurre sobre la tutela jurídica de la familia, por un lado, y el menoscabo de la situación jurídica del tercero, por otro. En este caso, dado que el estado de indivisión es previo a la demanda, se privilegia la condición del tercero y se previene que se vea alcanzado por la limitación dominical que implica la afectación solicitada.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema confirmó la resolución y agregó,

que si bien la institución de los bienes familiares, incorporada a nuestra legislación por la Ley N°19.335, tiene por finalidad principal amparar al hogar de la familia, principalmente en caso de conflictos dentro de ella, no es posible aplicarla a situaciones no previstas por la ley (...) El inmueble que sirve de residencia principal a la familia pertenece al cónyuge demandado en comunidad con su hermano. Tal situación que se plantea en autos, no corresponde a ninguna de las hipótesis que ha establecido el legislador, desde que no se trata de un inmueble que pertenezca a uno de los cónyuges, pues este presupuesto no se cumple si se trata de un bien de propiedad común entre el cónyuge y un tercero (...) la ley ha omitido toda referencia a la situación de los bienes raíces pertenecientes a uno de los cónyuges en comunidad con terceros, es decir, la misma no contempla ni autoriza la declaración de bien familiar en estos casos (...) la situación en estudio ha quedado al margen de regulación por la normativa legal⁴¹.

Tanto el *a quo* como al *ad quem* arriban a la misma conclusión, aunque por razones diversas. En efecto, el primero centra su razonamiento en la protección de terceros y da preeminencia al estado de indivisión consolidado producto del fallecimiento del causante, por lo que privilegia la anterioridad de los derechos frente a la reclamación que efectúa la actora. El segundo, en cambio, aunque llega a la misma solución, lo hace a través de la vigencia del

40 Ibid.

41 Corte Suprema, Rol N°10182-2011, de 16 de marzo de 2012. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol N°6172-2011, de 5 de diciembre de 2011; Corte Suprema, Rol N°4608-2009, de 14 de septiembre de 2009.

principio de legalidad en su vertiente positiva que tiene cabida en el derecho de familia, pues solo se autoriza la actuación de los particulares en tanto ésta se encuentra expresamente permitida por la ley. Por consiguiente, frente al vacío normativo de la constitución de los bienes familiares en la comunidad, la resolución decanta por su negativa al no estar expresamente previsto.

Aunque ninguno de los considerandos lo señala expresamente, se desprende una cierta reluctancia hacia esta posibilidad, con toda seguridad fundada en los problemas prácticos que genera la inclusión de un tercero en la titularidad dominical del bien familiar distinto del cónyuge propietario, motivo por el cual la judicatura opta por vedar esta contingencia, priorizar la estabilidad del estado de comunidad y el respeto del derecho cuotativo anterior a la declaración de bien familiar. La conclusión previa se ve reforzada también por la dificultad o el entorpecimiento que este estado de indivisión alcanza sobre el bien familiar, en especial, porque no resulta del todo exacto

de qué forma se pueda cumplir con la finalidad de la institución en orden a dotar a la familiar de una residencia estable y permanente en este supuesto, toda vez que cualquiera de los otros copropietarios del inmueble pueden solicitar el cese gratuito del bien raíz, bastando su sola reclamación (art. 655 del Código de Procedimiento Civil)⁴².

Lo anterior tiende no solo a propiciar incerteza para los cónyuges, sino que también para los terceros, y en general, para la estabilidad y armonía familiar.

2.4. La afectación de bienes muebles y la falta de publicidad respecto de terceros

El artículo 141 del Código Civil establece que son susceptibles de ser declarados bienes familiares “los bienes muebles que la guarnecen [la residencia principal de la familia]” por lo que se someten a este estatuto jurídico. Luego, la interposición de la demanda y la subsecuente orden de inscripción

42 CÉSPEDES (2023), pp. 684 y 685.

que dispone el juez solo tiene eficacia con relación al bien inmueble, de modo que no hay pronunciamiento legal expreso acerca de la suerte que corre esta otra clase de bienes. En efecto, “atendido que los bienes muebles que guarnecen el hogar común no están sometidos a un sistema registral, cabe reiterar que el legislador no ha podido establecer subinscripción alguna”⁴³.

En términos generales, esto no parece ser algo anómalo dentro del ordenamiento jurídico. Normalmente no existe un mecanismo institucionalizado de carácter general y público que ponga en conocimiento de terceros las limitaciones o gravámenes que afectan a los bienes muebles. Así las cosas, normalmente se carece de tales registros públicos, por lo que en la práctica se torna ineficaz o imposible de controlar la constitución y circulación de bienes muebles familiares. Esto se ve confirmado porque “por el hecho de no estar registrados, también presentarán dificultades a los terceros para conocer la situación que presentan [los bienes muebles]”⁴⁴ de suerte que se presenta un vacío legal dentro de esta regulación.

Con el propósito de tender hacia una armonía dentro del sistema, parece coherente aplicar por analogía integradora el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, el cual dice que “cuando la prohibición [...] verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas”. Esta disposición permite enfatizar la importancia del conocimiento cierto que los terceros pueden tener acerca de tal afectación al tiempo de tener relaciones jurídicas respecto de ellos; como también el artículo 1490 del Código Civil, el que refiere que “si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”, por lo que considera su estado de buena o mala fe al tiempo de la relación jurídica con alguno de los cónyuges o convivientes civiles; aunque, naturalmente como ya ha sido expuesto, cede

43 TOMASELLO y QUINTANILLA (1981), p. 151.

44 ROSSO (1998), p. 147.

frente al conocimiento efectivo o cierto por parte del tercero. En todo caso, merced a esta última disposición, la buena fe resulta gravitante para reforzar la tutela jurídica del tercero y propender hacia la certeza jurídica.

Desde nuestra perspectiva, una vez constatado este vacío normativo o laguna, y atendida la similitud entre los supuestos de hecho, así como la potencialidad de hacer aplicable la reglamentación expresa prevista a la omitida, aquélla puede extender su eficacia para este caso no regulado, máxime si se tiene en cuenta la razonabilidad, consistencia y la buena fe del tercero; en todo caso, cabe señalar se está frente a una falta de regulación que parece ser el plan del legislador en este caso.

2.5. La afectación de derechos y acciones que los cónyuges tienen en sociedades propietarias de un inmueble susceptible de ser afectado y su alcance respecto de terceros

El caso se encuentra regulado en el artículo 146, disposición que previene que:

Lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Producida la afectación de derechos o acciones, se requerirá asimismo la voluntad de ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, que tenga relación con el bien familiar. La afectación de derechos se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En el caso de una sociedad de personas, deberá anotarse al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiere. Tratándose de sociedades anónimas, se inscribirá en el registro de accionistas.

La norma se vincula a la afectación de derechos o acciones que los cónyuges o convivientes civiles tengan en sociedades propietarias de un bien raíz que sea residencia principal de la familia, la que se produce por una declaración extrajudicial que puede ser otorgada por uno o ambos cónyuges,

como por uno o ambos convivientes civiles, sin perjuicio de poder ser impugnada por el cónyuge no declarante como por un tercero en general ante el tribunal de familia respectivo. En todo caso, la declaración extrajudicial normalmente emanará del cónyuge o conviviente civil no propietario. La función de esta declaración solemne es condición necesaria para la constitución del bien familiar, pero no es suficiente para que la afectación tenga efectos respecto de terceros.

Dado que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, la razón de la ley es evitar el ocultamiento del bien inmueble amparado en la separación patrimonial de la persona natural y jurídica, ya que suele acaecer que por razones de orden tributario o mercantil el bien inmueble es traspasado a la sociedad como si se tratara de una especie de propiedad indirecta; dicho en otros términos, se levanta el velo al que pertenece el bien inmueble y se permite, indirectamente, su afectación. Por esta razón, se ha sostenido que,

la norma tiene por objeto, como lo sostiene parte de la doctrina —así lo explicaremos—, la afectación de una especie de propiedad indirecta del cónyuge socio sobre el inmueble. Se interpone entre aquella y este, la sociedad, que es formalmente la propietaria. El cónyuge es titular —dueño— de derechos y acciones sociales en esa sociedad, no así al menos directamente, de tal inmueble⁴⁵.

A continuación, la disposición realiza un distingo para efectos de la anotación y la inscripción, a saber: sociedades de personas que tienen inscripción social; sociedades de personas que no tienen inscripción social; y sociedades anónimas que tienen registro de accionistas⁴⁶.

45 BRANTT y VIDAL (2017), p. 40.

46 Si bien es cierto que el legislador no distingue qué clases de sociedades son las que caben en el supuesto normativo, en términos tales que puede entenderse a partir de una noción amplia u omnicomprensiva, los autores han realizado un esfuerzo delimitador en orden a circunscribir las sociedades que se subsumen en la prescripción. En este sentido, se han establecido criterios que actúan como bisagra. Vid.: *Ibid.*, pp. 46 y 47.

Para concretar la afectación de estos derechos, la exigencia de una anotación marginal o de una inscripción en el registro correspondiente constituye una fase ulterior de esta transformación compleja. Esta exigencia se identifica como una formalidad por vía de publicidad de carácter sustancial, pues sólo a partir de dicho momento, la declaración de bien familiar produce plenos efectos respecto del otro cónyuge o conviviente civil y de terceros, dado que esta es la condición necesaria y suficiente para que les empiece a ellos. Cumplida dicha exigencia, los terceros pueden tomar conocimiento de la afectación producto de la inscripción marginal que ordena la ley. Entenderlo de una manera contraria coloca a los terceros en una situación desventajosa basada en la inexorable ignorancia que padecerán, lo que resulta opuesto al genuino sentido que pretende la consolidación de un sistema protector de los intereses y derechos de ellos.

Por lo demás, esta conclusión es compartida por parte de los autores. En efecto, se ha sostenido que,

la afectación analizada es solemne, puesto que ella debe ser hecha, para que surta efectos, en escritura pública. Además, la ley establece requisitos de publicidad, lo que lleva a pensar que esta declaración será inoponible al otro cónyuge y a terceros en caso de que estas formalidades no se cumplan. Las formalidades de publicidad exigidas por la ley consisten, tratándose de una sociedad de personas, en tomarse nota (anotarse dice la ley) al margen de la inscripción social respectiva, si la hubiera. Si la sociedad es anónima, ella debe inscribirse en el registro de accionistas⁴⁷;

como también que,

esta declaración es solemne, siendo la solemnidad la escritura pública. Tenemos dudas sobre la función que cumplen las anotaciones o inscripciones a que se refiere la disposición. Nos pareció en un comienzo que constituían una segunda solemnidad. Sin embargo, una mayor reflexión nos lleva a estimar que se trata simplemente de requisitos de oponibilidad para que la

47 RODRÍGUEZ (2003), p. 294.

declaración afecte a la sociedad y a los terceros que contraten con ella. Y ello, porque ese es el rol que normalmente cumplen las anotaciones (no digo inscripciones) en los registros⁴⁸;

y que,

tanto para que un bien inmueble como para que los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble, que sea residencia principal de la familia, sea considerado como bien familiar, se debe cumplir con los requisitos de publicidad respecto de la limitación de los bienes inmuebles para alcanzar a terceros⁴⁹.

Sin embargo, tratándose de las sociedades de personas que no tienen inscripción social, lo anterior no resulta aplicable, motivo por el cual, la única solución que parece razonable es aceptar que la declaración de bien familiar de estos derechos únicamente produce efectos respecto de terceros desde que estos toman conocimiento de tal afectación⁵⁰, recurso que encuentra asidero legal a partir de la analogía integradora de acuerdo con lo preceptuado en el art. 297 del Código de Procedimiento Civil, dado que aquí existe una coincidencia en la razón de la ley que justifica la aplicación de esta reglamentación expresa en este caso no previsto por el legislador que permite suplirla, criterio que permite actuar como punto de inflexión para inquirir acerca de la eficacia respecto de terceros⁵¹.

48 RAMOS (2015), p. 369.

49 BARCÍA y RIVERA (2019), pp. 110 y 111.

50 Así, se ha sostenido que “el problema se presenta [al] establecer qué ocurre si la sociedad no requiere inscripción (sociedades colectivas civiles). En este evento, creemos nosotros, el acto de afectación, para hacerlo oponible al otro cónyuge, puede serle notificado. Respecto de los demás deberá acreditarse, en cada caso, que éste estaba en conocimiento de la afectación”. Vid.: RODRÍGUEZ (2003), p. 294.

51 Por estas razones, Marcela San Martín considera que el mecanismo de publicidad establecido en el precepto es insuficiente porque no considera aquellas sociedades no sometidas al régimen registral y tampoco exige la anotación marginal en la inscripción de dominio respectiva, de suerte que entorpece o dificulta o deja sin posibilidad de conocer esta afectación por parte de terceros, desamparando sus intereses. Vid.: SAN MARTÍN (2011), p. 1511.

Desde esta perspectiva, y conforme a los supuestos que se han venido desarrollando, se advierte que la inobservancia de estas exigencias se materializa en la ineficacia de la declaración de bien familiar respecto de terceros. Esta conclusión fuerza a promover la necesidad imperiosa de nutrir al sistema de una publicidad coherente y eficaz, especialmente para casos no contemplados expresamente por la legislación.

2.6. Legitimación para solicitar la desafectación de un bien familiar: ¿el tercero es titular?

El artículo 145 del Código Civil disciplina cómo se desafectan los bienes declarados familiares. La desafectación del bien familiar puede producirse por múltiples causas, a saber: 1° de modo convencional, por acuerdo de los cónyuges, pues “los cónyuges, de común acuerdo, podrán desafectar un bien familiar. Si la declaración se refiere a un inmueble, deberá constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción respectiva”; esto último para tener plena eficacia respecto de terceros; 2° por una declaración judicial, solicitada por el cónyuge propietario, porque el “cónyuge propietario podrá pedir al juez la desafectación de un bien familiar, fundado en que no está actualmente destinado a los fines que indica el artículo 141, lo que deberá probar” lo que implica que el solicitante tiene la carga probatoria de acreditar que los requisitos de derecho y presupuestos fácticos ya no concurren en la especie; 3° según el inciso final del artículo precitado, la misma regla se aplicará si “el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio” de manera tal que se puede obtener también la desafectación por vía judicial cuando desaparece el fundamento que dio lugar a su declaración⁵². Además, pese a que la norma no lo indica

52 Empero, en todo caso, debe acreditarse que el inmueble que se encuentra afecto, ya no constituye la residencia principal de la familia. En efecto, aun cuando haya terminado el matrimonio por divorcio, para declarar la desafectación del bien, lo anterior debe ser demostrado. Esto se justifica plenamente porque el interés que persigue esta institución tiene un alcance que va más allá de los cónyuges. En este sentido, los hijos se ven como sujetos tutelados por esta figura, ya que amparan el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de éstos. Esto es coherente con entender que la protección de la familia y el desarrollo normal y pleno de sus miembros exige una garantía o condición en la mantención del bien familiar. Así

expresamente, la desafectación se puede producir de forma sobreviniente si desaparece el fundamento jurídico, esto es, si los cónyuges de común acuerdo enajenan el bien inmueble, por lo que se le pone término al estatuto de bien familiar⁵³. Finalmente, la desafectación también puede producirse por la aplicación de ciertas reglas generales, como por ejemplo, a través del retiro o desistimiento de la demanda, de suerte que forzosamente el bien que fue declarado familiar, carecerá de tal calidad o decaerá porque la exigencia normativa mínima ya no existe, sin perjuicio de que el cónyuge o conviviente civil solicitante no pierde su derecho para volver a requerir la afectación. A partir de esto, es dable concluir que la norma no tiene un carácter cerrado o taxativo.

En todos los casos reglamentados expresamente, la titularidad de la acción parece circunscribirse a los cónyuges o convivientes civiles, en especial el propietario del bien raíz como a sus causahabientes. Con todo, surgen las interrogantes: ¿resulta procedente la desafectación del bien familiar solicitada por un tercero interesado? Por ejemplo, frente al divorcio de los cónyuges o terminación del acuerdo de unión civil y la desidia, indiferencia o mala fe de ellos por solicitar la desafectación, ¿podría el tercero acreedor incoar el procedimiento para obtener la desafectación del bien familiar? La respuesta es que sí resulta procedente que un tercero interesado pueda solicitar la desafectación y cuente para ello con legitimación activa. Pueden esgrimirse a favor de esta solución a lo menos dos razones.

En primer lugar, los terceros pueden tener un legítimo interés en obtener la declaración que desafecta el estatuto de bienes familiares, por ejemplo, en calidad de acreedores, titulares de garantías o eventuales adquirentes del bien inmueble, o en aquellos casos en que el bien inmueble no esté cumpliendo

lo han refrendado los tribunales de justicia. En especial: Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1602-2024, de 7 de febrero de 2025; Corte Suprema, Rol N°82473-2016, de 13 de marzo de 2017 y Corte Suprema, Rol N°48749-2022, de 15 de junio de 2023.

53 TURNER (2024), p. 259; CORRAL (2007), pp. 108 y 109 y RODRÍGUEZ (2017), p. 479. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N°142-2008, de 17 de septiembre de 2008.

la finalidad prevista en el artículo 141 del Código Civil, con el propósito de embargarlo, rematarlo, disponerlo o usarlo sin gravamen o limitación alguna. A modo de ejemplo, puede pensarse en la desidia o indiferencia de los cónyuges en la obtención de tal desafectación; no habría razón para vedarle al tercero esta posibilidad si de ello puede resultar una vulneración en sus derechos, especialmente si la norma comentada no lo prohíbe, y si tienen reclamaciones legítimas o intereses en el bien familiar⁵⁴.

En segundo lugar, si el bien inmueble no está cumpliendo la función prevista en la ley, los terceros interesados podrán solicitar la desafectación debido a la ausencia de funcionalidad de la institución y la necesidad de desembarazar el bien para facilitar el tráfico jurídico de éste. A estos dos argumentos, puede agregarse que el texto expreso del artículo 145 no menciona a los terceros, sin embargo, de ello no se sigue que no pueden ser titulares de la desafectación, en especial si con ello se sigue perjuicio a sus intereses legítimos o se contribuye a la creación de situaciones antijurídicas, pues evitar su titularidad podría ir en detrimento de su condición jurídica.

Sin perjuicio de lo razonado hasta aquí, sendos argumentos podrían refutarse esgrimiendo que la reglamentación de los bienes familiares es un estatuto excepcional, por lo que le corresponde un tratamiento de derecho estricto; de aceptar esto así, la falta de reconocimiento positivo para que un tercero pueda solicitar la desafectación del bien familiar, conduciría forzosamente a entender que no está legitimado para ello.

La objeción anterior es, empero, hasta cierto punto aceptable. Es verosímil que el estatuto de los bienes familiares es excepcional y que, en varios aspectos, se distancia de la regulación común, especialmente en atención a la finalidad perseguida por el legislador; ahora bien, esto no es suficiente para conferir validez a las consecuencias que se indicaron.

54 Vid.: COURT (2009), p. 125.

En efecto, cuando se trata de establecer un catálogo de legitimados activos para justificar quiénes pueden solicitar la desafectación del bien familiar, un criterio finalista establecido en función del objetivo perseguido por la legislación conduce a optar por un canon más flexible, sistemático y coherente con ella, de suerte que si el tercero presenta un interés jurídico en la desafectación y no subsisten las circunstancias que dieron lugar a la declaración de bien familiar o ya no existe el fundamento que justificó la afectación, la privación de su derecho para solicitarla no solo desnaturaliza la institución, sino que ampara una situación paralizante que aminora la condición del tercero.

En suma, por razones de seguridad jurídica, un tercero que presenta una reclamación jurídica para obtener la desafectación, siempre y cuando invoque un interés legítimo y logre acreditar que ya no concurren los presupuestos fácticos y de derecho que justificaron la declaración de bien familiar, es legitimado activo para solicitarla, toda vez que, en efecto, logra cuajar con las exigencias contenidas en el artículo 145.

La jurisprudencia ha tendido a reconocer valor a estos argumentos. La Corte Suprema ha sostenido que el legislador no excluye a otras personas distintas que pueden solicitar la desafectación y por ello cuentan con legitimación activa para deducir la referida acción. Al respecto,

se ha sostenido que, ‘...el artículo 145 (del Código Civil) no es taxativo en cuanto a las personas que pueden solicitar la desafectación del bien familiar, ya que de lo contrario podría, en algunos casos, prestarse la institución para algún fraude por parte de los cónyuges, de quienes lo fueron o de los causahabientes. Por lo tanto, si algún tercero se ve afectado por los bienes familiares, en circunstancias que dichos bienes han dejado de cumplir con los fines que indica el artículo 141, debe permitírsele interponer la correspondiente demanda; y en caso de probarse tal situación, el juez tendría que acceder a ella, ordenando la desafectación de los bienes’ [...] En el mismo sentido ha sido fallado por esta Corte, al estimar que si bien el artículo 8 N°15 letra c) de la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, si bien le otorga la

competencia a dicha jurisdicción para conocer y resolver los asuntos que se susciten entre cónyuges relativas a la declaración y desafectación de bienes familiares, dicha norma se restringe a la declaración y desafectación de aquellos ‘...solo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges...’ por lo que ‘...el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que el encabezado reproducido que señala ‘los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges’, se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, a contrario sensu, no será materia que deba ser conocida y resulta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales⁵⁵.

Como se ve, la Corte Suprema ha extendido el tenor literal del artículo 145 del Código Civil y ha introducido un canon de flexibilización en orden a legitimar la condición del tercero para solicitar la desafectación de un bien familiar. Esta ampliación converge con la necesidad de evitar fraudes, abusos o colusiones por parte de los cónyuges que lesionan o generan perjuicio al interés legítimo de los terceros al mantener sin causa sobreviniente el bien como familiar. Luego, al no existir una prohibición literal respecto de la legitimación activa de los terceros, pueden demandar la desafectación en la medida en que tengan un interés o derecho involucrado en la obtención de dicha declaración, si logran acreditar la desaparición de los requisitos que justificaron su constitución.

A mayor abundamiento, la judicatura ha declarado también que, si un tercero es el que pretende obtener la declaración de desafectación de bien familiar, el tribunal competente para conocer de tal procedimiento es un tribunal civil por aplicación de las reglas generales. En este caso en particular,

55 Sentencia Corte Suprema, Rol N°104756-2020, de 1 de diciembre de 2021. En el caso, [a] adquirió un inmueble mediante una compraventa y la posterior tradición de éste. Luego, el año 2010, le vendió su propiedad a su hijo [b], incluyendo un usufructo vitalicio a su favor y de [c]. Durante el matrimonio de [b] y [d], el inmueble fue declarado bien familiar en el año 2017, estableciéndose que [d] residía allí con sus hijos y una nieta. En el 2018, [a] y [b] convinieron una resciliación del contrato de compraventa por falta de pago del precio, lo que restituyó la propiedad en el patrimonio de [a]. En 2019, se declaró el divorcio entre [b] y [d], y en agosto de ese año, [a] presentó una demanda de desafectación del bien familiar.

el tercero que requirió la cancelación de la declaración de bien familia fue un banco, el que evidentemente carece de la calidad de cónyuge; el tribunal sostuvo que el ejercicio de la acción de desafectación no está restringido únicamente a los cónyuges, ya que, según lo indicado por el encabezado que establece “los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges”, se puede presentar también entre personas que no tengan tal condición; y en este caso, declaró que el asunto debe ser conocido y resuelto por un tribunal civil⁵⁶.

En consecuencia, en el caso que se acepte la ampliación para pedir en juicio la desafectación, los tribunales competentes para conocer de este litigio no son los tribunales de familia, cuya competencia se restringe para el caso en que las partes sean los cónyuges o sus causahabientes y se ve, por lo tanto, sustraída, sino que son los tribunales civiles de acuerdo con las reglas generales de competencia.

2.7. ¿Límite a la eficacia del beneficio de excusión?

El artículo 148 del Código Civil estatuye que :

los cónyuges reconvenidos gozan de beneficio de excusión. En consecuencia, cualquiera de ellos podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Las disposiciones del Título XXXVI del Libro Cuarto sobre la fianza se aplicarán al ejercicio de la excusión a que se refiere este artículo, en cuanto corresponda. Cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor, se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el juez dispondrá se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Esta notificación no afectará los derechos y acciones del cónyuge no propietario.

56 Sentencia Corte Suprema, Rol N°2084-2007, de 14 de julio de 2008.

Por su parte, el artículo 2357 del mismo cuerpo legal, sin proceder a definir qué es el beneficio de excusión, sí perfila sus propiedades distintivas al declarar que “el fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”⁵⁷.

Coligadas estas normas, la razón de la ley parece clara: obtener la satisfacción de la acreencia primeramente en otros bienes distintos del declarado como familiar. Dicho en otros términos se impone una especie de orden de prelación de los bienes embargables, dentro de los cuales, el bien familiar no solo no es prioritario, sino que sólo puede verse afectado por esta medida procesal si, y solo si, el acreedor ejercitó el derecho de garantía general previamente y no hubiere más bienes para realizar y obtener el pago. Como contrapartida, el artículo 148 del Código Civil reitera que no existe inembargabilidad del bien familiar, de suerte que “la sola constitución de bienes familiares no causa perjuicio a terceros”⁵⁸.

No se trata, pues, de un deudor subsidiario, sino que de un bien subsidiario y embargable. El resultado que se obtiene es la posposición del embargo y la posterior realización del bien declarado como familiar, hasta un punto en que se acredite positivamente un hecho negativo, esto es, la inexistencia de otros bienes embargables. El propósito de la ley es robustecer la tutela jurídica del núcleo familiar ofrecida por la calidad de bien familiar y prevenir la venta y enajenación forzada de éste.

57 Finalmente, es necesario hacer comparecer normas adjetivas relevantes, pues la oportunidad procesal para oponer el beneficio de excusión se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil. En dicho cuerpo normativo se prescribe en el artículo 303 que “sólo son admisibles como excepciones dilatorias: [...] 5ª. El beneficio de excusión” de manera que debe hacerse valer en la oportunidad para las excepciones dilatorias en el caso del juicio ordinario; como también que “la oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes: [...] 5ª. El beneficio de excusión o la caducidad de la fianza” por lo que deben oponerse en el estadio procesal para oponer las excepciones en el marco de un procedimiento ejecutivo.

58 SAN MARTÍN (2011), p. 1512.

A pesar de lo reflexionado, el empleo del concepto “beneficio de excusión”, cuyo contexto natural es la fianza, es poco técnico en esta reglamentación. No parece haber una concordancia en la configuración y funcionamiento de este beneficio. Al respecto, se ha precisado que,

este beneficio llamado de ‘excusión’ por el mencionado artículo 148, presenta importantes diferencias con la institución que conocemos en materia de fianza. En efecto, en la fianza este beneficio se otorga al fiador de una obligación ajena, de manera que pueda exigir al acreedor que preferentemente compele el pago al deudor principal y solamente en caso de insolvencia de éste pueda demandar al garante de la deuda ajena; en el caso de los bienes familiares puede interponerlo el deudor, esto es, el cónyuge o conviviente legal propietario, y también el cónyuge o conviviente legal no propietario, que no tiene ninguna relación con el acreedor, ya que no es deudor ni está caucionando la deuda. Asimismo, el beneficio de excusión de la fianza pretende evitar que el fiador realice el pago preferentemente al deudor principal. Se trata de un beneficio personal que el legislador otorga al fiador, debido a la naturaleza accesoria y subsidiaria de la fianza. En el caso de los bienes familiares la ‘excusión’ pretende dejar fuera de la ejecución de la obligación los bienes familiares; por tanto, se trataría de un beneficio real. Debido a lo expuesto en el párrafo anterior el llamado beneficio de excusión del artículo 148, referido a los bienes familiares, sería técnicamente un beneficio de ‘exclusión’ del embargo, de bienes específicos como lo son los bienes familiares⁵⁹.

Con todo, la expresión “exclusión” puede ser un poco extrema y resulta más adecuado asemejar la excusión a una verdadera posposición.

Pese a la aparente claridad del texto, lo cierto es que es indudable la presencia de ambigüedades y defectos en su redacción. De acuerdo con la finalidad de esta investigación, la principal cuestión que exige un análisis se vincula a los acreedores que se les puede oponer el beneficio de excusión.

59 VALENZUELA (2017), pp. 835 y 836.

Expresado en términos interrogativos: ¿este beneficio es oponible a cualquier acreedor? O más precisamente, ¿es inane el momento en que se adquirió la calidad de acreedor para proceder al embargo del bien familiar?

A la luz de la integración y coherencia propuesta, la constitución de un bien como familiar no puede desmejorar, en caso alguno, a los acreedores anteriores a dicha declaración; la afectación no merma el derecho de garantía general, no constituye exclusión del bien ni un orden de prelación para el embargo y realización de los bienes; no podría invocarse, en fin, la carga para el acreedor de dirigir su derecho de agresión patrimonial en contra de otros bienes primeramente, y en defecto de ellos, contra el bien familiar. En síntesis, el beneficio de excusión es inútil o ineficaz frente a los acreedores que adquirieron dicha calidad antes de la afectación. Así,

si la declaración es posterior es inoponible a los acreedores del cónyuge propietario cuyos créditos se originaron con anterioridad a ella. Si son posteriores a la declaración, el deudor, al igual que cualquier fiador, podrá oponer a la acción del acreedor el beneficio de excusión⁶⁰.

Para compaginar esta interpretación extensiva es necesario recurrir al empleo de lo preceptuado por el artículo 147, inciso final, en orden a dar un tratamiento privilegiado a los acreedores cuya calidad o título tiene una fuente anterior a la declaración de bien familiar. En efecto, allí nuevamente adquiere, *mutatis mutandis*, vigor la noción de un tercero con derechos subjetivos de forma previa a una situación dada. Por esta razón

si el crédito nació antes de la declaración del bien como familiar, no les empece de manera alguna. Si es posterior, la realización del bien deberá notificarse personalmente al cónyuge no propietario, quien podrá oponer el beneficio de excusión, solicitando que primero se persigan otros bienes del deudor, aplicándose las normas contenidas en la fianza⁶¹.

60 FRIGERIO (1995), p. 159.

61 HÜBNER (1998), p. 128.

Debe considerarse que la jurisprudencia tiende a reconocer valor a esta interpretación extensiva y frecuentemente sustenta resoluciones judiciales invocando como argumento el recurso a la protección de los terceros. En efecto, una aplicación irrestricta del tenor literal del artículo 148 conduce a la omisión y el desconocimiento de las disímiles cualidades de los acreedores. Por ello, pueden citarse los siguientes razonamientos contenidos en los fallos emanados de los tribunales de justicia:

la constitución de un bien familiar no puede afectar a acreedores anteriores, y el beneficio de excusión no puede constituirse en una herramienta para que la institución sea utilizada por los cónyuges con la finalidad de burlas las acreencias ya existentes, ignorando el real fundamento de la institución. En tal sentido, si bien el artículo 148 no ha regulado expresamente la situación de los acreedores anteriores a la constitución de bien familiar, sí lo hace el inciso tercero del artículo 147 del Código Civil para otros derechos reales, al expresar que la constitución de los derechos que allí se señalan no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución; vislumbrándose la intención del legislador de dar efectiva protección al derecho de garantía general de los acreedores cuyos créditos precedieron a la declaratoria en análisis [...] los juzgadores no incurren en error de derecho al rechazar el beneficio de excusión impetrado en estos autos, ya que la constitución de bien familiar celebrada con posterioridad a la hipoteca no empece al acreedor hipotecario ni ha podido impedirle continuar con el procedimiento de desposeimiento⁶²;

como también,

que en tales circunstancias no puede tener cabida el beneficio de excusión que consagra el artículo 148 del Código Civil que ha sido impetrado por la cónyuge del ejecutado, en tanto la declaración de bien familiar, de fecha posterior, no puede afectar la hipoteca constituida previamente en favor de la ejecutante. Que lo anterior guarda plena armonía con lo que dispone el inciso final del artículo 147 del Código Civil para otros derechos reales, en tanto

62 Corte Suprema, Rol N°138110-2020, de 31 de marzo de 2022.

prescribe que la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares a favor del cónyuge no propietario, no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenga a la fecha de su constitución, quedando así de manifiesto la intención del legislador sobre la materia⁶³;

ídem que,

el artículo 148 del Código Civil, referido a los bienes familiares, señala que los cónyuges reconvenidos gozan del beneficio de excusión, dejando en evidencia que tal calidad la deben tener los bienes antes de la respectiva reconvencción pues, en caso contrario, mal podrían gozar de tal derecho [...] contribuye a confirmar lo señalado, la norma del inciso final del artículo 147 del Código Civil en cuya virtud, tratándose de derechos constituidos a favor del propio cónyuge no propietario, la ley precave los derechos de los acreedores que el cónyugepropietario tenía a la fecha de su constitución⁶⁴;

finalmente,

que resulta imperativo abordar el análisis desde la perspectiva del derecho aplicable, en particular, los artículos 147 y 148 del Código Civil [...] el beneficio de excusión, establecido en favor de la cónyuge no propietaria, no puede ser oponible a una hipoteca constituida con anterioridad a la declaración del bien como familiar. Este argumento se fundamente en la disposición expresa del artículo 147 inciso cuarto del Código Civil, que señala que ‘la constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución’ [...] que la correcta interpretación de los artículos 147 y 148 del Código Civil requieren una lectura sistemática y coherente de ambas disposiciones. Así, el artículo 148, que otorga el beneficio de excusión, debe ser interpretado a la luz del artículo 147, el cual establece límites claros respecto a los derechos de los acreedores preexistentes. El legislador, al regular la constitución de bienes familiares, ha establecido que dichos bienes no perjudicarán a los acreedores cuyo crédito sea anterior a la declaración del bien como familiar.

63 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1-2016, de 23 de septiembre de 2016.

64 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°613-2012, de 21 de septiembre de 2012.

En consecuencia, cualquier interpretación que pretenda extender los efectos del beneficio de excusión más allá de estos límites resultaría contraria a la intención legislativa y al principio de seguridad jurídica que rige en nuestro ordenamiento⁶⁵.

En síntesis, el beneficio de excusión cumple con el propósito de posponer el embargo y la ejecución del bien declarado como familiar, y condiciona dicha posibilidad solo para el caso de inexistencia de otros bienes para tal fin. Sin embargo, su eficacia está subordinada frente a los acreedores cuyo título consta que es anterior a la época de afectación del bien como familiar, en términos tales que éstos se hacen merecedores de una mayor tutela jurídica por estar mejor posicionados desde el punto de vista temporal. De esta suerte, los acreedores preexistentes no ven diezmado su derecho de garantía general ni son alcanzados o perjudicados por la declaración de bien familiar y el subsecuente beneficio de excusión, lo que es congruente con la certeza y seguridad jurídica que el ordenamiento jurídico debe garantizar.

Para finalizar esta sección, se habrá observado una permanente tensión entre la incompleta y defectuosa regulación de los bienes familiares y la necesaria protección jurídica de los terceros; tanto la omisión por casos no previstos por el legislador como la aplicación literal de ciertos mandatos conllevan al riesgo de desmejorar la condición de estos últimos, sobre todo a partir de la alteración sobreviniente de situaciones jurídicas que, normalmente, les son imposible de conocer; esencialmente, la carencia palpable de requisitos de publicidad dentro del sistema registral atenta con la pretensión de seguridad en el marco del tráfico jurídico.

Pese a los destacados avances que se han montado en virtud de la práctica forense y la actividad jurisprudencial en materia de seguridad jurídica para los terceros, tampoco puede, por otro lado, desatenderse el hecho de que su fundamento estriba en la protección de la familia como bien jurídico protegido. Esta tutela, que tiene reconocimiento positivo tanto en la Constitución

65 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°858-2024, de 2 de septiembre de 2024.

Política de la República como en las leyes, atribuye a la familia el núcleo fundamental de la sociedad, merecedora de un especial amparo. En efecto, la institución de los bienes familiares es cristalización de este mandato, pues su objeto es primeramente asegurar a los miembros de la familia, especialmente los más vulnerables, un espacio de estabilidad habitacional que sirve como soporte material mínimo para su desarrollo integral.

Con todo, este propósito no puede realizarse a expensas de los derechos de terceros ni sacrificando otros intereses o desplazando otros bienes jurídicos protegidos. Por el contrario, es menester ponderarlos racionalmente y armonizarlos a través de herramientas como la publicidad registral, la valoración de la buena fe o la posibilidad de solicitar la desafectación del bien familiar por parte del tercero si los presupuestos fácticos han desaparecido, lo que tenderá a evitar situaciones oscuras o ambiguas como la incertidumbre jurídica.

En este sentido, en la mayoría de los casos la doctrina y la jurisprudencia aúnan esfuerzos por tender a fortalecer la tutela jurídica de los terceros como solución al conflicto que subyace, equilibrando intereses y atendiendo ambos bienes jurídicos protegidos. En este contexto, la interpretación extensiva cumple una función esencial para colmar vacíos a partir de principios y figuras con disposiciones similares que regulan casos semejantes. Resultado concomitante se obtiene también por el reconocimiento y aplicación de la protección de la apariencia y la buena fe, cuyos vectores tienden asimismo a consolidar un bloque de protección jurídica. Todos estos antecedentes permiten contribuir a las bases para la configuración de un sistema coherente, unitario y estructurado para la protección de los terceros dentro de la institución de los bienes familiares.

3. SINTESIS Y CONCLUSIONES

- El régimen legal de los bienes familiares tiene como objeto principal garantizar un soporte material mínimo para los miembros de la familia, asegurando la protección de la vivienda principal que sirve de residencia para ella y los bienes que la guarnecen. Sin embargo, pese a la reglamentación expresamente establecida, su aplicación práctica presenta una serie de vacíos legales que constituyen una fuente de incerteza jurídica, riesgo para los terceros y amenaza para el tráfico jurídico.

- Uno de los principales problemas estriba en la constitución provisoria del bien familiar por la sola interposición de la demanda, sin contar para estos efectos con mecanismos adecuados de publicidad registral. Esta omisión constituye un germen de inseguridad para los terceros, quienes, a pesar de desplegar una diligencia adecuada, fácilmente pueden desconocer la realidad del bien afectado. En este sentido, denuncias por parte de la doctrina y razonamientos montados por la jurisprudencia, han tendido a proteger a los terceros, especialmente aquellos de buena fe, exigiendo la inscripción para la oponibilidad frente a ellos.

- Otro nudo crítico es la constitución de derechos reales sobre bienes familiares. En esta problemática, la temporalidad cumple un rol esencial, dado que la declaración de un bien como familiar no puede perjudicar a los acreedores anteriores, quienes mantienen sus derechos sobre el bien inmueble de forma incólume. Nuevamente, han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han montado la inoponibilidad de la afectación cuando ésta es posterior a la constitución de derechos reales de garantía, asegurando la fuerza caucionadora y la estabilidad de los derechos reales de garantía.

- La declaración de bien familiar sobre bienes que se tienen en comunidad ha sido rechazada por la Corte Suprema cuando involucra a terceros ajenos al vínculo matrimonial, empleando como argumento la estabilidad del estado de indivisión. Asimismo, la falta de publicidad en la afectación de bienes

muebles y derechos en sociedades plantea cuestiones de incertidumbre para los terceros, por lo que adquieren realce la buena fe, la interpretación extensiva y el conocimiento efectivo por parte de los terceros como herramientas idóneas que permiten ofrecer una solución integradora y coherente.

- En cuanto a la desafectación, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que los terceros pueden solicitarla en la medida que ostenten un interés legítimo, evitando que la institución de los bienes familiares sea utilizada para fraudes o fines ilícitos. Finalmente, el beneficio de excusión, junto a las peculiaridades que lo disciplinan, se ha interpretado de manera restringida, permitiendo su invocación solo frente a acreedores posteriores a la afectación del bien, protegiendo así la situación anterior de los acreedores que adquirieron derechos con anterioridad a ella.

- El estatuto jurídico de los bienes familiares es incompleto y presenta defectos que afectan a la seguridad jurídica de los terceros. Empero, la doctrina y la jurisprudencia han tendido a equilibrar la protección de la familia y los derechos de terceros mediante interpretaciones extensivas, el reconocimiento de la apariencia jurídica y la buena fe. Se ha intentado así subsanar y reconducir esta institución hacia la seguridad del tráfico jurídico sin desplazar la tutela de los miembros de la familia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCÍA, Rodrigo y RIVERA, José (2019): “La inoponibilidad de la declaración de bien familiar frente a terceros respecto de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº33), pp. 97-116.

BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, DELGADO, Jordi y PALOMO, Diego (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

BRANTT, María (2015): “La inoponibilidad como mecanismo de protección de los terceros en la regulación patrimonial del matrimonio en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº24), pp. 59-117.

BRANTT, María y VIDAL, Álvaro (2017): “La afectación de los derechos y acciones sociales como bienes familiares. Finalidad y alcance del Art. 146 del Código Civil”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XXX, Nº1), pp. 33-52.

CÉSPEDES, Carlos (2023): “Los problemas que surgen de la aplicación práctica del estatuto de los bienes familiares”, en: LÓPEZ, Patricia (dir.): *Estudios de Derecho de Familia VI* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 679-690.

CORRAL, Hernán (2007): *Bienes familiares y participación en los gananciales. La reforma de la Ley Nº19.335, de 1994, a las relaciones personales y al régimen económico del matrimonio* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL, Hernán (2008): “Evolución legislativa y aplicación jurisprudencial del estatuto de los bienes familiares”, en: GUZMÁN, Alejandro (ed.): *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 145-163.

COURT, Eduardo (2009): *Curso de Derecho de familia. Matrimonio. Regímenes matrimoniales. Uniones de hecho* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

FRIGERIO, César (1995): *Regímenes matrimoniales. Sociedad conyugal; separación de bienes; participación en los gananciales; bienes familiares* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur).

HÜBNER, Ana (1998): “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de soluciones”, en: CORRAL, Hernán (ed.): Los regímenes matrimoniales en Chile. Problemas y perspectivas de cambio (Santiago de Chile, Cuadernos de Extensión de la Universidad de los Andes), pp. 101-145.

LEPIN, Cristián (2015): “Bienes familiares. Su recepción doctrinaria y jurisprudencial”, en: Actualidad Jurídica Iberoamericana (Nº3), pp. 215-245.

LÓPEZ, José (2019): “Afectación y desafectación de bienes familiares: Hacia una conciliación entre normas de derecho constitucional y derecho de familia”, en: Revista de Derecho Público (Nº91), pp. 17-34.

NIÑO, Eduardo (1995): “Capacidad y responsabilidad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal. Los bienes familiares”, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (NºXVI), pp. 271-297.

NÚÑEZ, Raúl (2014): Manual de derecho procesal civil. Proceso ordinario de mayor cuantía (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

PEÑAILILLO, Daniel (2019): Los bienes. La propiedad y otros derechos reales (Santiago de Chile, Thomson Reuters), tomo I.

RAMOS, René (2015): Derecho de familia (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

RODRÍGUEZ, María (2017): Manual de derecho de familia (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ, Pablo (2003): Regímenes patrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Sociedad conyugal. Regímenes anexos a la sociedad conyugal. Separación total de bienes. Participación en los gananciales. Bienes familiares (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

ROSSO, Gian (1998): Régimen jurídico de los Bienes Familiares (Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones).

SAN MARTÍN, Marcela (2011): “Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile: ¿un sistema judicial y registral pertinente?”, en: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Nº725), pp. 1493-1527.

TOMASELLO, Leslie (1994): El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la Ley Nº19.335 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur).

TOMASELLO, Leslie y QUINTANILLA, Álvaro (1981): Reformas al régimen matrimonial y de filiación (Valparaíso, Edeval).

TURNER, Susana (2024): Manual de Derecho y procedimiento de familia (Madrid, Tirant lo Blanch).

VALENZUELA, Jimena (2017): “Los bienes familiares y la forma de hacer efectivo el beneficio de excusión en el juicio ejecutivo”, en: BAHAMONDES, Claudia, ETCHEBERRY, Leonor y PIZARRO, Carlos (eds.): Estudios de Derecho Civil XIII (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 833-840.

VERDUGO, Mario (1999): “Gaceta Jurídica Nº223” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur).

VIDAL, Álvaro (2009): “Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (Nº12), pp. 69-99.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley Nº1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley Nº4.808, sobre registro civil, de la Ley Nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley Nº16.618,

ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°1.552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.

Decreto s/n, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Diario Oficial, 24 de junio de 1857.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2012, rol N°613-2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 22 de octubre de 2020, rol N°2469-2019.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 2 de septiembre de 2024, rol N°858-2024.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de fecha 17 de septiembre de 2008, rol N°142-2008.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 26 de enero de 2012, rol N°21-2012.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 7 de febrero de 2025, rol N°1602-2024.

Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de fecha 23 de septiembre de 2016, rol N°1-2016.

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de diciembre de 1997, rol N°2155-1997.

Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de julio de 2008, rol N°2084-2007.

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de abril de 2009, rol N°1086-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2009, rol N°4608-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de septiembre de 2011, rol N°4316-2011.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de diciembre de 2011, rol N°6172-2011.

Corte Suprema, sentencia de fecha 16 de marzo de 2012, rol N°10182-2011.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de enero de 2017, rol N°4243-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de enero 2017, rol N°42435-2016.

Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2017, rol N°82473-2016.

Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de septiembre de 2018, rol N°129-2018.

Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de marzo de 2019, rol N°8072-2018.

Corte Suprema, sentencia de fecha 11 de marzo 2020, rol N°7303-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de septiembre de 2020, rol N°3841-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2021, rol N°104756-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 31 de marzo de 2022, rol N°138110-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de junio de 2023, rol N°48749-2022.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO DE FAMILIA: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO¹

RESTORATIVE JUSTICE IN FAMILY LAW: A LOOK FROM THE MEXICAN LEGAL SYSTEM

Claudia González Cobos*

Roberto Aude Díaz**

Resumen:

La familia constituye el núcleo fundamental para cualquier sociedad, sin embargo, ha sido socavada en la actualidad debido a la gran cantidad de conflictos familiares, ante los cuales los tribunales mexicanos se encuentran totalmente sobrepasados pues el aumento de procedimientos judiciales con base en estos conflictos resulta alarmante. Desafortunadamente, la judicialización del conflicto en nada abona a la perpetuación de los vínculos familiares, ya que, puede darse una solución legal al problema, se definen responsabilidades legales, custodia, régimen de convivencia, pensiones alimenticias, pero el núcleo del conflicto, el cual dio origen a la ruptura

¹ Artículo recibido el 11 de julio de 2024 y aceptado el 21 de octubre de 2024.

* Doctora en Derecho por la U. Autónoma de Chihuahua. Profesora de tiempo completo adscrita a la Facultad de Derecho de la U. Autónoma de Chihuahua.  0000-0002-5782-9624. Dirección postal: calle Escorza N°900 Col. Centro, Chihuahua, Chihuahua, México. Correo electrónico: ccobos@uach.mx.

** Doctor en Derecho por la U. Autónoma de Chihuahua. Profesor de tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho de la U. Autónoma de Chihuahua.  0000-0002-1680-5407. Dirección postal: calle Escorza N°900 Col. Centro, Chihuahua, Chihuahua, México. Correo electrónico: raude@uach.mx.

familiar, no se resuelve. La perpetuación de este conflicto genera daños emocionales y resentimientos que, al no haber sido abordados de forma adecuada, provocan el quebrantamiento sin remedio de los lazos familiares. Durante mucho tiempo se sostuvo que la justicia restaurativa era exclusiva del derecho penal, sin embargo, creemos que ésta podría ser la forma ideal de abordar los conflictos familiares. Estas líneas pretenden demostrar que la justicia restaurativa resulta una forma de solucionar los problemas familiares, indagando en la causa que dio origen al conflicto, buscando un entendimiento e intentando restaurar los vínculos entre sus miembros, dando así una continuidad a la familia.

Palabras clave:

Conflictos familiares, Justicia restaurativa, Familia, Derecho de familia, Lazos familiares.

Abstract:

The family constitutes the fundamental nucleus for any society, however, it has currently been undermined due to the substantial number of family conflicts, before which the Mexican courts are completely overwhelmed since the increase in judicial procedures based on these conflicts is frightening. Unfortunately, the judicialization of the conflict does nothing to perpetuate family ties, since a legal solution to the problem can be given, legal responsibilities, custody, cohabitation regime, alimony are defined, but the core of the conflict, which gave rise to the family breakup, it is not resolved. The perpetuation of this conflict generates emotional damage and resentment that, when not adequately addressed, generates the irreparable breakdown of family ties. For a long time, it was held that restorative justice was exclusive to criminal law, however, we believe that this could be the ideal way to address family conflicts. These lines aim to demonstrate that restorative justice is a way to solve family problems, investigating the cause that gave rise to the conflict, seeking an understanding and trying to restore the ties between its members, thus giving continuity to the family.

Keywords:

Family conflicts, Restorative justice, Family, Family law, Family ties.

1. INTRODUCCIÓN

La familia se conoce como el núcleo y base de toda sociedad. Si el núcleo de una sociedad está desarmonizado, la sociedad se tambalea. Por esta razón, resulta urgente que el Estado mexicano tome parte activa en la profundización del tema. Los conflictos familiares están a la orden del día, desafortunadamente la violencia se traduce en la forma tradicional de reaccionar a los conflictos dentro de la sociedad y el núcleo de esta no podría ser la excepción. Los juzgados familiares se encuentran repletos de demandas judiciales, donde por lo menos, se realiza un convenio de divorcio frío y sin que las partes vuelvan a dirigirse la palabra aun existiendo hijos de por medio. Que decir de los procedimientos contenciosos, en los que además se encuentran peleando por la custodia de los hijos, como resultado final en la mayoría de los casos, la familia queda disuelta no solo en lo legal sino también en lo emocional, los hijos en muchos de los casos tienen que lidiar con alienación parental y aquel núcleo de la sociedad, que resulta ser su base, no solo se tambalea, sino que queda totalmente fracturado, impidiendo una sana convivencia y armonía en el futuro.

Los nuevos modelos de estado democrático plantean un esquema con primacía en la dignidad del ser humano y sus derechos, por lo cual, se privilegia el acceso a la justicia y con base en este principio, nacen formas alternas de solución a los conflictos, donde el estado de solución a los problemas, pero además se restablezca la convivencia y armonía social. Es bajo este esquema que nacen los mecanismos alternos de solución de conflictos, dando la pauta a lo que conocemos en la actualidad como justicia restaurativa. Esta justicia restaurativa, les da una dimensión social a los conflictos y pretende la restauración del tejido social a través de un proceso de reconciliación y perdón, que se da entre víctima y ofensor².

2 MARTIÑÓN (2014), p. 49.

Originalmente la justicia restaurativa nace como un mecanismo aplicable en el área de los conflictos de naturaleza penal, que por su violencia generaban un grado de alteración grave a la vida social. En la actualidad, consideramos que los conflictos de naturaleza familiar, dada su frecuencia y grado de aumento a nivel mundial, se han convertido en un flagelo social, que altera la armonía y convivencia social, siendo un foco importante de atención para los estados, dado que la familia, como lo hemos establecido ya, se considera la estructura base de cualquier sociedad. Sin embargo, hemos visto que los conflictos familiares de naturaleza violenta han sido provistos de candados, donde los mecanismos alternos de solución de conflictos no tienen cabida. La Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia³, la prohíbe de forma expresa en su artículo 8; el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua⁴, que en su artículo 1 claramente establece la posibilidad de que las partes resuelvan por sí mismas el conflicto con única excepción de los casos que involucren violencia familiar, aunque cabe mencionar que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares⁵, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de abril del año 2027, ya prevé la celebración de sesiones de justicia restaurativa en materia familiar sin que exista prohibición alguna en cuanto a la violencia familiar. Durante esta investigación de revisión documental y legislativa, a través de la hermenéutica jurídica, pretendemos demostrar que de acuerdo con los preceptos que rigen en la actualidad, nada impide que pueda llevarse a cabo un proceso de justicia restaurativa e incluso una aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre cumpliendo con lo establecido por nuestra Constitución y en las leyes respectivas, en cuanto a formalidades esenciales del procedimiento y derechos constitucionales de las partes, sosteniendo que de acuerdo con los nuevos modelos que privilegian la recomposición y restauración de la armonía social, los mecanismos alternativos de solución

3 Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de 2007.

4 Código de Procedimientos Familiares del Estado de Chihuahua, de 2014.

5 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, de 2023.

de conflictos, en especial la justicia restaurativa, constituyen un importante apoyo para solucionar los problemas de la familia, intentando restaurar los vínculos entre sus miembros y contribuir a la paz social.

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA, ANTECEDENTES, CONCEPTUALIZACIÓN Y PRINCIPIOS

2.1. Conceptualización

Para Domingo, la justicia restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo en un delito específico resuelven colectivamente como tratar las consecuencias de este y sus implicaciones para el futuro⁶. Esta figura hace referencia a un modelo de justicia contrapuesto al modelo tradicional, donde se enfatiza reparar el daño causado por un comportamiento delictivo involucrando a las diferentes personas afectadas mediante diversos procesos cooperativos que les hacen interactuar entre ellos⁷. De acuerdo con Zehr, se concibe a la justicia restaurativa como un proceso para involucrar, en la medida de lo posible, a aquellos que tienen una participación en un delito específico y para identificar colectivamente y abordar los daños, las necesidades y las obligaciones, para sanar y poner las cosas lo más correcto posible⁸.

2.2. Antecedentes

La justicia restaurativa inició originalmente como un esfuerzo por replantear las necesidades generadas por los crímenes, así como los roles implícitos en ellos; esta justicia amplía el círculo de los interesados, incluyendo no sólo al estado y al ofensor, sino también a la víctima y a otros miembros de la comunidad⁹.

6 DOMINGO DE LA FUENTE (2008), p. 6.

7 TAMARIT (2012), p. 62.

8 ZEHR (2005), p. 45.

9 Ibid., p. 22.

El carácter dialógico y restitutorio de la justicia restaurativa tiene sus orígenes en las culturas nativas, donde la conducta ilícita se consideraba en un contexto interpersonal y no jurídico, esto creó una responsabilidad colectiva de responder al daño causado por esta, lo que implica una red mucho más amplia de relaciones que rodean tanto al delincuente como a la víctima. Estas tradiciones han tenido una influencia en el desarrollo moderno de la justicia restaurativa¹⁰. Macedonio y Carballo destacan que, en estas sociedades primitivas no organizadas jurídicamente, la restauración y la compensación eran valores sociales que se encontraban presentes en la actuación cotidiana, había que obligar al individuo antisocial al resarcimiento de daños ocasionados por su conducta reprochable, pues resultaba imperativo que el daño sufrido de manera indebida fuera subsanado, aún contra la voluntad del agresor¹¹.

En la época moderna, durante los años 70 del siglo pasado, surge un movimiento de reconciliación de la víctima con el ofensor, en Kitchener, Ontario, conocido como *VORP* por sus siglas en inglés (*Victim Offender Reconciliation Program*), este movimiento se generó a raíz de un experimento donde dos adolescentes se reunieron directamente con sus víctimas después de una ola de vandalismo en Elmira, Ontario y se pusieron de acuerdo en la restitución. Los acuerdos resultantes de restitución fueron los impulsores del *VORP* de Kitchener¹². Con el apoyo del Comité Central Menonita, se crearon varios programas de este tipo, siendo el primero en Ontario, Canadá, después hubo otros en Manitoba, para después extenderse por los Estados Unidos de América, en Indiana, Columbia Británica y California¹³.

En el continente europeo en 1977 el primer programa de justicia restaurativa se da en Gran Bretaña con el nombre de *Victim Offender Reparation* y es el reflejo de lo que hoy en el ámbito de los menores se conoce como los *Youth Offender Team* (YOT) y los *Youth Justice Panels* (Paneles de Justicia

10 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2019).

11 MACEDONIO y CARBALLO (2020), p. 310.

12 McCOLD (2013), p. 14.

13 Ibid., p. 15.

Juvenil); posteriormente se organizaron los comités noruegos de resolución de conflictos y tienen lugar las primeras experiencias municipales en Finlandia, a mediados de la década de los ochenta se dan los primeros pasos hacia la justicia restaurativa en Holanda, Alemania y Austria, y a inicios de la década de los noventa se emprenden estas experiencias en Francia, Italia, Bélgica y España¹⁴. De este modo, se extiende rápidamente el modelo reparador en Europa, siendo en la justicia juvenil es donde ha encontrado especial aplicación dada la flexibilidad de la legislación en esta materia, permitiendo a los jueces mayor discrecionalidad¹⁵.

Otro de los programas que se consideran clave para el comienzo de la justicia restaurativa, son las conferencias de grupos familiares, en Australia y Nueva Zelanda, según Merino y Romera, en estas conferencias se tienen en cuenta a todas las personas que son víctimas de la acción y se exploran las consecuencias que ésta ha causado, no sólo en la víctima directa, sino también en su familia, en la familia del ofensor y en otros posibles miembros de la comunidad igualmente victimados¹⁶. Estos miembros de la comunidad son invitados a formar parte del proceso, son escuchados y tenidos en cuenta, lo que implica que otros puntos de vista sean considerados, ello en virtud de que un delito no es un hecho aislado, sino inserto en una comunidad. Estas conferencias están basadas en el sistema tradicional de resolución de conflictos de los maorís, en ellas, se reconoce y enfatiza el importante papel que tiene la familia en la vida de cualquier joven y la especial necesidad y apoyo que éste necesita cuando ha cometido una acción tipificada como delito¹⁷. Este sistema neozelandés, combina elementos del modelo de justicia con elementos del modelo de bienestar social, teniendo este último como bases políticas paternalistas donde el tratamiento es el sustento, en total oposición al castigo punitivo.

14 AYLLÓN (2019), p. 14.

15 FERREIRÓS (2011), p. 78.

16 MERINO y ROMERA (1998), p. 287.

17 Ibid., p. 288.

En cuanto al modelo australiano, existen diferentes versiones, pero en especial ha llamado la atención el denominado modelo *Wagga Wagga*, donde las conferencias son coordinadas por oficiales de policía uniformados o por personal escolar, se eligen para esta labor sargentos de policía con experiencia y formación especializada en coordinación de grupos y resolución de conflictos. En este modelo se considera que la delincuencia juvenil no representa sólo una incapacidad de autocontrol por parte del joven, sino que también es un síntoma de que el sistema familiar y el control comunitario están fallando. Utilizan el elemento vergüenza para restablecer el daño hecho y evitar que se repita, todo dentro del ámbito familiar, manteniéndose al margen de la acción del sistema de justicia criminal, siendo importante destacar que la vergüenza no es utilizada para estigmatizar y humillar al joven, sino para reintegrarlo a su familia y a su comunidad¹⁸.

Así, para los últimos años del siglo pasado, la justicia restaurativa comenzó a hacerse presente en muchos ámbitos. Como ya lo establecimos, este modelo involucra a todos los interesados directos en la determinación de la mejor manera de reparar el daño producido por la conducta delictiva. Los modelos de conferencia restaurativa varían de acuerdo con la participación que tiene la víctima, los que la apoyan y los defensores del ofensor, incluyendo a los miembros de la familia y a otras personas significativas¹⁹. También varían en quién facilita, si es el grupo entero o es una junta familiar la que negocia los resultados y aprueba los acuerdos, o como en el caso de México, un facilitador experto.

Para nuestro tema en particular, existen algunos antecedentes importantes de la justicia restaurativa dentro del ambiente familiar, las conferencias de grupo familiar, la toma de decisiones dentro del grupo familiar y la unidad de reunión familiar. La primera de las mencionadas, la conferencia de grupo familiar, fue creada en Nueva Zelanda, para involucrar a la familia en la protección del niño, el fortalecimiento de las familias y las redes de

18 Ibid., p. 291.

19 McCOLD (2013), p. 19.

parentesco, la conexión o reconexión de los niños a su familia y a su grupo más amplio de parentesco y la continuidad del cuidado de los niños. Estas conferencias exigen un enfoque completamente nuevo para el bienestar de la niñez involucrando en una participación más directa a las familias y a los clanes en las decisiones de protección infantil²⁰.

Las Juntas de Toma de Decisiones dentro del Grupo Familiar (*Family Group Decision Making* o *FGDM*). El modelo de bienestar infantil iniciado en Nueva Zelanda, que fue reproducido con adaptaciones en Estados Unidos de América, Canadá, Inglaterra y Australia. La primera practica realizada fue en Terranova y Labrador, Canadá, donde se diseñó para evaluar la eficacia de estas juntas para hacer frente a la violencia familiar de una manera más amplia, incorporando aspectos del trabajo realizado por una comunidad indígena maorí; la teoría feminista del trabajo afectivo, que ayuda a aclarar el contexto estructural en el que se produce la confrontación reintegrativa y cómo este proceso de empoderamiento se extiende en torno a la responsabilidad de cuidar, la conferencia de grupo familiar permite escuchar las voces de todos los participantes y diseñar planes culturalmente apropiados para cumplir con los estándares públicos; y la teoría de la confrontación reintegrativa. Uno de los principios rectores es que la violencia familiar requiere de la intervención de las autoridades, pero en unión del grupo familiar y de las partes afectadas, tratando de encontrar en conjunto, las mejores soluciones de largo alcance adaptadas a la situación familiar y cultural²¹.

La Unidad de Reunión Familiar (*Family Unity Meeting* o *FUM*) es una figura creada en Oregon, Estados Unidos de América, donde los trabajadores sociales profesionales y la familia extendida colaboran para planificar el cuidado y la protección de los miembros de la familia. A diferencia de la *FGC* de Nueva Zelanda, los padres pueden decidir, por medio de un veto, cuáles miembros de la familia serán invitados y cuáles profesionales permanecerán

20 CONNOLLY (2004), p 1.

21 PENNELL y BURFORD (2000), p. 141.

con la familia durante todo el proceso. Esta figura fue de gran aceptación y ha sido utilizada en miles de casos familiares desde que se estableció, además del estado de Oregon, también en el estado de California²².

2.3. Principios de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa, como ya lo manifestamos en párrafos precedentes, se centra en un círculo de interesados más amplio, no sólo en el ofensor y en el estado. Toma también en consideración a la víctima, a las familias de ambos (ofensor y víctima) y a la comunidad. Es un enfoque basado en necesidades, roles y obligaciones.

En cuanto a las víctimas, la justicia restaurativa tiene un especial interés en sus necesidades. Debido a la definición legal del crimen y a la naturaleza del proceso de justicia penal, hay cuatro tipos de necesidades de las víctimas que suelen quedar desatendidas:

- Información: requieren que sus preguntas con relación al delito sean respondidas, información real, no especulaciones, por lo que será necesario tener acceso directo a los ofensores para recibir dicha información. ¿por qué a mí? ¿por qué ocurrió esto?

- Narración de los hechos: es importante que las víctimas tengan la oportunidad de narrar los acontecimientos a aquellas personas que les causaron el daño y, así, puedan hacerles entender el impacto que tuvieron sus acciones.

- Control: es frecuente que las víctimas sientan que los delitos sufridos les han arrebatado el control de sus vidas. La oportunidad de involucrarse en su propio caso puede ser un aporte importante para que las víctimas recuperen un sentido de control.

²² McCOLD (2022), p. 23.

- Restitución o reivindicación: muchas veces la restitución por parte de los ofensores resulta ser importante para las víctimas, lo que a veces se debe a las pérdidas materiales en sí. Sin embargo, el reconocimiento simbólico representado en la restitución es igualmente importante. Cuando el ofensor hace un esfuerzo para reparar el daño causado, aunque sea de manera parcial, en cierto modo está diciendo: *reconozco que yo soy responsable y que tú no tienes la culpa*²³.

En cuanto a los ofensores, requieren tomar responsabilidad activa, la cual requiere que el ofensor reconozca el mal que ha causado, debe comprender el impacto de sus acciones en la vida de los demás, esto es, el daño generado y reparar los daños en la medida de lo posible. Sin embargo, la justicia restaurativa enseña que, si queremos que los ofensores asuman sus responsabilidades, cambien su comportamiento y se conviertan en miembros útiles y activos de nuestras comunidades, entonces debemos atender también sus necesidades:

- Responsabilidad activa que: repare los daños ocasionados, fomente la empatía y la responsabilidad y transforme la vergüenza.

- Motivación para una transformación personal que incluya: la sanidad de heridas de su pasado que contribuyeron a su conducta delictiva actual, oportunidades para el tratamiento de sus adicciones y/u otros problemas, el fortalecimiento de sus habilidades y destrezas personales.

- Motivación y apoyo para reintegrarse a la comunidad.

- Reclusión temporal o permanente en caso de ser necesario²⁴.

23 ZEHR (2005), p. 20.

24 Ibid., p. 23.

Por último, tenemos a la comunidad, quienes sufren el impacto del crimen y, en muchos casos, deberían ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Los miembros de la comunidad tienen roles importantes que desempeñar y también es posible que tengan responsabilidades que asumir ante las víctimas, los ofensores e incluso ante sí mismos. Cuando una comunidad se ve involucrada en un caso, puede iniciar un foro para tratar estos asuntos, al tiempo que se fortalece la propia comunidad. Las comunidades requerirán de la justicia:

- Atención a sus necesidades como víctimas.
- Oportunidades para desarrollar un sentido de comunidad y responsabilidad de los unos por los otros.
- Motivación para asumir sus responsabilidades en pro del bienestar de todos sus miembros, incluidas las víctimas y los ofensores, y fomentar las condiciones para crear y sostener comunidades sanas²⁵.

Tres son los principios de la justicia restaurativa:

- La justicia restaurativa se centra en el daño: para la justicia restaurativa, entonces, la justicia parte de una preocupación por las víctimas y sus necesidades. Procura reparar el daño dentro de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica. Esta perspectiva centrada en la víctima requiere que la justicia se ocupe de las necesidades de las víctimas aun cuando no se haya identificado ni detenido a ningún ofensor.
- Las ofensas conllevan obligaciones: los ofensores tienen que empezar a darse cuenta de las consecuencias de sus acciones, esto implica que tienen la responsabilidad de enmendar el daño en la medida de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica.

²⁵ Ibid., p. 24.

- La justicia restaurativa promueve el compromiso o la participación: las partes comparten sus respectivas experiencias para luego llegar a un consenso acerca de las acciones que deberían adoptarse. En otros casos, la comunicación entre las partes puede incluir contactos indirectos, el uso de representantes u otras formas de participación²⁶.

De modo que la justicia restaurativa está construida sobre tres elementos sencillos o pilares: los daños y las necesidades asociadas a ellos, necesidades de todos los involucrados, víctima, ofensor y comunidad en cuanto participación hayan tenido viéndose afectados por el delito; las obligaciones que se generan con los daños ocasionados, así como las que le dieron origen, obligaciones que serán primero para los ofensores, pero también para los miembros de la comunidad; y la participación de todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en la ofensa y su reparación, es decir, las víctimas, ofensores y otros miembros de la comunidad.

3. EL CONFLICTO FAMILIAR Y SU CONCEPTUALIZACIÓN

3.1. La familia y sus denominaciones cambiantes

Antes de proceder a analizar el concepto de conflicto familiar, resulta primordial establecer que se entiende por familia y por conflicto. Familia, un término nada fácil de definir, ya que puede verse de diferentes aristas y, además, en la actualidad existen una pluralidad de personas y relaciones jurídicas y afectivas que pueden considerarse como tales. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, familia se entiende como “grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o afinidad”. Definición que podríamos decir que es bastante acertada, al ser bastante general, abarca todos los supuestos que analizaremos.

La familia puede definirse desde el punto de vista biológico, sociológico y jurídico, como mínimo de supuestos.

²⁶ ZEHR (2005), p. 35.

Desde el punto de vista biológico, se considera “al grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación”²⁷, mientras diversa opinión señala que será familia la que está compuesta “por personas vinculadas por lazos que derivan de unión intersexual, de la procreación y del parentesco”²⁸.

Desde el punto de vista sociológico, la perspectiva es más dinámica, ya que tenemos que reconocer que la sociedad es cambiante y que las personas se unen de formas distintas, por lo que en la actualidad tenemos un sinnúmero de clasificaciones de lo que se entiende por familia, sin embargo, resulta atinado precisar en un primer intento, que la familia desde el punto de vista sociológico, será aquella “institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”²⁹, sin embargo, existen sociológica y jurídicamente hablando, muy diversos tipos de familias, de acuerdo con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos³⁰: la familia nuclear sin hijos: que es aquella constituida por dos personas; la familia nuclear monoparental con hijas(os): donde tenemos un solo progenitor(a) con hijas(os); la familia nuclear biparental: que se constituye por dos personas con hijos(as); la familia ampliada o extensa: que será la constituida por los progenitoras(es) con o sin hijos y otros parientes, por ejemplo, abuelas(os), tías(os), primos(as), sobrinos(as) entre otros; la familia compuesta: que será la constituida por una persona o pareja, con o sin hijos(as), con o sin otros parientes y otros no parientes; la familia ensamblada: que se constituye por una persona con hijos(as), que vive con otra persona con o sin hijos(as); tenemos también las familias homoparentales: que son aquellas constituidas por progenitoras(es) del mismo sexo con hijas(os) y las familias hetero parentales: constituidas por una mujer y un hombre con hijas(os); las familias sin núcleo: no existe una relación de pareja o progenitoras(es) hijas(os) pero existen otras relaciones de parentesco, por ejemplo: dos hermanas(os), abuela(o) y sus

27 BAQUEIRO Y BUENROSTRO (2009), p. 8.

28 VILLALOBOS (2006), p. 14.

29 BAQUEIRO Y BUENROSTRO (2009), p. 8.

30 COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018).

nietas(os), tíos(a) y sobrinas(os); tenemos también las familias de acogida: son aquellas con certificación de la autoridad para cuidar y proteger a niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales, por tiempo limitado; las familias de origen: Progenitoras(es) tutores(as) o persona que detente la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes con parentesco ascendente hasta segundo grado (abuelos/as); las de acogimiento preadoptivo: que son aquellas que acogen provisionalmente a niñas, niños y adolescentes con fines de adopción y por último las sociedades de convivencia: donde dos personas de igual o distinto sexo que establecen un hogar común con voluntad de permanencia y ayuda mutua (con o sin hijos, hijas).

Esta enumeración, si bien bastante útil, no será definitiva, pues como ya lo mencionamos, al ser la sociedad cambiante, y siendo la familia como lo es, su núcleo, también es de naturaleza cambiante. Coincidimos con la denominación de Pérez, quien asegura que, desde el punto de vista social, la familia se define como una institución formada por personas unidas por vínculos de sangre y los relacionados con ellos en virtud e intereses económicos, religiosos o de ayuda³¹.

Desde el punto de vista jurídico, la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, con finalidades propia y supraindividuales, que se integra por uno o más progenitores, con los hijos (independientemente de su origen) y con los parientes (también cualquiera que sea su origen), que viven en un domicilio común y cuyos vínculos jurídicos se originan en las figuras jurídicas del matrimonio, concubinato, parentesco, filiación y adopción³², esto es, analizando la figura desde un punto de vista amplio; mientras tanto, desde un sentido estricto, se define como el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así

31 PEREZ CONTRERAS (2016), p. 22.

32 CHAVEZ ASECIO (1984), p. 215.

como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones³³.

Es así como, tomando en cuenta el constante dinamismo de la sociedad, a efecto de estar acordes a la realidad actual, debemos pensar en una noción más amplia de familia, en la cual se conciban todas las formas enumeradas en párrafos precedentes, donde la familia se constituye por dos o más personas que comparten bajo un mismo techo una vida material y afectiva, donde se dividen las tareas y obligaciones que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida, con la intención de conseguir el desarrollo personal e integral de todos sus miembros.

3.2. Los conflictos familiares y sus particularidades

Los seres humanos vivimos rodeados de conflictos, el conflicto es inevitable dentro de las relaciones sociales, cada ser humano enfrenta durante el día conflictos diversos, al enfrentar expectativas contrarias a la suya. El conflicto surge cuando se rompen las expectativas previstas por los sujetos³⁴ y entonces viene el enfrentamiento con su realidad. El conflicto puede adoptar un curso destructivo o uno constructivo, será destructivo cuando se fomenta el antagonismo entre los participantes, estos no aprenden del conflicto y continúan actuando de la misma manera; en cambio, en el conflicto afrontado de manera constructiva, encontramos un beneficio en la situación de crisis, aprendemos como enfrentar el conflicto con menor sufrimiento y con aptitud de cambio, así, lo importante no es evitar el conflicto sino aprender a enfrentarlo de una manera correcta³⁵.

33 PEREZ CONTRERAS (2016), p. 23.

34 FIERRO FERRAEZ (2013), p. 1.

35 Ibid., p. 2.

Por conflicto familiar podemos entender aquél que se genera entre uno, varios, o todos los miembros de la unidad familiar³⁶. La familia está integrada por personas unidas a través de relaciones filiales (padres, hijos, hermanos, pareja, ascendientes) formando una especie de sistema abierto en el que sus miembros están estrechamente relacionados³⁷, cuando estas relaciones entre los miembros de la familia se ven alteradas por alguna discrepancia en el sistema de valores, nuestras creencias, intereses o ideologías, entonces enfrentamos un conflicto, que puede generar desde leves desacuerdos hasta fuertes peleas. Como ya lo habíamos mencionado, el conflicto no es necesariamente negativo, en la convivencia familiar nacen conflictos todos los días, generados por causas muy diversas, es natural y normal, el problema se genera de acuerdo con la forma en que las personas reaccionamos a ese conflicto. Cummings y Davies³⁸, señalan que el conflicto familiar se puede clasificar como constructivo o destructivo, será constructivo cuando es manejado de manera positiva, con una discusión tranquila, explicando ideas, resolviendo el problema mediante escucha activa, usando el respeto a las ideas y el afecto verbal y físico; por el contrario, será destructivo si se caracteriza por hostilidad, agresiones físicas verbales y no verbales, amenazas, insultos o incluso violencia física. En muchas ocasiones, estas discrepancias no encuentran solución y viene la ruptura familiar, con sus consecuencias e impacto a los miembros del grupo familiar.

Cada familia es única y diferente a las demás, de ahí que en el derecho de familia exista consenso en la particularidad de los sujetos que la integran, la particularidad de sus necesidades y la particularidad de cada caso, de ahí la necesidad de revisar de manera específica cada situación, pues lo que puede ser motivo de un gran conflicto en una familia, no lo será en otra.

Así, tenemos que partir de las siguientes premisas:

36 ORTEGA (2015).

37 CENTRO DE ESTUDIOS DE PSICOLOGÍA (2022).

38 CUMMINGS y DAVIES (2010).

- No hay familias iguales, cada familia tiene sus propios recursos y limitaciones.

- Las familias son un sistema vivo, compuesto por un conjunto de individualidades, que son las personas que la forman.

- Las familias tienden a no cambiar, pero las circunstancias hacen que evolucionen y se adapten a nuevas situaciones.

Entre los recursos con los que cuentan las familias para hacer frente a los conflictos están: la cohesión, que es el apoyo entre sus miembros; la flexibilidad, que permite adoptar nuevas reglas para resolver conflictos; adaptabilidad a los cambios y permeabilidad (relación con el exterior)³⁹.

Sin embargo, los conflictos familiares pueden tener una vasta gama de orígenes y también de consecuencias, algunos tendrán origen en discrepancias ligeras de opiniones que podrán acarrear algunos cambios a las familias y que estas busquen adaptación para lograr embonar los intereses de todos los miembros, sin embargo, habrá otras que se convertirán en profundas disputas que generen división en el núcleo familiar o incluso ruptura o desintegración de toda la familia.

Estas disputas, en su gran mayoría, terminan exponiéndose ante la autoridad judicial, en espera de una sentencia que dirima la controversia, asumiendo el desgaste que los procesos judiciales generan a las familias y la probable ruptura de las relaciones intrafamiliares. Es así como pensamos que la justicia restaurativa resulta una opción viable para la resolución de los conflictos de familia, de tal manera, que la relación no solo se conserve, sino que además sane y las relaciones intrafamiliares se vean restauradas.

39 JUNTA DE ANDALUCÍA (2011), p. 3.

4. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En México el acceso a la justicia se prevé a través del artículo 17 Constitucional, mediante los sistemas de justicia heterocompositiva y autocompositiva, señalando los mecanismos alternativos de solución de controversias como opción y privilegiando la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales⁴⁰.

Un sistema de justicia penal basado en el procedimiento acusatorio adversarial implica que solo un porcentaje reducido de casos se aborden dentro de la etapa de juicio oral. El resto de ellos debe ser resuelto por las vías alternas, ofrecidas por el mismo sistema de justicia. En la actualidad, estas salidas alternas constituyen una gran apuesta para los estados y la comunidad internacional, ya que se consideran instrumentos para coadyuvar con la justicia y la cultura de paz, en especial en el caso de la justicia restaurativa, ya que “a través del diálogo, se construye un entendimiento por parte de los actores acerca de lo sucedido y la forma de solucionarlo, donde se respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, se promueve la armonía social mediante el desempeño cordial de las víctimas, los delinquentes y las comunidades”⁴¹.

El origen de la justicia restaurativa en México se da como parte del derecho penal, dentro del cual se define como el proceso en el que

la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de la comisión de dicho delito, por lo general con la ayuda de un facilitador, mediador o conciliador o de la propia autoridad investigadora⁴².

40 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917.

41 GORJÓN Y STEELE (2012), p. 169.

42 *Ibid.*, p. 165.

El Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, prevé la participación de las partes en los mecanismos alternos de solución de conflictos⁴³ y dentro de los mecanismos alternativos reconocidos por la ley en materia penal, tenemos la mediación, la conciliación y la junta restaurativa. La junta restaurativa

es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social⁴⁴.

De acuerdo con la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, los alcances de la reparación del daño derivada de la junta restaurativa podrán comprender: I. El reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, de conformidad con el Acuerdo alcanzado por los intervinientes, por virtud del cual el imputado acepta que su conducta causó un daño; II. El compromiso de no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad, tales como inscribirse y concluir programas o actividades de cualquier naturaleza que contribuyan a la no repetición de la conducta o aquellos programas específicos para el tratamiento de adicciones; III. Un plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de una determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad o de cualquier otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los Intervinientes en el curso de la sesión⁴⁵.

43 Código Nacional de Procedimientos Penales, de 2014.

44 Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, de 2014.

45 Ibid.

Desde su creación en la década pasada, la legislación en materia de justicia penal contemplaba los mecanismos alternos de solución de conflictos, como salidas alternas para desahogar a los tribunales, sin embargo, la justicia restaurativa tuvo siempre un objetivo más importante, la recomposición del tejido social, lo que implica que en dichos procesos, no solo intervienen las partes involucradas, es decir, víctima, imputado y en su caso ofendidos, sino también los representantes de la comunidad que pudieran haberse vistos afectados por el ilícito.

Así, los procesos restaurativos se convirtieron en un importante referente para solucionar los conflictos, incluyendo la parte moral y emocional que quedaba fuera de los procesos judiciales, aquella parte que implica el análisis del conflicto desde sus causas y no únicamente desde las consecuencias del mismo, no con la intención de justificar, pero sí de entender su surgimiento; donde las partes involucradas reconozcan su responsabilidad en el conflicto; donde el imputado reconoce que cometió un ilícito que generó un daño, que asuma su responsabilidad y que se disculpe por sus acciones; aquel en que la víctima nombra sus sentimientos y necesidades, puede estar en posición de perdonar el hecho o cuando menos entender el porqué del ilícito; donde el imputado se comprometa a la no repetición, esto en beneficio de la sociedad, estableciendo los programas o tratamientos que permitirán al imputado no repetir la conducta; donde se sienten las bases para la reparación del daño cometido, estableciendo las formas de restitución, económica, en especie y cumpliendo las actividades que hayan sido motivo de acuerdo dentro del proceso restaurativo, de tal manera que puedan sanarse las relaciones comunitarias, recomponer a la sociedad y en especial, lograr la reinserción del imputado y la aceptación y perdón por parte de la víctima u ofendido.

Estableciendo además la ley que se contará por parte del órgano con un área de seguimiento, para verificar el cumplimiento cabal de los acuerdos así verificados. Esta legislación cumple una década y con ella la celebración de múltiples procesos restaurativos con la persecución de los objetivos aquí plasmados.

Si bien la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece en su artículo 52 que las mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia no serán obligadas a participar en ningún mecanismo de conciliación⁴⁶ y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes precisa en su artículo 122 que las procuradurías de protección tendrán como atribuciones, entre otras, la conciliación y mediación de los conflictos familiares, cuando los derechos de las niñas, niños y adolescentes sean restringidos o vulnerados, exceptuando la conciliación en casos de violencia⁴⁷, tenemos que la naturaleza de estos mecanismos de solución alternativa, conciliación y mediación, son muy diversos a la justicia restaurativa, pues aquellos no atienden la asimetría que ocasiona la violencia familiar, están basados en el análisis del conflicto y no en las necesidades que surgen una vez cometido el daño.

La justicia restaurativa, por su especial naturaleza de recomposición y restauración, sería benéfica incluso en los casos de violencia familiar, ya que por la naturaleza de los conflictos familiares, la violencia puede estar normalizada desde la escala de creencias y sesgos cognitivos, y solo cuando podemos traer a la conciencia y a nuestro entendimiento lo que no se pudo comprender durante la infancia, es cuando somos capaces de romper ciertos esquemas, por lo tanto, el reconocimiento de la responsabilidad es imprescindible para romper con los ciclos de violencia, alcanzar acuerdos libres de daños rompiendo con el continuo de la espiral de la violencia que forma parte de una herencia familiar⁴⁸.

Con la creación de la nueva ley de mecanismos alternos, la cual fue promulgada a principios del año pasado, y resulta de aplicación general en todo el territorio nacional, podemos apreciar que se ha permeado el proceso

46 Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de 2007.

47 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de 2014.

48 VILLAVICENCIO (2023), p. 8.

restaurativo, para formar parte de todas las áreas del derecho y no exclusivamente en la penal, yendo más allá en su afán de lograr la recomposición social y la restauración de las relaciones comunitarias.

La nueva ley establece que se entiende por procesos de justicia restaurativa al conjunto de sesiones, encuentros e intervenciones metodológicas, multidisciplinarias y especializadas enfocadas en gestionar el conflicto mediante el reconocimiento de su existencia y los daños que se generaron, así como la identificación de las necesidades de las partes, su momento de vida y sus mutuas responsabilidades, con la finalidad de adoptar y acordar el despliegue de conductas enfocadas en reparar los daños existentes y prevenir los futuros, bajo la expectativa de no repetición⁴⁹ y agrega otro procedimiento que para nuestro tema en análisis resultará fundamental: el concepto de procesos de Justicia Terapéutica, que se definen como las herramientas metodológicas e interdisciplinarias aplicadas en el abordaje y resolución de conflictos, mediante el acompañamiento, guía e interacción de agentes terapéuticos con las personas involucradas en el conflicto, ello con la finalidad de fomentar el bienestar físico, psicológico y emocional de las personas interesadas en la solución del conflicto⁵⁰.

De esta forma, tenemos que los procesos restaurativos tienen como objetivo primordial, restaurar a la parte afectada de manera integral, tanto en el ámbito emocional, como en el material y el social; pero además, buscarán la integración de las partes en el entorno, evitando conflictos futuros, los ayudarán a comprender el impacto de sus acciones y decisiones frente al conflicto y a responsabilizarse por la parte que les corresponda dentro del mismo, tratando de buscar la restauración de las relaciones entre los afectados, generando espacios seguros de integración social y comunitaria, en ámbitos familiares, escolares, vecinales y en cualquier otro de desarrollo humano.

49 Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, de 2024.

50 Ibid.

Estos procesos de justicia restaurativa podrán aplicarse por cualquier persona facilitadora especializada cuando se establezca la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias, por lo que, de manera transversal, se pueden utilizar actualmente, en cualquier tipo de conflictos. Pueden utilizar cualquier metodología que a juicio de la persona facilitadora produzca resultados restaurativos, pudiendo además contar con la participación de equipos multidisciplinarios, de acuerdo con las necesidades del conflicto, es decir, la utilización de especialistas en diversas áreas, a efecto de cuidar todas las aristas de un conflicto, desde las culturales hasta las psicológicas, además, con la inclusión del proceso de justicia terapéutica, se permite ahondar en el conflicto, atendiéndolo desde la raíz para así evitar la perpetuación del mismo y la constante vulneración de los derechos de los participantes.

5. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA NUEVA ESPERANZA PARA LA RESTAURACIÓN DE LOS LAZOS FAMILIARES

Tal como lo precisamos en el apartado precedente, los procesos restaurativos en ambientes distintos al derecho penal son de novedoso abordaje en México, sin embargo, con la creación reciente de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, así como la inclusión de los procesos de justicia restaurativa en el también de reciente creación Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, se ha abierto una oportunidad procesal para permitir que la familia pueda abordar los conflictos de una manera más sana.

La protección de la familia es un objetivo primordial de cualquier estado, ya que ésta representa el núcleo fundamental y sustento de toda sociedad, sin embargo, la violencia está en escalada y lejos de disminuir, ha permeado a las familias, por lo que, es con mayor frecuencia que los tribunales enfrentan conflictos familiares en donde la violencia es un tema recurrente. Es de reconocer el esfuerzo que legisladores y gobierno ha realizado para crear políticas públicas y acciones afirmativas encaminadas a disminuir la violencia

familiar y empoderar a las mujeres, las figuras jurídicas que implican protección de los miembros de la familia como órdenes de protección y medidas cautelares, sin embargo, aun así, la base de nuestra sociedad se tambalea.

La muy especial naturaleza de los conflictos familiares, presenta un gran reto al momento de judicializarlos, dada la forma en que los procesos judiciales se tramitan, al ser adversariales, conllevan el antagonismo y enfrentamiento de las partes, por lo que, el conflicto lejos de suavizarse, se agudiza, haciendo sumamente probable que la relación familiar se rompa o quede tan desgastada, que su restauración por si sola, resulte imposible, dejando un proceso judicial que puede llegar a ser incluso revictimizante para las partes, en especial las que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, por lo que, es necesario construir una figura distinta, que responda a la conflictiva familiar que tanto daña y resquebraja los cimientos de una familia.

Coincidimos con Villavicencio en que las familias deben tener acceso a formas de justicia que no solo resuelvan el conflicto jurídico, sino también lleguen a la causa desde su raíz, para tratar de enmendar los daños de la mejor forma posible, pues resulta fundamental que el Estado proporcione a las familias una respuesta efectiva y no solo jurídica a los altos índices de violencia que la aquejan⁵¹.

Los conflictos de naturaleza familiar no deben abordarse nada más desde el aspecto jurídico. Es del conocimiento pleno de todos aquellos que nos enfocamos al litigio en materia familiar, que los asuntos relacionados con conflictos de familia involucran más que derechos en colisión e intereses en pugna. Para poder hablar de un proceso de justicia restaurativa en materia familiar se requiere de la sensibilización del sistema de justicia con las necesidades de las familias, a efecto de brindar un acompañamiento adecuado.

Villavicencio nos dice que existen cuatro ejes que pueden tomarse como formas de acompañamiento en el abordaje de conflictos de naturaleza familiar:

51 VILLAVICENCIO (2023), p. 13.

- Eje jurídico, toda vez que el proceso de restauración busca la atención integral del daño que el conflicto causa en el entorno familiar, por lo que el marco legal deberá estar presente, tomando en cuenta conceptos como derechos humanos, perspectiva de infancia, interés superior de la niñez, perspectiva de género, a efecto de proteger los derechos de las personas involucradas en el conflicto, en especial, niñas, niños y adolescentes⁵².

- Eje psicoemocional, los seres humanos estamos hechos de emociones, pensamientos y sentimientos y acciones. Las emociones juegan un papel fundamental en los procesos de naturaleza familiar, así, los procesos encaminados a restaurar desde este punto de vista llevan implícito un acompañamiento con enfoque multidisciplinario, de tal manera que se pueda mapear el conflicto desde las emociones, las necesidades que estas representan y así identificar cual es el daño o daños y generar acuerdos de familia, desde la gestión de emociones, para repararlos⁵³.

- Eje humano social, que implica comprender que el conflicto y el daño que se dan dentro del seno de la familia, no dañan nada más a ésta, sino también a la comunidad. De esta manera, la comunidad es parte de la atención del daño y su participación a veces necesaria en los procesos de restauración familiar, pues constituye un agente resocializador. “La paz que se construye desde la familia trasciende en la vida de las personas y en el entorno social, por lo tanto, apostarle al bienestar de las familias, es una apuesta certera de paz”⁵⁴.

- Eje pedagógico, al ser la justicia restaurativa un proceso incluyente y colaborativo, propicia la toma de decisiones democráticas, se logra que las personas que participan en un proceso de restauración familiar, al identificar y atender los daños, rompan con los esquemas de normalización de la violencia que forman parte a veces de la dinámica familiar, lo que les permite

52 Ibid., p. 9.

53 Ibid., p. 11.

54 Ibid., p. 12.

aprender desde la experiencia a resolver los conflictos, pero además a ser resilientes y transforma el daño en una fortaleza que les permita construir relaciones familiares sanas⁵⁵.

La justicia restaurativa familiar puede definirse como

los procesos dirigidos a involucrar a quienes une algún vínculo familiar y tienen un interés en una o varias afectaciones cometidas en detrimento de los derechos y obligaciones familiares, para identificar y atender colectivamente las necesidades derivadas de dichas afectaciones de la mejor manera, con el propósito de sanar y restaurar integralmente a la familia en observancia preeminente del interés superior del menor y de las personas vulnerables⁵⁶.

De esta definición podemos destacar algunos puntos importantes:

- La existencia de un vínculo familiar de cualquier tipo;
- Que exista un conflicto familiar que está generando detrimento en los derechos y obligaciones familiares;
- Que exista algún grado de afectación que deba ser atendido de manera colectiva y multidisciplinar
- Que se pretenda la restauración integral;

Como hemos precisado, la justicia restaurativa pretende que las partes involucradas en el conflicto familiar puedan sanar, pero no existe una fórmula, modelo o proceso que pueda tomarse como puro o estricto, en virtud de que el proceso de restauración siempre dependerá de las necesidades y daños que las personas han sufrido. Resulta menester que los involucrados puedan dilucidar cuales son las causas que están dando origen al conflicto,

55 Ibid., p. 13.

56 MONTAÑO (2022).

que sean conscientes de su participación en el mismo, que reconozcan sus necesidades y sentimientos, por lo que debe diseñarse una práctica restaurativa que se adapte a cada situación en concreto.

Con la creación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, se abre esta posibilidad de permitir la aplicación de procesos restaurativos en materia familiar. El artículo 584 establece:

Las partes de común acuerdo podrán sujetarse a un procedimiento de Justicia Restaurativa en materia familiar, el cual tendrá como finalidad que las partes reconozcan la existencia de un conflicto, asuman su responsabilidad y participen tanto en la reparación de los daños como en la reestructuración de la dinámica familiar. Quedan exceptuados los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes. El procedimiento de Justicia Restaurativa no es obligatorio para acceder a la justicia familiar.

Las partes podrán acordar suspender la tramitación del juicio que hayan iniciado por un intervalo no mayor a tres meses. Las medidas cautelares, precautorias o provisionales decretadas en el trámite de cualquier juicio se mantendrán vigentes.

Las partes podrán sujetarse a los mecanismos de justicia restaurativa, sin suspensión del trámite judicial correspondiente. En los casos que alguna de las partes manifieste su deseo de no continuar con el proceso de justicia restaurativa en materia familiar o simplemente una de ellas deje de acudir a las sesiones que se señalen, se dará por concluido el proceso, y suspendido o no el trámite, sin dilación alguna se continuará el juicio en la etapa procesal respectiva⁵⁷.

Tal como podemos analizar, se permite la realización de común acuerdo de un procedimiento familiar de justicia restaurativa, donde las partes reconozcan la existencia del conflicto, asuman su parte de responsabilidad

57 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, de 2023.

en el mismo y colaboren para encontrar la forma de reparar los daños, así como reestructurar la dinámica familiar, siendo la única limitante los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes.

También es importante resaltar que si bien, al optar por el inicio de un proceso de restauración, se suspende el juicio, las medidas cautelares y precautorias quedan vigentes, siendo esta una de las primeras formas de lidiar con la asimetría en algunos casos, en especial donde hubo violencia familiar. E incluso, podrá optarse por un mecanismo alterno sin necesidad de suspender la tramitación del juicio.

De la redacción del artículo 585 podemos hacer notar la posibilidad de la multidisciplinariedad de la justicia restaurativa, cuando en párrafos antecedentes mencionábamos que se requiere sensibilizar a los juzgadores y que se alleguen de personas expertas en diversas áreas cuya opinión y experta intervención se requiere para la implementación de estos procesos restaurativos, donde la autoridad jurisdiccional podrá auxiliarse de expertos en psicología, trabajo social, mediadores o facilitadores especializados en materia de familia, quienes deberán de preservar los principios de: legalidad, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, acceso a la información y que cuenten con la certificación que para dichos efectos expida la autoridad competente⁵⁸.

Es importante resaltar que la autoridad legislativa realiza un importante esfuerzo al tratar de nivelar la asimetría en relaciones de poder en ciertos casos, donde se aplica algún tipo de violencia hacia los miembros de la familia. Estas medidas se incluyen en el artículo 586, al precisar que las partes podrán acudir en todo momento a las entrevistas iniciales acompañadas de cualquier persona de su confianza o incluso su representante legal y, además, establecen ciertas limitaciones para el facilitador que intervenga en el proceso restaurativo, en cuanto al plan de reparación del daño: (...) plan de reparación del daño, deberá de observar lo siguiente:

58 Ibid.

De ninguna manera podrá pactarse la renuncia de derechos de niñas, niños y adolescentes;

En asuntos en los que existan datos de la existencia de conductas de violencia, queda prohibido convenir el mero pago de obligaciones pecuniarias como forma de reparación del daño;

No podrán pactarse cláusulas desde una asimetría en las relaciones de poder (...).⁵⁹

Así, no basta con pagar pecuniariamente, deberá establecerse como forma de resarcimiento una disculpa pública, probablemente asistir a terapias psicológicas o a cursos de no violencia y por supuesto, importantísimo no olvidar que el facilitador en todo momento debe cuidar las cuestiones de asimetría en las relaciones de poder.

Además, el citado precepto legal establece también que al momento de la comparecencia ante la autoridad jurisdiccional para la revisión del plan de restauración o convenio generado ante el facilitador, deberán comparecer personalmente ambas partes debidamente acompañadas por su representante legal, el facilitador, el agente del Ministerio Público y el representante de la Procuraduría para la protección de niñas, niños y adolescentes.

6. CONCLUSIONES

La justicia restaurativa implica un abordaje diferente ante un conflicto de cualquier naturaleza. Desde épocas ancestrales, grupos de nativos de todo el planeta utilizaban este tipo de reuniones para lograr el restablecimiento del equilibrio dentro de la colectividad, y al ser reducido el número de sus miembros, cada uno de ellos era importante para su comunidad, por lo que mantener la estabilidad y la paz, resultaba primordial. Como hemos visto, los antecedentes modernos de la justicia restaurativa iniciaron en su gran mayoría de los países como formas de afrontar la reparación de los daños y la satisfacción de las necesidades de las víctimas, sin embargo, en algunos

59 Ibid.

países, se tienen antecedentes para abordar conflictos de naturaleza familiar, al solicitar la intervención de los miembros de la comunidad para resolver situaciones de protección de niñas y niños, así como intervención en casos de violencia familiar.

Tenemos que reconocer la gran importancia de la familia, pues es en esta célula social donde se dan los primeros contactos de cualquier ser humano con el mundo que lo rodea, se le inculcan valores y costumbres, se le enseña a actuar adecuadamente en sociedad, a entender los roles sociales y a ser funcional y útil para una comunidad, cumpliendo de manera efectiva con los cánones comunitarios. Si la familia se separa, se rompe un núcleo fundamental, dejando a sus miembros desvalidos y sin dirección, en especial, si la ruptura ocurre en las primeras etapas de formación de un ser humano, además, esa ruptura puede generar una serie de consecuencias como necesidades emocionales y físicas no atendidas, resentimientos y patrones de conducta que afectarán la vida y desempeño futuro de sus miembros.

No podemos dejar a un lado que los conflictos familiares son de naturaleza única, pues no hay familias iguales, cada familia tiene una conformación diferente, ligada al conjunto de individualidades que la integran: sus miembros; están creadas en contextos diversos y los conflictos que presentan reflejan una amplia gama de orígenes y consecuencias, derivadas de la individualidad de sus miembros.

La paz generada en el seno de una familia es una paz que permea a toda la comunidad, trasciende en la vida de las personas y en el entorno social. Reconocemos que los conflictos familiares son cada vez más cruentos y frecuentes, que los integrantes de una familia, cuando atraviesan un proceso jurisdiccional, ya sea por disolución del vínculo matrimonial o legal que los une, un trámite de guarda y custodia o cualquier otro proceso de naturaleza familiar, pueden alterar su conducta, tornándose agresivos o hirientes con el resto de los miembros del núcleo familiar, afectando las relaciones futuras para toda esa familia.

Las soluciones legales, se ocupan de las cuestiones jurídicas, de las necesidades formales, establecidas en la ley, de los integrantes del núcleo familiar, pero desafortunadamente, dejan fuera a los sentimientos, las necesidades afectivas, las necesidades de perdón, disculpa o reconocimiento, dejando heridas tan profundas en el vínculo familiar, que la restauración del mismo después de una separación, ya no resulta factible, afectando así el derecho de sus miembros de vivir en familia y de desarrollarse libre y sanamente.

Ante este panorama, ha surgido la justicia restaurativa en materia de derecho de familia, la cual se encuentra ya regulada por el reciente Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, abriendo la puerta para los procedimientos de justicia restaurativa con excepción única de los casos de violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes, por lo que podemos colegir que esta legislación permite los procedimientos de justicia restaurativa en los casos de violencia familiar. Esto definitivamente presenta una opción pacífica para el enfrentamiento de los conflictos de familia, que, si bien aún resulta desconocida para la mayoría de los usuarios de los juzgados familiares, pudiera convertirse en una gran aliada para la impartición de justicia familiar. El enfoque restaurativo es un abordaje de los conflictos que definitivamente sería de gran ayuda para la materia familiar, dado que se manejan de forma distinta, permitiendo a las partes no sólo resolver las cuestiones jurídicas involucradas en el conflicto, sino las más difíciles, las basadas en emociones y generadas por sentimientos. Estos procesos permiten el abordaje de las causas y consecuencias de la ruptura, que las partes involucradas reconozcan su participación en el conflicto y puedan identificar sus sentimientos, sus necesidades y el daño percibido, para estar en posibilidad de realizar un plan de reparación del daño y las terapias o acciones necesarias que les permitan sanar y restaurar la relación familiar, tal vez no de la misma manera que antes del conflicto, pero si permitiendo una convivencia sana y pacífica entre los miembros de la familia.

La justicia restaurativa familiar está en una etapa temprana en nuestro país, pero consideramos que se tienen las bases jurídicas y teóricas necesarias para conseguir que se convierta en una herramienta fundamental a efecto de que las relaciones familiares, una vez enfrentada una ruptura familiar, como separación o divorcio, puedan sostenerse y llevar el conflicto de manera adecuada, sanando y reparando los daños ocasionados, logrando no solo el restablecimiento de los vínculos sino su permanencia en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYLLÓN GARCÍA, Jesus Daniel (2019): “La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, en: *Ars Boni et Aequi* (Año 15, N°2) pp. 9-29.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía (2009): *Derecho de familia* (México, Oxford University Press de México).

CHAVEZ ASENCIO, Manuel (1984): *La familia en el derecho* (México, Porrúa).

CONNOLLY, Marie (2004): “A perspective on the origins of family group conferencing”, en: *American Humane FGDM Issues in Brief*, pp. 1-3. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/238072451_A_Perspective_on_the_Origins_of_Family_Group_Conferencing [Fecha de última consulta 10.10.2024].

CUMMINGS, Mark y DAVIES, Patrick (2010): “Conflictos de pareja constructiva y destructiva, la seguridad emocional y el comportamiento prosocial de los niños”, en: *J Psiquiatría Psicología Infantil* (Vol. 50, N°3) pp. 270–279. Disponible en: <https://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&u=http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2917764/&prev=search> [Fecha de última consulta 30.04.24].

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia (2008): “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”, en: *Revista de Derecho Penal* (Nº23), pp. 33-68.

FIERRO FERRAEZ, Ana Elena (2013): *Manejo de conflictos y mediación* (México, Oxford University Press de México).

GORJON GOMEZ, Francisco y STEELE GARZA, José (2012): *Métodos Alternativos de solución de conflictos*, segunda edición (México, Oxford University Press de México).

JUNTA DE ANDALUCÍA, (2011): “Resolución de conflictos dentro del ámbito de las familias”. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Drogodependencia_Prevenccion_Prevenccion_Familiar_FA-MILIA_SESION_VI.pdf [Fecha de última consulta 2.05.24].

MACEDONIO HERNÁNDEZ, Carlos y CARBALLO SOLÍS, Lucely (2020): “La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido”, en: *IUS Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla* (Vol. 14, Nº48), pp. 307-328. Disponible en <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v14n46/1870-2147-rius-14-46-307.pdf> [Fecha de última consulta 10.10.2024].

McCOLD, Paul (2013): “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias”, en: *Delito y sociedad* (Nº35), pp. 9-44. Disponible en <https://generaconocimiento.segob.gob.mx/sites/default/files/document/biblioteca/392/20220516-5529-texto-del-articulo-14432-1-10-20160427-4-1.pdf> [Fecha de última consulta 11.10.2024].

MERINO ORTIZ, Cristina y ROMERA ANTÓN, Carlos (1998): “Conferencias de grupos familiares y sentencias circulares: dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo”, en:

EGUZKILORE (N°12), pp. 285-303. Disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/3342827/Eguzkilore+12-2+Merino+Romera.pdf> [Fecha de última consulta 11.10.2024].

MONTAÑO DELGADO, Mario Alberto (2022): “Justicia restaurativa familiar”. Disponible en: <https://calcaterra-conflictologia.com/justicia-restaurativa-familiar/> [Fecha de última consulta 10.07.24].

ORTEGA, Sara (2015): “Adolescentes con TDAH: conflictos familiares, Fundación CADAH”. Disponible en: <https://www.fundacioncadah.org/web/articulo/adolescentes-con-tdah-conflictos-familiares-.html> [Fecha de última consulta 30.04.24].

TAMARIT SUMALLA, Josep María (2012): *La justicia restaurativa: Desarrollo y Aplicaciones* (Granada, Editorial Comares).

VILLALOBOS OLVERA, Rogelio (2006): *Derecho de familia* (México, Universidad Autónoma de Chihuahua).

VILLAVICENCIO, Claudia (2023): *Justicia Restaurativa Familiar: Modelo Katartizo de restauración* (Ciudad de México, Centro de estudios jurídicos Carbonell A.C.).

ZEHR, Howard (2005): *The little book of restorative justice* (Pennsylvania, Good Books). Disponible en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf [Fecha de última consulta 11.10.2024].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Diario Oficial de la Federación, 7 de junio de 2023.

Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo de 2014.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua. Periódico Oficial del Estado N°59, 23 de julio de 2014.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la federación, 5 de febrero de 1917.

Ley General de Acceso de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Diario Oficial de la Federación, 1 de febrero de 2007.

Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Diario Oficial de la Federación, 26 de enero de 2024.

Ley Nacional de Mecanismos alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Diario Oficial de la Federación, 29 de diciembre de 2014.

Declaración de autoría:

Claudia González Cobos: Conceptualización, Investigación, Metodología, Administración del proyecto, Supervisión, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

Roberto Aude Díaz: Investigación, Visualización, Redacción–revisión y edición.

FACTORES CLAVE DEL TRIBUNAL DE TRATAMIENTO DE DROGAS (TTD): CARACTERÍSTICAS DEL PROGRAMA Y PERSPECTIVAS DE SUS PARTICIPANTES EN LA ZONA ORIENTE DE LA REGIÓN METROPOLITANA¹

KEY DETERMINANTS OF THE DRUG TREATMENT COURT (DTC): PROGRAM FEATURES AND PARTICIPANT PERSPECTIVES IN THE EASTERN SECTOR OF THE METROPOLITAN REGION

Gabriel Ruz Castillo*
Gabriela Zapata Arca**

Resumen:

El presente trabajo tiene como objetivo identificar la percepción que tienen diversos participantes del Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) de la zona oriente de Santiago. En primera instancia se describe el contexto en que se desarrolla el TTD tanto a nivel institucional como programático, abordando conceptos claves y profundizando en las características del funcionamiento del TTD.

¹ Artículo recibido el 4 de marzo de 2025 y aceptado el 15 de mayo de 2025.

* Magíster en Trabajo Social por la U. Academia de Humanismo Cristiano. Profesor de Trabajo Social de la U. Academia de Humanismo Cristiano.  0009-0005-7589-3258 Dirección postal: Santa Pía 1690, Quilicura, Región Metropolitana. Correo electrónico: gabrielruz@gmail.com.

** Magíster en Psicología Jurídica y Forense por la U. Diego Portales. Consejera Experta en Salud Mental del Consejo de Estándares y Acreditación del Servicio de Reinserción Social Juvenil.  0009-0007-2985-9993 Dirección postal: Antupiren 8951 #51, Peñalolén, Región Metropolitana. Correo electrónico: gaby.zapata@gmail.com.

Para alcanzar el objetivo antes señalado, se realiza una investigación mixta, incorporando una línea cualitativa en torno al desarrollo de entrevistas semiestructuradas que exploran 4 ejes específicos, elementos a destacar, elementos a mejorar, aprendizajes alcanzados y otros aspectos relevantes. En este sentido, se constituye una muestra no probabilística conformada por magistrados, defensores, fiscales, profesionales de los programas de tratamiento, adolescentes participantes, adultos que acompañan en proceso de los adolescentes y profesionales del TTD. Además, se complementa con un análisis de estadísticas descriptivas que permiten caracterizar a los adolescentes.

Dentro de los principales hallazgos sorprende que, a nivel transversal, las personas entrevistadas evalúan positivamente el acompañamiento integral del TTD, favoreciendo la interrupción de las trayectorias delictivas y cambio en el consumo de sustancias, facilitando así el proceso de reinserción social de los/las adolescentes, destacando en este proceso las audiencias mensuales de acompañamiento y la articulación intersectorial.

Palabras claves:

Justicia Terapéutica, Tribunal de Tratamiento de Drogas, Justicia Juvenil, Adolescentes infractores de ley.

Abstract:

The following work aims to identify the perspectives of various drug treatment court participants in the east region of Santiago de Chile. We begin by outlining the context in which drug treatment courts have developed institutionally and programmatically, addressing key court concepts and practices.

To conduct this analysis, we deploy a mixed methodology and thus incorporate a qualitative approach in the form of semi-structured interviews which explore 4 specific aspects: elements that stand out in drug court practice, elements that require improvement, lessons learned as well as other

relevant aspects. Findings emerge from a randomised participant sample formed of judges, defense lawyers, prosecutors, treatment professionals, juvenile offenders enrolled in the programme, as well as their accompanying caregivers. To these insights, we add a descriptive statistical analysis which allows us to categorize and characterise juvenile offenders.

The principal takeaways demonstrate that at transversal level all the participants interviewed positively regarded the intervention made by drug treatment courts which favoured the interruption of criminal life trajectories and change in substance use. In this way, it facilitates the process of social reintegration, highlighting specifically the importance of monthly hearings and multi-sectoral cooperation.

Keywords:

Therapeutic Justice, Court Drug, Youth Justice, Young offenders.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contexto de desarrollo del TTD

El Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) Oriente para Adolescentes, es una institucionalidad penal alternativa dentro del sistema de justicia, dirigida a adolescentes imputados por la comisión de un delito, con la finalidad de que aquellos adolescentes que lo requieran puedan acceder a un tratamiento por consumo de drogas supervisado por el tribunal, a través de audiencias mensuales. De esta manera, el TTD se desarrolla en el marco de

una suspensión condicional del procedimiento² (SCP), medida cautelar³ o sanción de la Ley N°20.084⁴, y en el caso de la zona oriente de la Región Metropolitana, en el 4° Juzgado de Garantía de Santiago (JGS) de jurisdicción en las comunas de Lo Barnechea, Vitacura, Las Condes y La Reina; en el 8° JGS de jurisdicción en las comunas de Providencia y Ñuñoa; en el 13° JGS de jurisdicción en las comunas de Macul y Peñalolén; y en el 14° JGS de la comuna de La Florida.

En Chile, el TTD surge en el 2004 en la población adulta y en el 2008 en la población adolescente, estableciéndose como un proyecto piloto en la Fiscalía Centro Norte de la Región Metropolitana, para luego, según Zapata⁵, en el año 2018 comenzar a establecerse en diferentes regiones de nuestro país. A pesar de que en la actualidad el TTD está presente en 13 regiones de Chile y en 35 Tribunales de Garantía a lo largo del país, aún existen retrasos en la edición del Manual de Procedimientos de Tribunal de Tratamiento de Drogas, por lo que todo lo que se expondrá tiene relación con el quehacer práctico y los acuerdos establecidos en la mesa intersectorial realizada durante el 2020 y en la que participó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), Servicio Nacional de Menores

2 Es una salida alternativa establecida en el Código Procesal Penal, con la finalidad de suspender el procedimiento penal bajo ciertas condiciones, entre las que se encuentra someterse a un tratamiento por consumo problemático de drogas supervisado por el TTD, siempre y cuando se presenten ciertas condiciones, entre las que destacan la ausencia de condenas previas en el historial del imputado y que la pena probable –en caso de dictarse condena– no exceda los 3 años de privación de libertad.

3 Es una medida restrictiva o privativa de la libertad del imputado decretada por el tribunal, con la finalidad de asegurar los fines del procedimiento penal y velar por la seguridad de la víctima o la sociedad en general. Esta medida puede incluir la prisión preventiva, el arresto domiciliario y la sujeción a la vigilancia de una persona o institución, entre las que se encuentra el TTD, así como la prohibición de salir del país entre otras.

4 La Ley N°20.084, de 2005 establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, estableciendo sanciones especiales, tanto privativas como no privativas de libertad, formando parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, las cuales pueden ser complementadas por el TTD.

5 ZAPATA (2023), pp. 1 y 2.

(SENAME), Defensoría Penal Pública y Ministerio Público (Fiscalía), el cual se plasma en el Oficio N°6766/2020 enviada por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

1.2. Contexto institucional

Como ya se señaló, el TTD se desarrolla en el marco de un convenio interinstitucional, en el cual cada organismo cumple un rol específico y fundamental para el desarrollo del TTD. En este sentido, el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), es el organismo encargado de elaborar y ejecutar las políticas enfocadas al tratamiento del consumo de sustancias, así como las políticas de prevención, a la vez de disponer equipos psicosociales de profesionales, quienes ejercen el rol de duplas o equipos TTD por región o zonas en el caso de la Región Metropolitana. Estos profesionales están encargados de la detección, evaluación, derivación y seguimiento de los procesos terapéuticos de los jóvenes con consumo problemático de drogas ingresados al TTD.

En esta misma línea, otro organismo fundamental para la ejecución del TTD es el Ministerio Público, institución encargada de realizar la persecución penal de las transgresiones de la normativa vigente. De acuerdo con lo señalado en su misión, es una “Institución pública y autónoma que dirige exclusiva y objetivamente las investigaciones penales; ejercemos la acción penal pública proponiendo la mejor solución al conflicto penal, dentro del marco legal establecido”⁶. Así mismo, pero en el otro polo, encontramos la Defensoría Penal Pública, como entidad que brinda la defensa penal a los imputados de cometer faltas, delitos o crímenes; es relevante señalar que, en el caso de la defensa de adolescentes, los funcionarios son especializados en la ley que los rige.

6 MINISTERIO PÚBLICO (s/d).

El Poder Judicial compuesto, en parte, por los distintos Tribunales de Garantía, es otra de las instituciones centrales en el convenio marco que sostiene al TTD y es donde se realizan las audiencias de acompañamiento mensual, facilitando bloques y salas de audiencia, así como funcionarios y Magistrados para cada una de las audiencias TTD.

Finalmente, está el Servicio Nacional de Menores (SENAME), que es parte de dicho convenio, y que está encargado de materializar las penas decretadas por los Tribunales de Garantía, a través de centros administrados directamente o por organismos colaboradores bajo su supervisión. Cabe destacar, que con la entrada en vigencia de la Ley N°21.527⁷, en enero del 2024, se crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil, que reemplazará de manera progresiva al SENAME.

1.3. Contexto programático de los adolescentes que participan en TTD

En general los adolescentes que ingresan al TTD, se encuentran incorporados a uno o más programas de distinta naturaleza, lo que hace necesario la coordinación interinstitucional constante para evitar una sobre intervención en el adolescente.

En este sentido, por una parte, tenemos los programas de tratamiento por consumo de sustancias, espacios en donde los adolescentes ingresan e inician un proceso de problematización del consumo y cambio de las conductas de riesgo, además de potenciar los factores protectores, siendo apoyados por un equipo multidisciplinario, abordando de esta manera, las distintas aristas de la vida de los adolescentes. Estos dispositivos pueden ser ambulatorios o residenciales, dependiendo de las necesidades terapéuticas de los adolescentes tratados.

7 Ley N°21.527, de 2023.

Otros programas en los cuales se incorporan los adolescentes, en el proceso de acompañamiento del TTD, son los administradores de medidas o sanciones dependientes del Servicio Nacional de Menores (SENAME) o la institución que actualmente está en proceso de implementación, el denominado Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (SRJ). Estos programas tienen distintos objetivos dependiendo del proceso judicial en que se encuentra, por lo que de esta manera, los programas de Medidas Cautelares Ambulatoria (MCA), como su nombre lo indica, cautelan la participación de los adolescentes en su proceso judicial y los programas de sanciones realizan intervenciones enfocadas a interrumpir las trayectorias delictivas, derivación a redes de salud física y mental, reincorporación a actividades educativas/laborales, entre otros, en el marco de una sanción dictada en el marco de la Ley N°20.084⁸.

Además, existen más de 550 jóvenes que están ingresados a programas de la línea protección ordenado por el tribunal de familia, organismos enfocados a la prevención y reparación de vulneraciones de derechos, como por ejemplo Programa de Intervención Especializada (PIE), Programa de Reparación del Maltrato Grave (PRM) y además están cumpliendo alguna medida o sanción en el ámbito de justicia juvenil, por lo que, de presentar consumo problemático de sustancias y voluntariedad para iniciar un proceso de tratamiento con acompañamiento judicial mensual, pueden ser incorporados al TTD.

Como se observa, la multiplicidad de programas en los cuales los adolescentes se encuentran incorporados implica un desafío relevante en relación con la coordinación y articulación para evitar la fragmentación de adolescente y potenciar la intervención integrada.

8 Ley N°20.084, de 2005.

2. MARCO CONCEPTUAL

En primera instancia es importante revisar el concepto de adolescente y comprender la transgresión a la norma en el marco de este ciclo etéreo, para luego comprender el marco judicial que regula las conductas transgresoras y finalmente profundizar en la implementación, ejecución y consolidación del Tribunal de Tratamiento de Drogas para Adolescentes.

2.1. Adolescencia

El significado de ser adolescente ha evolucionado en el tiempo, sin embargo, de acuerdo a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) la adolescencia se inicia a los 10 años y se extiende hasta los 19 años, siendo caracterizada por profundos cambios físicos, psicológicos, emocionales y sociales enmarcados en un contexto particular que puede facilitar u obstaculizar el proceso madurativo.

En esta misma línea, en el Manual de Evaluación Diferenciada, Evaluar para intervenir se señala: “Es relevante, que la adolescencia no solo es un proceso biopsíquico sino que se desarrolla en un contexto sociocultural siendo influido por este, por lo cual las relaciones sociales, especialmente con los pares, cobran gran relevancia”⁹.

En este sentido la adolescencia es una etapa en que hay varios desafíos y tareas que se deben superar, las que pasan desde el desarrollo sexual y los primeros contactos íntimos-afectivos, el desconocimiento y el reconocimiento del propio cuerpo, la búsqueda identidad, el quiebre con los padres y cuidadores de la niñez, lo que en muchas ocasiones genera conflictos en el hogar. Además, es común ver a los adolescentes incurrir en conductas temerarias o experimentar nuevos comportamientos que pueden ser riesgosos,

9 ALARCON et al. (2014), pp. 11-13.

con la finalidad de lograr ser aceptados e incorporados en un grupo de pares, buscando la pertenencia a ese grupo, lo que se va modificando a medida que cambian las identificaciones que el joven realiza.

Lo anteriormente señalado, puede ser complejizado a partir de contextos familiares disfuncionales y carentes de acciones de cuidado y protección hacia niños, niñas y adolescentes, así como de espacios barriales violentos y vulnerables, en donde es común ver a niños desde los 10 u 11 años, pasar largos periodos con grupo de pares en la calle, configurándose como un contexto social de mayor riesgo y que facilita la incorporación de conductas perjudiciales como el consumo de sustancia y deserción escolar entre otras¹⁰.

2.2. Criminología evolutiva y marco regulatorio de las conductas de infracción de ley en adolescentes

Para comprender este concepto, tomaremos principalmente dos enfoques que resultan ser complementarios a la hora de analizar la conducta infractora que los adolescentes pueden desarrollar.

Por una parte tenemos la teoría del desistimiento, cuyo primeros planteamientos los desarrolla Moffitt quien plantea la taxonomía de la delincuencia adolescente, en la cual existirían dos tipos de adolescentes con comportamiento transgresor, uno *transitorio* el que señala es más bien situacional, de inicio más tardío en cuanto a edad y puede ser común a la mayoría de los adolescentes, y un grupo pequeño de adolescentes, en que las conductas transgresoras inician a muy temprana edad y que dichas conductas se mantendrían estables en el tiempo, conociéndose a este grupo como *persistentes*¹¹.

10 KNOBEL y ABERASTURY (1995), pp. 23-27.

11 MOFFITT (1993), pp. 690-695.

En este sentido Moffitt señala que ambos grupos de adolescentes serían cualitativamente diferentes, afirmando por ejemplo que existen variables personales, como la edad en que se desarrolla un acto delictivo o el temperamento del joven, los que pueden marcar la diferencia cualitativa entre el comportamiento delictivo transitorio o el persistente¹².

Lo desarrollado por Moffitt se complementa con la teoría del etiquetamiento desarrollada por Farrington a mediados de los '70 en la cual señala que variables contextuales que están presentes y que pueden ser influyentes al momento de caracterizar dicha taxonomía, es así como las *etiquetas* que los niños puedan haber tenido durante la infancia, puestas desde el contexto donde se insertan, pueden jugar un rol importante al momento de comprender y diferenciar el comportamiento delictual persistente del transitorio¹³. Es relevante mencionar que Moffitt señala que los adolescentes que desarrollan un comportamiento delictivo persistente no supera el 5%-6%, ya que los demás tienden a desistir del delito a medida que van acercándose a la edad adulta; sin embargo, ese porcentaje de adolescentes es el responsable de aproximadamente el 50% de los delitos cometidos¹⁴.

Estos autores afirman que existen factores individuales y contextuales que pueden facilitar el proceso de desistimiento, por lo que si bien hay situaciones propias de los ciclos vitales como el matrimonio o el nacimiento de un hijo, los que potenciarían la modificación en el patrón de la conducta delictual, también señalan que es importante intervenir sobre aquellos factores contextuales e individuales que pueden obstaculizar el proceso de desistimiento. Este enfoque intenta responder la pregunta ¿por qué dejan de delinquir las personas?

12 Ibid.

13 FARRINGTON et al. (2011), pp. 16-19.

14 MOFFITT (1993), pp. 675-678.

Otro enfoque que nos permite comprender las conductas delictivas desarrolladas por los adolescentes y los factores que pueden estar asociados a dichas conductas, es el propuesto por Andrew y Bonta¹⁵, quienes desarrollaron el modelo Riesgo, Necesidad, Responsividad (RNR), el cual se basa en 3 principios: el primero, es el principio de riesgo, el cual manifiesta que en la medida que el riesgo de reincidir en las conductas transgresoras sea mayor, mayor debe ser la intensidad de la intervención recibida. El segundo, es el principio de necesidad, que aborda las necesidades criminógenas de los sujetos, determinando factores de riesgo de reincidencia, catalogándolos en estáticos o dinámicos; factores de riesgo estáticos son aquellos que no se pueden modificar como el historial delictual o mantener familiares con conductas pro criminales, etc., mientras que los factores de riesgo dinámicos, son aquellos que sí se pueden modificar, como el consumo de drogas, las actitudes, el desempeño escolar/laboral, etc. Y por último, el tercer principio, es el principio de responsividad o capacidad de respuesta, el cual se centra en las capacidades de los individuos y sus características personales que permiten desarrollar una intervención orientada a disminuir el riesgo de residencia¹⁶. Este enfoque intenta responder a la pregunta de ¿por qué delinquen las personas?

Es importante señalar, que de acuerdo a lo planteado por el modelo RNR, no basta con conocer cuáles son los factores de riesgo dinámico o necesidades criminógenas e intervenir sólo en ellas, esta intervención debe ajustarse a la capacidad de respuesta del joven, reconociendo de esta manera el potencial de cambio que todas las personas tenemos, incluyendo a los adolescentes cuando transgreden las normas, por lo que no es suficiente con evaluar los factores de riesgo o necesidades criminógenos, sino vemos la particularidad de cada joven.

15 ANDREWS y BONTA (2016), pp. 174-184.

16 Ibid.

Como se puede observar, las teorías antes mencionadas aluden a la importancia de la intervención en elementos individuales y contextuales para poder potenciar la modificación de los comportamientos transgresores, comprendiendo la existencia de mayores factores de riesgo criminógeno, como el consumo de drogas, mayor contacto con pares antisociales, escasa supervisión de adulto responsable, entre otras, en los adolescentes que presentan comportamientos delictuales persistentes¹⁷.

En este sentido, Andrés-Pueyo¹⁸, afirma que existe un componente de aprendizaje social en el despliegue de comportamientos delictivos, en el cual se imitaría un modelo pro-delictivo que es reforzado socialmente por el entorno cercano del joven, existiendo además asociación principalmente con grupos sociales ligados al delito y adquisición de definiciones delictivas. Sumado a lo anterior, se presentaría una ruptura de vínculos sociales convencionales, abandono de actividades prosociales y grupos sociales adaptados, como por ejemplo la deserción escolar.

De esta manera, se concluye que el fenómeno de las conductas delictuales resulta ser altamente complejo, presentando diferentes aristas que deben ser comprendidas articulando enfoques que se complementan para poder aproximarnos de manera más integral.

2.3. Consumo de sustancias

El consumo problemático de drogas se constituye en un concepto esencial para poder comprender al sujeto que se configura en esta investigación, ya que es uno de los elementos que lo definen. Entenderemos como consumo problemático de drogas a aquel consumo de drogas y/o alcohol que produce consecuencias negativas para los sujetos o para terceros, en diversos ámbitos de su vida, ya sea directa o indirectamente¹⁹.

17 ALARCON et al. (2014), pp. 77-108.

18 ANDRES-PUEYO y REDONDO (2009), pp. 9-11.

19 SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA (2006), p. 26.

En un nivel de mayor profundización, el consumo problemático de drogas y/o alcohol presenta dos formas que se manifiestan en los consumidores, y que cada una tiene sus particularidades; en este sentido podemos encontrar al consumo perjudicial y al consumo dependiente.

En esta misma línea, el consumo perjudicial es aquel consumo problemático que genera algún nivel de daño a la salud, tanto física como mental, mientras que el consumo dependiente, además presenta “manifestaciones físicas, conductuales y cognoscitivas, que demuestran que el consumo de una o más sustancias adquiere, para la persona afectada, una prioridad desproporcionada”²⁰. En el consumo dependiente podemos observar lo que se denomina síndrome de abstinencia, que es la manifestación somática de la dependencia, que provoca un fuerte impulso y deseo por aliviar los dolores físicos, sudoración y mareos, que la ausencia de la ingesta de la sustancia ha provocado.

Como se observa, el fenómeno de las conductas delictuales en los adolescentes posee un nivel de complejidad que requiere estudios locales²¹ para poder conocer el comportamiento de los adolescentes enmarcados en nuestra realidad local y cultural, por lo cual, también es necesario que exploremos a grandes rasgos, para comprender el marco en el que se desarrolla este estudio, el procedimiento del Tribunal de Tratamiento de Drogas en nuestro país.

2.4. Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD) y justicia terapéutica

El TTD se sostiene en el concepto de justicia terapéutica, el cual reconoce el rol terapéutico que pueden tener los procesos judiciales en las personas infractoras de ley o por el contrario, cómo los procesos judiciales pueden ser un obstaculizador en el proceso de cambio de las personas²².

20 Ibid.

21 ALARCON et al. (2014), p. 17.

22 WEXLER (2014), pp. 1-3.

Droppelmann²³ subraya enfáticamente la necesidad de potenciar el desarrollo de los TTD para adolescentes infractores, ya que reconoce que los jóvenes tienen necesidades y desafíos distintos a los adultos y, por lo tanto, los programas deben ser sensibles a estas diferencias. En este sentido, insiste en la importancia de incluir intervenciones que involucren a la familia y la comunidad del joven, así como de enfocarse en la rehabilitación y la reinserción social como objetivos primordiales. Cabe destacar que, dicha autora refuerza la importancia de desarrollar un enfoque especializado e integral que tenga en cuenta el contexto de desarrollo del adolescente y que promueva un cambio positivo y duradero.

En esta misma línea, Zapata²⁴ señala que se establecen dos criterios que los adolescentes infractores de ley deben cumplir para poder ingresar al TTD, denominados perfil clínico y perfil jurídico. En cuanto al perfil clínico, es necesario que el joven presente un compromiso biopsicosocial moderado o severo y consumo problemático de sustancias con voluntariedad para realizar un proceso de tratamiento con acompañamiento del TTD. Por otra parte, en cuanto al perfil jurídico, los adolescentes deben presentar una medida cautelar vigente, una sanción en ejecución o bien que se decrete el TTD como parte de los requerimientos una suspensión condicional del procedimiento (SCP). Cabe destacar, que se excluyen en Chile los delitos de connotación sexual, delitos de homicidio y delitos de tráfico de sustancias en grandes cantidades.

Cumpliendo ambos perfiles, y posterior al pronunciamiento del Tribunal en torno al ingreso efectivo del joven al TTD, es citado a la primera audiencia de acompañamiento, en donde el/la magistrado/a explica en qué consisten las audiencias mensuales, las cuales tienen por finalidad acompañar y apoyar el proceso terapéutico que realiza en el programa de tratamiento de drogas y/o alcohol, que favorece el alejamiento del consumo de sustancias y otras conductas de riesgo, propiciando de esta manera, la reinserción social de los y las adolescentes.

23 DROPPELMANN (2010), p. 115.

24 ZAPATA (2023), p. 2.

Zapata²⁵ pone especial énfasis, en que para lograr el objetivo antes mencionado, el fiscal, el defensor y el/la magistrado/a deben mantenerse estables durante todas las audiencias, lo que permite la continuidad del proceso que las y los adolescentes realizan. En este contexto tanto el Ministerio Público como la defensoría abandonan la lógica adversarial de los procesos judiciales convencionales y desarrollan un funcionamiento colaborativo y de coordinación en torno a reforzar los logros que las y los adolescentes van alcanzando, utilizando principalmente el refuerzo positivo de las acciones prosociales que realizan, manteniendo como principio rector el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Es relevante señalar que para que este proceso de acompañamiento tenga el impacto positivo en el adolescentes, no sólo es necesario que el equipo jurídico sea estable, también se requiere que previo a las audiencias de TTD, se realice una reunión (pre-audiencia) entre dicho equipo jurídico y la dupla psicosocial²⁶ del TTD, quienes entregan las orientaciones e información relevante de los procesos que los usuarios han desarrollado durante el mes, ya que son ellos quienes mantienen el contacto frecuente con los programas de tratamiento, apoyando las derivaciones e ingreso de los adolescentes, así como también las acciones de rescate y análisis de casos entre otras funciones fundamentales.

Realizadas las reuniones previas o pre-audiencias, los equipos jurídicos tienen la información necesaria para desarrollar las audiencias, manteniendo los principios de la justicia terapéutica, con impacto positivo para el cambio del joven²⁷. En esta misma línea, junto con la estabilidad del equipo jurídico y las pre-audiencias, el TTD requiere que se dispongan bloques de audiencias exclusivos en los Tribunales, los cuales también presentarán estabilidad en el día y hora a realizar.

25 Ibid.

26 Estas duplas están compuestas por un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social.

27 RUZ y ZAPATA (2024), p. 3.

Es relevante señalar que el actor principal del TTD es el adolescente y su proceso de cambio²⁸, y luego los operadores jurídicos constantes en el tiempo, la dupla psicosocial del TTD y los programas de tratamiento, pues la disposición al cambio y la constancia mostrada en el tratamiento por parte de los adolescentes, son los factores clave para alcanzar el abandono del consumo problemático de drogas y el alejamiento de las conductas de riesgo asociadas a la infracción de ley.

Como se puede observar, la implementación del TTD en nuestro país se adscribe a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN²⁹), la cual en el artículo 6 señala la importancia de que las medidas adoptadas frente a los jóvenes que presentan conflicto con la justicia, deben estar orientadas a potenciar su reinserción social y desarrollo positivo; así mismo, el principio rector respecto del derecho a ser escuchado (artículo 12) en instancias judiciales, refuerza la garantía que entrega el TTD respecto a la voluntariedad en la participación de audiencias mensuales de seguimientos del proceso terapéutico. Además, en su artículo 40.4 la CDN³⁰ señala las importancias de implementar medidas alternativas a la privación de libertad, entre las que se plantea la justicia restaurativa, enfoque alternativo de justicia juvenil que se articula con la justicia terapéutica.

En esta misma línea, las Reglas de Beijing³¹ establecen la necesidad de que los gobiernos puedan establecer mecanismos que permitan el abordaje de las conductas delictivas desviando los casos a procesos fuera del sistema judicial convencional, por ejemplo, a programas comunitarios con acompañamiento judicial (art.11).

28 Ibid., p. 10.

29 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 1989.

30 Ibid.

31 Reglas de Beijing, de 1985.

Ambos tratados han sido ratificados por nuestro país, sin embargo, no fue hasta el 2022 en el que se publica la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia³² en la que, en su artículo 7 establece la obligación de considerar el Interés superior del niño, niña o adolescente en toda decisión judicial que lo afecten.

3. METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente artículo, se realiza una investigación de tipo mixta, compuesta por una línea cualitativa y otra cuantitativa. Cabe señalar que los investigadores ejercen sus profesiones en el TTD, a partir de la adjudicación de una licitación establecida por SENDA, en búsqueda de profesionales especializados en temáticas relacionadas con la adolescencia, infracción de ley y tratamiento por consumo problemático de drogas.

En torno a la línea cualitativa se desarrollaron entrevistas semiestructuradas que exploran sobre el desarrollo de TTD en 4 ejes: elementos a destacar, elementos a mejorar, aprendizajes alcanzados y otros aspectos relevantes; en este sentido, se constituye una muestra no probabilística conformada por 2 magistrados, 2 defensores, 2 fiscales, 4 profesionales de los programas de tratamiento, 3 adolescentes participantes, 2 adultos que acompañan el proceso de los adolescentes y 4 profesionales del TTD dispuestos por SENDA. Todos los entrevistados participan directamente del TTD de la zona oriente de la Región Metropolitana, quienes aceptaron ser entrevistados de manera voluntaria, expresada por medio de un consentimiento informado. En el caso de los adolescentes, expresaron su voluntariedad por medio de un asentimiento, el que fue reforzado por el consentimiento de su adulto responsable. A todos los participantes se les informarán los resultados de la investigación.

Las entrevistas fueron grabadas y se constituyeron en un pilar fundamental del proceso de recolección de información, por lo que se estableció, con cada uno de los entrevistados, “una relación particular de comunicación que es

32 Ley N°21.430, de 2022.

dialógica, espontánea, concentrada y de intensidad variable”³³, que buscó extraer conocimientos, aportes, críticas y reflexiones relacionadas con el TTD. Se confeccionó una pauta de entrevista que contemplaba los 4 ejes en los que se buscaba conocer la visión de los entrevistados, con indicaciones particulares del abordaje, dependiendo del rol que cumplía en el TTD; de esta manera se buscó propiciar una reflexión general y transversal, pero con énfasis distintos dependiendo de su rol.

La pauta de entrevistas fue testeada por medio de entrevistas piloto, las que entregaron orientaciones y modificaciones de la pauta original, asegurándonos que las preguntas orientadoras y los ejes guía, permitieran una apropiada recolección de información. En esta línea, las principales unidades de análisis fueron los discursos y percepciones, como los referentes lingüísticos utilizados para definir el desarrollo del TTD, la forma en la que presentan e interpretan los significados, su realidad en el ejercicio del TTD y el de los otros actores; las prácticas entendidas como el análisis conductual y las formas en las que el TTD se desarrolla³⁴.

Por su parte, en la línea cuantitativa, se construyó una base de datos con información de 385 casos, que corresponden a la totalidad de evaluados por la dupla TTD de la zona oriente de Santiago entre los años 2020 y 2022. La encargada nacional de TTD en SENDA, entre los años señalados, tras conocer los ejes de trabajo y objetivos de la investigación, autorizó el uso de los datos para fines investigativos, manifestando su interés y acuerdo en las áreas y temáticas a desarrollar.

A partir de estos datos, se realizó un análisis con estadísticas descriptivas que permiten caracterizar a los adolescentes y algunos aspectos del desarrollo del programa, por medio del programa SPSS v.25. Acá las unidades de análisis corresponden a las características sociodemográficas, judiciales

33 GAINZA (2014), pp. 219 y 220.

34 HERNANDEZ SAMPIERI et al. (2014), pp. 403-406 y CORBETTA (2007), pp. 343-368.

y relacionadas al consumo de drogas de los adolescentes y el desarrollo del proceso del TTD en sus fases de evaluación del consumo problemático de drogas, ingreso a TTD y derivación a tratamiento de drogas.

4. PRINCIPALES HALLAZGOS

Es importante señalar que, de manera transversal, los operadores jurídicos que conforman los equipos de acompañamiento mensual visualizan el TTD como un programa que potencia la reinserción social de los adolescentes, afirmando que es un espacio que permite conocer a los adolescentes y sus problemáticas, escucharlos y apoyarlos de manera integral, observando más allá del delito que origina el ingreso al Tribunal de Tratamiento de Drogas. Esto se alinea con el artículo 6 de la CDN³⁵, que busca la reinserción social y el desarrollo positivo de los jóvenes en conflicto con la ley, y con las Reglas de Beijing, que promueven mecanismos para abordar las conductas delictivas fuera del sistema judicial convencional, como los programas comunitarios con acompañamiento judicial.

Este elemento es significativo si consideramos que su incorporación al TTD, se realiza principalmente por delitos de pena de crimen. Como se observa en la figura 1, los delitos de robo con intimidación y robo con violencia, los cuales ascienden en conjunto a un 26,4%, corresponden a transgresiones que presentan una alta victimización y connotación pública en temas de seguridad y que, en condiciones normales, poseen una pena de crimen. Esto favorece que los adolescentes vinculados a estos delitos de mayor gravedad reciban el seguimiento jurídico del TTD, el acompañamiento de la dupla psicosocial y la intervención terapéutica de los programas de tratamiento, propiciando la interrupción de las trayectorias delictivas y la modificación de las conductas de consumo. Lo anteriormente señalado, se alinea con el artículo 40.4 de la CDN, que plantea la importancia de implementar medidas alternativas a la privación de libertad, como la justicia restaurativa y la justicia terapéutica, como enfoques válidos alternativos de justicia juvenil.

35 Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

También con un volumen significativo de casos ingresados, se encuentran los delitos asociados a la Ley N°20.000³⁶ que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, delitos que ascienden al 16% de los adolescentes ingresados al TTD, presentando un alto impacto social, por lo que favorecer instancias que potencien la reinserción e interrupción de dicha conducta transgresora, conlleva un beneficio social relevante, así como también un impulso al proceso de cambio de los adolescentes. Por último, dentro de los delitos con mayor concurrencia para ingresar al TTD, se encuentran los delitos de violencia intrafamiliar (VIF), en donde el consumo de drogas y/o alcohol se constituye en el principal gatillante de los conflictos que originan estos delitos.

Figura 1

Adolescentes ingresados a TTD según Delito



Fuente: Elaboración Propia.

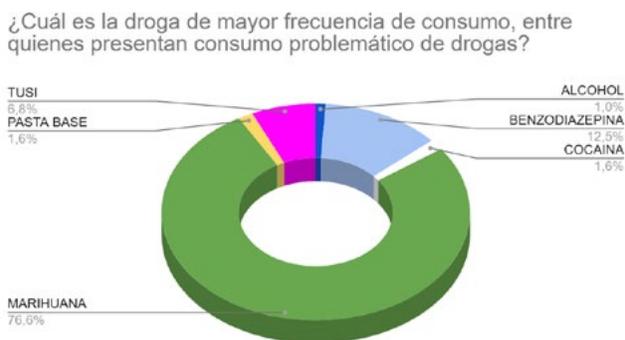
A partir de lo anterior, resultan trascendentales los diferentes instrumentos que se han desarrollado en la práctica del TTD, principalmente a la entrevista en profundidad que se realiza, y que caracteriza de manera oportuna el consumo problemático de sustancias, lo que contribuye al objetivo de la CDN³⁷

³⁶ Ley N°20.000, de 2005.

³⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

y las Reglas de Beijing³⁸ de abordar las problemáticas de los adolescentes de manera integral, considerando sus necesidades específicas y buscando soluciones que favorezcan su desarrollo y reinserción social. En esta línea, tal como se ve en la figura 2, las sustancias con mayor frecuencia de consumo en los adolescentes evaluados por el TTD de la zona oriente de Santiago, corresponden a la marihuana, las benzodiazepinas y el *tusi*.

Figura 2



Fuente: Elaboración Propia.

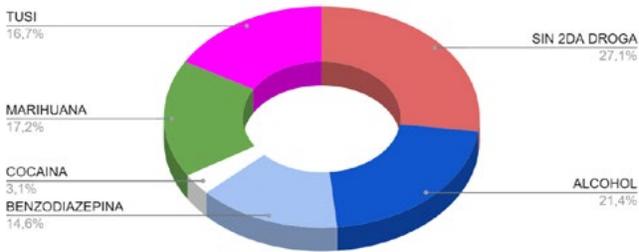
En línea con lo anterior, y en concordancia con las dinámicas de consumo de quienes presentan consumo problemático de drogas, entre las cuales se destaca el consumo de más de una sustancia, podemos observar en la figura 3, que el alcohol, la marihuana y el *tusi*, se constituyen en las segundas sustancias con mayor frecuencia de consumo. De esta manera se podría inferir que, dentro de los adolescentes evaluados por el TTD, los principales binomios de policonsumo son marihuana-alcohol, marihuana-*tusi* y marihuana-benzodiazepinas, los cuales, junto a otros binomios menos frecuentes, permiten señalar que el policonsumo está presente en el 72,9% de los casos. Cabe destacar que existe un 27,1% de adolescentes que solo consume una

38 Reglas de Beijing, de 1985.

sustancia, pero la intensidad del consumo de esta y las afecciones a nivel del compromiso biopsicosocial son tan altas que, a pesar de ello, igual presentan consumo problemático de drogas.

Figura 3

¿Cuál es la 2da droga de mayor frecuencia de consumo, entre quienes presentan consumo problemático de drogas?



Fuente: Elaboración Propia.

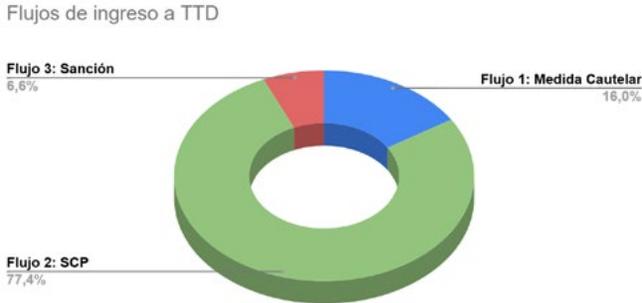
Por otra parte, y en relación con la percepción de los operadores jurídicos que fueron entrevistados para esta investigación, comentan que si bien existieron muchas dudas y temores que dificultaron el inicio del TTD, con el desarrollo de las orientaciones y prácticas, se logró visualizar el aporte que hace el TTD a distintos imputados por la Ley N°20.084³⁹. Esta percepción es compartida también por profesionales de los programas de tratamiento, quienes comentan que en un inicio había desconocimiento y confusión respecto al rol del TTD, lo que fue aclarándose a medida que se ejecutaba y aumentaba la coordinación entre los profesionales. En esta misma línea, la dupla psicosocial y profesionales del TTD presentan una evaluación similar en torno a la implementación del TTD, ya que en un primer momento no existían documentos, ni instrumentos necesarios para iniciar el ejercicio del TTD, los cuales fueron construidos de manera paulatina y a lo largo del

³⁹ Ley N°20.084, de 2005.

desarrollo de la práctica laboral. Cabe destacar, que una práctica constante que permitió consolidar el TTD, fue el proceso de sensibilización constante a los actores jurídicos involucrados, lo que permitió no sólo ingresar delitos de mayor gravedad, sino también favorecer el ingreso de adolescentes a través de los otros flujos de ingreso.

En relación con el flujo de sanción, los ingresos a TTD en la zona oriente alcanzaron el 6,6%, mientras que a nivel de RM, entre el 2018-2020 estos sólo ascienden al 1,9%⁴⁰, por lo cual podemos concluir que existe un impacto positivo en cuanto a la apertura que tanto defensoría como fiscalía han presentado para este flujo. Como se observa en la figura 4, el resto de los ingresos lo hizo en su mayoría por el flujo 2 de suspensión condicional del procedimiento, alcanzando un 77,4%, mientras que, por el flujo de medidas cautelares, los ingresos ascendieron a un 16%.

Figura 4



Fuente: Elaboración Propia.

40 ZAPATA (2022), p 61.

A pesar de la apertura de defensoría y fiscalía, aún existe una muy baja derivación al TTD por parte de los operadores judiciales, como se puede ver en la figura 5, las cuales en conjunto (tribunal, fiscalía y defensoría), representan únicamente el 17,6% de los ingresos totales del TTD. Es la dupla TTD quien levanta la gran mayoría de los casos, por medio de tamizajes, revisión de nóminas de casos en investigación y pesquisa de casos en general, lo que se constituye en un tremendo desafío para los actores jurídicos, de manera de que implementen estrategias de levantamiento de casos para el TTD.

Figura 5



Fuente: Elaboración Propia.

Otro elemento fundamental a considerar, es que tal como se observa en la figura 6, existe una diferencia entre el número de adolescentes evaluados, derivados y que ingresan a tratamiento por gestiones de la dupla TTD y los que ingresaron al seguimiento judicial TTD; estos adolescentes presentaron consumo problemático de sustancias e ingreso a tratamiento, pero no son incorporados al TTD, por lo que no cuentan con el acompañamiento judicial mensual ni las instancias en que se refuerza la reinserción social e interrupción de las trayectorias delictivas, a pesar de contar con todos los requerimientos para ingresar al TTD. Esto ocurre principalmente, debido a

que al momento de generar las condiciones jurídicas para que se incorpore el TTD en su resolución, los actores jurídicos simplemente no lo hacen, ya sea porque se oponen a una salida judicial con TTD u otros motivos de diversa índole, que van desde el olvido al desconocimiento de las vías de ingreso a TTD, a pesar de las diversas gestiones realizadas por la dupla TTD para instalar las formas y vías de ingreso al programa.

Figura 6



Fuente: Elaboración Propia.

En cuanto a la percepción tanto de la defensoría como de la fiscalía respecto a las peticiones que cada uno realiza en torno a la incorporación de adolescentes al Tribunal de Tratamiento de Drogas, no se condice con la realidad levantada para esta investigación, ya que a pesar de que la fiscalía prefiere el ingreso de adolescentes que hayan cometido delitos de menor gravedad, de igual manera ha permitido el ingreso por medio de una SCP de adolescentes imputados de cometer delitos de pena de crimen (ver figura 1). Por su parte, a pesar de que la defensoría prefiere terminar las causas de menor complejidad, sin incorporar la condición de TTD, de igual manera

ha permitido ingresar a los adolescentes imputados de delitos como hurtos, lesiones leves, entre otros (ver figura 1). Es relevante señalar que esta flexibilidad, tanto por parte de la fiscalía como de la defensoría, es potenciada por el trabajo de sensibilización realizada por la dupla psicosocial del TTD quienes, a partir de los instrumentos construidos, envían un oficio de evaluación a cada interviniente jurídico, para que tomen conocimiento del requerimiento de ingreso al TTD.

Por otra parte, todos los operadores jurídicos afirman que el espacio de pre-audiencia y minutas de audiencia son un pilar fundamental para que el TTD pueda ejecutarse de manera correcta, ya que es en estos espacios donde se revisan los procesos de los adolescentes y se entregan las orientaciones necesarias para que las audiencias tengan el impacto positivo esperado. En este sentido, los equipos jurídicos visualizan que el rol de la dupla dentro del proceso de TTD es central, tanto para poder levantar e ingresar los casos, pero además en desarrollar las audiencias de seguimiento mensual para mantener el apoyo y monitoreo de los adolescentes, sobre todo en contexto de pandemia, lo que conlleva a que, rápidamente y en coordinación con el equipo jurídico, se implementaran las audiencias virtuales. Lo anterior es compartido por los adultos responsables de los adolescentes, quienes identifican a la dupla psicosocial como figuras de apoyo al proceso judicial y terapéuticos de sus hijos.

Es relevante señalar que de manera transversal, se visualiza la pandemia experimentada como un obstaculizador del procesos de implementación y consolidación del TTD, afectando principalmente el ingreso de adolescentes a los espacios de seguimiento, lo que conlleva a una baja significativa de ingresos durante esos meses, principalmente relacionado con la incapacidad que se presentó durante varias semanas para realizar tamizajes en la zona de tránsito y seguridad de gendarmería, lo que fue subsanado al instaurarse la modalidad remota. De esta misma manera, desde los profesionales del TTD se visualizaba la urgencia de implementar el acompañamiento mensual de

los adolescentes, ajustado a los requerimientos sanitarios que estaban siendo exigidos, pero brindando el mayor apoyo a los adolescentes que estaban ingresados en el TTD.

A pesar de lo anterior, se evalúa de manera positiva la posibilidad de realizar y mantener las audiencias de manera remota, teniendo claro que existen elementos del contacto presencial que se pierden en dicha modalidad. Lo anteriormente mencionado es concordante con lo señalado por los profesionales de los programas de tratamiento, quienes afirman el valor de continuar con las audiencias a distancia o en modalidad híbrida⁴¹, ajustándose de mejor manera a la etapa de los adolescentes; sin embargo, refuerzan la idea de *lo que se pierde* al no tener el contacto presencial, principalmente en las audiencias de egreso del TTD, momento significativo y en el cual se cristaliza y consolida el proceso del adolescente. En esta línea, los adultos que acompañaron los procesos de los adolescentes presentan discrepancias en torno a la mejor modalidad para realizar las audiencias de TTD.

Si bien los adolescentes no se manifiestan transversalmente respecto de la modalidad de las audiencias de seguimiento, si reconocen que las audiencias TTD, son espacios distintos a otras audiencias en las que habían participado, visualizando el proceso de TTD como una instancia de apoyo y acompañamiento en momentos en donde había mucha confusión y desorientación, sintiendo el apoyo de los distintos operadores jurídicos y la dupla psicosocial, tanto a nivel de la claridad de su proceso jurídico, como desde el apoyo brindado en el ámbito del tratamiento. En este sentido los adolescentes refieren que, si bien en la primera audiencia de TTD presentaban altos niveles de ansiedad y fue vivenciada como un momento difícil, rápidamente las audiencias se transformaron en instancias positivas por el reconocimiento a los cambios y esfuerzos que realizaban. En esta línea, el principio rector de CDN⁴² en cuanto al derecho a ser escuchado cobra vital relevancia en este aspecto, ya que los adolescentes destacan la posibilidad

41 Audiencias virtuales o presenciales, según sea el caso y la disponibilidad de los adolescentes.

42 Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

de tener un espacio, como las audiencias de seguimiento TTD, en donde despejar sus dudas, contar el avance de su proceso terapéutico y comprender el curso del desarrollo judicial.

Cabe señalar que el 64,9% de los adolescentes evaluados por la dupla psicosocial, antes de ingresar a TTD, se encuentran con una medida cautelar ambulatoria vigente; en este sentido, el proceso judicial está en curso, por lo que el rol de la dupla toma una mayor relevancia en torno a explicar cuál es el flujo de dicho proceso y su posible relación con los espacios terapéuticos, logrando favorecer la articulación del mundo judicial y el mundo sanitario. Esta mayor comprensión del proceso judicial, tanto del joven como de su familia, permite que la ansiedad e incertidumbre disminuyan y acepten las condiciones en una eventual propuesta de SCP con TTD por parte de la fiscalía.

Esto es menos confuso para los adolescentes cuando son evaluados a partir del requerimiento de una SCP, los cuales corresponden al 29,1% de los casos, ya que el curso judicial es más claro, la causa judicial está resuelta y las condiciones están dadas. Es relevante mencionar, que a partir del acompañamiento, orientación y gestión con el mundo judicial que realiza la dupla psicosocial durante la vigencia de la medida cautelar, los adolescentes logran comprometerse y responsabilizarse con su proceso terapéutico, lo que favorece que el ingreso a TTD a partir de una salida alternativa, la cual alcanza el 77,4%, siendo el principal flujo de ingreso a TTD (ver figura 4).

En esta misma línea, los adultos que acompañaron los procesos de los adolescentes comparten esta apreciación en cuanto a la percepción del proceso de TTD, principalmente porque se modifica la sensación de amenaza de las audiencias y los procesos judiciales, los cuales inicialmente generan el temor de que los adolescentes queden privados de libertad, transformándose en espacios de apoyo y de reconocimiento de la posibilidad de cambio de sus hijos e hijas. Lo anteriormente expuesto es compartido por profesionales del TTD en cuanto a la capacidad reparadora que tienen las

audiencias de seguimiento, del lugar de ciudadano que se les otorga a los adolescentes, favoreciendo a partir del apoyo genuino del equipo jurídico, la reinserción social.

En otro ámbito, y en relación con los aspectos a mejorar, tanto los fiscales como defensores, magistrados y profesionales del TTD entrevistados, afirman la necesidad de aumentar las capacitaciones a los equipos jurídicos que intervienen en las audiencias TTD, en elementos relacionados al trastornos por uso de sustancias (TUS), adolescencia y cambios propios de la etapa etárea, criminología evolutiva y procesos de reinserción social, entre otros. Estas temáticas facilitan la comprensión integral del adolescente en conflicto con la justicia que presenta consumo problemático de sustancias, de tal manera de favorecer la asertividad de las intervenciones que realiza el equipo jurídico en las audiencias de seguimiento y se potencie el impacto positivo que estas puedan tener.

En estos sentido y en sincronía con el contexto nacional, la Ley N°21.527⁴³ que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, cuya implementación es progresiva y está en curso, pone especial énfasis en la necesidad de especialización de los y las funcionarios/as judiciales en torno a las temáticas como adolescencia, criminología, entre otros.

En relación con lo anterior, se requiere además estabilidad en los equipos jurídicos de los tribunales, aspecto a mejorar que ha sido mencionado de manera transversal. En este sentido, tanto defensores, fiscales, magistrados, profesionales de los programas de tratamiento y profesionales del TTD, destacan la importancia de que los intervinientes sean estables en el tiempo con la finalidad, no sólo de lograr la especialización requerida para desarrollar las audiencias de TTD en el marco de la justicia terapéutica, sino además, para lograr visualizar el proceso de cambio que realizan los adolescentes a lo largo del tiempo y favorecer el avance de los adolescentes, en relación a las metas que se han establecido audiencia tras audiencia.

43 Ley N°21.527, de 2023.

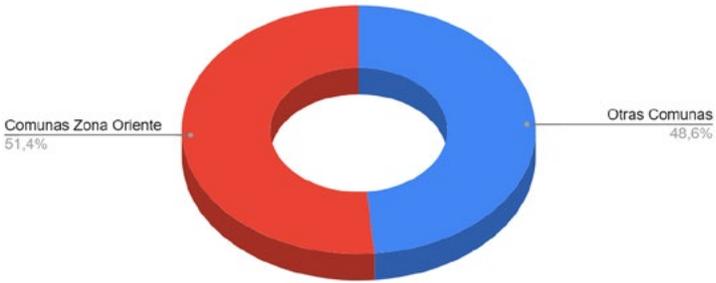
Para los adolescentes entrevistados, la estabilidad de los equipos jurídicos además tiene impacto en la cercanía y confianza que los adolescentes experimentan durante los espacios de audiencia. En este sentido, los adolescentes afirman que en ocasiones había personas desconocidas en sus audiencias que generaban incomodidad, ya que sólo revisaron los avances de acuerdo a lo informado por los programas de tratamiento, pero sin establecer mayor conversación directa con ellos, lo cual merma significativamente los principios y objetivos de los espacios de audiencia en el marco del programa TTD.

Todos los entrevistados reconocen la mirada integral que entrega el TTD, al favorecer la visualización de todos los ámbitos y contextos de los adolescentes que presentan transgresión a la norma, potenciando la humanización e integralidad en el ejercicio de la justicia juvenil, tendiendo de manera concreta hacia la reinserción social de los adolescentes; en este sentido, se destaca la empatía y compromiso que tienen los interventores jurídicos, lo que acerca el mundo judicial a la realidad del joven y sus necesidades de tratamiento, favoreciendo además, la disminución de la estigmatización y la vinculación a conductas relacionadas con la comisión de delitos.

Cabe señalar, que si bien esta investigación se focaliza en los adolescentes del TTD de la zona oriente de Santiago, no necesariamente corresponde a adolescentes que viven en la zona oriente (ver figura 7), ya que por la distribución socioeconómica de la Región Metropolitana, en donde la zona oriente concentra a los habitantes de la región y del país con mayores ingresos económicos, se constituye en una zona *atractiva* para cometer delitos, por lo que adolescentes que viven en diversas zonas de la ciudad, se trasladan para infringir la ley.

Figura 7

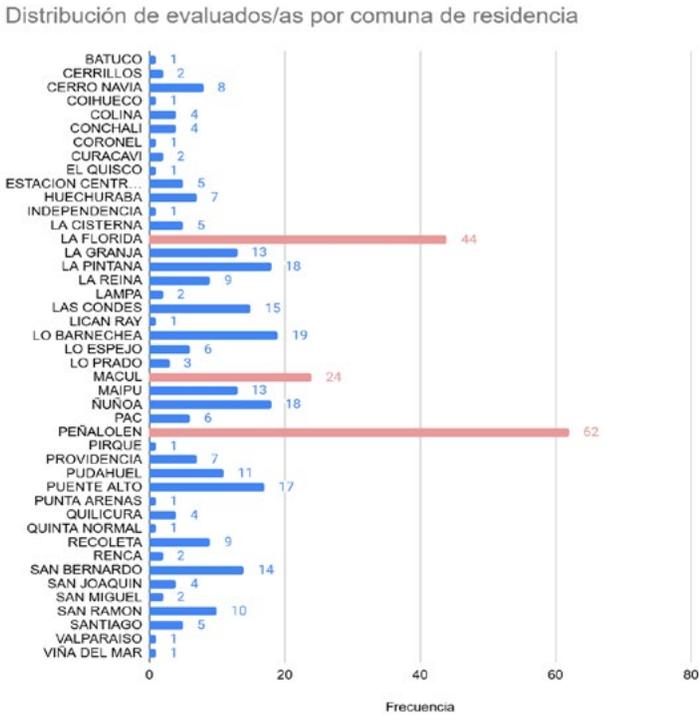
Distribución de Adolescentes evaluados, según grupos de comunas de residencia.



Fuente: Elaboración Propia.

Si desglosamos esta información en comunas, vemos en la figura 8, que las comunas de Peñalolén, La Florida y Macul son las comunas de residencia con una mayor concentración de adolescentes evaluados por el TTD; no obstante, la dispersión de la residencia de los adolescentes, abarca a casi toda la región e incluso comunas de otras regiones, lo que implica que existe una gran movilidad de los adolescentes para cometer delitos en la zona oriente de Santiago.

Figura 8



Fuente: Elaboración Propia.

En otro ámbito, cabe destacar que todos los adolescentes entrevistados, en cuanto a su percepción sobre su ingreso al TTD, concuerdan en que fue una oportunidad para cambiar una sanción penal por un espacio de apoyo y motivación al cambio, reconociendo incluso que es una forma de evitar *tener los papeles manchados*, siendo trascendental considerar el mensaje que nos entregan en relación a amplificar y evolucionar en enfoques de justicia más integrales y ajustados a la etapa en que se encuentran.

En este sentido, tanto los fiscales como defensores, magistrados, adultos responsables de los adolescentes, los adolescentes y profesionales de tratamiento reconocen la capacidad técnica y valoran positivamente el compromiso de la dupla psicosocial, lo que es visualizado en la cercanía con los adolescentes y la disposición y perseverancia que presentan de manera sostenida en el tiempo. Es así que se valora la capacidad de gestión y coordinación que realiza la dupla psicosocial, generando un puente entre el mundo jurídico y de tratamiento por consumo de sustancias, logrando la atención expedita de los adolescentes, lo que potencia además la adherencia de los adolescentes a los espacios de intervención terapéutica, favoreciendo el cambio y reinserción social.

Otro elemento importante a destacar, es que tanto los adolescentes como sus familias, los actores jurídicos, profesionales de tratamiento y de TTD destacan las audiencias de seguimiento como el espacio central del proceso, instancia en la que se reconocen los cambios que los adolescentes están realizando, motivándolos a continuar y en donde se cristalizan los principios de la justicia terapéutica. Es así como cada actor significa y releva estos espacios desde el lugar en que se encuentra; el mundo jurídico valora la posibilidad de conocer de manera integral al adolescente, este último vivencia el espacio como una instancia de apoyo y oportunidad, mirada que es compartida por los adultos que acompañan a los adolescentes y quienes además significan los espacios de seguimiento como una ocasión que les permite reconocer la capacidad de cambio de sus hijos e hijas y volver a confiar en ellos, complementado con la sincronía que existe entre el proceso terapéutico y el judicial, resignificando un hecho negativo, transformándolo en un aprendizaje.

Por último, y en cuanto a los aprendizajes adquiridos a lo largo del proceso de TTD, los interventores jurídicos valoran el aprendizaje generado por el TTD en torno a la mirada integral de los adolescentes, lo que logran transferir a su quehacer laboral, enriqueciendo dicha práctica, principalmente en relación al acercamiento a conceptos psicosociales que permiten

el proceso de reinserción social, eliminando ciertos prejuicios adquiridos y comprendiendo que el cambio es paulatino y ajustado a las capacidades de cada joven, lo que permite mantener el asombro frente a los logros de los adolescentes, principalmente cuando existen contextos de tan alta adversidad.

En la otra arista, los profesionales de los programas de tratamiento afirman que dentro de los aprendizajes que adquirieron en su participación en el TTD, está la comprensión del mundo jurídico como un aliado en el proceso de cambio de los adolescentes, lo que se logra cuando ambas dimensiones convergen en las audiencias de seguimiento mensual y se consolida en la audiencia de egreso. Ambos elementos antes mencionados, se complementan con algunos de los aprendizajes señalados por los profesionales del TTD en relación con la necesidad de acercar los mundos jurídico y sanitario, a través de la incorporación de enfoques de justicia alternativos a los modelos convencionales.

De esta manera, los adolescentes comentan que aprendieron a reflexionar sobre su proyecto de vida y a confiar nuevamente en sí mismos y en sus capacidades, reconociéndose de una manera distinta, incorporando herramientas que los acompañarán a lo largo de su vida adulta. Por su parte los adultos responsables, afirman que conocieron a sus hijos/hijas desde una perspectiva que antes no tenían, creyendo en las capacidades que tienen para enmendar el rumbo, lo que además permitió que desarrollaran una mayor capacidad para apoyar y entender a sus hijos e hijas.

5. CONCLUSIONES

En primera instancia, es importante considerar que el TTD, en el marco de la justicia terapéutica, corresponde a un modelo que puede ser utilizado en distintos tipos de delitos. Sin embargo, uno de los principales obstaculizadores para el desarrollo del TTD, tiene relación con la ausencia de un marco legal específico, que respalde al TTD como un procedimiento establecido en el marco de la justicia penal.

A pesar de lo anteriormente señalado, el TTD ha sido ampliamente utilizado y consolidado en numerosos tribunales de garantía a través de figuras jurídicas ya existentes como la suspensión condicional del procedimiento (SCP), lo que refleja el interés y convicción de algunos actores relevantes del sistema, quienes visualizan estos procedimientos, no sólo como válidos, sino como necesarios para potenciar la reinserción social de las personas que presentan conflictos con la justicia, impulsándonos a reflexionar en torno a cómo fortalecer los TTD.

En este sentido, uno de los principales desafíos es lograr una mayor difusión del TTD, para consolidarlo como una práctica frecuente y generalizada, potenciando de esta manera las derivaciones generadas por distintos actores judiciales y no exclusivamente por quienes han tenido alguna cercanía con este modelo.

Por otra parte, es necesario reflexionar en torno a la forma como se ejecutan los procedimientos judiciales, considerando que por un lado los adolescentes y sus familias califican positivamente la acogida y apoyo recibido por la dupla psicosocial y el tribunal; y por otra, los equipos jurídicos reconocen y valoran el aprendizaje que se genera al *mirar más allá del delito*, lo que trasciende a los espacios de audiencias en contexto de TTD, favoreciendo una relación virtuosa, que debe ser aprovechada por los interventores sociales, apuntalando la motivación de la intención de cambio de los adolescentes, la interrupción de los comportamientos transgresores y la plena reinserción social.

De esta manera, los instrumentos desarrollados en el TTD, como el tamizaje y la entrevista en profundidad, permiten pesquisar y caracterizar de manera oportuna el consumo problemático de sustancias, contribuyen de al

objetivo de la CDN⁴⁴ y las Reglas de Beijing⁴⁵ de abordar las problemáticas de los adolescentes de manera integral, considerando sus necesidades específicas y buscando soluciones que favorezcan su desarrollo y reinserción social.

En este sentido, el TTD facilita que adolescentes que han cometido delitos graves, como robo con intimidación o violencia, accedan a seguimiento jurídico, acompañamiento psicosocial e intervención terapéutica, lo que favorece la interrupción de las trayectorias delictivas y la modificación de las conductas de consumo. Esto se relaciona con el artículo 40.4 de la CDN⁴⁶, que plantea la importancia de implementar medidas alternativas a la privación de libertad, como la justicia restaurativa y la justicia terapéutica, que son enfoques alternativos de justicia juvenil.

Por último, el TTD debe considerarse como la punta de lanza en la articulación del mundo jurídico y el psicosocial, ya que la implementación de la Ley n°20.084⁴⁷ mandata el encuentro entre estos 2 mundos, a pesar de que esta articulación no ha logrado ser fluida, estable y constante. De esta forma el TTD puede ayudar a la comprensión más cabal, por parte de los actores jurídicos, sobre el proceso de desistimiento de la conducta delictiva en adolescentes, ya que debido a las diversas circunstancias en las que estas conductas se producen, se requieren miradas amplias que impliquen la apertura a nuevos sistemas alternativos de justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALARCÓN, Paula; BÁEZ, Carolina; BERRÍOS, Carolina; CHESTA, Sergio; LAGOS, Leonardo; PÉREZ-LUCO, Ricardo; SALVO, Sonia y WENGER, Lorena (2014): “Manual de Evaluación Diferenciada, Evaluar para Intervenir”, en: Universidad de la Frontera (Vol. 2), s/p.

44 Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

45 Reglas de Beijing, de 1985.

46 Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

47 Ley N°20.084, de 2005.

ANDRÉS-PUEYO, Antonio y REDONDO, Santiago (2009): “Psicología de la Delincuencia”, en: El Observador (Vol. 5 N°1), pp. 7-26.

ANDREWS, Donald y BONTA, James (2016): *The Psychology of Criminal Conduct* (Milton, Routledge).

CORBETTA, Piergiorgio (2007): *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, segunda edición (Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España S.L.).

DROPPELMANN, Catalina (2010): “Tribunales de Tratamiento de Drogas”, en: Chile Material educativo. Fundación Paz Ciudadana, s/p.

FARRINGTON, David; LOEBER, Rolf y REDONDO, Santiago (2011): “Vista de La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta”, en: Revista Española de Investigación Criminológica (Vol. 9, N°1), pp. 1-41.

GAÍNZA, Álvaro (2014): La entrevista en profundidad individual, en: CANALES, Manuel (ed.): *En Metodologías de Investigación social* (Santiago de Chile, LOM Ediciones), pp. 219-263.

HERNÁNDEZ, Roberto; FERNÁNDEZ, Carlos y BAPTISTA, Pilar (2014): *Metodología de la investigación* (Madrid, McGraw-Hill Education).

KNOBEL, Mauricio y ABERASTURY, Arminda (1995): *La Adolescencia Normal* (Buenos Aires, Ediciones Paidós).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2018): “Oficio 6766 de 2020. Formaliza envío documento de Flujo de Ingreso al Tribunal de Tratamiento de Drogas para Adolescentes”. Disponible en: <https://partners.lejister.com/files/partners/4/20240906-Ruz%20-%20Zapata.pdf> [Fecha de última consulta: 14.05.25].

MOFFITT, Terrie (1993): “Adolescence-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy”, en: *Psychological Review* (Vol. 100, N°4), pp. 674-701.

OBSERVATORIO CHILENO DE DROGAS (2022): “Décimo Quinto Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile, 2022”. Disponible en: <https://academiasenda.gob.cl/wp-content/uploads/2024/11/ENPG-2022-OK.pdf> [Fecha de última consulta: 14.05.25].

PÉREZ-LUCO, Ricardo; ÁLVAREZ, Luis; BUSTAMANTE, Yonatan y HERRERA, Elizabeth (2016): “Apoyo Social Percibido y su Influencia en el Desistimiento Delictivo: Evaluación del Rol Institucional”, en: *Psicoperspectivas* (Vol. 15, N°1), pp. 132-144.

RUZ, Gabriel y ZAPATA, Gabriela (2024): “Percepción sobre el Tribunal de Tratamiento de Drogas: La voz de sus diversos actores”, en: *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica* (N°9), s/p.

SERVICIO NACIONAL DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (2024): “Protocolo para la gestión de casos en simultaneidad, entre el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, y el Servicio Nacional de Menores”. Disponible en: https://www.servicioproteccion.gob.cl/601/articles-2234_archivo_01.pdf [Fecha de última consulta: 14.05.25].

SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA (2006): “Tratamiento Integral de Adolescentes Infractores de Ley con Consumo problemático de Alcohol - Drogas y Otros Trastornos de Salud Mental”. Disponible en: https://bibliodrogas.gob.cl/biblioteca/documentos/TRATAMIENTO_CL_5449.PDF [Fecha de última consulta: 14.05.25].

WEXLER, David. (2013): “Capítulo 1: Promoción de Receptividad Jurídica y Social de la Rehabilitación: El Rol de la Justicia Terapéutica”, en: *Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas*, pp. 21-46.

WEXLER, David (2014): “Justicia Terapéutica: Una Visión General”, en: *Arizona Legal Studies*, (N°14-23), s/p.

ZAPATA, Gabriela (2022): “Reincidencia Delictual en Jóvenes Egresados del Tribunal de Tratamiento de Drogas”. Tesis para optar al grado de Magíster en Psicología Jurídica y Forense. Universidad Diego Portales.

ZAPATA, Gabriela (2023): “Reincidencia Delictual de Adolescentes Egresados del Tribunal de Tratamiento de Drogas. Un aporte desde los principios de la Justicia Terapéutica”, en: *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica* (N°6), s/p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Ley N°20.000, sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.

Ley N°20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial, 07 de diciembre de 2005.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Diario oficial, 15 de marzo 2022.

Ley N°21.527, crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, y a otras normas que indica. Diario Oficial, 12 de enero de 2023. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 29 de noviembre de 1985.

Declaración de autoría:

Gabriel Ruz Castillo: Conceptualización, Curación de datos, Análisis Formal, Investigación, Metodología, Administración del proyecto, Supervisión, Visualización, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

Gabriela Zapata Arca: Conceptualización, Investigación, Administración del proyecto, Supervisión, Visualización, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

TORTURA SEXUAL: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA VIOLENCIA SEXUAL¹⁻²

SEXUAL TORTURE: THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON SEXUAL VIOLENCE

Dangeri Godoy Olivares*

Resumen:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado en su jurisprudencia un concepto de violencia sexual y además ha considerado, según el caso concreto, que este puede ser subsumible a la tortura o a los tratos crueles, inhumanos o degradantes. El presente trabajo analiza esta jurisprudencia con el fin de determinar si ha considerado la violencia sexual como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, identificando y sistematizando los estándares utilizados para tal efecto. La comprensión de lo anterior es relevante para Chile, dado que los estándares de la Corte Interamericana son aplicables por la vía del control de convencionalidad. Tener claridad sobre dichas instituciones puede ser útil para encauzar políticas públicas de una manera que sea coherente con los estándares internacionales. Asimismo,

1 Artículo recibido el 12 de marzo de 2024 y aceptado el 21 de octubre de 2024.

2 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación “APP 2-2022”, Código N° DI-04-22/APP2, financiado por la Dirección General de Investigación de la U. Andrés Bello (Chile). La elaboración de este artículo contó con la guía del académico Dr. Pietro Sferrazza Taibi, a quien se agradece el apoyo brindado.

* Estudiante de Derecho de la U. Andrés Bello.  0009-0007-3043-1871. Dirección Postal: Calle Quillota 980, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: godoydangeri@gmail.com.

puede ser relevante para el ejercicio de la jurisdicción penal en los casos relacionados con delitos sexuales contra mujeres o casos de violencia cometida por agentes del Estado que tengan connotación sexual.

Palabras clave:

Tortura, Tratos crueles, Inhumanos o degradantes, Violencia sexual, Violación sexual.

Abstract:

The Inter-American Court of Human Rights has elaborated in its jurisprudence a concept of sexual violence and has also considered, depending on the specific case, that this may be subject to torture or cruel, inhuman or degrading treatment. This paper analyzes the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in order to determine whether it has considered sexual violence as torture or cruel, inhuman or degrading treatment, identifying and systematizing the standards used for this purpose. Understanding the foregoing is relevant for Chile since the standards of the Inter-American Court of Human Rights are applicable by way of conventionality control. Having clarity about these institutions can be useful for directing public policies in a way that is consistent with international standards. Likewise, it may be relevant for the exercise of criminal jurisdiction in cases related to sexual crimes against women or cases of violence committed by State agents that have a sexual connotation.

Keywords:

Torture, Cruel, Inhuman or degrading treatment, Sexual violence, Rape.

1. INTRODUCCIÓN

El maltrato a la mujer y la violencia de género representa uno de los fenómenos sociales que más vidas de mujeres cobra por año en el mundo³. En la actualidad, el número de mujeres asesinadas, criminalizadas y amenazadas es cada vez mayor, a pesar de los logros alcanzados en las últimas décadas⁴. La pandemia generó graves retrocesos, por lo que la violencia contra las mujeres sigue siendo expresión de una crisis mundial y regional⁵.

Un reciente estudio realizado por el Instituto Milenio para la Investigación de Imperfecciones de Mercado y Políticas Públicas (MIPP) de la Universidad de Chile reveló que, solo en la última década existió un alza de 11,4 puntos porcentuales en el caso de mujeres que han sido víctimas de algún tipo de violencia. Esta cifra ha pasado de un 32,6% en el año 2012 hasta un 44% en 2022⁶.

En el ejercicio de su competencia contenciosa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha resuelto varios casos en que ha analizado si las mujeres han sido víctimas de violencia de género y, especialmente, de violencia sexual. La violación sexual ha sido considerada por la Corte como una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causar un gran daño físico y psicológico, difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas.

A partir de lo anterior el presente artículo, plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son los estándares que la Corte IDH ha elaborado sobre la violencia sexual y sobre su relación con la tortura y los tratos crueles,

3 RIVAS (2015), pp. 169 y 170.

4 RANK y BARBOZA (2024), p. XI.

5 SOTO (2024), p. XVI.

6 Cifra de mujeres que acusan haber sufrido violencia intrafamiliar crece más de 11% en diez años. Materia periodística de autoría de Juan Castillo, publicada en 27 de abril de 2023, en ADN Radio.

inhumanos o degradantes? Por tanto, el objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia de la Corte IDH con el fin de determinar si ha considerado la violencia sexual como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, identificando y sistematizando los estándares utilizados para tal efecto.

Para lograr este cometido la investigación se dividirá en dos partes. En la primera parte, se analizarán las nociones de violencia de género, violencia sexual, violación sexual, tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes que ha elaborado la Corte IDH a través de su jurisprudencia. En la segunda parte, se determinará si la Corte IDH considera que las diversas hipótesis de violencia sexual corresponden a supuestos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sistematizando los criterios en base a los cuales el tribunal interamericano ha alcanzado sus conclusiones.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

2.1. Violencia contra la mujer

Respecto de la noción de violencia contra la mujer, la Corte IDH ha utilizado expresamente la definición contenida en la Convención de Belém Do Pará. De acuerdo con el artículo 1 de la Convención, se entiende por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En su artículo 2 la Convención señala que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica y detalla varios supuestos de comisión. Por su parte, el artículo 3 consagra el derecho a vivir una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado. Por lo tanto, la Convención señala una definición amplia de violencia contra la mujer, incluyendo en este concepto el daño psicológico, además de la violencia física y sexual. Asimismo, incorpora también una serie de espacios en que ésta puede manifestarse, comprendiendo tanto el ámbito público, como

el privado⁷, con lo cual, según Arenas y Damke, “la violencia ejercida en contextos íntimos deja de ser un asunto privado para ser un problema de derechos humanos y libertades fundamentales”⁸.

Que la violencia esté basada en género implica que el motivo principal por el que se ejerce la violencia es el hecho de que la víctima sea mujer. En conclusión, es un tipo de violencia que se fundamenta en móviles discriminatorios⁹.

La Convención de Belém do Pará obliga a los Estados, sus autoridades, funcionarios, personal y agentes e instituciones a abstenerse de cualquier práctica de violencia contra la mujer. Exige, además, que su comportamiento sea acorde a las normas de la Convención e impone la obligación de velar por que se ejerza la debida diligencia en cuanto a las labores de prevención, investigación y sanción en casos de violencia contra la mujer¹⁰.

La violencia de género constituye un problema social y transversal para el conjunto de la población. Se extiende a todos los sectores de la sociedad independientemente de la clase, pueblo originario, niveles de ingresos, cultura, nivel educacional, edad, religión, orientación sexual o identidad de género, y se expresa en diferentes contextos sociales, culturales, territoriales y espaciales en que las mujeres se relacionan y viven cotidianamente¹¹.

Al respecto, siguiendo lo establecido en la Convención Belém Do Pará, en el caso *Fernández Ortega vs. México*, la Corte IDH ha señalado que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de

7 SALINAS (2021), p. 24.

8 ARENAS y DAMKE (2022), p. 55.

9 CORREA (2021), p. 104.

10 SALINAS (2021), p. 25.

11 *Ibid.*, p. 29.

su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”¹². La misma tesis ha sido sostenida por la Corte IDH en los casos Rosendo Cantú y otra vs. México¹³ y Espinoza González vs. Perú¹⁴.

2.2. Violencia sexual

La violencia sexual tiene un carácter sumamente estructural. Leatherman señala que este tipo de violencia ha sido utilizada “como una forma de dominación sobre las mujeres, mediante la instrumentalización de masculinidades marginadas”¹⁵.

El reconocimiento de la Convención Belém do Pará como parte integrante del *corpus iuris* que conforma el sistema de protección de la integridad personal de las mujeres, tiene consecuencias significativas en cuanto a la prevención, investigación y sanción de la violencia sexual¹⁶.

La Corte IDH, basándose en dicha Convención, ha entendido que la violencia sexual puede configurarse sin que exista un acto de penetración sexual, e inclusive, sin mediar contacto físico alguno entre la víctima y su agresor¹⁷. Por ejemplo, en el caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú señaló

12 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 118.

13 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr.108.

14 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°289, de 20 de noviembre de 2014, párr. 190.

15 LEATHERMAN (2014), pp. 12-15.

16 MANTILLA (2024), p. 127.

17 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°371, de 28 de noviembre de 2018, párr. 181; Serie C N°289, de 20 de noviembre de 2014, párr. 195; Serie C N°275, de 27 de noviembre de 2013, párr. 358.

que “el haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en el que se encontraban, constituyó violencia sexual”¹⁸.

Lo anterior deja en evidencia que la noción de violencia sexual empleada por la Corte IDH es bastante amplia, dado que no se requiere la concurrencia de actos de penetración, sino que de actos de significación sexual. Según Correa bastaría cualquier conducta que vulnere la libertad y la integridad sexual de la persona para que se configure un acto de violencia sexual¹⁹.

A su vez, la Corte IDH ha considerado que el marco de la violencia sexual se puede ver agravado en un caso en concreto atendiendo a diversos factores. Así, en el caso *Fernández Ortega vs México* estableció que el sufrimiento de la víctima se intensificó aún más, dada la presencia de otros dos militares armados al momento del acto sexual²⁰.

2.3. Violación sexual

La Corte IDH ha catalogado la violación sexual como un tipo particular de agresión, ya que puede generar severas consecuencias físicas y psicológicas en la víctima. Además, debido a que se trata de una experiencia sumamente traumática, sus consecuencias suelen ser difícilmente superables por el paso del tiempo y eso es lo que diferenciaría a este tipo de agresión de otras experiencias traumáticas²¹.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párr. 308.

19 CORREA (2020), p. 103.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 125.

21 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°431, de 26 de agosto de 2021, párr. 102; Serie C N°402, de 12 de marzo de 2020, párr. 162; Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 114; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 124; Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párr. 311.

Asimismo, el Tribunal ha señalado en diversas sentencias que una de las características propias de este tipo de violencia es que se produce en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Por lo mismo, debido a la ausencia de pruebas gráficas o documentales el Tribunal señala que la declaración de la víctima es sumamente relevante en estos casos, ya que constituye una prueba fundamental²².

Al igual que en el caso de la violencia sexual, la Corte IDH ha utilizado una noción amplia de violación sexual, comprendiendo no tan solo actos de penetración por vía vaginal mediante el miembro viril, como se ha considerado tradicionalmente, sino que además, incorpora actos de penetración vaginal o anal, sin el consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril²³.

Algunas sentencias relevantes en este sentido son Penal Miguel Castro Castro vs. Perú y Azul Rojas Marín y otra vs. Perú . En el primer caso, considerando lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), la Corte IDH concluyó que “los actos de violencia sexual a los que fue sometida una interna bajo supuesta inspección vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual”²⁴.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°289, de 20 de noviembre de 2014, párr. 150; Serie C N°275, de 27 de noviembre de 2013, párr. 323; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 100.

23 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°402, de 12 de marzo de 2020, párr. 142; Serie C N°371, de 28 de noviembre de 2018, párr. 182; Serie C N°275, de 27 de noviembre de 2013, párr. 359.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párr. 312.

En el segundo caso, la Corte IDH consideró que la víctima fue objeto de una violación sexual, ya que en dos oportunidades agentes policiales le introdujeron una vara policial en su ano. Ambos casos serán abordados en profundidad más adelante²⁵.

2.4. Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 5 el derecho a la integridad personal. La primera parte de este artículo resguarda el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral de toda persona, mientras que la segunda parte dispone que ninguna persona debe ser sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

A nivel interamericano otro instrumento que se encarga de amparar la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST). Dicha Convención contiene en su artículo 2 una noción de tortura, la que ha sido utilizada por la Corte IDH en diversas sentencias en que se precisa el contenido de esta figura.

Es tal la gravedad de estos actos que, en ocasiones, la Corte IDH ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal²⁶.

Sin embargo, los diferentes órganos de control del sistema interamericano no suelen distinguir entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino que más bien tratan el tema en general como una afectación

25 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°402, de 12 de marzo de 2020, párr. 157.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°263, de 30 de noviembre de 2012, párr. 191; Serie C N°248, de 3 de septiembre de 2012, párr. 176.

indiferenciada del derecho a la integridad personal²⁷. En diversas sentencias, la Corte IDH solo se ha limitado a establecer las diversas formas de afectación a este derecho, sin realizar mayores distinciones al respecto²⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, en las siguientes secciones se dará cuenta del estado actual de esta problemática y se precisarán algunos estándares que servirán para delimitar conceptualmente cada uno de estos ilícitos.

a) Tortura

Dado que el artículo 5.2 de la CADH no establece lo que debe entenderse por tortura, al momento de precisar este concepto, la Corte IDH ha utilizado la definición contenida en el artículo 2 de la CIPST, la cual establece que se entenderá por tortura:

todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Si bien, dicha Convención no contempla un concepto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, algunas de las obligaciones establecidas en este tratado son aplicables a este tipo de tratos, por ejemplo, la obligación de prevenir y la obligación de sancionar, ambas reguladas en el artículo 6.

En el caso *Buenos Alves vs Argentina*, la Corte IDH sistematizó por primera vez los elementos constitutivos de un acto de tortura, basándose en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el

27 NASH (2008), p. 5.

28 NASH (2019), p. 169.

artículo 2 de la CIPST. Este caso versa sobre la responsabilidad del Estado argentino por los actos de tortura cometidos por agentes estatales en contra de Juan Francisco Bueno Alves, en el marco de un procedimiento de carácter civil entre particulares. Dichos actos de tortura consistieron principalmente en golpes con la mano ahuecada en los oídos, golpes de puños e insultos relacionados con su nacionalidad.

En base a lo anterior la Corte IDH entendió que los elementos constitutivos de tortura son los siguientes: intencionalidad del acto; severidad del sufrimiento físico o mental y finalidad o propósito²⁹.

A continuación, realizaré una breve referencia al contenido de cada requisito conceptual de la tortura.

- Intencionalidad

La Corte IDH ha señalado en el caso *Bueno Alves vs. Argentina* que el elemento de la intencionalidad hace referencia a que “los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito”³⁰. Algo similar se ha establecido en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, ya que a propósito del acto de violación sexual cometido por agentes del Estado, el tribunal interamericano afirmó que se trataba de un acto deliberadamente infligido en contra de la víctima³¹.

Por ende, diversos autores han estimado que la Corte IDH “exige que tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del agente estatal, y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado

29 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 110; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 120.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°164, de 11 de mayo de 2007, párr. 81.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 121.

de la negligencia grave o del caso fortuito”³². Según los autores Sferrazza y Bustos, diversos instrumentos internacionales requieren que la conducta sea cometida al menos con dolo eventual, esto es, haber tenido el autor la voluntad de causar un dolor o sufrimiento grave y perseguir uno de los propósitos o al menos que se lo haya podido representar³³.

- Severidad del sufrimiento

Al apreciar la severidad del sufrimiento, la Corte IDH atiende a las circunstancias específicas de cada caso concreto, teniendo en cuenta los denominados factores endógenos y exógenos. Los primeros dicen relación con las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que se causan. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal³⁴.

Por otro lado, este requisito no solo se debe analizar teniendo en consideración el sufrimiento físico padecido por la víctima, sino también el sufrimiento psíquico. Por ejemplo, en diversos casos de violación sexual la Corte ha presumido el sufrimiento severo de la víctima, aún cuando no exista la evidencia de lesiones o enfermedades físicas, dado que no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales, sino más bien severos daños y secuelas psicológicas³⁵.

- Finalidad o propósito

32 NASH (2019), p. 172.

33 SFERRAZZA y BUSTOS (2019), p. 145.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 112; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 122; Serie C N°164, de 11 de mayo de 2007, párr. 83.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 114; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 124.

La finalidad es uno de los elementos que más debate ha generado en la doctrina. La CIPST señala en su artículo 2 que los actos de tortura pueden ser realizados con diversos fines, tales como: de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Sin embargo, la norma parece plantear un listado no taxativo, con lo cual según Galdamez “la conducta debe tener una finalidad, sin que sea determinante su contenido”³⁶. Una gran diferencia del sistema interamericano respecto de la Declaración y la Convención en contra de la Tortura de Naciones Unidas³⁷. A propósito de la amplitud de los listados, algunos autores señalan que el hecho de que no sean taxativos permite que el acto de tortura se configure pese a que no persiga un propósito establecido expresamente en el tratado respectivo.³⁸

Parece ser que este criterio atiende al hecho de que se han apreciado fines diversos a los que históricamente motivaban este ilícito, ya que actualmente la finalidad que se persigue por medio de la tortura se extiende a otras motivaciones, como la búsqueda de la aniquilación de la personalidad o el control social. Por ende, no necesariamente se utiliza este tipo de prácticas como medio para lograr una confesión de culpabilidad, obtener la acusación del reo contra sus cómplices o forzar las declaraciones de los testigos³⁹.

No obstante, tal como señala Nash, la Corte IDH “establece un umbral de exigencia en el cual debe existir una orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito —como es el obtener una confesión—, no nos encontraremos ante tortura”⁴⁰.

b) Tratos crueles, inhumanos o degradantes

36 GALDAMEZ (2006), p. 91.

37 GALDAMEZ (2006), p. 91.

38 SFERRAZZA y BUSTOS (2019), pp. 144 y 145.

39 GALDAMEZ (2006), p. 91.

40 NASH (2019), p. 174.

Como se adelantó, la Corte IDH ha recurrido a los factores endógenos y exógenos para trazar la distinción entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pese a lo anterior, la aplicación de estos criterios no siempre es fácil de realizar y existen dificultades para comprender su adecuado significado. Hernández considera que asumir el desafío de la delimitación de ambas conductas no es la prioridad de los órganos internacionales, puesto que en rigor resulta innecesaria dado que el propósito principal de estos instrumentos es simplemente proscribir ambas categorías por igual. Pese a esto, ello no significa que sea del todo irrelevante ya que suele tener bastante importancia al momento de la reputación de los Estados y para el alcance de las reparaciones a las víctimas⁴¹.

Si bien ambas son formas de afectación a la integridad personal, a la tortura se le ha asignado una mayor gravedad. De hecho este criterio ha sido utilizado con preeminencia para diferenciar la tortura de los malos tratos⁴². Por lo mismo este atentado ocuparía un lugar primordial en el Derecho internacional, lo que se ve reflejado en la existencia de diversos instrumentos internacionales destinados específicamente a ella y en las normas especiales aplicables a los perpetradores de dichos actos. Además, genera obligaciones diferenciadas para el Estado y puede tener consecuencias en materia de reparaciones⁴³.

Para Rafecas, los tratos crueles, inhumanos o degradantes corresponderían a ciertos atentados criminales por medio de los cuales se aumenta el sufrimiento, físico o moral de la víctima, sin llegar a constituir un acto de tortura. Además, el autor realiza una distinción entre tratos crueles e inhumanos por un lado y tratos degradantes por el otro. Estos exigirían como requisito la humillación de la víctima, siendo catalogados como la modalidad menos lesiva de los malos tratos⁴⁴.

41 HERNÁNDEZ (2021), pp. 535-538.

42 SFERRAZZA y BUSTOS (2019), p. 144.

43 NASH (2008), pp. 3-5.

44 RAFECAS (2016), pp. 270, 271 y 283.

No obstante, existen autores que consideran innecesaria la distinción entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes ya que esta diferenciación no tendría un respaldo en la medicina y la psiquiatría. Pérez-Sales señala que los criterios acerca de la gravedad del sufrimiento carecen de fundamento, dado que desde un punto de vista médico-psicológico no existe correlación entre la gravedad del acto que se está juzgando y la gravedad del sufrimiento como tal. El sufrimiento será específico para cada sobreviviente y resulta un pésimo indicador acerca de la gravedad del acto⁴⁵.

3. VIOLENCIA SEXUAL COMO ACTO CONSTITUTIVO DE TORTURA Y DE TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

A continuación, analizaré diversas sentencias en las que la Corte IDH ha subsumido la violencia sexual —y en particular la violación sexual— a las figuras de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, señalaré cuáles han sido los criterios utilizados por la Corte para tal efecto.

3.1. Loayza Tamayo contra Perú: ¿una oportunidad perdida?

Los hechos de esta sentencia se insertan en el contexto de una práctica generalizada de tratos crueles, inhumanos y degradantes con motivo de las investigaciones criminales por los delitos de traición a la patria y terrorismo⁴⁶. La víctima de este caso, María Elena Loayza Tamayo, fue objeto de tratos crueles inhumanos o degradantes por parte de miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú “Sendero Luminoso”. Fue procesada por el delito de terrorismo y posteriormente condenada a veinte años de pena privativa de libertad. La Corte IDH consideró que tanto la detención como el posterior procesamiento y

45 PERÉZ-SALES (2016), p. 276.

46 RODRÍGUEZ (2011), p. 26.

condena fueron ilegales y concluyó que Perú violó el derecho a la libertad personal, el derecho a la protección judicial y el principio de presunción de inocencia de la víctima⁴⁷.

Pese a haber sido alegada la presunta violación sexual de la víctima, la Corte IDH no dió por acreditados estos hechos al considerar como insuficientes el testimonio de la víctima y el de un testigo⁴⁸. El Tribunal sólo consideró que se configuraron tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero refiriéndose a otros hechos, como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, los golpes y otros maltratos⁴⁹.

Se ha criticado que en este caso la agresión sexual quedó invisibilizada, puesto que en la sentencia la Corte solo especificó los criterios que la llevaron a aceptar las acusaciones de maltrato y tortura, sin referirse a la violación sexual. Además, estableció un estándar de verdad diferente para la violación atendida la “naturaleza del hecho”⁵⁰.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH ha evolucionado en relación con la carga y el estándar de prueba de la violencia sexual. Algunos autores hablan de una suerte de feminización de los estándares de prueba sobre la violencia sexual como un mecanismo que busca terminar con las brechas de género que han existido en la protección de los derechos de las mujeres⁵¹. El Tribunal ha entendido que es precisamente la naturaleza de este tipo de hechos la que imposibilita a las víctimas probarlos y la que obliga también que se tomen en cuenta los relatos de estas⁵².

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°33, de 17 de septiembre de 1997, párrs. 3, 53, 54 y 55.

48 ZELADA y OCAMPO (2012), p. 141.

49 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°33, de 17 de septiembre de 1997, párr. 58.

50 MANTILLA (2024), pp. 273-275.

51 ZELADA y OCAMPO (2012), p. 148.

52 Ibid., pp. 151-164.

3.2. Caso penal Miguel Castro Castro vs. Perú: la primera aplicación de la Convención Belém do Pará

Penal Miguel Castro Castro vs. Perú es el primer caso en que la Corte IDH hizo aplicables las disposiciones de la Convención Belém do Pará. Constituye un hito en la jurisprudencia interamericana, puesto que por primera vez, el Tribunal realizó un amplio análisis a la Convención en relación a la violencia contra la mujer y las obligaciones de los Estados partes. En aquella ocasión, la Corte IDH afirmó que la violación sexual de una mujer podía constituir tortura y además admitió un concepto amplio de violencia y violación sexual⁵³.

Los hechos ocurrieron en un período de intenso conflicto armado en Perú, específicamente, en el marco de un operativo que se llevó a cabo al interior del Penal Castro Castro cuya presunta finalidad consistía en el traslado de algunas internas hacía un penal femenino. Sin embargo, el objetivo real del operativo consistió en un ataque premeditado que se desplegó en dos de los pabellones del Penal, ocupados por personas sentenciadas o condenadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria⁵⁴. Durante el ataque, los internos recibieron un tratamiento inhumano violatorio del artículo 5 de la Convención Americana. Esta violación de derechos se vio agravada, según la Corte, respecto de mujeres embarazadas e internos que se encontraban heridos, debido al considerable incremento del sufrimiento⁵⁵.

Algunos de los heridos fueron trasladados al Hospital de la Sanidad de la Policía, recinto en que fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa, situación que en algunos casos llegó a extenderse durante semanas. La Corte IDH señaló que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para seis mujeres sometidas a ese trato, concluyendo que fueron víctimas de violencia sexual, dado que fueron obligadas a permanecer

53 PALACIOS (2011), pp. 146 y 147.

54 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párrs. 197.15 y 197.16.

55 CLÉRICO y NOVELLI (2014), p. 30.

desnudas, cubiertas con tan solo una sábana y estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad estatales⁵⁶.

La Corte IDH llegó a esta conclusión siguiendo la jurisprudencia internacional y aplicando la Convención Belém do Pará, afirmando “que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”⁵⁷.

Dado el constante temor que produjo en las víctimas la posibilidad de que se extremara aún más la violencia y atendiendo al grave sufrimiento psicológico y moral que experimentaron, la Corte concluyó que el Estado fue responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la CADH, debido a los tratos crueles a los que fueron sometidas las seis internas⁵⁸.

Por otro lado, una de las internas que había sido trasladada también al Hospital fue sometida a una “inspección” vaginal dactilar por parte de varios sujetos encapuchados. Tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 2 de la CIPST, la sentencia concluyó que estos actos de violencia sexual a que fue sometida la interna constituyeron una violación sexual que además, por sus efectos, constituye tortura⁵⁹.

El Tribunal dio por superado el concepto tradicional de violación sexual y entendió que no solo comprende una relación sexual por vía vaginal sin el consentimiento de la víctima, sino también actos de penetración vaginales o anales sin el consentimiento de la víctima, mediante la utilización del

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párrs. 304-306.

57 *Ibid.*, párr. 306.

58 *Ibid.*, párr. 308.

59 *Ibid.*, párrs. 309-312.

miembro viril, de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril⁶⁰. Por tanto, consideró que el Estado peruano era responsable por la violación del derecho a la integridad personal, además de la infracción a los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, en perjuicio de una de las internas⁶¹. Estos artículos se refieren a la obligación del Estado de prevenir y sancionar conductas que sean constitutivas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a la obligación de investigar efectivamente este tipo de delitos.

A diferencia de otros casos que abordaré más adelante, el Tribunal no analiza detenidamente cada uno de los elementos de la tortura. Más bien, la Corte IDH valoró la gravedad de los hechos a la luz del artículo 5 de la CADH⁶². A fin de determinar la gravedad de las lesiones y los sufrimientos causados consideró los peritajes rendidos y otras pruebas. Con respecto a los tratos infligidos a las internas en los centros de salud, el Tribunal señaló que la gravedad del sufrimiento psicológico y moral se incrementó, porque se forzó a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, lo que les produjo un constante temor de que dicha violencia aumentara. A esto se sumaba el contexto en que fueron realizados los actos, dado que las internas se hallaban sujetas al completo control de agentes del Estado, absolutamente indefensas y habiendo sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad⁶³.

Sin lugar a dudas, la participación estatal es un factor relevante al momento de calificar un acto de violencia sexual como tortura. La Corte IDH hace énfasis en este factor, señalando que cuando un acto de violación sexual es cometido por agentes del Estado adquiere un componente especial de gravedad y reprochabilidad, ya que se debe tomar en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder desplegado por el agente⁶⁴.

60 *Ibid.*, párr. 310.

61 *Ibid.*, párr. 312.

62 *Ibid.*, párr. 227.

63 *Ibid.*, párrs. 279, 307 y 308.

64 *Ibid.*, párr. 310.

Para finalizar, otra cuestión relevante es el hecho de que la Corte IDH asumió una perspectiva de género al aplicar por primera vez la Convención de Belém do Pará, considerando que el Estado peruano había cometido una infracción al artículo 7 letra b), incumpliendo el deber de investigar los hechos ocurridos en el penal contra las mujeres privadas de libertad⁶⁵.

El juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado, señaló que, si bien la Corte IDH había conocido anteriormente casos de víctimas mujeres, no había tenido que pronunciarse respecto de situaciones en que era precisamente el género el principal motivo de la violación de sus derechos⁶⁶. Lo anterior marca un precedente en la jurisprudencia interamericana, dado que con anterioridad a la sentencia se discutía si la Corte era competente para conocer violaciones a la Convención Belém do Pará. García Ramírez agregó que la Corte IDH interpretó la CADH a la luz de la Convención Belém do Pará, lo que es concordante con el principio *pro personae* que rige la interpretación en materia de derechos humanos⁶⁷.

3.3. Elementos de la tortura elaborados a la luz del caso Bueno Alves vs. Argentina

Bueno Alves vs. Argentina es otro caso de gran importancia en la historia de la jurisprudencia de la Corte IDH, dado que por primera vez el Tribunal sistematizó los requisitos constitutivos de la tortura. Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado argentino por los actos de tortura cometidos en contra de Juan Francisco Bueno Alves por parte de agentes policiales en el marco de un procedimiento civil entre particulares⁶⁸. El señor Bueno Alves, uruguayo residente en Argentina, fue denunciado por los delitos de estafa y extorsión en el marco de la celebración de una transacción de compraventa inmobiliaria. Pese a que las partes habían acordado rescindir

65 Ibid., párr. 470; BUSTAMANTE (2014), p. 481.

66 Ibid., Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

67 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, párrs. 17 y 30.

68 NASH (2008), p. 11.

la transacción, Bueno Alves y su abogado fueron detenidos por funcionarios de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina. Mientras se encontraba en sede policial, Bueno Alves fue objeto de torturas con la finalidad de que declarase contra sí mismo y su abogado. Producto de los golpes, sufrió un debilitamiento en la capacidad auditiva del oído derecho y en el sentido del equilibrio⁶⁹.

Como señalé anteriormente, la importancia de este caso radica en que por primera vez la Corte IDH identifica los elementos constitutivos de la tortura, en base al artículo 5 de la CADH y el artículo 2 de la CIPST. Así, la Corte consideró que los elementos constitutivos de tortura serían la intencionalidad del acto, la severidad del sufrimiento físico o mental y la finalidad o propósito⁷⁰.

El Tribunal concluyó que en el caso, Bueno Alves fue sometido a tortura, de modo que el Estado argentino infringió los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH⁷¹.

La Corte IDH ha seguido este esquema conceptual de la tortura en su jurisprudencia posterior.

3.4. Fernández Ortega vs. México y Rosendo Cantú vs. México: los casos que reafirman los criterios utilizados en Penal Miguel Castro Castro

Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México son dos casos de similares características, ya que ambos se insertan en un contexto de importante presencia militar con el fin de reprimir actividades ilegales vinculadas a grupos de delincuencia organizada. Además, ambas mujeres fueron víctimas de violencia sexual y forman parte de una comunidad indígena denominada “me’ paa”.

69 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°164, de 11 de mayo de 2007, párrs. 2-5.

70 Ibid., párrs. 76, 78, y 79.

71 Ibid., párr. 86.

Inés Fernández Ortega fue violada sexualmente en su domicilio, al negarse a responder algunas preguntas sobre su marido. La violación ocurrió en presencia de otros dos militares y de los hijos de Inés⁷².

Por su parte, Valentina Rosendo Cantú al momento de los hechos tenía 17 años. Se encontraba lavando ropa en un arroyo cuando fue interceptada por un grupo de ocho militares quienes comenzaron a hacerle preguntas acerca del paradero de un sujeto. Tras contestar que no tenía conocimiento del sujeto, los militares la golpearon haciéndole perder el conocimiento y luego dos de ellos la violaron⁷³.

La Corte concluye en ambos casos que la violación sexual padecida por las víctimas implicó una violación a la integridad personal, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la CADH y artículo 2 de la CIPST. Para llegar a esta conclusión examinó cada uno de los elementos de la tortura antes explicados⁷⁴. La intencionalidad concurrió debido al carácter deliberado del maltrato infligido⁷⁵.

En cuanto a la severidad del sufrimiento, la Corte IDH valoró los factores endógenos y exógenos. Enfatizó que no era necesario un sufrimiento físico, dado que la tortura puede producir en la víctima un sufrimiento psíquico. Esto es lo que muchas veces ocurre en casos de violación sexual, ya que no en todos los casos sus consecuencias consistirán en enfermedades o lesiones corporales. Dada la naturaleza del hecho, la Corte IDH presumió la concurrencia de un sufrimiento severo, por cuanto lo consideró inherente a la violación sexual⁷⁶.

72 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 108.

73 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párrs. 72 y 73.

74 Ibid., párrs. 110 y 118; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párrs. 110 y 128.

75 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párrs. 111; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párrs. 121.

76 Ibid., párr. 124.

En el caso Fernández Ortega, la Corte IDH consideró además que el sufrimiento padecido por la víctima se agravó dadas las circunstancias en que se produjo la violación sexual, debido a la presencia de otros dos militares armados durante el acto sexual y de los hijos de la víctima en los momentos iniciales⁷⁷.

Algo similar ocurrió en el caso Rosendo Cantú, dado que el Tribunal señaló que el sufrimiento padecido por la víctima era de la mayor intensidad, debido a que el hecho fue observado por otros seis militares, considerándose además la edad de la víctima⁷⁸.

Finalmente, con respecto a la finalidad del acto, el Tribunal señaló en ambas sentencias que la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre. En ambos casos la violación sexual tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada⁷⁹.

Es menester agregar que la Corte IDH analizó ambos casos a la luz de la Convención Belém do Pará, lo que reafirmó lo ya establecido en la sentencia Penal Miguel Castro Castro. La violación sexual se consideró como una forma de violencia contra las mujeres y se reiteró el concepto amplio de violencia sexual. En ambos casos se consideró que el Estado mexicano infringió el artículo 7 de dicha Convención.

A diferencia del caso Loayza Tamayo, la Corte IDH otorgó plena validez al testimonio de las víctimas, argumentando que la violación sexual es un tipo particular de agresión respecto de la que resulta sumamente difícil contar con pruebas gráficas o documentales, ya que en general se caracteriza por

77 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 125.

78 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 115.

79 Ibid., párr. 117; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 127.

producirse en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y el agresor. Por lo tanto, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental para acreditar los hechos⁸⁰.

La importancia de ambos casos radica principalmente en la reafirmación del criterio según el cual una violación sexual, bajo ciertas circunstancias, puede ser calificada como tortura⁸¹.

3.5. Atenco vs. México: violencia sexual como forma de control social, dominio e imposición de poder

Los hechos del caso Atenco vs. México acontecen en el marco de operativos policiales que se desplegaron en los municipios de Texcoco y San Salvador de Atenco los días 3 y 4 de mayo de 2006, con la finalidad de poner término a algunas manifestaciones. La mayoría de las víctimas habían acudido a una manifestación en calidad de periodistas para documentar los hechos o para brindar asistencia de salud a los manifestantes heridos. En este contexto once mujeres fueron víctimas de diversas formas de tortura física, psicológica y sexual por parte de funcionarios policiales en el contexto de su detención, traslado y permanencia en un centro de detención⁸².

La Corte IDH analizó la concurrencia de los requisitos de la tortura y concluyó que las once mujeres fueron víctimas de este ilícito. Cabe señalar que solo siete de ellas sufrieron una violación sexual⁸³.

El Tribunal aplicó nuevamente el concepto amplio de violencia y violación sexual e invocó la Convención Belém do Pará, concluyendo que el Estado mexicano violó el artículo 7 de dicha Convención⁸⁴. Además, la Corte IDH

80 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°216, de 31 de agosto de 2010, párr. 89; Serie C N°215, de 30 de agosto de 2010, párr. 100.

81 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2017), p. 6.

82 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°371, de 28 de noviembre de 2018, párrs. 1 y 172.

83 Ibid., párr. 198.

84 Ibid., párrs. 180 y 223.

reafirmó el criterio de que el sufrimiento severo es inherente a la violación sexual, presumiéndose su concurrencia, aún cuando no exista la evidencia de lesiones o enfermedades físicas.

También se reiteró el criterio de la especial gravedad de los hechos, debido a que fueron cometidos por agentes del Estado⁸⁵.

Asimismo, otro factor que aumentó la gravedad de la violencia sexual concluyó la violencia sexual se utilizó por parte de los agentes estatales como una forma intencional y dirigida de control social, dominio e imposición de poder. El Tribunal afirmó que la violencia sexual, por lo general, se utiliza en el marco de conflictos armados como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión, que puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad y transmitir un mensaje o lección, ya que las consecuencias de la violencia sexual suelen trascender a la persona de la víctima⁸⁶. Esta es una de las principales y más interesantes aportaciones del caso, ya que la sentencia da a entender la especial vulnerabilidad a la que se encuentran sujetas las mujeres que, por el solo hecho de participar de una protesta, pueden ser víctimas de violencia sexual por parte de funcionarios del Estado.

3.6. Azul Marín vs. Perú: orientación sexual como motivación discriminatoria y criterio para establecer un acto constitutivo de tortura

Azul Rojas Marín y otra vs. Perú es otro caso importante en que también se concluyó que la violación sexual es constitutiva de tortura. Al momento de los hechos, Azul se identificaba como un hombre gay, aunque actualmente se identifica como mujer y utiliza el nombre de Azul. El caso se refiere a su detención ilegal, arbitraria y discriminatoria, así como a la violación sexual que sufrió por parte de agentes estatales⁸⁷.

85 *Ibid.*, párr. 196.

86 *Ibid.*, párrs. 200 y 202.

87 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°402, de 12 de marzo de 2020, párrs. 52 y 81.

La situación de la población LGBTI en Perú era muy compleja a la época de los hechos. De acuerdo con la primera encuesta para personas LGBTI, realizada en 2017 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, un 62.7% de las personas encuestadas había sido víctima de violencia o discriminación, mientras que un 17.7% señaló haber sido víctima de violencia sexual. Además, existían prejuicios significativos contra la población LGBTI, tanto así que algunos gobiernos locales del Perú incluían en sus metas de seguridad ciudadana la “erradicación de los homosexuales”. A su vez, cabe destacar que en muchas ocasiones la violencia era cometida por agentes estatales⁸⁸.

Pese a que el Estado argumentó en su defensa que la detención de la víctima fue llevada a cabo con fines de identificación, la Corte IDH estableció que la privación de libertad fue ilegal y arbitraria, dado que se realizó con una motivación discriminatoria por razones de orientación sexual o expresión de género no normativa, las cuales son manifiestamente irrazonables⁸⁹.

Con respecto a la violación sexual y su calificación como un acto de tortura, la Corte IDH consideró que concurrían los elementos constitutivos de este último ilícito⁹⁰. Principalmente se enfocó en la finalidad, puesto que los malos tratos padecidos por la víctima evidencian un fin discriminatorio, sobre todo por el hecho de que la violación fue realizada con un bastón policial.

La Corte IDH consideró la opinión de la perita María Mercedes Gómez, quien señaló que la violación sexual anal mediante un elemento que simbólicamente representa autoridad transmite el mensaje simbólico de reinstaurar una masculinidad que se ve amenazada por la percepción de la víctima como no cumpliendo las órdenes establecidas de la masculinidad.

88 Ibid., párrs. 47, 49 y 51.

89 Ibid., párrs. 53, 123, 128, 129.

90 Ibid., párrs. 160-166.

Además, según lo indicado por el perito Juan Méndez, se pueden utilizar como indicadores del componente discriminatorio la modalidad y características de la violencia, ya que durante la comisión de la conducta se dirigieron contra la víctima insultos discriminatorios basados en su orientación sexual⁹¹.

Por último, en cuanto a la severidad del sufrimiento, la Corte reiteró la postura de presumir su existencia por ser inherente a la violación sexual⁹².

3.7. Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador: violencia sexual en el ámbito educativo

Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador se trata de la primera vez que la Corte IDH se pronuncia sobre la violencia sexual en el ámbito educativo. Paola Guzmán Albarracín fue víctima de violencia sexual entre sus 14 y 16 años de edad, por parte del vicerrector de la institución educativa estatal a la que asistía. A consecuencia de esta situación, decide suicidarse ingiriendo para ello fósforo blanco⁹³.

A lo largo del proceso ante la Corte se discutió si Paola había sido víctima de tortura a consecuencia de la violencia sexual padecida. La sentencia argumentó que concurría el elemento de la severidad del sufrimiento, pero refiriéndose únicamente al suicidio de la niña. El vínculo entre la violencia sexual y el posterior suicidio se dedujo de tres cartas que Paola dejó antes de morir, las cuales se referían a la violencia sufrida por parte del vicerrector, explicitando además que no podía soportar lo que estaba sufriendo, siendo este el motivo principal por el que se suicidó. Lo anterior fue respaldado por la perita Ximena Cortés, quien reafirmó el vínculo entre ambos hechos y calificó lo que Paola estaba viviendo como “insoportable e inaudito para su capacidad psíquica”⁹⁴.

91 Ibid., párrs. 163 y 164.

92 Ibid., párr. 162.

93 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°405, de 24 de junio de 2020, párrs. 41, 54 y 106.

94 Ibid., párr. 151.

Pese a esto y a que las representantes de la víctima alegaron que los actos de violencia sexual a que fue sometida Paola eran constitutivos de tortura, la Corte IDH declinó calificarlos de esta manera argumentando que los hechos acreditados no permitían evidenciar de forma suficiente la concurrencia de todos sus requisitos. De ese modo, consideró que se había infringido el derecho a la integridad personal, tanto en su dimensión física, como en sus esferas psíquica y moral, pero sin llegar a constituir un acto de tortura⁹⁵.

A mi parecer la Corte IDH ha desperdiciado en este caso una gran oportunidad de pronunciarse respecto de la violencia sexual en el ámbito educativo como un acto que puede llegar a constituir tortura. Según Yanira Zuñiga, la Corte IDH simplemente menciona los elementos configuradores de la tortura para luego descartar dicha calificación, de manera que la argumentación utilizada en la sentencia resulta ser sumamente débil⁹⁶.

Con respecto a la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida de Paola Guzmán Albarracín, la Corte IDH determinó que Ecuador no actuó con la diligencia debida para garantizarlo, infringiendo así el artículo 4.1 de la CADH. Esta conclusión se alcanzó porque el Estado, además de no adoptar acciones para proteger a Paola, no respetó directamente sus derechos. Lo anterior se explica por la tolerancia de la institución educativa respecto de las agresiones sexuales de las que fue víctima Guzmán Albarracín durante un periodo superior a un año⁹⁷.

Para finalizar, la Corte IDH aplicó la Convención Belém do Pará y además, consideró afectado el artículo 19 de la CADH que se refiere a los derechos de los niños e interpretándolo además, a la luz de la Convención

95 *Ibid.*, párrs. 148, 152 y 168.

96 ZÚÑIGA (2020): Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. CEDIDH. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WHUieBiyK1Y&t=3815s>.

97 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°405, de 24 de junio de 2020, párrs. 157, 162 y 168.

sobre los Derechos del Niño, por tratarse de un tratado que la jurisprudencia interamericana considera como integrante del “corpus iuris internacional de protección de niñas, niños y adolescentes”⁹⁸.

3.8. Bedoya Lima y otra vs. Colombia: violencia sexual como tortura cometida por actores no estatales

Jineth Bedoya Lima es una reconocida periodista y defensora de derechos humanos. Fue secuestrada y posteriormente sometida a actos de tortura física, sexual y psicológica por parte de un grupo de hombres asociados a la organización paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia⁹⁹.

Al momento de los hechos, el Estado de Colombia atravesaba un período de intenso conflicto armado. Dicho conflicto exacerbó y profundizó la discriminación, exclusión y violencia de género ya preexistente en el país, sobre todo contra mujeres periodistas, quienes fueron doblemente afectadas, puesto que además de enfrentar los riesgos propios de la profesión de periodistas, fueron expuestas a otros riesgos específicos por el hecho de ser mujeres¹⁰⁰.

Entre los años 1999 y 2000, Lima se dedicó a investigar violaciones de derechos humanos cometidas por grupos armados con la complicidad de agentes del Estado en la denominada cárcel “La Modelo”. Durante este período, ella y otros periodistas fueron constantemente amenazados, inclusive ella y su madre fueron víctimas de un atentado, el cual nunca fue investigado pese a la presentación de una denuncia¹⁰¹.

El día 25 de mayo del año 2000, Jineth Bedoya concurrió al recinto penitenciario con la finalidad de entrevistar a un recluso. Al llegar al lugar fue abordada por un sujeto, quien la amenazó con un arma de fuego y la

98 Ibid., párrs. 113-114.

99 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°431, de 26 de agosto de 2021, párrs. 86 y 104.

100 Ibid., párrs. 39, 45 y 49.

101 Ibid., párrs. 53 y 55.

trasladó a una bodega cercana a la cárcel. En el lugar le vendaron los ojos, la golpearon, insultaron y agredieron. Luego, fue subida violentamente a un vehículo, donde volvió a ser agredida y violada sexualmente en reiteradas oportunidades. Al cabo de diez horas, fue abandonada a un costado de una carretera¹⁰².

Si bien en el caso no se acreditó el hecho de que se tratara de agentes estatales, el Tribunal, luego de examinar los elementos de la tortura, concluyó que Bedoya fue sometida a tortura física, psicológica y sexual, ya que dichos actos no pudieron haberse llevado a cabo sin la aquiescencia y colaboración del Estado o al menos su tolerancia, por lo que responsabilizó a Colombia de la violación a los artículos 5.2 y 11 de la CADH¹⁰³.

Con respecto a lo anterior, existen diversos mecanismos para determinar si es posible atribuir responsabilidad al Estado cuando un determinado hecho ilícito ha sido cometido materialmente por un actor no estatal. Sferrazza señala que uno de los criterios frecuentemente utilizados por los tribunales internacionales y también por el tribunal interamericano es el de la diligencia debida. Conforme a este criterio el Estado puede ser responsabilizado por actos cometidos por actores no estatales siempre que se cumpla con dos requisitos: 1) que el Estado conozca un riesgo real e inminente de una infracción a un deber internacional; y 2) que no adopte las medidas razonables para prevenir la concreción del riesgo¹⁰⁴.

En el caso en cuestión a la época de los hechos existía en Colombia un contexto de violencia específica dirigida sobre todo contra mujeres periodistas, llegando incluso a ser considerado en el año 1998 como el “lugar más mortífero para la prensa en el mundo”. La Corte IDH ha definido la violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano como una “práctica habitual, extendida, sistemática e invisible”. Pese a esto, existía en Colombia

102 Ibid., párrs. 57-62.

103 Ibid., párr. 104.

104 SFERRAZZA (2020), pp. 19 y 20.

un ambiente “generalizado de impunidad”, ya que el Estado colombiano se mostraba reacio a investigar a los responsables de las agresiones contra periodistas y tomar medidas para prevenir este tipo de conductas¹⁰⁵.

Por otro lado, a partir de los malos tratos físicos, verbales, psicológicos y sexuales padecidos por la señora Bedoya, quedó acreditada la gravedad e intensidad de los actos. La Corte resaltó especialmente el hecho de que fuera violada sexualmente por varios perpetradores. Además de reiterar la tesis de la inherencia del sufrimiento severo en la violación sexual, la sentencia se refirió a la condición de mujer de la víctima, lo que la expuso a un riesgo particular y diferenciado que se concretó en la violación sexual. Por ello, se aplicaron las disposiciones de la Convención Belém do Pará, concluyendo que el Estado Colombiano vulnera el artículo 7 letras a) y b) de la Convención¹⁰⁶.

Por último, también quedó acreditada la finalidad, al considerarse que los hechos tuvieron por objeto castigar a Bedoya por su actividad periodística, lo que se deduce de los múltiples insultos proferidos por los agresores, que justamente hacían referencia a la labor periodística¹⁰⁷.

3.9. Angulo Losada vs. Bolivia: consentimiento en los delitos de violencia sexual

Para finalizar este análisis me referiré brevemente al caso de Angulo Losada vs. Bolivia. Brisa Liliana De Angulo Losada quien tenía 16 años a la época de los hechos, fue víctima de una serie de agresiones sexuales cometidas por su primo de 26 años, las cuales duraron alrededor de 8 meses.

105 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°431, de 26 de agosto de 2021, párrs. 39, 40, 43 y 46.

106 Ibid., párrs. 102 y 104.

107 Ibid., párr. 103.

La Corte IDH responsabilizó al Estado de Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar, los derechos de la niñez y a la protección judicial, consagrados en la Convención Americana, así como también por el incumplimiento de los deberes de debida diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, y de establecer procedimientos legales, justos y eficaces con perspectiva de género, contenidos en la Convención Belén do Pará¹⁰⁸.

En cuanto a la severidad del sufrimiento en casos de violación sexual, la sentencia argumentó que en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, puesto que sufrirían un trauma diferenciado de los adultos, sobre todo cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima¹⁰⁹.

A pesar de tratarse de un caso entre particulares, el Tribunal concluyó que ello no exime de responsabilidad al Estado, dado que se encontraba llamado a adoptar políticas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, considerando que se trata de un caso donde la presunta víctima de violencia sexual es una niña. Según la Corte, esto último es un factor sumamente importante ya que denota una condición de especial vulnerabilidad, puesto que no sólo deberá enfrentar los obstáculos por su condición de ser mujer, si no que además, se suma a ello su condición de niña, lo que la expone a una doble vulnerabilidad¹¹⁰.

Con respecto al consentimiento en este tipo de delitos sexuales, Rosa Celorio una de las abogadas representantes de las víctimas en el litigio de este caso ante el tribunal interamericano, señaló que esta es una contribución muy importante para la jurisprudencia de la Corte. Si bien la Corte IDH se ha referido al consentimiento en otras sentencias, este es uno de

108 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°475, de 18 de noviembre de 2022, párrs. 1 y 172.

109 Ibid., párr. 105.

110 Ibid., párr. 160.

los primeros fallos en que el tribunal ahonda en las obligaciones de los Estados en relación al consentimiento como eje central en la legislación de violencia sexual. Según la abogada, una de las cosas más relevantes es que la sentencia no sólo define lo que es el consentimiento, sino que además, señala que este no se puede inferir en ciertas circunstancias donde existen desigualdades de poder¹¹¹.

Organismos y tribunales internacionales han considerado la falta de consentimiento como un elemento central del delito de violación sexual, concluyendo que constituye, por sí misma un elemento de la violación como delito, y que un antecedente para probarlo puede ser la fuerza o amenaza de fuerza ejercida por el agresor. La Corte IDH coincide con la posición de los distintos organismos internacionales, señalando que basta que se demuestre mediante cualquier medio probatorio que la víctima no consintió con el acto sexual. De esta manera, la Corte entiende que el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de forma expresa, libre, de manera previa al acto, y que, puede ser reversible¹¹².

Por lo anterior y en atención al artículo 7 de la Convención Belém do Pará, el tribunal concluyó que no corresponde a la víctima demostrar que opuso resistencia ante la agresión física. No obstante, señala casos en que no se podrá inferir el consentimiento, por ejemplo:

- (i) cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento voluntario y libre; (ii) cuando la víctima esté imposibilitada de dar un consentimiento libre; (iii) del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual, y (iv) cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción.

111 CELORIO (2023): Caso Brisa Angulo Losada vs. Bolivia (Corte IDH). Estudia Derechos Humanos.

112 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°475, de 18 de noviembre de 2022, párrs. 138, 145 y 149.

Además, la Corte especificó que no puede haber consentimiento cuando el agresor representa una figura de autoridad sobre la víctima, debido a la desigualdad de poder, la que en este caso se vio agravada por la diferencia de edades entre víctima y victimario¹¹³.

Por último, al tratarse de un caso que involucra a una niña, la Corte IDH, al igual que en el caso de Guzmán Albarracín, aplicó la Convención Belém do Pará y además, consideró afectado el artículo 19 de la CADH que se refiere a los derechos de los niños, interpretando a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁴.

4. CONCLUSIONES

Durante años la violencia sexual no fue una de las grandes preocupaciones del Derecho internacional. Era considerada simplemente como una situación que si bien afectaba mayoritariamente a las mujeres, no activaba la aplicación de los tratados de derechos humanos, ni de sus órganos supervisores. Sin embargo, con el pasar del tiempo los sistemas internacionales de protección fueron adquiriendo conciencia de la necesidad de generar respuestas innovadoras para la protección de la mujer¹¹⁵.

Particularmente la violación sexual ha sido considerada por la Corte IDH como una experiencia traumática, que causa un gran impacto físico y psicológico en la víctima, lo que la hace una situación difícilmente superable por el paso del tiempo. Por lo mismo, debido a los efectos que genera en la víctima, es perfectamente equiparable a la figura de la tortura.

Luego del análisis realizado en este trabajo, queda en evidencia que la Corte IDH ha considerado que ciertos actos de violencia sexual pueden constituir tortura, sin limitarse al supuesto de la violación sexual. Así, el

113 Ibid., párrs. 148 y 154.

114 Ibid., párr. 99.

115 ZELADA y OCAMPO (2012), pp. 144 y 146.

caso *Atenco vs. México*, la Corte IDH concluyó que el conjunto de abusos y agresiones sufridas por las once mujeres, constituyeron actos de tortura, incluyendo —pero no limitándose— a las violaciones sexuales padecidas por siete de las víctimas¹¹⁶. Lo mismo ocurrió en el caso *Azul Rojas Marín vs. Perú* donde la Corte IDH nuevamente concluyó que “el conjunto de abusos y agresiones [...] incluyendo la violación sexual, constituyó un acto de tortura por parte de los agentes estatales”¹¹⁷.

Para cumplir con el objetivo planteado, se realizó un estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH, el cual demostró que existe una evolución jurisprudencial en cuanto a la calificación de la violencia sexual como acto constitutivo de tortura, aproximadamente desde el año 1997 hasta la fecha. La mayoría de los casos analizados corresponden a supuestos de violación sexual, los cuales son calificados por la Corte IDH como actos de tortura, siempre y cuando se verifiquen sus elementos conceptuales.

El Tribunal hace énfasis en la severidad del sufrimiento para calificar un caso de violencia sexual y en particular, de violación sexual, como un acto de tortura. Precisamente, en el caso de violaciones sexuales la Corte suele presumir la existencia de este segundo elemento, ya que considera que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima.

Por otro lado, en mi opinión a juicio de la Corte ciertos factores incrementan la severidad del sufrimiento padecido por la víctima, por ejemplo, el hecho de ser la víctima un o una niña o adolescente o la presencia de otros agentes estatales al momento de la violación sexual. Particularmente en los casos en que las víctimas de violencia sexual son niños o adolescentes, la

116 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°371, de 28 de noviembre de 2018, párr. 198.

117 CORTE INTERACANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°402, de 12 de marzo de 2020, párr. 166.

Corte IDH ha señalado que los Estados deben adoptar medidas especiales de diligencia debida reforzada, por encima de los estándares establecidos para los casos en que las víctimas son mujeres adultas ¹¹⁸.

No se ha podido encontrar sentencias en las que la Corte IDH frente a casos de violación sexual concluya que dichos actos constituyen solo un tratamiento cruel, inhumano o degradante. En el caso de *Loayza Tamayo vs. Perú*, la Corte IDH declina calificar la supuesta violación sexual padecida por la víctima como un acto de tortura, no obstante considera que se acreditan las conductas que configuran un trato cruel, inhumano o degradante, pero haciendo referencia a otro tipo de conductas, distintas a la violación sexual como por ejemplo, la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, los golpes y otros maltratos¹¹⁹.

El caso de *Guzmán Albarracín vs. Ecuador* es más discutible y polémico. Si bien la Corte IDH concluyó que la víctima fue objeto de acoso, abuso y acceso carnal, declinó calificar tales conductas como un supuesto de tortura, ya que consideró que a partir de los hechos no quedaban verificados todos los requisitos de la figura. Sin embargo, podríamos pensar que al no acreditarse todos los elementos de la tortura, la Corte al menos podría haber calificado estas conductas como un tratamiento cruel, inhumano o degradante, cuestión que no hizo. La Corte IDH concluyó que el Estado cometió una infracción a la integridad personal, pero considerada simplemente como una infracción general a este derecho¹²⁰.

Otra cuestión importante es el hecho de que la Corte IDH ha sancionado en diversas oportunidades a los Estados por casos de delitos sexuales cometidos por particulares mediante la aplicación de la aquiescencia o estándar de debida

118 MANTILLA (2024), p. 279.

119 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°33, de 17 de septiembre de 1997, párr. 58.

120 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°405, de 24 de mayo de 2020, párrs. 152, 168 y 169.

diligencia como regla de imputabilidad. De todos modos, es necesario que en la jurisprudencia venidera la Corte aclare si estas dos nociones se refieren a la misma regla de imputabilidad o si se trata de diferentes estándares de atribución de la ilicitud.

Finalmente, uno de los aportes más significativos es el caso Penal Miguel Castro Castro, ya que constituye el primer análisis que realiza la Corte IDH sobre la violencia sexual como una forma de tortura. La decisión de este caso se ha convertido en uno de los precedentes más importantes para la jurisprudencia de este tribunal, ya que por primera vez hace aplicables las disposiciones de la Convención de Belém do Pará, analizando las obligaciones contenidas en dicho tratado en relación con la CADH y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹²¹. A partir de este fallo, la Corte incorpora el artículo 7b de la Convención de Belém de Pará como un criterio adicional especializado que especifica y complementa las obligaciones contenidas en la CADH¹²². Este aspecto resulta particularmente relevante, ya que, con anterioridad a esta resolución se cuestionaba la competencia de la Corte para conocer violaciones a la Convención de Belém do Pará¹²³.

Además, como mencioné en páginas anteriores, aunque la Corte IDH se había pronunciado anteriormente en casos donde las víctimas eran mujeres, esta es la primera vez en que el género de las víctimas constituye el principal motivo de la violación de sus derechos¹²⁴.

Aplicando la Convención Belém do Pará, la Corte también ha destacado que los Estados deben cumplir con un deber reforzado de diligencia debida en relación con las obligaciones de prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer, aunque considero oportuno que la Corte profundice en sentencias futuras sobre el contenido de este deber reforzado.

121 KRAVETZ y VICENTE (2024), p. 64.

122 BANFI y BAEYENS (2024), p. 226.

123 *Ibid.*, p. 215.

124 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Serie C N°160, de 25 de noviembre de 2006, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

Este resulta ser un gran aporte al Derecho internacional de los derechos humanos y sobre todo al sistema interamericano, que durante años dejó a un lado la importancia de proteger a las mujeres de este tipo particular de violencia. Esperemos que en un futuro, la Corte IDH pueda precisar aún más la calificación de estos actos de violencia sexual, estableciendo además mecanismos que permitan dilucidar los límites precisos entre una y otra figura normativa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMBOS, Kai (2012): “Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional”, en: Universidad Externado de Colombia (N°107), pp. 5-50.

ARENAS, Jessica y DAMKE, Karen (2022): *Violencia intrafamiliar: fenómeno psicosocial y marco regulatorio* (Santiago de Chile, DER Ediciones).

BANFI, Analía y BAEYENS, Angelita (2024): “Obligaciones generales de respeto y garantía en los términos de la Convención de Belém do Pará”, en: RANK, Hartmut y BARBOZA, Miguel (coords.) y SOTO, Selene (ed.): *La Convención de Belém do Pará: comentarios sobre su historia, desarrollos y debates actuales* (Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung), pp. 211-249.

BERGALLI, Roberto (2006): *Torturas y Abuso de Poder* (Barcelona, Anthropos).

BUSTAMANTE, Diana (2014): “La violencia sexual como tortura: estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Vol. 44, N°121), pp. 461-502.

CASTILLO, Juan (2023): “Cifra de mujeres que acusan haber sufrido violencia intrafamiliar crece más de 11% en diez años”, en ADN Radio. Disponible en: <https://www.adnradio.cl/nacional/2023/04/27/cifra-de-mujeres-que-acusan-haber-sufrido-violencia-intrafamiliar-crece-mas-de-11-en-diez-anos.html> [Fecha de última consulta: 03.10.2024].

CELORIO, Rosa (2023): “Caso Brisa Angulo Losada vs. Bolivia. Estudia Derechos Humanos, 2023”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=rF9hwD8nuFg&t=26s> [Fecha de última consulta: 03.10.2024].

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2017): “Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Boletín de Jurisprudencia Internacional de Derechos Humanos (Nº1), pp. 1-15.

CLÉRICO, Laura y NOVELLI, Celeste (2014): “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca (Vol. 12, Nº1), pp. 15-70.

CORREA, María (2020): “Los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado en la legislación penal colombiana”, en: JARAMILLO, Isabel y CORREA, María (coords.): Sexo, violencia y castigo (Santiago de Chile, ediciones Didot), pp. 101-128.

GÁLDAMEZ, Liliana (2006): “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Revista CEJIL (Vol. 2, Nº2), pp. 89-100.

HERNÁNDEZ, Héctor (2021): “La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de banalización”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor y LONDOÑO, Fernando (eds.): Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 511-564.

KRAVETZ, Daniela y VICENTE, Alejandra (2024): “Ámbito de protección: artículos 2 y 3 CBDP”, en: RANK, Hartmut y BARBOZA, Miguel (coords.) y SOTO, Selene (ed.): La Convención de Belém do Pará: comentarios sobre su historia, desarrollos y debates actuales (Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung), pp. 57-91.

LEATHERMAN, Janie (2014): *Violencia sexual y conflictos armados* (Barcelona, Bellaterra).

MANTILLA, Julissa (2024): “The Inter-American Human Rights System and Its Impact on the Human Rights of Women: The Issue of Sexual Violence”, en: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.): *The Impact of the Inter-American Human Rights System* (Oxford, Oxford University Press), pp. 268-284.

MEDINA, Cecilia (2003): “Derecho a la integridad personal”, en: *La Convención Americana. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142533> [Fecha de última consulta: 29.09.2024].

NASH, Claudio (2021): “Breve introducción al control de convencionalidad”, en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Nº7: Control de Convencionalidad)*, s/p.

NASH, Claudio (2008): “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en: *Repositorio Académico Universidad de Chile*. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142667> [Fecha última consulta: 28.01.2024].

NASH, Claudio (2019): “Derecho a la integridad personal”, en: STEINER, Christian y FUCHS, Marie (eds.): Convención Americana de Derechos Humanos: Comentario, segunda edición (Konrad Adenauer Stiftung), pp. 155-199.

PALACIOS, Yennesit (2011): “Género en el Derecho Constitucional Transnacional: Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Vol. 41, N°114), pp. 131-165.

PERÉZ, Pau (2016): Psychological torture: definition, evaluation and measurement (Londres, Routledge).

RAFECAS, Daniel (2016): El crimen de tortura (Buenos Aires, ediciones Didot).

RANK, Hartmut y BARBOZA Miguel (2024): “Presentación”, en: RANK, Hartmut y BARBOZA, Miguel (coords.) y SOTO, Selene (ed.): La Convención de Belém do Pará: comentarios sobre su historia, desarrollos y debates actuales (Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung), pp. XI-XIII.

RIVAS, Miryam (2015): “Violencia sexual en el marco del conflicto armado”, en: TAPIAS, Ángela (coord.): Victimología en América Latina (Bogotá, Ediciones de la U), pp. 167-190.

RODRÍGUEZ, Carolina (2011): “El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Revista Memorando de Derecho (Vol. 13, N°2), pp. 23-36.

SALINAS, Carolina (2021): “Los desafíos de género en el Chile de hoy. Una visión extrajurídica”, en: GUTIÉRREZ, Paulina (coord.) y SCHEECHLER, Christian (ed.): El delito de femicidio en la legislación chilena (Santiago de Chile, DER Ediciones), pp. 19-37.

SEGATO, Rita (2016): *La guerra contra las mujeres* (Madrid, Traficantes De Sueños).

SFERRAZZA, Pietro y BUSTOS, Francisco (2019): “La constitucionalización del derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”, en: AGUILAR, Gonzalo (coord.): *Nuevos derechos para una nueva constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 139-158.

SFERRAZZA, Pietro (2020): “Desapariciones forzadas por actores no estatales: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista de Ciencias Sociales ÍCONOS* (Vol. XXIV, N°67), pp. 17-37.

SOTO, Selene (2024): “Introducción”, en: RANK, Hartmut y BARBOZA, Miguel (coords.) y SOTO, Selene (ed.): *La Convención de Belém do Pará: comentarios sobre su historia, desarrollos y debates actuales* (Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung), pp. XV-XX.

WINTER, Jaime (2018): *Delitos contra la indemnidad sexual* (Santiago de Chile, DER ediciones).

ZELADA, Carlos y OCAMPO, Diego (2012): “Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Derecho en Libertad* (N°9), pp. 138-190.

ZÚÑIGA, Yanira (2020): “Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. CEDIDH, 2020”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WHUie-BiyK1Y&t=3452s> [Fecha de última consulta: 13.06.25].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Carta de la Organización de Estados Americanos, 30 de abril de 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), 09 de junio de 1994.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 09 de diciembre de 1985.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 02 de mayo de 1948.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997, serie C N°33.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 11 de marzo de 2005, serie C N°123.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 31 de enero de 2006, serie C N°140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 5 de julio de 2006, serie C N°150.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2006, serie C N°160.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 11 de mayo de 2007, serie C N°164.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008, serie C N°192.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, serie C N°205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 30 de agosto de 2010, serie C N°215.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 31 de agosto de 2010, serie C N°216.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011, serie C N°237.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012, serie C N°248.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2012, serie C N°263.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, serie C N°275.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014, serie C N°289.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 5 de febrero de 2018, serie C N°346.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, serie C N°350.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018, serie C N°371.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 12 de marzo de 2020, serie C N°402.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24 de junio de 2020, serie C N°405.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 26 de agosto de 2021, serie C N°431.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2022, serie C N°475.

“ME CUIDAN MIS AMIGAS”: EL RECONOCIMIENTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LA AMISTAD¹⁻²

“MY FRIENDS TAKE CARE OF ME”: THE SOCIAL AND LEGAL RECOGNITION OF FRIENDSHIP

Andrea Salazar Navia*

Resumen:

La amistad constituye un vínculo central en las redes cotidianas de cuidado y apoyo mutuo. Sin embargo, ni el derecho constitucional ni el derecho de familia le otorgan un estatus jurídico equivalente al de la pareja o la familia, lo que refleja su exclusión como forma legítima de vincularse.

Esta investigación, desde una perspectiva de género y transdisciplinaria, analiza cómo el derecho ha privilegiado históricamente a la familia neonuclear y a la pareja, invisibilizando otras formas de sostenimiento de la vida. A partir de un análisis cualitativo de fuentes legales, textos constitucionales

1 Artículo recibido el 31 de marzo de 2025 y aceptado el 16 de junio de 2025.

2 Agradezco especialmente a la Red Académica ALAS, al Seminario Austral y mis amistades por sus valiosos aportes y reflexiones a mi investigación doctoral. Asimismo, expreso mi especial gratitud a mi tutora y cotutora, Dra. Yanira Zúñiga y Dra. Francisca Pou, por su acompañamiento crítico y generoso durante este proceso.

* Magister en Derecho Constitucional por la U. Austral de Chile. Becaria ANID en el Programa de Doctorado en Derecho, mención constitucionalismo y derecho de la U. Austral de Chile.

 0000-0002-2128-903X. Dirección postal: Avenida Elena Haverbeck s/n, Valdivia. Correo electrónico: asalazarnavia@gmail.com.

y literatura especializada, se examina el papel del ordenamiento jurídico en la jerarquización de los vínculos y, con ello, en la distribución desigual del trabajo de cuidados.

Se discute el potencial transformador de tipificar figuras legales para los lazos amistosos, así como los riesgos de su posible institucionalización. El artículo discute el potencial transformador y presenta alternativas normativas como los acuerdos convivenciales de ayuda mutua en el derecho catalán, y propone figuras más amplias como los “acuerdos de cuidados”, que permitan integrar jurídicamente redes afectivas no familiares. Finalmente, se concluye que ampliar el campo del reconocimiento más allá de la familia podría contribuir a democratizar los cuidados y se advierte la necesidad de producir más conocimiento empírico sobre estas formas de vinculación desde una perspectiva feminista y decolonial.

Palabras clave:

Amistad, Cuidados, Familia, Matrimonio, Reconocimiento.

Abstract:

Friendship constitutes a central bond within everyday networks of care and mutual support. However, neither constitutional law nor family law grants it a legal status equivalent to that of the couple or the family, reflecting its exclusion as a legitimate form of affective relationality.

This article, from a transdisciplinary gender perspective, analyzes how the law has historically privileged the nuclear family and the couple, rendering invisible other ways of sustaining life. Based on a qualitative analysis of legal sources, constitutional texts, and specialized literature, it examines the role of law in the hierarchization of social bonds and, consequently, in the unequal distribution of care work.

The article explores the transformative potential of legally acknowledging friendship ties, as well as the risks associated with their institutionalization. It presents normative alternatives such as mutual support cohabitation agreements in Catalan law and proposes broader legal figures such as "care agreements" to integrate non-familial affective networks into the legal framework. The article concludes that expanding the field of legal recognition beyond the family may contribute to democratizing care, while emphasizing the need to strengthen empirical knowledge on these forms of relationality from a feminist and decolonial perspective.

Keywords:

Friendship, Care, Family, Marriage, Recognition.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los cuidados se han instalado con fuerza en el debate público y académico. Su reconocimiento como derecho humano³, la creación de sistemas nacionales de cuidados y la creciente producción teórica en torno al tema evidencian su centralidad⁴. Sin embargo, al analizar críticamente las narrativas que se despliegan en ellos, se observa que estas tienden a circunscribir las prácticas de cuidado a la pareja heterosexual y, en general, a las relaciones que nacen en el marco de la familia neonuclear⁵.

Si bien los cuidados que proporciona la familia son fundamentales, también existen vínculos que se constituyen entre amigas⁶, compañeras, vecinas y otras redes afectivas que proveen igual o más cuidados que los

3 MARTÍNEZ et al. (2024), p. 287.

4 BATHYÁNY (2021), p. 11.

5 A lo largo del texto usa el concepto de familia (neo) nuclear de FALQUET (2006). La autora acuña la expresión para subrayar que han existido transformaciones en la familia nuclear clásica como las familias homoparentales, pero que en lo sustantivo sigue teniendo las mismas características de la familia nuclear tradicional.

6 Este artículo está escrito en lenguaje inclusivo. En algunas ocasiones se utiliza el femenino como genérico.

lazos familiares⁷. Frente a ello, este artículo se pregunta si es necesario y deseable el reconocimiento legal de la amistad, o si, la amistad constituye un vínculo que, como sugiere la filósofa Marina Garcés, necesariamente se sitúa a contrapelo del Estado y en el que no hacen falta contratos⁸.

Para responder estas interrogantes, se combinó una revisión bibliográfica interdisciplinaria —jurídica, feminista y *queer*— con un análisis normativo centrado en el tratamiento constitucional y legal de los vínculos afectivos. En particular, se utilizó el comparador de constituciones desarrollado por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, que permite acceder a las diferentes constituciones de Chile y, por primera vez en castellano, a las constituciones políticas de 194 países, organizadas por conceptos e indicadores de contexto. Esta plataforma fue clave para indagar el lugar —o la omisión— de la amistad en el lenguaje constitucional contemporáneo.

El análisis se estructuró en cuatro ejes: (1) una indagación filosófica sobre la amistad y sus características; (2) el lugar de la amistad en el derecho constitucional y su contraste con la familia; (3) el matrimonio y los acuerdos de unión civil como acuerdos jurídicos de cuidado; y (4) una reflexión sobre las posibilidades y los límites del reconocimiento legal de amistades. Esta metodología permitió articular una mirada crítica sobre el régimen jurídico de los afectos.

2. LA AMISTAD DENTRO Y FUERA DEL DERECHO

Una de las consignas más significativas durante la última década de movilizaciones feministas es *me cuidan mis amigas, no la policía* o su variante *el Estado no me cuida, me cuidan mis amigas*. Estas frases condensan sentires y reflexiones que expresan no sólo una crítica al rol del Estado en la

7 TRIMBERGER (2002), p. 3.

8 SOUFI (2015).

precarización de la vida y la represión de la protesta social, sino también una afirmación potente sobre el valor de las prácticas de cuidado entre amistades, en especial, entre mujeres y disidencias sexogenéricas.

Sin embargo, esta comprensión de la amistad como práctica vital y política sigue siendo marginal. Las normas sociales y jurídicas tienden a invisibilizar los cuidados que se tejen entre amigas, lo que revela no sólo un sesgo de clase y raza⁹, sino también un sesgo a favor de un determinado tipo de cuidados: los que se dan dentro de la familia. Pero ¿son realmente distintos los cuidados que brindan las amistades de aquellos que ocurren en el plano familiar?

2.1. La amistad: aproximaciones conceptuales

La amistad es una palabra de uso común, pero de significado impreciso y aplicación ambigua. Esta ambigüedad tiene por resultado que con ella se designe a una gama amplia de relaciones sobre todo por exclusión: no se trata de un vínculo familiar basado en lazos de "sangre"; ni de una relación sexoafectiva¹⁰ o conyugal¹¹. Algunas aproximaciones buscan delimitar sus contornos definiéndola como una relación interpersonal cuyo lazo no se origina en la pertenencia a un mismo grupo de origen, ya sea familiar, cultural, político o religioso¹².

Una característica compartida en las distintas definiciones de amistad es que se trata de una asociación voluntaria que se basa en la reciprocidad, los cuidados y el afecto. Por supuesto, no todas las amistades implican los

9 Más adelante se profundizará en este punto, pero conviene advertir desde ya que el asumir modelo burgués, blanco y nuclear como universal invisibiliza las estrategias vinculares desarrolladas históricamente por mujeres, disidencias, comunidades empobrecidas y racializadas para sostener la vida.

10 Este es un punto controvertido porque en las amistades también pueden existir prácticas sexuales. Lo relevante, para efectos analíticos es distinguir a la amistad de los vínculos basados en la exclusividad sexualidad y afectiva.

11 BRAGA y BOTELHO (2019), p. 2.

12 VELA (2022), p. 52. Hay quienes consideran igualmente amistades a los vínculos que nacen de la afinidad política, como el caso de la "amistad política" entre mujeres, como reflexiona GUTIÉRREZ (2020).

mismos niveles de intimidad o compromiso: existen grados que van desde vínculos de mayor intimidad hasta relaciones más casuales. Las formas que adopta la amistad, su relevancia en la vida de las personas, la legitimidad o apoyo que proporcionan varían ampliamente. Cada uno de estos elementos “es consecuencia de su ubicación específica dentro de la formación social y económica”¹³.

Otra característica fundamental de la amistad es su carácter no institucionalizado. Las obligaciones que nacen de ella no tienen valor jurídico ni normativo; no se exigen ni se imponen de forma coercitiva¹⁴. Es más, existe un consenso social que asigna las responsabilidades materiales de cuidados principalmente a la pareja o a la familia nuclear, dejando a la amistad un lugar secundario. Como reflexiona Mariana Muscarel “pareciera que de la amistad solo esperamos ayuda y contención afectiva, pero lo material y concreto queda reservado a la pareja y la familia”¹⁵.

No obstante, diversos estudios dan cuenta que las redes de amistad cuidan tanto como la pareja y mucho más que los miembros de la familia. En “*Friendship networks and care*” se citan diferentes investigaciones cuantitativas y cualitativas que sustentan esta afirmación. Por ejemplo, el estudio de la Dra. Jody Heymann, directora del Centro para la Sociedad y la Salud de la Universidad de Harvard, en el que se entrevistó a 870 personas sobre la disminución del trabajo remunerado por tareas de cuidado. El análisis reveló que 25% del cuidado no remunerado es a otros hogares¹⁶.

En sintonía con los hallazgos internacionales, aunque en una proporción menor, los datos de la II Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo (ENUT) en Chile evidencian la importancia del trabajo de cuidados no remunerado hacia otros hogares. Un 11,3 % de las mujeres y un 7,1 % de los hombres participa en este tipo de cuidados, destinando ellas un promedio de 4 horas

13 ADAMS y ALLAN (1998), p. 11.

14 Ibid.

15 MUSCARCEL (2020), p. 57.

16 TRIMBERGER (2002), p. 4.

y 8 minutos diarios, y ellos 2 horas y 45 minutos a la semana, lo que refleja una brecha de tiempo de 1 hora y 23 minutos. Ahora bien, no es posible identificar con exactitud qué parte de esos cuidados se dirige específicamente a amistades, ya que la encuesta no discrimina entre vecinas, familiares o amigas, lo que oscurece la posibilidad de observar esas redes.

Más allá de su frecuencia, los cuidados que se tejen en el marco de la amistad han sido esenciales para comunidades excluidas del modelo de parentesco promovido por las clases dominantes. En la comunidad LGBTIQA+, los pueblos afrodescendientes y otros grupos subalternos, vínculos como laco-maternidad, amistad y vecindad han operado como redes de sostén fundamentales¹⁷. Ejemplos de ello son las redes de cuidados organizadas frente al VIH¹⁸ o las redes de cuidados trans que acogen a quienes han sido expulsadas por sus familias de origen¹⁹⁻²⁰. Para los grupos históricamente excluidos la amistad ha sido refugio y sostén cotidiano, pero también una opción de vida colectiva que interpela las nociones hegemónicas de cuidado. Desde ahí se abre “una reflexión más amplia sobre el parentesco, sobre a quién consideramos familia y sobre la centralidad de la amistad en nuestras relaciones”²¹.

2.2. Amistad y familia en las narrativas constitucionales

A diferencia de la familia, la amistad no se ha definido ni clasificado en constituciones ni leyes. El análisis de los textos constitucionales a través del comparador de constituciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de

17 HILL COLLINS (2002), p. 173.

18 TRIMBERGER (2002), p. 4.

19 Esta afirmación será desarrollada más adelante, pero conviene señalar que el énfasis exclusivo en los cuidados familiares delata un sesgo de clase y raza, en tanto es la clase alta —más adherida al modelo normativo de reproducción de la vida— la que ha tenido mayor capacidad para estructurar su vida en torno a la familia nuclear heterosexual. En cambio, los vínculos de amistad y redes no familiares han sido fundamentales para los grupos subalternos, como la comunidad LGTBIQA+, comunidades afrodescendientes y otros sectores históricamente excluidos del modelo de parentesco dominante.

20 DAROUICHE (2024), p. 62.

21 GUSMANO (2018), p. 106.

Chile muestra que el término “amistad” aparece en forma marginal en las constituciones políticas de los 194 países analizados. Las escasas menciones se limitan, en su mayoría, a declaraciones de principios en los preámbulos o a referencias en el ámbito de las relaciones internacionales, sin reconocer a la amistad como un vínculo social o jurídico relevante. De hecho, aunque cuarenta y seis constituciones a nivel mundial incluyen la palabra “amistad”, lo hacen para aludir a lazos de cooperación y solidaridad entre pueblos, naciones o estados y no para referirse a relaciones interpersonales²². Una tendencia similar se observa en documentos clave del derecho internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona a la “amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos”²³ o la Convención sobre los Derechos del Niño que alude a la amistad entre pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas indígenas²⁴.

El término “amigo” aparece en veintiún constituciones, aunque sólo en unos pocos casos con el sentido interpersonal que interesa a este trabajo. Por ejemplo, la Constitución de República Dominicana lo menciona al sancionar la provisión de ventajas a “asociados, familiares, allegados, amigos o relacionados”, en el marco de normas anticorrupción²⁵. Otras constituciones lo incluyen en el contexto del *habeas corpus* al establecer el derecho de llamar a un familiar, a *un amigo* o persona allegada en caso de detención²⁶. Como apunta Karst, en el *common law* el interés en la sociedad o la compañía de un socio íntimo ha sido considerado desde hace mucho tiempo como fundamental²⁷.

22 Sólo la Constitución de Maldivas de 2008 usa el concepto para referirse a este tipo de vínculos al disponer que es una responsabilidad de todos los ciudadanos el fomentar “la amistad entre todas las personas y grupos”.

23 Art. 26.2.

24 Art. 29 d).

25 Este tipo de disposiciones se repiten en varios ordenamientos en la regulación de las pruebas testimoniales, leyes contra el nepotismo y el amiguismo.

26 Artículo 42 2: de la Constitución Papúa Nueva Guinea: se permitirá, siempre que sea posible, comunicarse sin demora y en privado con un miembro de su familia o un amigo personal, y con un abogado de su elección (incluido el Procurador Público si tiene derecho a asistencia letrada).”

27 KARST (1980), p. 631.

En contraste, el concepto de "familia" aparece de forma amplia y reiterada en la mayoría de las constituciones con disposiciones que la reconocen como unidad básica de la sociedad y objeto de especial protección estatal. Esta asimetría en el tratamiento constitucional de la familia respecto de la amistad revela una visión normativa que privilegia los vínculos familiares en la organización de la vida social y jurídica. La amistad se reconoce en pocos casos como vínculo fundante o base de la sociedad, la nación o comunidad política. Esta exclusión de la amistad no es casual. En las constituciones se sutura a la pareja con la nación o como señala Ochy Curiel, se sintetiza la "heteronación", es decir, la nación y su construcción imaginaria basada en el régimen de la heterosexualidad, a través de la ideología de la diferencia sexual, y ésta, a su vez, en las instituciones como la familia y el parentesco²⁸.

Sin embargo, esta narrativa constitucional se encuentra tensionada por transformaciones sociales en los acuerdos domésticos y de cuidado. Según la encuesta CASEN 2015, si en 1990 el 67,8 % de las personas mayores de 30 años en Chile estaban casadas, para 2015 esta cifra descendía al 47,3 %, lo que indica que más de la mitad ya no vivía bajo el marco matrimonial²⁹. La tasa de nupcialidad ha mostrado una tendencia sostenida a la baja. En 2015 se celebraron 61.744 matrimonios, y en 2024, 61.119, lo que sugiere una estabilización en niveles bajos. La incorporación del Acuerdo de Unión Civil en 2015 tampoco modificó esta trayectoria, lo que sugiere un cambio estructural en las formas de construir vínculos afectivos y organizar la vida en común³⁰.

Este giro no implica un repliegue hacia la individualización o la ausencia de vínculos, sino que evidencia la proliferación de formas de afecto y cuidado que desbordan el modelo conyugal. Como señala David Chambers, muchas personas solteras tienen a alguien en su vida a quien cuidarían, de quien querrían recibir cuidados, o a quien nombrarían heredero si debieran

28 CURIEL (2013), p. 56.

29 MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2015), p. 1.

30 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2025).

escribir un testamento. Existen múltiples formas de reproducir la vida, y si bien la diversidad de familias ha sido reconocida como un rasgo distintivo de la época actual, lo que realmente caracteriza a nuestros tiempos es la pluralidad de arreglos de cuidados³¹.

El derecho constitucional ha comenzado, aunque de forma limitada, a responder a estos cambios. En algunos casos, se ha ampliado la noción de familia mediante la desvinculación entre matrimonio y familia, la equiparación de filiaciones y el reconocimiento de distintos modelos familiares. Estos modelos podrían, eventualmente, acoger la variedad de prácticas de intimidad y cuidado que la categoría tradicional de familia no alcanza a representar.

En este contexto, es relevante observar que muchas de las funciones que históricamente se han asignado a la familia —como el cuidado, la intimidad y la autoidentificación— también son características propias de los vínculos de amistad. Las amistades cercanas no difieren sustantivamente de los matrimonios, las relaciones filiales u otras agrupaciones de parientes.

El análisis de las constituciones latinoamericanas permite modelar el tipo de acuerdos de cuidados que el derecho está dispuesto a proteger. En su mayoría, estas cartas fundamentales declaran que la familia es la base, célula, núcleo o fundamento de la sociedad³², sin mención alguna a la amistad. Algunas incluso establecen que el matrimonio es la base de la familia y mandatan al Estado a su promoción³³, aunque también reconocen a las parejas heterosexuales no casadas³⁴: parejas o uniones de hecho. Solo tres constituciones de la región— la ecuatoriana³⁵, cubana³⁶ y colombiana³⁷— reconocen

31 CHAMBERS (2001).

32 Brasil (art. 226); Bolivia (art. 52); 226; Paraguay (art. 49); Colombia (art. 42); Costa Rica (art. 51); Cuba (art. 81); Ecuador (art. 67); Chile (art.1 inc. II); El Salvador (art. 32); Nicaragua (art. 70); Venezuela (art. 75); Uruguay (art. 40); República Dominicana (art. 55).

33 Perú (art. 4); El Salvador (art. 32 inc. II); Costa Rica (art. 52); Guatemala (art. 47).

34 Solo la constitución de Honduras prohíbe de manera explícita el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

35 Artículo 67.

36 Artículo 81 y artículo 82.

37 Artículo 42 inciso I.

explícitamente la diversidad de familias. Aun así, dicha diversidad suele entenderse como formas de pareja, excepto en el caso de Cuba que protege constitucionalmente a las familias “cualquiera sea su forma de organización”.

Más allá del texto constitucional formal, alguna jurisprudencia ha abierto líneas de fuga frente a la concepción tradicional. La Corte Constitucional colombiana³⁸ ha interpretado, por ejemplo, que unas de las modalidades de familias constituidas “por la voluntad responsable de conformar un hogar” son las conformadas por parejas del mismo sexo, pero también las triejas³⁹. Asimismo, se pueden mencionar fallos sobre multiparentalidad en Brasil, Chile y Argentina, donde se reconocen triples vínculos de filiación⁴⁰.

La propuesta de nueva constitución elaborada por la Convención Constitucional chilena —aunque no fue aprobada— avanzó en este sentido al establecer que el Estado reconoce y protege a las familias en sus diversas formas, expresiones y modos de vida, “no restringiéndose a vínculos exclusivamente filiativos y consanguíneos”⁴¹. Esta formulación habría permitido incluir, al menos simbólicamente, redes de cuidado basadas en la amistad como formas legítimas de familia. La propuesta del Consejo Constitucional, por su parte, en su artículo 1 n°2 establecía “Es deber del Estado y la sociedad dar protección a las familias y propender a su fortalecimiento”. Norma que, si bien era más restrictiva que la de la Convención Constitucional, también era más amplia que la norma actual y permitía reconocer a familias diversas.

Cabe preguntarse si es deseable o útil disputar el concepto de familia para incluir en él a los vínculos amistosos. Esta estrategia puede tener alcances normativos significativos, pero no debe soslayarse que la familia ha sido también una institución con una importante carga social y política para mu-

38 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol C-577-2011, de 26 de julio de 2011.

39 En la sentencia de Tribunal Superior de Medellín, número de radicado: 050013105007 2015-01955 01, de 28 de mayo 05 de 2019 el tribunal estableció que los demandantes compartían “techo, lecho y mesa”, elementos propios de la convivencia y con ello se construyó un concepto de familia en respeto de la libertad de desarrollo personal y la autonomía.

40 ESPEJO y LATHTROP (2020), p. 110.

41 CONVENCION CONSTITUCIONAL (2022), p. 7.

jeros y disidencias. De hecho, ha sido calificada como la institución social que más acusa las diferencias de género⁴². Además, como advierte Martha Ackelsberg: “utilizar el lenguaje del parentesco para describir poderosos vínculos no familiares refuerza la primacía ideológica de las familias tradicionalmente construidas y oculta las desigualdades sociales que a menudo se perpetúan a través de las familias”⁴³.

3. LA JERARQUIZACIÓN DE LA PAREJA FRENTE A LA AMISTAD

La jerarquía de las relaciones íntimas que sitúa a la pareja sexual en la cúspide y relega a la amistad a un vínculo de cuidados y afectos de segundo orden se reproduce a través de diferentes prácticas sociales y culturales y, sobre todo, a través el aparato jurídico del Estado, sus leyes y políticas públicas. En este apartado se analizan algunas normas sociales y jurídicas que jerarquizan a la pareja heterosexual, monógama y cohabitante frente a otros vínculos de convivencia, cuidado y reproducción de la vida cotidiana.

3.1. El régimen vincular contemporáneo

Para comenzar es necesario advertir una cuestión que puede parecer obvia: la forma en que nos relacionamos no obedece únicamente a decisiones o preferencias individuales, sino que está atravesada por un complejo entramado de normas e instituciones políticas, jurídicas y sociales que legitiman –o no– las relaciones de afecto y cuidados.

A lo largo de la historia han operado diferentes mecanismos para garantizar el emparejamiento, en especial entre hombres y mujeres, y disuadir a las personas de conformar otro tipo de vínculos para sostener la vida. Adrienne

42 Sobre el rol de la familia en las desigualdades de género véase FINEMAN (1995).

43 ACKELSBURG (2010), p. 209.

Rich, en "Heterosexualidad obligatoria"⁴⁴, expone como la persecución de brujas, la teología, la ciencia y otras instituciones han forzado los vínculos de pareja y obstaculizado la creación de otras modalidades de afecto y cuidado⁴⁵.

La antropóloga Gayle Rubin advierte que no sólo existe una jerarquía de las parejas heterosexuales, sino un sistema más amplio de valores sexuales que pone en la cúspide a las relaciones heterosexuales, maritales, monógamas, reproductivas y no comerciales⁴⁶. Desde el campo de los estudios sobre no monogamias se ha profundizado en esta tesis argumentando que dicha jerarquización no se limita a las parejas o a los valores sexuales, sino que se extiende a todas las relaciones de apoyo mutuo y cuidados⁴⁷.

Esta jerarquización de la intimidad se configura mediante el ensamble de tres regímenes normativos: la mononormatividad, la heterosexualidad obligatoria y la amatonormatividad. La "mononormatividad", alude al conjunto de normas que impone la existencia de una única relación sexoafectiva que responda a todas las necesidades, aspiraciones, deseos y proyectos⁴⁸. La "heteronormatividad", por su parte, es el conjunto de normas que privilegian la heterosexualidad como el estándar de normalidad⁴⁹, con la pareja heterosexual como su modelo ideal. La "amatonormatividad", se refiere a la sobrevaloración social y cultural desproporcionada en las relaciones amorosas, matrimoniales y de pareja, en desmedro de las amistades y otras formas de íntimas⁵⁰. Así, una de las características definitorias de este ensamble normativo es la relevancia que se le otorga a la pareja frente a la amistad y otros vínculos de cuidado y apoyo mutuo.

44 RICH (1980), p. 15.

45 Un ejemplo paradigmático es la persecución de a las mujeres que escaparon del mandato del matrimonio al ingresar a organizaciones laicas autónomas a las jurisdicciones eclesiásticas o instituciones religiosas durante la Edad Media.

46 RUBIN (1989), p. 136.

47 ESTEBAN (2023), p. 33.

48 Sobre la "mononormatividad" o "monogamia obligatoria" puede consultarse a PIPER y BAUER (2005) y a EMENS (2003).

49 WITTIG (2006), p. 45

50 BRAKE (2012), p. 81.

Este régimen vincular atraviesa las vidas humanas mediante marcos conceptuales y normativos que controlan lo personal y lo íntimo, privatizando las emociones, el cuerpo, la sexualidad⁵¹ y los cuidados. Para que esto sea posible se establece una jerarquía afectiva a partir de la consagración de derechos y beneficios a las personas que contraen matrimonio, pactan acuerdos de unión civil o legitiman su convivencia y con ello a las relaciones de cuidado que se dan en su interior. De esta forma, la pareja monogámica no sólo es un ideal, sino también una necesidad material producto de los privilegios que otorga a quienes encarnan esa forma de vida⁵².

Si bien la lógica de la pareja es reproducida mayoritariamente por heterosexuales, también ha permeado a las disidencias sexogenéricas caracterizadas históricamente por construir formas alternativas de cuidado y reproducción de la vida⁵³. Como plantea Jules Falquet esto se debe a una serie de factores que van desde los efectos de la precarización material de la vida; la ausencia de propuestas colectivas —no sólo en el ámbito de la sexualidad y el amor, sino en la organización material cotidiana— y un entramado cultural que impone esa forma de reproducir la vida como la única válida o, al menos, la que tiene más legitimidad⁵⁴.

La reproducción de este régimen vincular no es inocua. Este sistema es, a la vez, una rueda distribuidora de privilegios⁵⁵ y una forma de organización de los vínculos que incentiva la privatización de los afectos y de los cuidados y, por consiguiente, obstaculiza la creación y mantención de vínculos de apoyo mutuo no mediados por el amor romántico, reproduce desigualdades y fomenta la violencia de género. Primero, porque si bien la pareja ha sido una estrategia de sobrevivencia y “la principal garantía de una estabilidad mínima para la gran mayoría de las mujeres del mundo”⁵⁶, no se

51 CLÉMENCE X (2020).

52 FALQUET (2006), p. 14.

53 WESTON (1997), p. 21.

54 FALQUET (2006), p. 14.

55 VASALLO (2022), p. 35.

56 FALQUET (2006), p. 59.

puede negar que el amor romántico es uno de los principales factores de que se sostengan relaciones en las que existe violencia⁵⁷. Segundo, porque las estadísticas siguen mostrando importantes desigualdades en la distribución del trabajo doméstico dentro de las parejas heterosexuales⁵⁸ lo que repercute directamente en la organización del tiempo y en el acceso al tiempo libre, especialmente en las mujeres. Quizás si se fomentaran otro tipo de arreglos de cuidado más allá de la pareja, la distribución de estas tareas, en términos de género, sería más equitativa. Tercero, porque este régimen vincular excluye a quienes reproducen la vida fuera de la forma pareja, exponiéndoles a la violencia, la precarización y el abandono⁵⁹. Cuarto, porque dificulta la provisión de cuidados entre amistades y comunidades, a pesar a la importancia y eficacia de estas redes para sostener la vida cotidiana.

Como se señaló con anterioridad, uno de los dispositivos más relevantes para la construcción de la actual "pirámide vincular" es el Derecho, particularmente a través de la institución del matrimonio, los acuerdos de unión civil y la regulación de las parejas, con sus correlativos derechos y privilegios. Si bien el matrimonio ha ostentado históricamente un estatus superior que otras formas de relación de pareja legalmente reconocidas⁶⁰, en las últimas décadas estas han sido progresivamente homologadas en cuanto a derechos, obligaciones y deberes.

Dentro de los derechos y beneficios de la pareja, a nivel legal, se pueden mencionar: el derecho a suceder y acceder a pensiones de sobrevivencia en caso de fallecimiento de una de las cónyuges o convivientes civiles⁶¹;

57 TORRES (2021), p. 151.

58 En Chile, según la II Encuesta Nacional del Uso del Tiempo (ENUT) 2023 del INE, en un día tipo, las mujeres dedican en promedio 4 horas y 57 minutos al trabajo no remunerado, mientras que los hombres destinan 2 horas y 52 minutos, lo que representa una brecha de género de 2 horas y 5 minutos en desmedro de las mujeres.

59 FALQUET(2006), p. 60.

60 CASE (2021), p. 1.

61 El sistema chileno abarca a les cónyuges, convivientes bajo acuerdo de unión civil, el padre o madre de hija de filiación no matrimonial, las hijas y ma/padres a falta de todos las anteriores (Decreto Ley N°3.500, de 1980). En otros países, como en México, este tipo de pensiones se otorgan a las cónyuges y concubinas. En Colombia, se extiende la cobertura a las hermanas y

los permisos laborales pagados para ausentarse por determinados eventos o labores de cuidado vinculadas a la pareja⁶²; beneficios económicos por sostener por determinado tiempo el vínculo, como el bono “bodas de oro”, entregado a parejas que cumplen 50 años de matrimonio en Chile; disposiciones migratorias que entregan facilidades a cónyuges como la adquisición privilegiada de la ciudadanía o permisos de residencias⁶³; leyes de adopción que priorizan a la pareja conyugal⁶⁴; entre otras.

Que no existan licencias o permisos pagados para ausentarse del trabajo para cuidar a una amiga enferma; que las amistades no sean consideradas vínculos habilitantes para adoptar ni para acceder a derechos sucesorios evidencia cómo el orden jurídico privilegia la forma conyugal sobre otras formas de vínculo.

3.2. El matrimonio y los acuerdos de unión civil como contratos de cuidado

en España se incorpora además a las nietas y abuelas.

62 En Estados Unidos, la Ley de Licencia Familiar y Médica permite a los empleados tomar licencia en un año para cuidar a un familiar enfermo; en España hay permisos en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; en Francia, por eventos familiares como muerte de cónyuge o pareja, padre o madre, hermano o hermana, suegros, matrimonio de un hijo o enfermedad del cónyuge del trabajador; en Argentina, por matrimonio y fallecimiento del cónyuge o conviviente; en Brasil, por fallecimiento de cónyuge, padre, hijo, hermano, pero también por personas que viven bajo su dependencia económica; en México, por cuidados médicos cuando un hijo hasta 16 años padezca cáncer. Sólo en Suiza y Alemania se establece el derecho a permisos sin una causal específica y que podría considerar, por lo tanto, los eventos referidos a las amistades.

63 A modo de ejemplo se puede mencionar el artículo 75 de la Constitución uruguaya que hace una distinción, de tres años para la obtención de la ciudadanía legal, entre las personas con familia versus las personas sin familia.

64 En Chile, la Ley N°19.620 de 1999 establece un orden de prelación respecto a los solicitantes de la adopción, el cual se organiza de la siguiente manera: (i) en el primer orden se encuentran los cónyuges chilenos o extranjeros con residencia en Chile; (ii) en el segundo orden, los cónyuges no residentes; y (iii) en el tercer orden, las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia en el país. Recientemente fue aprobado por el Congreso Nacional un proyecto de ley que introduce una reforma integral al sistema de adopción en Chile, el cual se encuentra actualmente en proceso de promulgación.

Los derechos y privilegios asignados a la pareja se originan en el derecho sexual o derecho conyugal, pilar fundamental del orden social patriarcal legitimado por el contractualismo liberal⁶⁵. Carole Pateman señala al respecto:

El pacto originario es tanto un pacto sexual como un contrato social, es sexual en el sentido de que es patriarcal —es decir, el contrato establece el derecho político de los varones sobre las mujeres— y también es sexual en el sentido de que establece un orden de acceso de los varones al cuerpo de las mujeres⁶⁶.

Este contrato sexual tiene como una de sus funciones centralizar la reproducción social —la mantención y renovación de la fuerza de trabajo— en la esfera doméstica, cargando esa responsabilidad sobre las mujeres, especialmente sobre aquellas racializadas y precarizadas. Así, el matrimonio y los acuerdos de unión civil operan como engranajes clave en, primero, la cadena de apropiación del trabajo de mujeres⁶⁷; segundo, en la exclusión de la amistad, las redes de vecindad y los lazos de compañerismo como vínculos fundamentales y legítimos para el sostenimiento de la vida; y, tercero, en el cercamiento de las relaciones entre mujeres y disidencias a través de la imposición de mediaciones patriarcales⁶⁸. Este cercamiento puede observarse en la propia historia del derecho civil chileno. La liberalización del matrimonio —su incorporación al Código Civil de 1855 y la reforma en 1884— instituyó un muro circundante al hogar, frontera respecto al espacio

65 PATEMAN (1995), p. 9.

66 *Ibid.*, p. 11.

67 Este análisis no tiene, en ningún caso, una pretensión universalista. Las formas de parentesco y el trabajo de cuidados no remunerado asociado a ellas no significan lo mismo para todas las comunidades. Hay autoras que apuntan a que no todas las experiencias familiares y/o de trabajo doméstico son inherentemente opresivas. Sobre este punto véase HILL COLLINS (2002). Esta autora señala, por ejemplo, que para las mujeres negras el trabajo doméstico y de cuidados ha sido a la vez limitación y empoderamiento.

68 Sobre este tema véase a GUTIÉRREZ (2020), quienes utilizan este concepto para dar cuenta del bloqueo —impedimento, negación, desconocimiento, deformación, ruptura— de las relaciones entre mujeres bajo el capitalismo-colonial.

público⁶⁹, pero también de las formas comunitarias. La familia nuclear, en este marco, se define precisamente por su escisión respecto a la comunidad, la familia extendida y las amistades.

Ahora bien, la instauración del contrato sexual matrimonial en América Latina estuvo estrechamente ligado a los procesos de formación del Estado-nación y, con ello, a la necesidad de arrancar de cuajo las normas morales preexistentes en nombre del desarrollo y la modernidad. Esto implicó, por ejemplo, degradar a la sexualidad mapuche y su orden social familiar basado en la poligamia⁷⁰. El nuevo modelo de familia nuclear monógama occidental fue promovido como el espacio de los lazos “naturales” estructurado en torno a relaciones jerárquicas basadas en vínculos de dependencia y obediencia de una mujer hacia el marido⁷¹. Presentada como una elección, la familia se convirtió en el mecanismo más eficaz para disciplinar y organizar —a bajo costo— la reproducción de la fuerza de trabajo y garantizar el pago de las deudas⁷².

Un análisis de las disposiciones del Código Civil de 1855, de la primera ley de matrimonio civil en Chile y de la normativa actual, permite identificar el carácter sexual y reproductivo del matrimonio como uno de sus elementos constitutivos. Primero, porque uno de sus fines explícitos es la procreación, tal como lo establece el artículo 102. Esto tiene sentido en “asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia”⁷³.

69 RENGIFO (2022), p. 126.

70 MILLALEO (2025), p. 430.

71 RENGIFO (2022), p. 62.

72 LEWIS (2023), p. 21.

73 ARANCIBIA y CORNEJO (2014), p. 280.

Segundo, porque es un contrato cisheterosexual⁷⁴: en sus orígenes y durante más de un siglo, se construyó sobre la base de identidades binarias cisgénero, con una clara determinación de roles de género en su interior. En ese sentido, se puede además observar el cruce entre colonialidad y género en las disposiciones civiles, pues tanto el dimorfismo biológico y el heterosexualismo son pilares de la organización colonial del género⁷⁵. Así, por ejemplo, el Código Civil de 1855 establecía que el hombre debía proteger y sustentar a la mujer, a cambio de su obediencia. Esta subordinación quedaba explícita en el inciso segundo del artículo 131⁷⁶ y en el artículo 133 que facultaba al marido para obligar a su esposa a vivir con él y seguirlo "adonde quiera que traslade su residencia".

Tercero, porque el matrimonio consagra la monogamia obligatoria. Como explican Mayorga, Valencia y Arranz, "el matrimonio implica la unión exclusiva y singular entre dos personas. Esta singularidad resalta la particularidad del vínculo matrimonial"⁷⁷. Este deber de fidelidad entre los cónyuges fue acompañada de la penalización del adulterio hasta los años noventa del siglo XX⁷⁸. Penalización que estaba, por cierto, diferenciada por género.

Desde la teoría feminista se ha profundizado en dichas características del matrimonio, revelando su papel estructural en la subordinación de las mujeres. Tales elementos tienen estrecha relación con el carácter del matrimonio y del acuerdo de unión civil como contratos de cuidados y, por lo tanto, con una función fundamental de la familia: privatizar los cuidados⁷⁹. El artículo 102 del Código Civil establece, además de la procreación, el "vivir juntos y

74 El año 2021 con la Ley N°21.400 se eliminó el requisito de que las partes sean de distinto sexo, permitiendo que el matrimonio se celebre por pareja del mismo sexo. La Ley N°21.400 posicionó a Chile como el vigésimo quinto país en el mundo en reconocer oficialmente el matrimonio homosexual.

75 LUGONES (2008), p. 85.

76 Artículo 131 inc. II del Código Civil de 1855: El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido.

77 MAYORGA et al. (2024), p. 11.

78 TURNER (2018), p. 106.

79 WEEKS (2021), p. 433.

auxiliarse mutuamente” como uno de los fines del matrimonio. Asimismo, dentro de las obligaciones y derechos entre cónyuges se establece además del deber fidelidad, el deber de socorro y ayuda mutua. Cuestión similar ocurre con el artículo 14 de la Ley N°20.830, ley que crea el acuerdo de unión civil, “los convivientes civiles se deberán ayuda mutua”⁸⁰.

Este deber de auxilio y ayuda mutua implica cuidado y atención personal en todas las circunstancias de la vida mientras dure el matrimonio⁸¹, pero incluso más allá de él⁸². Como sostiene Christine Delphy el divorcio no es la ruptura del matrimonio, sino su transformación: “el matrimonio y el divorcio pueden ser considerados como dos modos de obtener resultados similares: la atribución colectiva a las mujeres del cuidado de los niños y la dispensa colectiva a los varones de tal responsabilidad”⁸³. Tras la separación, muchas mujeres continúan siendo las principales cuidadoras de las hijas en común, pero también de sus exparejas y sus familias, especialmente si no existen otras mujeres y disidencias que puedan cumplir con esas tareas. Este trabajo no recae sólo en la esposa, sino en todo el entorno feminizado de quien se empareja. Como plantea Colette Guillaumin, no sólo se trata de la esposa, sino también del grupo de las mujeres que la rodean⁸⁴.

En el ordenamiento jurídico mexicano, el Código Civil del Distrito Federal —a finales del siglo XIX— definía el matrimonio en su artículo 155 como una “sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Frente a la crisis que enfrenta el mundo ¿quién no querría compartir

80 Ley N°20.830, de 2015.

81 MAYORGA et al. (2024), p. 18.

82 Según cifras del INE en el año 2021 en el 53,1% la custodia de los hijos en caso de divorcio o separación se le otorgó a la madre (54,5% en el año anterior), en el 3,5% al padre (3,9% en 2020), en el 43,1% fue compartida (41,4% en 2020) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares.

83 DELPHY (1984), p. 102.

84 GUILLAUMIN (2005), p. 26.

el peso de la vida con otras personas? La cuestión es por qué restringir esa posibilidad a la pareja. ¿Debe el “gamos” —la unión conyugal— seguir siendo la única forma legítima de organizar los afectos y reproducir la vida?

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA AMISTAD

En el desarrollo de este trabajo surgió una observación de mis pares que permite introducir un elemento central del análisis: la inquietud respecto de la intervención del Estado en la esfera de la intimidad. Esta preocupación recuerda una anécdota relatada por Laura Rosenbury en su libro “*Friends with Benefits*”, donde señala que sus colegas le preguntaron que si acaso estaba proponiendo que el Estado regulara la amistad. Este tipo de interpe-laciones, dirigidas con frecuencia a quienes investigan estos temas, reflejan una creencia persistente: que la amistad —y la intimidad en general— se sitúan fuera del ámbito de la regulación jurídica.

4.1. ¿Es necesario el reconocimiento jurídico de la amistad?

Para abordar esta pregunta, el primer paso es comprender que lo familiar y lo íntimo han sido históricamente regulados. Durante siglos, se construyó la narrativa de que era una esfera que no debía ser interferida, un espacio contrapuesto al ámbito público y, por lo tanto, ajeno a la injerencia del Estado. Sin embargo, desde los orígenes del derecho de familia, ha existido un ambivalente e intermitente interés en la ordenación de las relaciones íntimas:

la pauta de intervención mínima en que se han basado las regulaciones de derecho privado no impidió la presencia de severas indicaciones jurídicas en algunos aspectos de la vida privada, fundamentalmente aspectos más íntimos de la vida de las personas, como el matrimonio, la sexualidad, la reproducción y la familia⁸⁵.

85 ÁLVAREZ (2021), p. 32.

Desde los feminismos se cuestionó esta división entre lo público y lo privado no sólo por esta ambivalencia, sino también por las profundas repercusiones del uso de la pauta de intervención mínima: desigualdades, abusos y violencias normalizadas al interior del hogar.

Ahora bien, el ámbito íntimo del que se habla, al menos en la filosofía política occidental, ha sido pensado en relación con la unión entre el hombre y la mujer y, por lo tanto, en la familia nuclear. En ello, el Estado está profundamente implicado, como agente constitutivo “en la formación y funcionamiento de las familias”⁸⁶ y, en general, de la intimidad. Como señala Susan Moller Okin, la pregunta no es si debe intervenir, sino cómo debe hacerlo⁸⁷.

En ese sentido, si bien la intervención en la vida familiar e íntima es un hecho, ello no impide interrogar críticamente las consecuencias que tiene la institucionalización o exclusión de ciertas prácticas sociales. Es clave preguntarse qué vínculos se tornan ilegítimos, abyectos o irreconocibles tras la sanción estatal y si ello contribuye o no a la transformación del orden existente.

Ahora bien, reconocer la amistad exige visibilizar que el Estado ya interviene en su formación, principalmente, a partir de la división entre amistad y familia. No se puede obviar que las prácticas de cuidado de quienes se autoidentifican como amistades están influidas por las normas jurídicas vigentes y la distinción que éstas hacen entre las prácticas de cuidado. Esto porque existe una relación importante entre el orden legal y el orden material de las prácticas sociales⁸⁸. En el caso del derecho de familia es claro que éste no sólo describe y regula las prácticas de cuidado existentes, sino que modela dichas relaciones en torno a una fantasía normativa de familia

86 OLSEN (1989), p. 837.

87 MOLLER OKIN (1997), p. 18.

88 GIANNONI y MORRONI (2020), p. 65.

neonuclear que obvia que muchas personas viven solas o en formas creativas, contingentes, colectivizadas o parcialmente colectivizadas, y que, por supuesto, no se ajustan a dicho ideal.

Las relaciones de cuidado, por consiguiente, se adaptan, marginan o intentan transformar la norma, pero, de una u otra manera, se ven afectadas por ella. Las normas pueden alentar —o desalentar— a las personas a entablar cierto tipo de relaciones para ajustarse al modo de vida privilegiado por el reconocimiento legal⁸⁹. Como se describió en apartados anteriores, la legitimación del Estado, a través de derechos y obligaciones, implican un refuerzo material de la relación, “esto influye no tanto en el grado de compromiso de ayuda mutua que caracteriza a cada relación, como en las posibilidades concretas de mantener este compromiso en los distintos casos”⁹⁰. En ese sentido, que exista la posibilidad, por ejemplo, de suscribir acuerdos de cuidado con amistades y que dicho estatus permita tener derechos hasta ahora reservados para la pareja, podría alentar, principalmente, a mujeres y disidencias a sostener la vida en agrupaciones más igualitarias que las familias.

Se debe considerar además del componente material del reconocimiento la dimensión simbólica. Esta entrega una legitimidad social no menor, pues confiere estatus al vínculo y un sello oficial de aprobación que da cuenta de las relaciones que son dignas de respeto por la comunidad política. Como señala Butler a propósito del matrimonio, este impone el reconocimiento “universal”, basta con ese sello para hacer una serie de designaciones recíprocas por defecto.

Para reflexionar sobre el reconocimiento de la amistad, es útil el enfoque de Judith Butler respecto al “matrimonio homosexual”⁹¹. Al igual que en ese debate, no es sencillo adoptar una postura única frente al reconocimiento

89 ROSENBURY (2007), p. 200.

90 ACQUISTAPACE (2010), p. 10.

91 BUTLER (2005), p. 3.

estatal de los vínculos amistosos. Por ejemplo, se puede defender el derecho de las personas a legalizar sus amistades sin necesariamente desearlo para una misma. Del mismo modo, es posible que se apoye su reconocimiento por considerarlo una vía para subvertir las jerarquías del régimen vincular vigente, o que, por el contrario, se critique por el riesgo de que dichas formas de cuidado y apoyo mutuo se tornen aún más normativas y conservadoras.

Quienes desconfían de la legitimidad que otorga el Estado o, al menos, consideran que la legitimidad es un arma de doble filo, suelen argumentar que es deseable —el aparente— silencio del Estado frente a la amistad. No pocas autoras sostienen, en esa dirección, que los beneficios de la amistad se derivan precisamente de su condición de estar “fuera de la ley”⁹².

Por consiguiente, se debe tener en cuenta, tanto el potencial del reconocimiento de la amistad para alterar las jerarquías actuales, como el riesgo de reinscribir nuevas jerarquías de cuidado con ello. Para eso es fundamental mantener una relación crítica con las normas que distinguen entre lo legítimo y lo ilegítimo y con las nuevas formas de sustentar y extender el poder estatal, sobre todo ante el avance de los autoritarismos a nivel global.

5. ALTERNATIVAS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA AMISTAD

Existen diferentes argumentos filosóficos para sostener la necesidad de reconocimiento de la amistad. Usando los argumentos vertidos en la discusión del matrimonio igualitario se puede recurrir, primero, a que las personas deben tener libertad para escoger con quien desarrollar su proyecto de vida. Que el Estado limite esta decisión a la pareja constituye una forma de discriminación que vulnera la igualdad ante la ley. La feminista Karen Struening aboga, en esa línea, por una “libertad de asociación íntima” que implique “no sólo en redefinir la estructura y la composición de la familia

92 GUSMANO (2018), p. 91.

convencional, sino en redefinir los papeles de madre, padre, marido, mujer, amante y amigo y el significado de la familia, la amistad y otras formas de relación y asociación íntimas”⁹³.

Además del argumento de la autonomía o la libertad, resulta necesario preguntarse por el propósito de la institución⁹⁴. Si la procreación y la cohabitación son cada vez menos consideradas el *telos* del matrimonio y la familia, y en su lugar se privilegia el apoyo mutuo y la construcción de un proyecto de vida en común, ¿qué razón justifica excluir a otros tipos de uniones basadas en el cuidado?

Con base a este fundamento, un camino —quizás el menos disruptivo— consiste en exigir que la amistad sea reconocida como una forma de familia y se le otorguen los mismos derechos y obligaciones. En los últimos años la judicatura, ha ido reconociendo la diversidad familiar, aprovechando la indeterminación del concepto constitucional de familia y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. Sin embargo, el límite ha sido claro: sólo se han reconocido vínculos basados en relaciones sexuales y/ románticas o las multiparentalidades. Ahora, en el contexto político actual, puede ser una estrategia adecuada ampliar los límites de quiénes y qué son las familias y, al mismo tiempo, señalar los límites de éstas y buscar alternativas. La importancia de esta segunda tarea es clave ante el riesgo de seguir ubicando a la familia como la única institución legítima de prestación de cuidados⁹⁵.

Otro camino posible es no disputar la inclusión de la amistad bajo el concepto de la familia, sino más bien en abogar por restarle privilegios a esta última. Considerando que la familia tiene una larga historia opresiva, sexista y racista que excluye de manera sistemática a otras relaciones de cuidado, y considerando que “cuanto más fuertes se espera que sean las familias,

93 STRUENING (1996), p. 138.

94 SANDEL (2010), p. 403.

95 ACKELSBERG (2010), p. 225.

y cuanto mayor apoyo representan, más débiles se vuelven el resto de las instituciones de apoyo que hay fuera de ella”⁹⁶, surge como alternativa la posibilidad de abogar por su abolición⁹⁷. Una opción es prescindir de esta como núcleo fundamental del Estado y que, como plantea Martha Fineman, se le dejen de asignar beneficios a los matrimonios o relaciones similares y, en cambio, se apoyen directamente a las relaciones de cuidado proporcionando beneficios a las unidades familiares que cuidan a niñas, personas enfermas o mayores⁹⁸ o a quienes cuidan, independiente de la existencia de vínculos de parentesco.

Es importante advertir en un momento de extrema precarización neoliberal y profundización de los discursos individualistas, se debe tener cautela con reforzar a la familia nuclear, pero también con quitarle privilegios a las familias sin potenciar, al mismo tiempo, otras formas colectivas de reproducción de la vida. De no hacerlo, se podría tener la consecuencia indeseada de aumentar aún más el individualismo y las desigualdades.

Existen propuestas que no buscan abolir la familia ni quitarle privilegios, sino más bien de dotar de legitimidad jurídica a la amistad. Una alternativa de regulación de las relaciones de amistad es la sugerida por David Chambers quien propone un nuevo estatus legal denominado “amigos designados”, disponible para todas las personas adultas no casadas. Este estatus no requeriría cohabitación ni relación conyugal, y permitiría asumir responsabilidades asociadas con la toma de decisiones y ciertos derechos en caso de discapacidad o fallecimiento⁹⁹. No obstante, se trata de una figura limitada en cuanto a los derechos que confiere.

96 BARRETT y MCINTOSH (1991), p. 171.

97 Activistas diversas han planteado que abolir el matrimonio, la propiedad privada, el supremacismo blanco y el capitalismo son proyectos que no se pueden separar unos de otros. Sobre este tema consultar LEWIS (2023).

98 Véase en FINEMAN (2008).

99 Véase en CHAMBERS (2001).

Otra opción que supone equiparar, en cierta medida, las relaciones de amistad y compañerismo con las familiares es el reconocimiento de las relaciones convivenciales de ayuda mutua como la consagrada en el derecho civil catalán. Esta figura legal, creada por la Ley 19/1998 en el ámbito del derecho de familia, fue pensada para fomentar un nuevo tipo de convivencia entre personas mayores, resolver sus dificultades económicas y sociales y evitar su aislamiento¹⁰⁰, pero podría ser una figura útil para todas quienes tienen relaciones convivenciales sin necesariamente ser "familia".

De acuerdo con el art. 240-1 del Código Civil de Cataluña¹⁰¹ las relaciones convivenciales serían aquellas en las que: "dos o más personas conviven en una misma vivienda habitual y comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas"¹⁰². Estos pactos pueden celebrarse entre parientes en línea colateral sin límite de número ni de grado y entre personas unidas por vínculos de amistad o de compañerismo.

Si bien esta figura fue un paso importante para el reconocimiento de otro tipo de vínculos de cuidados, también presenta limitaciones que hoy la forma familia no tiene como la necesidad de cohabitación o la restricción al número de personas que la conforman, entre otras. En ese sentido, se podría pensar una figura legal más amplia de "acuerdos de cuidados" cuyo objetivo sea la ayuda mutua y permita que las personas unidas por lazos de amistad y compañerismo no mediadas por el amor romántico puedan tener los mismos derechos y privilegios que entrega hasta ahora el matrimonio y los acuerdos de unión civil: permisos laborales para cuidar; obtención

100 GIMÉNEZ y VILLÓ (2015), p. 156.

101 En los principios del Preámbulo se establece que "una sociedad abierta, la configuración de los proyectos de vida de las personas y de las propias biografías vitales no puede venir condicionada por la prevalencia de un modelo de vida sobre otro, siempre y cuando la opción libremente escogida no entrañe daños a terceros."

102 La Ley 25/2010, que reformó el Código Civil catalán, incorporó las disposiciones de la Ley 19/1998, pero con algunas modificaciones, por ejemplo, se consideró que no procedía mantener el derecho a la compensación económica por razón de trabajo, que partía de un estricto paralelismo con el matrimonio y con las parejas estables.

privilegiada de residencias o ciudadanía; beneficios de la seguridad social; derechos de sucesión; entre otras. Ahora bien, una propuesta de estas características traería consigo importantes repercusiones no sólo en el derecho civil y de familia, sino en todo el ordenamiento jurídico, dado el lugar que ocupa la familia en la organización social.

6. CONCLUSIONES

Al analizar las narrativas constitucionales sobre la amistad se puede concluir que, a diferencia de la familia, esta no existe como vínculo fundante de la comunidad política. En las constituciones se sintetiza la “heteronación” —y se podría añadir la “amatonación” — basada en las instituciones como la familia y el parentesco y en la exclusión sistemática de la amistad. Sin embargo, las transformaciones que están experimentando los arreglos domésticos y de cuidados no sólo están poniendo en tela de juicio la concepción unívoca de la forma familia, sino su capacidad de contener las prácticas actuales de reproducción de la vida.

Esta exclusión se refuerza en el derecho de familia, que consagra al matrimonio y los acuerdos de unión civil como las únicas figuras legales para establecer cuidados entre pares. En ese sentido, aunque el acuerdo de unión civil representó un avance en el reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo, desde una perspectiva feminista es posible advertir que tanto este como el matrimonio reproducen un paradigma monogámico y amato-centrado.

Otro de los hallazgos es que la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo (ENUT), no obstante realizar la pregunta sobre cuidados hacia otros hogares, no diferencia entre familiares, vecindades, amistades, truncando la posibilidad de observar aquellas redes de cuidados y apoyo mutuo existentes. En este sentido, se concluye la importancia de realizar estudios empíricos sobre la amistad que permitan dotar de bases sociales los posibles cambios normativos que podrían llevarse a cabo.

En el trabajo se aborda tanto el potencial del reconocimiento jurídico de la amistad para alterar las jerarquías actuales, como el riesgo de reinscribir nuevas jerarquías de cuidado con ello. En la parte final se ilustraron diferentes vías para el reconocimiento, apareciendo como una opción particularmente interesante de "trasplante jurídico" la figura catalana de acuerdos convivenciales y de ayuda mutua. En ese sentido, se abre como una línea de investigación relevante estudiar las experiencias de la aplicación de dicha ley, sus potencialidades y limitaciones, así como el estudio de otras experiencias comparadas que permitan ensamblar la necesidad de rearticular el tejido social y comunitario, con la necesidad de reducir y redistribuir el trabajo de cuidados desde una perspectiva feminista. A su vez, no se debe desestimar la capacidad de crear nuevas figuras legales que permitan a las personas a ayudarse a llevar el peso de la vida entre amistades si así lo desean. Ahora, si bien la amistad no comparte la historia de dependencia y jerarquía de género del matrimonio, no está exenta de tensiones y violencias y su institucionalización puede traer nuevas dificultades que se deben considerar.

Por último, me parece relevante comprender la trascendencia política de imaginar y construir horizontes de transformación respecto a la forma de estar y sostenernos en el mundo, en definitiva, la forma en que cuidamos y somos cuidadas. En momentos de destrucción masiva, precarización y restauración patriarcal, la amistad es una propuesta afectiva y relacional, es refugio y resistencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACKELSBERG, Martha (2010): *Resisting Citizenship* (New York, Routledge).

ACQUISTAPACE, Alessia (2010): "Relazioni senza nome Reti di affetti, solidarietà, intimità e cura oltre la "coppia eterosessuale obbligatoria". Tesis para optar al grado de licenciatura en Antropología del Cuerpo, Universidad

de Bologna. Disponible en: https://www.academia.edu/19574067/Relazioni_senza_nome_Reti_di_affetti_solidariet%C3%A0_intimit%C3%A0_e_cura_oltre_la_coppia_eterosessuale_obbligatoria [Fecha de última consulta: 30.05.2025].

ADAMS, Rebeccay ALLAN, Graham (1998): “Placing Friendship in Context”, en: GRANOVETTER, Mark (ed.). *Structural Analysis in the Social Sciences* (New York, Cambridge University Press).

ÁLVAREZ, Silvina (2021): *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia* (Madrid, Marcial Pons).

ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo (2014): “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 20, N° 1), pp. 279-318.

ARRIAGADA, Irma (2007): *Familias latinoamericanas: cambiantes, diversas, desiguales*, en: *Papeles de población* (Vol. 13, N° 53), pp. 9-22.

BARRETT, Michèle, y MCINTOSH, Mary (1991): *The Anti-Social Family* (Londres, Verso).

BATTHYÁNY, Karina (2021): *Miradas Latinoamericanas a los cuidados* (Buenos Aires, Siglo XXI).

BRAGA, Ana y BOTELHO, Catarina (2019): “Los nombres de la amistad: Indagaciones para la imaginación de otros horizontes relacionales”, en *Re-visiones* (N° 9), s/p.

BRAKE, Elizabeth (2012): *Minimizing marriage: Marriage, morality, and the law* (New York, Oxford University Press).

BUTLER, Judith (2005): “¿El parentesco siempre es de antemano heterosexual?” en: Debate feminista (Vol. 32), s/p.

CASE, Mary Anne (2021): “The status of marriage”, en: National Taiwan University Law Review (N°187), s/p.

CHAMBERS, David (2001): “For the Best of Friends and for Lovers of All Sorts, A Status Other than Marriage”, en: Notre Dame Law Review (Vol. 76 N°5), pp. 1347-1364.

CLÉMENTE X (2020): *Contra la forma pareja* (Traducc. Andrea Ancira Ciudad de México, Tumbalacasa).

CURIEL, Ochy (2013): *La nación heterosexual* (Bogotá, Brecha Lésbica y en la frontera).

DAROUICHE, Cristian (2024): “Madre e hija trans Los vínculos de parentesco entre las transfeminidades y travestis”, en: *Etnografías Contemporáneas* (N°10), pp. 62-77.

DELPHY, Christine (1984): *Close to home: A materialist analysis of women's oppression* (Amherst, The University of Massachusetts Press).

EMENS, Elizabeth (2003): “Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence”, en: *Public Law and Legal Theory Working Paper* (N° 58), s/p.

ESPEJO, Nicolás y LATHROP, Fabiola (2020): “Hacia la constitucionalización del derecho de familia en Latinoamérica”, en: *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* (N°38), pp. 89-116.

ESTEBAN, Mari Luz (2011): “Crítica del pensamiento amoroso. Temas contemporáneos” (Madrid, Impulso Global Solutions. Tres Cantos).

ESTEBAN, Mari Luz (2023): “Relaciones amorosas y comunidades de apoyo”, en: VASALLO, Brigitte; ESTEBAN, Mari Luz; CARDOSO, Daniel; BLANCO, Irene; TELLO, Sonia; ROWAN, Jaron; NANCLARES, Silvia; WEINER, Gabriela; AZPARREN, Marta; PANDO, Nydia; GÜEMES, Ainhoa; GARCÍA, Dora; REYES, Miriam (eds.): (h)amor2 (Madrid, Continta me tienes).

FABIO, David (2015): “El concepto constitucional de familia en américa latina. tendencias y proyecciones”, en: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia (Nº29), pp. 15-55.

FALQUET, Jules (2006): “La pareja este doloroso problema: Hacia un análisis materialista de los arreglos amorosos entre lesbianas”, en: FALQUET, Jules (ed.): De la cama a la calle: perspectivas teóricas lésbico-feministas (Bogotá, Brecha Lésbica—Ed. Antropos).

FINEMAN, Martha (1995): “Masking dependency: The political role of family rhetoric”, en: Virginia Law Review (Vol. 81 N°8), pp. 2181-2215.

FINEMAN, Martha (2008): “The meaning of marriage”, en: BERNSTEIN, Anita (ed.): Marriage Proposals: Questioning a Legal Status (New York, NYU Press).

GIANNONI, María y MORRONI, Laura (2020): “La monogamia como norma. Su resignificación en el marco del nuevo Código Civil argentino”, en: CAMPAGNOLI, Mabel: La monogamia al desnudo. Notas para una crítica feminista (Buenos Aires, Waldhuter).

GIDDENS, Anthony (1992): The transformation of Intimacy. Sexuality, Love & Erotism in Modern Societies (Redwood City, Stanford University Press).

GIMÉNEZ, Ana y VILLÓ, Cristina (2015): “La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua”, en: *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (3 ter), pp.153-167.

GUILLAUMIN, Colette (2005): “Práctica del poder e idea de la naturaleza”, en: OCHY, Curiel, y FALQUET, Jules (comp.): *El patriarcado al desnudo. Tres feministas materialistas. Colette Guillaumin-Paola Tabet- Nicole Claude Mathie* (Buenos Aires, Brecha lesbica), pp.19-56.

GUSMANO, Beatrice (2018): “Subvertir la heteronorma a través de la amistad. Convivencias y redes de cuidado en la precariedad”, en: *Transversos: Revista de História* (Nº14), pp. 90-110.

GUTIÉRREZ, Raquel (2020): *Cartas a mis hermanas más jóvenes 2. Amistad política entre mujeres* (Ciudad de México, Bajo tierra).

HILL COLLINS, Patricia (2002): *Black feminist thought. Knowledge, consciousness, and the Politics of Empowerment* (New York, Routledge).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2025): “Informe principales resultados”. Disponible en: https://www.ine.gov.cl/docs/default-source/uso-del-tiempo-tiempo-libre/publicaciones-y-anuarios/ii-enut/informe-de-principales-resultados-ii-enut-2023.pdf?sfvrsn=ee33c12c_4 [Fecha de última consulta: 30.05.2025].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2025): “Boletín Demográfico anual provisional de estadísticas vitales 2024”. Disponible en: https://www.ine.gov.cl/docs/default-source/nacimientos-matrimonios-y-defunciones/publicaciones-y-anuarios/anuarios-de-estad%C3%ADsticas-vitales/estad%C3%ADsticas-vitales-cifras-provisionales-2024.pdf?sfvrsn=13e86fb9_4 [Fecha de última consulta: 30.05.2025].

KARST, Kenneth (1980): “The Freedom of Intimate Association”, en: *Yale Law Journal* 89 (Nº4), pp. 624-692.

LEWIS, Sophie (2023): *Abolir la familia* (Madrid, Traficante de sueños).

LUGONES, María (2008): “Colonialidad y género”, en: *Tabula rasa* (Nº9), pp. 73-102.

MARTÍNEZ, Victoria, HENRÍQUEZ, Miriam y RODRÍGUEZ, Macarena (2024): *Derecho al cuidado: ¿Nuevo derecho humano en Latinoamérica?*, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Vol. Nº22 Nº2), pp. 287-315.

MAYORGA, Cecilia, VALENCIA, Lorena y ARRANZ, Marta (2024): *Separación, divorcio y relaciones familiares. Un análisis multidisciplinario* (Santiago de Chile, Ariadna Ediciones).

MILLALEO, Ana (2025): *Poligamia mapuche/Pu domo ñi Duam* (un asunto de mujeres), en: *Periódicus* (Vol 1, Nº21), pp. 423-444.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2015): “Panorama CASEN 2015”. Disponible en: <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/panorama-casen> [Fecha de última consulta: 13.06.25].

MOLLER OKIN, Susan (1997): “Families and Feminist Theory: Some Past and Present Issues”, en: LINDEMANN, Hilde (ed.): *Feminism and Familie* (New York, Routledge), s/p.

MUSCARCEL, Mariana (2020): “Ser lesbianas no es suficiente: la fiesta de las amigas. Lecturas críticas sobre el amor y la amistad”. Trabajo de especialidad en Educación en Géneros y Sexualidades. Disponible en: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/127598> [Fecha de última consulta: 30.05.2025].

OLSEN, Frances (1989): “The myth of the state intervention in the family”, en: University of Michigan Journal of law reform (Vol.18, N° 4), pp. 835-864.

PATEMAN, Carole (1995): El contrato sexual (Barcelona, Anthmos; Iztapalapa, Universidad Autónoma Metropolitana).

PIPER, Marianne y BAUER, Robin (2005): “Call for papers: International conference on polyamory and mono-normativity”.

POLIKOFF, Nancy (2004): “Making Marriage Matter Less: The ALI Domestic Partner Principles Are One Step In The Right Direction”, en: University of Chicago Legal Forum, pp. 353-379.

RENGIFO, Francisca (2022): “Marital Home. Law, Divorce and Intimate Violence in Nineteenth Century Chile”, en: Latin American Legal Studies (Vol. 10, N°2), pp. 61-137.

RICH, Adrienne (1980): “Heterosexualidad obligatoria y existencia lesbiana”, en: RICH, Adrienne (ed.): Nosotras...que nos queremos tanto (Madrid, Editorial Revolución).

RICO, Nievesy MALDONADO, Carlos (2011): “¿Qué muestra la evolución de los hogares sobre la evolución de las familias en América Latina?” Disponible en: https://www.academia.edu/15037785/Tendencias_familiares_en_Am%C3%A9rica_Latina_Diferencias_y_entrelazamientos [Fecha de última consulta: 30.05.2025].

ROSENBURY, Laura (2007): “Friends with benefits”, en: Michigan Law Review (Vol.106, N° 2), pp. 189-241.

RUBIN, Gayle (1989): “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”, en: VANCE, Carol (ed.): Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina (Madrid, Revolución), pp. 113-190.

SANDEL, Michael (2010): *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* (Madrid, Debate).

SOUFI, Daniel (2015): “La amistad en el siglo XXI: cuando los amigos sustituyen a los amigos”, en: *El País*.

STRUENING, Karen (1996): “Feminist Challenges to the New Familialism: Lifestyle Experimentation and the Freedom of Intimate Association”, en: *Hypatia* (Vol. 11, N°1), pp. 135-154.

TRIMBERGER, Kay (2002): “Friendship Networks and Care”, en: *Berkeley Collection of Working and Occasional Papers* (N°31), s/p.

TURNER, Susan (2018): “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”, en: *Revista de derecho Privado* (N°35), pp. 105-128.

VASALLO, Brigitte (2022): *Pensamiento monógamo, terror poliamoroso* (Ciudad de México, Hacerse de Palabras).

VEGA, Cristina y GUTIÉRREZ, Encarnación (2014): “Presentación del Dossier: Nuevas aproximaciones a la organización social del cuidado. Debates latinoamericanos”, en: *Iconos-Revista de Ciencias Sociales* (N°50), pp. 9-26.

VELA, Fernando (2022): “En torno a la amistad y los ritos de su cuidado”, en: *Estudios Filosóficos* (Vol. 71, N°206), pp. 51-66.

VELÁSQUEZ, Blanca (2021): *El amor romántico. La erotización de la violencia patriarcal* (Tuxtla Gutiérrez, Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas).

WEEKS, Kathi (2021): “Abolition of the Family: The Most Infamous Feminist Proposal”, en: *Feminist Theory* (Vol. 24, N°3), pp. 433-453.

WESTON, Kath (1997): *Families we choose: Lesbians, gays, kinship* (New York, Columbia University Press).

WITTIG, Monique (2006): *El pensamiento heterosexual* (Madrid, Egales).

ZÚÑIGA, Yanira y TURNER, Susan (2011): “Sistematización Comparativa de la Regulación de la familia en las Constituciones Latinoamericanas”, en: RDUCN (Vol. 20, N°2), pp. 269-301.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Chile mediante Decreto Supremo N°830 de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999.

Constitución de la República de Cuba, 10 de abril de 2019.

Constitución de la República de El Salvador, 20 de diciembre de 1983.

Constitución de la República de Maldivas, 7 de agosto de 2008.

Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008.

Constitución de la República Dominicana, 13 de junio de 2015.

Constitución de la República Federativa del Brasil, 5 de octubre de 1988.

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 20 de junio de 1992.

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 20 de junio de 1992.

Constitución de la República Oriental del Uruguay, 2 de febrero de 1967.

Constitución de Papúa Nueva Guinea, 16 de septiembre de 1975.

Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

Constitución Política de la República de Chile, 11 de marzo de 1981.

Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949.

Constitución Política de la República de Guatemala, 14 de enero 1986.

Constitución Política de la República de Nicaragua, 30 de abril de 1987.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009.

Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Decreto Ley N°3.500, establece nuevo sistema de pensiones, Diario Oficial. 13 de noviembre de 1980.

Decreto con Fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°21.400, modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Diario Oficial, 10 de diciembre de 2021.

Ley N°19.658, modifica la Ley N°19.620, que dicta normas sobre adopción de menores. Diario Oficial, 20 de diciembre de 1999.

Ley N°20.830, crea el acuerdo de unión civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.

Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Boletín Oficial del Estado, de 10 de febrero de 1999.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Boletín Oficial del Estado, de 21 de agosto de 2010.

PERCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FORMACIÓN JURÍDICA: EL CASO DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA¹

PERCEPTION OF HUMAN RIGHTS IN LEGAL EDUCATION: THE CASE OF THE LAW PROGRAM AT UNIVERSIDAD DE ATACAMA

Gabriela Prado Prado*

Cory Duarte Hidalgo**

Rodrigo Cardozo Pozo***

Paulina Moscoso Jorquera****

Resumen:

Este estudio concibe a la formación en derechos humanos como pilar esencial para la consolidación de democracias inclusivas, participativas y basadas en la dignidad humana. Se sostiene que, en el ámbito jurídico, la Educación en Derechos Humanos no debe limitarse a una asignatura aislada,

¹ Artículo recibido el 23 de abril de 2025 y aceptado el 19 de junio de 2025.

* Doctora en Derecho por la U. de Salamanca. Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Atacama, Copiapó, Chile. Dirección postal: Avenida Copayapu 485, Copiapó.  0000-0003-0573-3222. Correo electrónico: gabriela.prado@uda.cl.

** Doctora en Trabajo Social por la U. Complutense de Madrid. Profesora asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Atacama, Copiapó, Chile. Dirección postal: Avenida Copayapu 485, Copiapó.  0000-0002-1532-3123. Correo electrónico: cory.duarte@uda.cl.

*** Doctor en Derecho por la U. de Salamanca. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Atacama, Copiapó, Chile. Dirección postal: Avenida Copayapu 485, Copiapó.  0000-0003-2142-389X. Correo electrónico: rodrigo.cardozo@uda.cl.

**** Magister en Derecho, mención Derecho Público, por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Secretaria Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Atacama, Copiapó, Chile. Dirección postal: Avenida Copayapu 485, Copiapó.  0009-0003-9434-9595. Correo electrónico: paulina.moscoso@uda.cl.

sino asumirse como un eje transversal y transformador del currículo, capaz de dotar a las y los futuros profesionales del Derecho de herramientas éticas, críticas y prácticas para intervenir activamente en contextos de injusticia. A partir de estas definiciones teóricas y conceptuales, el presente estudio se propuso conocer la percepción y el nivel de comprensión que poseen estudiantes de Derecho de la Universidad de Atacama respecto de los derechos humanos, y analizar cómo dichas percepciones reflejan la integración efectiva de la Educación en Derechos Humanos en su formación universitaria.

El estudio adoptó una metodología cuantitativa, de carácter exploratorio basada en la aplicación de una encuesta en línea a una muestra de 176 estudiantes de Derecho. Se realizó un análisis estadístico univariado, utilizando frecuencias y porcentajes, con base en cinco dimensiones: percepción general sobre derechos humanos, juventudes y derechos humanos, educación y derechos humanos, percepción sobre la vulneración de derechos en Chile y nivel de garantía de derechos específicos.

Los resultados evidencian una valoración positiva generalizada de los derechos humanos como principios éticos y normativos fundamentales; sin embargo, esta valoración no siempre se traduce en una comprensión profunda o en capacidades prácticas. La mayoría del estudiantado reconoce que los derechos humanos son vulnerados en el país, pero sólo un pequeño porcentaje declara tener conocimientos avanzados al respecto. Consistente con lo anterior, más de la mitad de los y las estudiantes evalúa su formación en derechos humanos como insuficiente, lo que evidencia deficiencias en la transversalización curricular. Aunque existe sensibilidad hacia temas de género, pueblos originarios y migración, esta no se articula sistemáticamente con metodologías activas ni con una cultura institucional coherente.

Desde un enfoque crítico, se discute que la Educación en Derechos Humanos en contextos jurídicos debe articular las dimensiones cognitiva, actitudinal y transformadora del aprendizaje. La investigación sugiere que la disociación entre el discurso institucional y la experiencia estudiantil limita

el potencial de la Educación en Derechos Humanos como herramienta para la justicia social. Se concluye que es imperativo materializar un modelo pedagógico situado, ético y comprometido, que reconozca las particularidades territoriales y fortalezca la formación de profesionales del derecho como agentes de transformación democrática.

Palabras clave:

Derechos Humanos, Educación en Derechos Humanos, Formación jurídica, Transversalidad curricular, Universidad pública.

Abstract:

This study conceives Human Rights Education (HRE) as a foundational pillar for the consolidation of inclusive and participatory democracies grounded in human dignity. It argues that, within the legal field, HRE should not be confined to an isolated subject, but rather assumed as a transversal and transformative axis of the curriculum—one capable of equipping future legal professionals with ethical, critical, and practical tools to intervene actively in contexts of injustice. Building on these theoretical and conceptual premises, this study aimed to assess the perception and level of understanding that Law students at the University of Atacama have regarding human rights, and to analyze how such perceptions reflect the effective integration of HRE in their academic training.

A quantitative, exploratory methodology was employed, based on an online survey administered to a sample of 176 law students. A univariate statistical analysis was conducted using frequencies and percentages, across five dimensions: general perception of human rights; youth and human rights; education and human rights; perception of human rights violations in Chile; and the perceived level of guarantee of specific rights.

The findings reveal a widespread positive valuation of human rights as fundamental ethical and normative principles; however, this valuation does not always translate into a deep understanding or practical competencies.

While most students recognize the existence of human rights violations in the country, only a small percentage report having advanced knowledge on the subject. Consistently, more than half of the respondents rated their training in human rights as insufficient, highlighting weaknesses in curricular mainstreaming. Although there is sensitivity to issues such as gender, Indigenous peoples, and migration, these are not systematically integrated through active pedagogies or a coherent institutional culture.

From a critical perspective, the study contends that HRE in legal education must integrate the cognitive, attitudinal, and transformative dimensions of learning. The research suggests that the disconnect between institutional discourse and student experience limits the transformative potential of HRE as a tool for social justice. It concludes that it is imperative to implement a situated, ethical, and committed pedagogical model that recognizes territorial specificities and strengthens the training of legal professionals as agents of democratic transformation.

Keywords:

Human Rights, Human Rights Education, Legal education, Curricular mainstreaming, Public university.

1. INTRODUCCIÓN

La formación en Derechos Humanos (en adelante DD.HH.) constituye una pieza clave para el fortalecimiento de la democracia, ya que promueve valores, principios y prácticas fundamentales para la convivencia social y la realización efectiva de derechos y libertades fundamentales. La democracia, entendida no sólo como un sistema político sino también como una cultura de respeto, pluralidad y participación, requiere ciudadanos y ciudadanas formados en una comprensión profunda y crítica de los DD.HH. Estos derechos actúan como fundamento ético y normativo que garantiza tanto la

dignidad de las personas como la participación y crítica en los procesos sociales y políticos, elementos esenciales para la construcción de sociedades inclusivas y equitativas.

En el ámbito específico de la formación jurídica, la incorporación de los DD.HH. no debe reducirse a una inclusión meramente declarativa en los currículos académicos, sino que debe asumirse con un enfoque integral que permita a estudiantes comprender e intervenir críticamente en la realidad social desde una perspectiva de derechos². Esto implica un posicionamiento claro y explícito por parte de las facultades y escuelas de Derecho, reconociendo que la manera en que se enseñan los DD.HH. impacta significativamente en el desempeño futuro de sus profesionales³. Además, la formación en DD.HH. posibilita que futuros operadores jurídicos cuenten con la formación técnica necesaria para cuestionar y transformar estructuras sociales y jurídicas que perpetúan injusticias y desigualdades.

Considerando lo anterior, este trabajo tiene como objetivo principal conocer la percepción y comprensión de los y las estudiantes de Derecho de la Universidad de Atacama sobre los DD.HH., y examinar el reflejo de dichas percepciones en su formación universitaria. En este marco, se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la percepción y nivel de comprensión sobre derechos humanos que poseen estudiantes de Derecho de la Universidad de Atacama, y cómo esta percepción refleja la integración efectiva de la Educación en Derechos Humanos (EDH) en su formación universitaria? Para conseguir tal objetivo, este estudio adopta una metodología cuantitativa y exploratoria basada en una encuesta en línea aplicada a las y los estudiantes, realizando un análisis mediante frecuencias y porcentajes en dimensiones relevantes para un adecuado conocimiento de la percepción de las y los referidos estudiantes. De esta manera, y teniendo en cuenta el contexto que ofrece el modelo educativo institucional que coloca en el centro del proceso de enseñanza aprendizaje al estudiantado,

2 RONCONI (2017), p. 22.

3 Ibid., p. 29.

la investigación busca profundizar en la comprensión de cómo se perciben los DD.HH. en su formación actual, identificando fortalezas y debilidades en su enseñanza, y proponiendo vías para una integración más efectiva de esta temática en el currículum. Asimismo, el trabajo reconoce que la formación en DD.HH. se encuentra profundamente condicionada por el contexto territorial e institucional en el que se desarrolla. En este sentido, la región de Atacama presenta particularidades que la posicionan como un territorio tensionado por conflictos estructurales⁴ que obligan a pensar una pedagogía jurídica situada. Lo anterior constituye una de las motivaciones iniciales del estudio, coherente con el compromiso institucional por una educación con pertinencia territorial. Así, la investigación se entiende también como una vía para fortalecer una formación jurídica crítica y anclada en la realidad regional.

Con todo, a partir de los elementos teóricos y conceptuales adoptados para este estudio se explicarán los resultados cuantitativos alcanzados, identificando patrones relevantes en la percepción, comprensión e integración de los DD.HH. en la formación jurídica, permitiendo ofrecer conclusiones válidas que buscan enriquecer el debate académico para reforzar el currículum de la carrera de Derecho, apuntando a la incorporación de un enfoque transversal de los DD.HH. y con ello, a la democratización del saber jurídico y de la sociedad.

2. ELEMENTOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES RELEVANTES PARA ESTE ESTUDIO

La EDH ha sido definida por Naciones Unidas como un conjunto articulado de actividades destinadas a generar y difundir una cultura universal en materia de derechos mediante la transmisión de conocimientos, habilidades y valores⁵. Desde esta perspectiva, la EDH trasciende la transmisión infor-

4 DUARTE et al. (2022), p. 138.

5 NACIONES UNIDAS (2006), p. 1.

mativa, involucrando el desarrollo de competencias cognitivas, actitudinales y conductuales orientadas a la defensa, promoción y garantía efectiva de los DD.HH.⁶.

La definición establecida por la Asamblea General en la Declaración sobre Educación y Formación en materia de DD.HH.⁷ subraya que la educación de estas materias debe contemplar tres dimensiones interrelacionadas: la educación “sobre” los DD.HH., que entrega conocimientos normativos y principios fundamentales; la educación “por medio de” los DD.HH., que promueve prácticas pedagógicas respetuosas de los derechos de todas las personas involucradas en el proceso educativo; y la educación “para” los DD.HH., orientada a desarrollar capacidades para ejercer, defender y respetar los derechos propios y ajenos⁸. Esta concepción dialoga con otras propuestas que distinguen la existencia de una dimensión cognitiva, una actitudinal-relacional y una transformadora-instrumental en la EDH⁹, enfatizando que estas deben integrarse armónicamente para conformar una pedagogía crítica orientada a la prevención de vulneraciones y la promoción de una cultura democrática y de paz sustentada en el respeto a la dignidad humana.

En términos prácticos y contextuales, la EDH implica reconocer las particularidades históricas, políticas y sociales en que se inscribe su implementación. En estudios sobre el análisis de percepciones de DD.HH. en estudiantes de trabajo social en Chile, se plantea la relevancia de considerar el contexto político y social específico, como es el caso chileno a 50 años del golpe militar¹⁰. Asimismo, se señala que los contextos de relativización o negacionismo sobre violaciones históricas a los DD.HH. influyen directamente en las percepciones y actitudes actuales de estudiantes hacia estos derechos fundamentales¹¹. En ese marco, la responsabilidad ética de las universidades

6 NACIONES UNIDAS (2012), p. 12.

7 Resolución A/HRC/RES/16/1(2011), p. 4.

8 VOGELFANGER y LEDZWA (2023), p. 19.

9 CUBILLOS-VEGA (2019), p. 39.

10 DUARTE et al. (2025), p. 198.

11 Ibid.

en relación con los DD.HH. no se limita a la formación práctica de profesionales, sino que se extiende a su rol activo en los procesos de justicia, memoria y reparación. En contextos como el chileno, marcados por la violencia de Estado durante la dictadura y sus secuelas institucionales, las universidades deben asumir un compromiso real con la memoria histórica y la reparación simbólica e institucional. Este compromiso es una exigencia institucional en el caso de las universidades del Estado, toda vez que la Ley N°21.094 les asigna la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la democracia. Desde esta perspectiva, distintas iniciativas formativas orientadas a la defensa de los DD.HH., como las experiencias clínicas, de vinculación con el medio o de litigio estratégico, no solo entregan competencias prácticas al estudiantado, sino que también les permiten desarrollar un sentido de responsabilidad social y justicia, ya que al articular docencia y acción jurídica en contextos de vulnerabilidad, constituyen un aporte concreto al acceso a la justicia y a una cultura institucional comprometida con los derechos fundamentales¹².

En este contexto, resulta pertinente conocer la percepción de estudiantes sobre los DD.HH., dado que esto se vincula con la calidad y profundidad de la formación recibida. Una formación limitada o superficial puede redundar en una comprensión fragmentaria de los DD.HH., lo que limita las capacidades críticas y de acción ante vulneraciones actuales y futuras. En este sentido, es fundamental que las universidades implementen estrategias curriculares que incorporen la EDH, generando así competencias críticas y una conciencia ética comprometida con la justicia social¹³.

En América Latina, y específicamente en contextos como el chileno, la EDH enfrenta desafíos relacionados con historias recientes marcadas por procesos de dictadura, transición política y demandas sociales actuales por justicia y equidad¹⁴. Por tanto, la EDH adquiere un carácter estratégico no

12 CUBILLOS-VEGA et al. (2022), p. 159.

13 DUARTE et al. (2025), p. 212.

14 Ibid.

sólo para fortalecer procesos democráticos formales, sino también para transformar prácticas culturales, institucionales y sociales que obstaculizan la realización plena de los DD.HH.

Asimismo, estudios enfatizan la necesidad de incorporar la EDH transversalmente en la formación jurídica, evitando enfoques limitadores a asignaturas específicas¹⁵. Este planteamiento integral busca que la EDH trascienda la mera enseñanza de contenidos curriculares aislados, dado que los DD.HH. no deben ser abordados exclusivamente en una asignatura específica, sino incorporados transversalmente en todas las instancias formativas del currículo¹⁶, constituyéndose en un prisma interpretativo común para todo el quehacer educativo.

En este orden de ideas, estudios desarrollados en 2011 señalaban que, aunque más de la mitad de las universidades ofrecen asignaturas específicas sobre DD.HH., existían desafíos como lograr la universalización de estas asignaturas y asegurar su obligatoriedad en las carreras de Derecho¹⁷, identificándose deficiencias relevantes en temas esenciales como las obligaciones internacionales de los Estados y la incorporación del Derecho internacional en el ámbito interno, que deben incluirse en la formación jurídica. Además, hay estudios que subrayan la importancia de articular asignaturas como Derecho constitucional y Derecho internacional público¹⁸, para abordar los DD.HH. desde una perspectiva transversal y en diálogo con diversas fuentes jurídicas.

Asimismo, la transversalidad en la enseñanza de los DD.HH. responde también a la complejidad de los derechos como procesos sociales y culturales, lo cual requiere un enfoque pedagógico integral que permita comprender los fundamentos filosóficos, históricos y normativos de los DD.HH., así como su interrelación con la antropología, la sociología y la filosofía del derecho¹⁹.

15 RONCONI (2017), p. 9.

16 VOGELFANGER (2021), p. 17.

17 NASH et al. (2011), p. 24.

18 DE SOJO et al. (2018), p. 4.

19 Ibid.

Sin perjuicio de lo anterior, una de las principales limitaciones para consolidar una EDH radica en la baja presencia explícita de estos contenidos en una parte significativa de los programas de estudio de Derecho²⁰, ya que si bien su incorporación se concentra mayoritariamente en los primeros años de formación, esta disminuye en los cursos superiores, generando una cobertura desigual, contrariando el principio de centralidad que debería ocupar la EDH en todo el proceso formativo²¹.

Desde un enfoque pedagógico, el objetivo central de la EDH no radica únicamente en la transmisión de contenidos, sino en la co-elaboración de sujetos de derechos²². En esta línea, la institución educativa debe funcionar como un espacio de ejercicio cotidiano de derechos, donde estudiantes, trabajadores y medio externo participen activamente en una cultura institucional que promueva una conciencia práctica de los DD.HH. Así, la EDH debe orientarse al desarrollo de una ética profesional fundada en la autonomía responsable²³. Esto implica no sólo enseñar contenidos jurídicos, sino fomentar la capacidad de tomar decisiones informadas y conscientes, considerando al otro, personas, culturas y entorno, como parte esencial del ejercicio ético de los derechos²⁴, donde el Estado es un actor mediador clave para garantizar una autonomía construida colectivamente y en clave de reciprocidad.

Junto a los análisis curriculares hasta aquí descritos, en la literatura especializada se han desarrollado diversas orientaciones metodológicas para la implementación de la EDH en carreras de Derecho, destacando especialmente aquellas que promueven aprendizajes activos y participativos. Entre las metodologías orientadas a una formación crítica en DD.HH. se destacan las controversias²⁵, los juicios simulados y juegos de rol²⁶, así como

20 CATALANI y MÉDICI (2019), p. 16.

21 Ibid.

22 CATALANI (2019), p. 31.

23 Ibid.; CUBILLOS-VEGA (2019), p. 40 y DUARTE et al. (2025), p. 211.

24 CATALANI (2019), p. 42.

25 MAGENDZO y PAVEZ (2018), p. 13.

26 VOGELFANGER (2021), p. 18.

el aprendizaje-servicio²⁷. Estas estrategias permiten una apropiación significativa de los contenidos al articular teoría y práctica en contextos reales, fortaleciendo la conciencia ética del estudiantado y su compromiso con la justicia social. También se ha subrayado el valor de las experiencias jurídicas aplicadas en contextos de vulnerabilidad como parte del proceso formativo, al permitir el desarrollo de competencias profesionales en paralelo a una práctica situada en derechos²⁸. En una línea crítica, repensar la educación jurídica implica reconocerla como una praxis política situada, que no debe limitarse a la reproducción del conocimiento jurídico dominante²⁹. Así, la EDH se concibe como una práctica política de carácter dialógico, orientada a fomentar procesos de formación de sujetos autónomos y conscientes de su condición como titulares de derechos³⁰, requiriéndose una didáctica que promueva una relación democrática entre saberes, reconozca el poder contextual del Derecho y asuma con responsabilidad los desafíos ecosociales del presente³¹.

Para ello, el enfoque del constructivismo jurídico propone considerar

el discurso jurídico positivo y sus metadiscursos, en tanto parte de los insumos cognitivos que contribuyen a la generación de los estados psicológicos (incluyendo estados mentales y esquemas representacionales) determinantes de la forma en que se percibe jurídicamente la vida social y con base en los cuales tienen lugar las conductas jurídicas mediante cuya realización los agentes jurídicos inciden en los procesos de construcción de la realidad social³².

27 BECERRA (2018), p. 143.

28 CUBILLOS-VEGA et al. (2022), p. 159.

29 GÓMEZ (2015), p. 60.

30 GUIMARÃES y VILAR (2013), p. 411.

31 GÓMEZ (2015), p. 69.

32 CÁCERES (2000), p. 8. Citado en WITKER (2023), p. 5.

3. LA IMPORTANCIA DE LA EDH PARA LA FORMACIÓN JURÍDICA EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Puede afirmarse que los DD.HH. contienen el fundamento ético de las democracias y la EDH constituye un elemento clave para que el Estado cumpla con adecuados estándares éticos sus compromisos en este ámbito. En efecto, un Estado realmente comprometido con los DD.HH. debe aspirar a desarrollar una sociedad que culturalmente los incorpore en todas las dimensiones de su quehacer, instalando el valor de la dignidad humana por encima de cualquier otra consideración. Tal compromiso con la EDH surge en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, al señalar que tales derechos constituyen un

ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a esos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción³³.

En efecto, la declaración consagra que, “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”³⁴. De acuerdo con lo anterior, el reconocimiento y protección de los DD.HH. se aborda tradicionalmente desde las vías normativas, institucionales y jurisdiccionales, pero también debe acometer el camino quizás de mayor profundidad, que la EDH. Esto es fundamental, ya que con ello se puede crear en las personas una conciencia de respeto a los DD.HH. en cualquier circunstancia, como un presupuesto indispensable para el desarrollo de una sociedad justa y democrática³⁵.

33 NACIONES UNIDAS (1948), p. 2.

34 *Ibid.*, art. 26.2, p. 8.

35 BELTRÁN GAOS (s.d.), p. 39.

Para desplegar acciones afirmativas en este ámbito, el Estado de Chile cuenta con los instrumentos que le proporciona el sistema de educación superior, ya que la formación universitaria en DD.HH. no solo representa una tarea ética o una expectativa doctrinaria, toda vez que las universidades públicas deben actuar como garantes del bien común y del desarrollo armónico del país, contribuyendo a la justicia social, la equidad territorial y el respeto de los derechos fundamentales³⁶. Del mismo modo, la Ley N°21.091 sobre educación superior establece entre sus principios rectores el respeto y la promoción de los DD.HH., situando a las instituciones del sistema en un rol activo para su garantía y enseñanza³⁷. En su artículo 4° señala como elemento constitutivo e ineludible de la misión de estas instituciones contribuir a “forjar una ciudadanía inspirada en valores éticos, democráticos, cívicos y de solidaridad social, respetuosa de los pueblos originarios y del medio ambiente”³⁸. A ello se suma el Plan Nacional de Derechos Humanos creado por la Ley N°20.885, el cual identifica explícitamente a las universidades como actores clave en la construcción de una cultura de respeto y garantía de los derechos fundamentales³⁹.

Con todo, la formación jurídica en una universidad regional del Estado es un área específica y crítica para concretar mecanismos de EDH, más aún en una institución que adhiere al respeto de los DD.HH. como uno de los principios que guían su quehacer y que fundamentan el cumplimiento de su misión, explicitando además en su modelo educativo como principio orientador de su función formativa “la perspectiva de género, enfoque inclusivo y respetuoso de los derechos humanos”⁴⁰. Más aún, se ha abordado los DD.HH. como una competencia sello institucional de sus egresadas y egresados, toda vez que aquellas forman parte de las denominadas competencias genéricas que se deben desarrollar en todas sus carreras, declarando que “estas competencias forman parte esencial de la formación académica,

36 Ley N°21.094, de 2018.

37 Ley N°21.091, de 2018.

38 *Ibid.*

39 Ley N°20.885, de 2015.

40 DFL N°13, de 2023.

y además, encarnan y reflejan los principios, la misión, visión y valores de la institución, desde una perspectiva de género, enfoque inclusivo y respetuoso de los derechos humanos”⁴¹.

Si bien las competencias selo señaladas son un elemento reconocible o exigible en todos los perfiles de egreso de las carreras, no cabe duda de que en la darrera de derecho la perspectiva de los DD.HH. cobra especial relevancia. Aunque el análisis del currículum de esta carrera excede los objetivos de este estudio, cabe señalar aquí que esta institución asume los citados principios orientadores de manera explícita en el currículum en dos líneas claramente identificables. Por una parte, contempla una asignatura en el cuarto semestre denominada “Teoría jurídica de los Derechos Humanos”, en la que se establece como aporte al perfil de egreso la formación de profesionales que cuenten con los elementos técnicos que le permitan aplicar las normas y principios jurídicos pertinentes a la promoción y protección de los DD.HH. Por otra parte, contempla cuatro asignaturas con contenidos y resultados de aprendizaje vinculados a los DD.HH.: Teoría del Estado; Sistema Constitucional chileno, Derecho Internacional Público y de la Integración y Bases del Derecho Administrativo. Puede afirmarse que el currículum incorpora explícitamente asignaturas referidas a DD.HH. desde una perspectiva tradicional idónea para la formación profesional, con lo cual presenta condiciones de base favorables para incorporar perspectivas transversales en la EDH a la carrera.

4. PERCEPCIÓN SOBRE LOS DD.HH. EN ESTUDIANTES DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ATACAMA

41 Ibid.

Desde la perspectiva de constructivismo jurídico, este estudio sitúa al estudiantado en el centro del proceso formativo⁴², considerando fundamental conocer su percepción sobre los DD.HH., ya que un cambio de paradigma en el proceso formativo requiere comprender cómo estos son entendidos y valorados por las personas que se están formando profesionalmente.

4.1. Metodología empleada en el estudio

El estudio, de carácter cuantitativo y exploratorio, realizado por un equipo del programa de derechos humanos de la Universidad de Atacama, tuvo como principal objetivo conocer la percepción sobre DD.HH. en estudiantes de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha casa de estudios. La investigación consideró dos fases en su diseño. La primera etapa se centró en la construcción del estado del arte en la materia, lo que permitió identificar la existencia de los principales ejes a considerar e identificar instrumentos aplicables que permitieran la comparación entre la experiencia local y otras realizadas con anterioridad. En este orden de cosas, la revisión de la literatura permitió configurar un instrumento de recopilación de datos que se basa en la encuesta sobre percepción de DD.HH. de estudiantes universitarios realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires⁴³ y el Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos⁴⁴, la cual fue aplicada en seis universidades argentinas en el año 2019⁴⁵ y en la encuesta nacional que aplica el Instituto Nacional de Derechos Humanos⁴⁶. Esta elección se fundamentó en la solidez conceptual del instrumento, su aplicabilidad en contextos latinoamericanos y su capacidad para explorar dimensiones relevantes como percepción general sobre los DD.HH., juventudes, educación y nivel de garantía de derechos.

42 WITKER (2023), p. 11.

43 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UBA y CIPDH-UNESCO (2019), p. 6.

44 Ibid.

45 TAPPATÁ y SIGAL (2019), p. 6.

46 INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2020), p. 3.

No obstante, el instrumento no fue replicado de forma idéntica: se realizó una adaptación contextual al caso chileno, considerando elementos normativos, culturales y educativos propios del país, así como del perfil del estudiantado de la Universidad de Atacama. Estas adecuaciones fueron revisadas por el equipo académico del programa y pilotadas de manera interna, asegurando la pertinencia y claridad de las preguntas. Asimismo, el instrumento fue utilizado previamente en una aplicación exploratoria en la carrera de Trabajo Social de la misma universidad⁴⁷, lo que permitió afinar aspectos operativos y validar su adecuación al entorno institucional. La inclusión de determinadas categorías de derechos específicos, en particular derechos sociales como salud, educación, vivienda y alimentación, responde a dos criterios fundamentales. Por un lado, se mantuvo coherencia con el instrumento original, lo que permite establecer comparaciones con estudios regionales aplicados previamente. Por otro lado, dichos derechos fueron seleccionados por su alta relevancia en el contexto chileno actual, atravesado por debates constitucionales y demandas sociales en torno a la garantía de derechos fundamentales. Así, se prioriza una selección representativa y pertinente de derechos cuya percepción permite evaluar no solo el conocimiento normativo, sino también las valoraciones éticas y las actitudes críticas del estudiantado hacia las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

Asimismo, la elección de este instrumento responde a su reconocida solidez metodológica y a su aplicabilidad en contextos latinoamericanos con trayectorias históricas y desafíos comunes en materia de derechos humanos. A diferencia de otros instrumentos disponibles, este se ha diseñado específicamente para indagar percepciones en el ámbito universitario, considerando dimensiones cognitivas, actitudinales y valorativas. Su aplicación previa en universidades argentinas, y más recientemente en otras carreras de la Universidad de Atacama, le otorgan además validez comparativa y pertinencia empírica para estudios en el cono sur.

47 DUARTE et al. (2025), p. 202.

La segunda fase consistió en la aplicación del instrumento a través de encuesta online autoaplicada y el análisis de los datos. Para tales efectos se construyó un *Google Forms*, el cual fue difundido a través de un código *QR* compartido por el equipo de investigación de manera presencial, pero también mediante correo electrónico institucional y redes sociales. La encuesta, aplicada entre abril y junio de 2024, estaba compuesta por 35 preguntas de tipo abierta, elección múltiple y ordinales, siguiendo los modelos anteriormente citados. Atendiendo al objetivo general, se establecieron 5 dimensiones para el levantamiento de datos: percepción general de los DD.HH., juventudes y DD.HH., educación y DD.HH., percepción sobre la vulneración de derechos en Chile y nivel de garantía de DD.HH. específicos.

La muestra a la que se accedió tenía como criterios de inclusión el ser alumno o alumna regular y cursar la carrera de Derecho en la Universidad de Atacama. De esta manera, se optó por un muestreo aleatorio simple con un 95% de nivel de confianza, y un 5% de error, definiendo el tamaño de la muestra en 176 participantes pertenecientes a distintos cursos. El análisis de los datos se realizó mediante estadística univariada, específicamente análisis de frecuencias y porcentajes. Se analizó cada una de las variables por separado, generando tablas de frecuencia por cada variable. El procesamiento de la información recogida se realizó mediante el uso de planillas de *Excel*.

Cabe destacar, que, como parte del diseño metodológico adoptado en esta investigación, se desarrollaron reuniones periódicas del equipo de investigación con el propósito de monitorear y cautelar el desarrollo riguroso del proceso. Estas instancias permitieron revisar sistemáticamente los avances, afinar el instrumento de recolección de datos, compartir primeras impresiones analíticas y tomar decisiones éticas y técnicas fundamentadas. La realización de estas reuniones garantizó la coherencia interna del estudio, permitiendo además la reflexión del equipo en torno a la EDH.

Un aspecto importante por considerar son los resguardos éticos asumidos por el equipo de investigación, que adhiere a la Declaración de Singapur⁴⁸ y a los lineamientos éticos fijados por la Agencia Nacional de Ciencia y Tecnología⁴⁹. Por ello, la encuesta incluyó un consentimiento informado que detalló objetivo, fines, confidencialidad, anonimato y posibilidad de desistir. Además, los datos fueron resguardados en una nube institucional con acceso restringido, y se asumiendo el compromiso ético de eliminarlos transcurridos 12 meses después de la publicación, enviándose una síntesis de resultados a quienes participaron.

4.2. Principales resultados del estudio

La presente sección da cuenta de los principales hallazgos obtenidos a partir del análisis de las 176 respuestas válidas recopiladas mediante encuesta en línea, aplicada a estudiantes de la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama. A través de un enfoque cuantitativo y exploratorio, se identificaron patrones relevantes en relación con la percepción, comprensión e integración de los DD.HH. en la formación jurídica universitaria. Los resultados se estructuran conforme a las cincodimensiones establecidas en el diseño metodológico: percepción general sobre los DD.HH., juventudes y DD.HH., educación y DD.HH., percepción sobre la vulneración de derechos en Chile y nivel de garantía de derechos específicos.

a) Percepción general sobre los derechos humanos

Los resultados permiten constatar una valoración mayoritariamente positiva de los DD.HH. por parte del estudiantado de la Universidad de Atacama. Al consultar por la palabra que asocian con DD.HH., las respuestas más recurrentes fueron “igualdad”, “respeto”, “dignidad”, “justicia” y “libertad”, todas ellas conceptos que aluden directamente al núcleo normativo de los derechos fundamentales.

48 DECLARACIÓN DE SINGAPUR (2010), p. 1.

49 AGENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO (2022), p. 1.

La tabla 1 presenta la distribución de respuestas a la pregunta: ¿Cuál de estas opciones usted asocia con el concepto derechos humanos? Esta pregunta buscó identificar las nociones predominantes entre el estudiantado respecto al significado general de los DD.HH. Como se observa, la mayoría de quienes participan asocian los DD.HH. con la protección de la dignidad humana (81,1%), seguidos por quienes los vinculan con la defensa de las minorías (9,7%). Solo una pequeña fracción (1,7%) presenta una visión negativa o distorsionada del concepto.

Opción	Porcentaje (%)
Herramienta para la protección de la dignidad humana	81,1
Defensa de las minorías	9,7
Garantía frente al poder del Estado	5,1
Herramienta para justificar conductas ilegales	1,7
No sabe / no responde	2,3

Tabla 1. Asociación del estudiantado con el concepto de DD.HH.

Fuente: Elaboración propia.

La figura 1 complementa visualmente esta información, ilustrando las proporciones relativas de cada categoría. Se destaca una alta valoración ética del concepto de DD.HH.

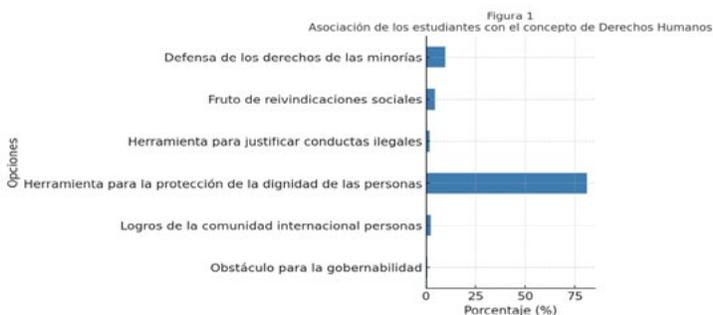


Figura 1. Asociación del estudiantado con el concepto de DD.HH.

Fuente: Elaboración propia.

En relación con el significado atribuido a los DD.HH., un 81,1% los identificó como una “herramienta para la protección de la dignidad de las personas”, mientras que apenas un 1,7% consideró que constituyen una “herramienta para justificar conductas ilegales”, lo cual da cuenta de un bajo nivel de rechazo o deslegitimación. Sin embargo, un 9,7% asoció los DD.HH. exclusivamente con la defensa de minorías, lo que puede sugerir una visión parcial o reduccionista del enfoque integral que estos implican.

En cuanto a la percepción de vigencia, un 91,4% de las y los estudiantes considera que en Chile existen grupos cuyos derechos son vulnerados. Consultados por el nivel de vulneración existente, un 40% percibe un nivel “medio”, mientras que un 31,4% lo califica como “bastante alto”. Solo un 1,7% señala que no existe vulneración de derechos en el país, lo que confirma una alta conciencia crítica sobre las limitaciones del Estado en materia de garantía de derechos.

b) Juventudes y derechos humanos

Los datos permiten inferir que el estudiantado reconoce el rol de las juventudes como actores legítimos en la promoción de los DD.HH. el 84% se mostró de acuerdo o muy de acuerdo con que las juventudes deben participar activamente en la defensa de los derechos fundamentales, lo cual expresa una disposición favorable hacia la agencia política de las nuevas generaciones. No obstante, existe una distancia significativa entre este posicionamiento y el nivel de conocimiento declarado en la materia. Cuando se preguntó por el grado de conocimiento sobre DD.HH., un 38% indicó tener conocimientos “básicos”, un 41% declaró poseer un conocimiento “medio” y solo un 11% se identificó con un conocimiento “avanzado”. Este dato revela una importante oportunidad de mejora en términos de formación teórica y práctica en derechos. Asimismo, se observó que un 45% de las personas encuestadas considera que las juventudes son discriminadas en espacios institucionales o

de toma de decisiones. Esta percepción puede estar vinculada a experiencias concretas de exclusión o subvaloración, y refuerza la necesidad de integrar enfoques generacionales en las estrategias de formación en derechos.

c) Educación y derechos humanos

La tabla 2 presenta las percepciones estudiantiles respecto al nivel de formación recibida en DD.HH. dentro de la carrera. Los resultados indican que más de la mitad de las y los estudiantes consideran que su formación ha sido insuficiente, particularmente, un 52,9% evalúa su formación como insuficiente o muy insuficiente, mientras que sólo un 18,1% la califica como buena o muy buena. Estos datos revelan la necesidad de replantear tanto los contenidos como las metodologías empleadas en la enseñanza del Derecho, apuntando hacia una formación crítica y comprometida con la realidad social.

Nivel de suficiencia percibido	Porcentaje (%)
Muy insuficiente	23,4
Insuficiente	29,5
Suficiente	29,0
Buena	15,3
Muy buena	2,8

Tabla 2. Percepciones estudiantiles sobre nivel de formación recibida en DD.HH.
Fuente: Elaboración propia.

Esta dimensión revela percepciones críticas respecto a la incorporación de los DD.HH. en la formación jurídica universitaria. Si bien un 68% del estudiantado señaló haber abordado contenidos relacionados con DD.HH. durante su carrera, sólo un 29% considera que la formación recibida ha sido “suficiente”, y un 53% la califica como “insuficiente” o “muy insuficiente”. Esto sugiere que, si bien existe una presencia formal en el currículo, esta no siempre se traduce en un aprendizaje significativo. A pesar de ello, un 62% de las respuestas manifiestan acuerdo o fuerte acuerdo con la afirmación “Los Derechos Humanos son transversales a toda la formación en Derecho”.

Sin embargo, esta percepción no parece corresponder con la experiencia concreta, dado que el modelo de enseñanza reportado por la mayoría es predominantemente teórico. La enseñanza de los DD.HH. se realiza en gran medida a través de clases magistrales, con escasa incorporación de metodologías activas, análisis de casos o simulaciones jurídicas. Finalmente, otro dato relevante refiere a la evaluación de la Universidad como promotora de los DD.HH. Si bien un 47% indica que la universidad tiene un compromiso moderado con los DD.HH., solo un 22% percibe un compromiso alto o muy alto, lo cual apunta a un área de desarrollo institucional pendiente.

d) Percepción sobre la vulneración de derechos en Chile.

Con el propósito de conocer la opinión del estudiantado sobre el contexto nacional, se preguntó cuál consideran que es el nivel de vulneración de derechos en el país. La tabla 3 sintetiza las respuestas, mostrando que el 71,4% percibe una vulneración media o alta de los DD.HH. en Chile. Esta percepción es coherente con una visión crítica del desempeño del Estado en la garantía de derechos fundamentales.

Nivel de vulneración	Porcentaje (%)
Muy alto	12,0
Bastante alto	31,4
Medio	40,0
Bajo	13,1
No existe vulneración	1,7
No sabe / no responde	1,7

Tabla 3. Opinión sobre el nivel de vulneración de derechos en el país.
Fuente: Elaboración propia.

La figura 2 permite visualizar la distribución de percepciones mediante un gráfico de barras, que enfatiza el predominio de respuestas críticas respecto a la situación nacional.

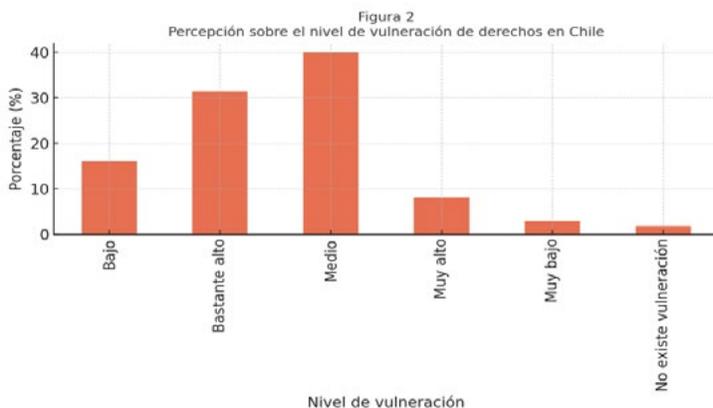


Figura 2. Percepción sobre el nivel de vulneración de derechos en Chile.
Fuente: Elaboración propia.

e) Nivel de garantía de derechos específicos

En relación con derechos sociales fundamentales, las percepciones recogidas son mayoritariamente críticas. Respecto al derecho a la salud, un 43% de las y los estudiantes considera que “casi no se garantiza” y un 33% estima que “no se garantiza en absoluto”. De forma similar, el derecho a una educación de calidad es percibido como “poco garantizado” o “no garantizado” por el 64% de los participantes. En lo que respecta a grupos específicos, el 69% expresó estar en desacuerdo o muy en desacuerdo con que “el Estado chileno garantiza efectivamente los DD.HH. de los pueblos originarios”. Además, un 85% se manifestó a favor del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en proyectos de minería que afecten su territorio, lo que indica una alta sensibilidad hacia los derechos colectivos y el principio de autodeterminación.

En cuanto a la igualdad de género, la encuesta reveló una fuerte adhesión a principios igualitarios. Un 93% estuvo “muy en desacuerdo” con la afirmación de que las mujeres no deberían recibir el mismo salario que los varones por ausentismo laboral, y un 85% apoyó firmemente la igualdad

en las licencias parentales. Estos resultados dan cuenta de una perspectiva de género bastante instalada entre el estudiantado. También se observa una tendencia inclusiva respecto a las personas migrantes. Finalmente, aunque un 26% manifestó alguna forma de desacuerdo con estas afirmaciones, un 81% estuvo de acuerdo con que estas personas deben acceder a la educación pública en igualdad de condiciones, y un 74% apoyó su acceso gratuito a servicios de salud.

4.3. Análisis y discusión

Al profundizar en los resultados, se constata que la valoración positiva de los DD.HH. por parte del estudiantado no necesariamente se traduce en una apropiación crítica o práctica de estos principios. Este hallazgo es consistente con lo evidenciado en la encuesta realizada por el CDH-UBA y el CIPDH⁵⁰, donde si bien la mayoría de los y las estudiantes manifestó una postura favorable hacia los DD.HH., se observó un bajo nivel de apropiación operativa y reflexiva, especialmente en lo relativo a la identificación de mecanismos jurídicos para su defensa. En ese sentido, el alto porcentaje de personas que los asocia con conceptos como “dignidad” o “igualdad” refleja una comprensión simbólica significativa, pero no garantiza una apropiación transformadora si no está acompañada de herramientas metodológicas y experienciales. Ello resulta clave para vincular estos principios con conflictos actuales, con sus futuros roles como profesionales del Derecho, y con el ordenamiento jurídico. Asimismo, en el caso analizado, la percepción mayoritaria entre estudiantes de la Universidad de Atacama es que existen vulneraciones sistemáticas a los DD.HH. en Chile, y que dichas vulneraciones afectan especialmente a pueblos originarios, juventudes, mujeres y personas migrantes, pone en evidencia una sensibilidad crítica que no se traduce en una comprensión situada de las herramientas jurídicas disponibles para la exigibilidad y defensa de derechos, como lo demuestra el bajo porcentaje

50 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UBA Y CIPDH-UNESCO (2019), p. 7 y TAPPATÁ y SIGAL (2019), p. 8.

de estudiantes que declara poseer un conocimiento avanzado en la materia, revelándose un desfase entre la conciencia del problema y las competencias necesarias para su abordaje.

Además, la percepción negativa respecto a la formación recibida en DD.HH. es un dato importante, que justifica la revisión del currículo, así como de las prácticas docentes, dado que un 52,9% de estudiantes evaluó su formación como insuficiente o muy insuficiente, lo cual sugiere que debe abordarse un cambio curricular, materializando las premisas del modelo educativo que promueven la formación de profesionales con una ética pública orientada a la justicia. Este hallazgo encuentra eco en los resultados presentados por el informe integrado del CDH-UBA y el CIPDH⁵¹, donde se señaló que una porción considerable del estudiantado considera que los DD.HH. son abordados sólo de manera teórica, sin conexión con realidades sociales complejas ni con el ejercicio profesional. Asimismo, en el estudio realizado en la carrera de Trabajo Social de la misma Universidad se constató la misma tendencia al advertir que, aun en contextos donde los marcos normativos declaran la centralidad de los DD.HH., las dinámicas pedagógicas e institucionales reproducen esquemas formales, con escasa problematización crítica⁵². La coincidencia entre estos estudios sugiere que estamos frente a una problemática estructural que excede a cada universidad en particular y exige respuestas sistémicas. El hecho de que la enseñanza se describa como predominantemente teórica y expositiva confirma el diagnóstico sobre el carácter dogmático y descontextualizado de la formación jurídica tradicional⁵³.

Al observar en profundidad la dimensión “educación y derechos humanos”, se aprecia también una contradicción entre el reconocimiento de la transversalidad de los DD.HH. (62% está de acuerdo con esta afirmación) y la falta de experiencias pedagógicas que permitan materializar esa transversalidad. Esto remite a la necesidad de constituir a cada asignatura como

51 CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UBA Y CIPDH-UNESCO (2019), p. 8.

52 DUARTE et al. (2025), p. 212.

53 RONCONI (2017), p. 22.

un espacio de enseñanza desde una perspectiva de derechos⁵⁴. Por otro lado, la sensibilidad del estudiantado ante temas de género y derechos de pueblos originarios y personas migrantes revela el potencial que existe para construir una formación más comprometida con las luchas sociales, mostrándose una disposición subjetiva a favor de los principios de equidad y justicia social. Sin embargo, para que esta disposición se traduzca en desempeño profesional, se requiere una EDH que forme desde la experiencia, el análisis crítico y la articulación con territorios y comunidades. Finalmente, cabe subrayar que el contexto de la región de Atacama en el que se inserta esta formación es neutro, puesto que se trata de un territorio históricamente tensionado por conflictos medioambientales, extractivismo y desigualdades estructurales, lo que obliga a que la EDH en esta Universidad tenga un anclaje situado⁵⁵.

En este sentido, resulta imprescindible repensar una pedagogía jurídica comprometida con el territorio, capaz de articular la dimensión global de los derechos con sus expresiones locales⁵⁶.

Desde una perspectiva teórico-normativa, los hallazgos del estudio deben ser analizados a la luz de los marcos conceptuales sobre EDH señalados al inicio de este trabajo, en virtud de los cuales la EDH debe ser entendida como un proceso integral que contempla dimensiones cognitivas, actitudinales y prácticas, orientadas no solo a la transmisión de conocimientos, sino también al ejercicio ético y social de los derechos. Como se señaló anteriormente, esta visión se encuentra en consonancia con la necesidad de que estas dimensiones, educación “sobre”, “por medio de” y “para” los DD.HH., estén articuladas de manera coherente, de modo que promuevan una ciudadanía activa y crítica⁵⁷.

54 VOGELFANGER (2021), p. 18.

55 DUARTE et al. (2025), p. 202.

56 GÓMEZ (2015), p. 60.

57 VOGELFANGER y LEDZWA (2023), p. 21.

En este orden de ideas, la evidencia empírica muestra que dicha articulación no se encuentra plenamente lograda en el currículo de Derecho de la Universidad de Atacama, puesto que si bien la dimensión cognitiva parece relativamente presente, ya que el estudiantado reconoce el concepto de DD.HH. y puede identificar su importancia, las dimensiones actitudinal y transformadora aún son débiles, lo que se expresa en la distancia entre el reconocimiento ético del concepto y su integración en la práctica formativa y profesional. Este fenómeno fue observado también en el estudio realizado en la carrera de Trabajo Social, pues, la comprensión de los DD.HH. por parte de estudiantes se ve condicionada por la calidad de la formación, el contexto político-social y la persistencia de discursos negacionistas que desdibujan el sentido actual de los derechos fundamentales⁵⁸.

En este contexto, la propuesta de transversalizar la EDH en la formación jurídica cobra especial relevancia⁵⁹, ya que el tratamiento de los DD.HH. no puede reducirse a una o más asignaturas, sino que debe permear los espacios formativos y estar acompañado de una cultura institucional coherente con sus principios. Así, las asignaturas deben conformar un espacio de enseñanza desde una perspectiva de derechos, asumiendo que la docencia jurídica tiene una dimensión ética y política que debe ser reconocida y orientada hacia la justicia⁶⁰.

En relación con esto, se puede articular contenidos de derecho constitucional, internacional público y DD.HH. en un núcleo formativo integral, desde donde se pueda construir una comprensión crítica e interdisciplinaria del derecho⁶¹. La enseñanza de los DD.HH., en este sentido, no es un saber cerrado, sino una práctica pedagógica situada, que exige el desarrollo de capacidades interpretativas, históricas y normativas conectadas con los

58 DUARTE et al. (2025), p. 196.

59 RONCONI (2017), p. 31.

60 VOGELFANGER (2021), p. 17.

61 DE SOJO et al. (2018), p.14.

contextos sociales reales. La formación jurídica no sólo debe transmitir contenidos, debiendo formar profesionales autónomos, conscientes de su entorno y comprometidos con una ética profesional crítica y transformadora⁶².

Asimismo, la discusión debe considerar las dificultades estructurales observadas en otros estudios respecto de una escasa incorporación explícita de contenidos de DD.HH. en muchos programas, especialmente en los niveles superiores⁶³. Este déficit fue corroborado en los resultados del presente estudio, en el cual se evidenció una disminución en la presencia de estos contenidos conforme avanza la carrera. Esta situación contradice el principio de transversalidad y pone en cuestión el compromiso institucional con una formación integral en derechos humanos.

En definitiva, el fortalecimiento de la EDH en la formación jurídica requiere superar las limitaciones curriculares y las prácticas pedagógicas tradicionales, que puede habilitar rupturas con las lógicas de exclusión y despojo, especialmente en contextos marcados por crisis ecosociales y demandas de justicia territorial⁶⁴. Junto a lo anterior, la implementación de metodologías activas representa una vía concreta para vincular teoría y práctica, potenciando una educación crítica en DD.HH. donde el estudiante no solo analice normativamente los derechos, sino que los experimente, los discuta y los ponga en relación con conflictos reales.

Los resultados obtenidos permiten sostener que existe una valoración positiva de los DD.HH. entre los y las estudiantes de Derecho de la Universidad de Atacama, pero se presentan ciertos matices que permiten identificar tensiones y oportunidades de mejora. El hecho de que un porcentaje relevante de estudiantes relacione los DD.HH. principalmente con la dictadura o los crímenes del pasado reciente (dimensión histórica) y no con problemas actuales o cotidianos da cuenta de una comprensión parcial que podría limitar

62 CATALANI (2019), p. 56.

63 CATALANI y MÉDICI (2019), p. 16.

64 GÓMEZ (2015), p. 69.

el potencial transformador de la formación jurídica en DD.HH. Estas percepciones son influenciadas por el contexto social y político, donde persiste un discurso relativista o negacionista respecto de las violaciones históricas a los DD.HH.⁶⁵.

Este fenómeno, tiene implicancias profundas para la educación jurídica, en tanto condiciona la construcción de marcos interpretativos ético-políticos desde los cuales los futuros abogados y abogadas comprenderán su rol profesional. En este sentido, una de las alertas que emergen del estudio es la necesidad de trabajar en la construcción de una conciencia crítica sobre los DD.HH. que los vincule con los desafíos de la democracia y con las diversas formas de exclusión presentes en la región de Atacama y en el país. Cabe señalar que la enseñanza del Derecho ha desarrollado una aproximación dogmática a los DD.HH., centrada en la norma positiva y desprovista de su anclaje ético, histórico y social⁶⁶. Puede afirmarse que esto se expresa en la percepción de los y las estudiantes, quienes valoran los DD.HH., pero muchas veces los entienden como contenidos formales o normativos, lo cual reduce su capacidad de actuar como agentes de transformación. El presente estudio corrobora esta situación, al evidenciar una disociación entre la adhesión declarativa a los valores de los DD.HH. y una comprensión profunda de sus implicancias en el ejercicio profesional y en el análisis crítico de estructuras jurídicas y sociales.

Por otra parte, comprender la EDH desde sus tres dimensiones (cognitiva, actitudinal y transformadora), resulta clave para analizar estos hallazgos⁶⁷. Si bien se constata que existe una incorporación parcial de la dimensión cognitiva, las dimensiones actitudinal y transformadora aún requieren un desarrollo más robusto. Esto se refleja en las respuestas referidas a la percepción de garantías de derechos específicos, donde se expresa una visión crítica sobre el nivel de cumplimiento estatal, pero carente de una propuesta sobre

65 DUARTE et al. (2025), p. 196.

66 RONCONI (2017), p. 24.

67 CUBILLOS-VEGA (2019), p. 40.

cómo intervenir o incidir en dichos déficits desde el ejercicio profesional. Este dato tiene especial importancia para este estudio, ya que evidencia una desconexión entre el modelo formativo institucional y su apropiación por parte del estudiantado, toda vez que el perfil de egreso de la carrera de Derecho incluye explícitamente un compromiso con los DD.HH. y el progreso social, sin una incorporación mayor de aquello en la práctica pedagógica, resultando necesario avanzar hacia un enfoque transversal y situado de los DD.HH. en la formación jurídica, capaz de permear tanto las asignaturas teóricas como las prácticas profesionales, clínicas jurídicas y actividades de vinculación con el medio⁶⁸.

Otro aspecto relevante es el papel de la EDH en el fortalecimiento de la ciudadanía activa, mostrando los datos del estudio que una parte significativa del estudiantado asocia los DD.HH. con la participación ciudadana, la igualdad y la inclusión. Este hallazgo es alentador, ya que sugiere que existen condiciones subjetivas para el desarrollo de una ciudadanía comprometida con los principios democráticos para lo cual se deben reforzar metodologías que promuevan la reflexión crítica, el trabajo colaborativo y la vinculación con comunidades y territorios.

Finalmente, cabe destacar que la EDH en una universidad estatal regional como la Universidad de Atacama debe responder a los desafíos específicos de su territorio y su comunidad. En este sentido, no basta con la inclusión formal de contenidos sobre DD.HH., si estos no se abordan desde una perspectiva territorial, situada y comprometida con las condiciones reales de los sujetos que los habitan⁶⁹. Por ello, en la región de Atacama, la educación jurídica debe asumir la tarea de articular la dimensión global de los DD.HH. con sus expresiones locales, contribuyendo a la formación de profesionales capaces de incidir en los conflictos contemporáneos desde una praxis jurídica éticamente situada.

68 RONCONI (2017), p. 23.

69 DUARTE et al. (2025), p. 212.

5. CONCLUSIONES

El presente estudio constató que existe un sustento teórico y conceptual para la incorporación de los DD.HH. en la formación jurídica que realiza la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama, desde un enfoque transversal y transformador del currículum para una mayor comprensión y apropiación de estos derechos en el proceso formativo. Dicho enfoque permite materializar el modelo educativo institucional, así como las normas aplicables a las universidades públicas chilenas. Desde esta perspectiva, la EDH debe ser un paradigma organizador de la formación jurídica, articulando dimensiones cognitivas, actitudinales y transformadoras. En esta línea, este trabajo proporciona elementos de discusión y diálogo académico para rediseñar los planes de estudio, diversificar metodologías docentes, y construir una cultura institucional que encarne los principios de dignidad, justicia y equidad en la formación de las y los abogados en la región de Atacama.

Lo anterior, se sustenta en los resultados alcanzados por este estudio, que, a través de un enfoque cuantitativo, identificó patrones relevantes en relación con la percepción y comprensión de los DD.HH. en la formación jurídica. Cabe destacar que uno de los hallazgos centrales en el caso particular estudiado, fue la fragmentación en la comprensión de los DD.HH., anclada mayormente en una visión histórica o normativa, lo que restringe su potencial como praxis crítica, proponiéndose la incorporación de marcos pedagógicos que fortalezcan la reflexión ética, la deliberación democrática y la vinculación territorial; resultando justificado este último aspecto en una institución regional de educación superior. La desconexión entre el reconocimiento tradicional, dogmático y formal de los DD.HH. en el currículum y perfil de egreso, frente a su escasa presencia real en las aulas justifica la transversalización curricular y el desarrollo de espacios institucionales que promuevan una convivencia centrada en derechos. Asimismo, el estudio reveló una sensibilidad significativa del estudiantado hacia temas de género,

pueblos originarios, migración y justicia social, constituyendo un potencial ético-político que debe ser nutrido mediante estrategias pedagógicas situadas, metodologías activas y proyectos de vinculación con el medio.

Metodológicamente, el diseño del estudio visibilizar percepciones y tensiones relevantes entre el currículo formal y la experiencia subjetiva del estudiantado, lo cual abre la puerta a futuras investigaciones cualitativas y longitudinales que permitan seguir la evolución de estas comprensiones en relación con el ejercicio profesional.

Aunque la investigación se focaliza en la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama, sus hallazgos no pretenden ser generalizables, sino ofrecer una mirada situada que permita problematizar la incorporación de los DD.HH. en la formación jurídica desde un contexto universitario público y regional. En tanto estudio de caso, sus resultados aportan elementos relevantes para el debate institucional más amplio sobre transversalización curricular, cultura pedagógica y formación ética del estudiantado. Así, se reconoce que la especificidad del caso analizado impone límites a su alcance, por lo que futuras investigaciones en otras facultades e instituciones permitirán ampliar y contrastar estos hallazgos. No obstante, el trabajo entrega evidencia empírica necesaria para visibilizar tensiones formativas y avanzar en agendas de transformación en clave de derechos, especialmente en instituciones de educación superior comprometidas con el fortalecimiento democrático y la justicia social.

Surgen así preguntas que pueden orientar una agenda de transformación institucional y pedagógica: ¿Qué condiciones deben generarse para consolidar una cultura formativa centrada en los DD.HH.? ¿Cómo potenciar prácticas docentes que interroguen críticamente al derecho positivo? ¿Qué vínculos pueden establecerse entre universidad, territorio y comunidad para hacer de la EDH una experiencia real de transformación? Responder estas pregun-

tas no solo enriquecerá el debate académico, sino que permitirá convertir la educación jurídica en una herramienta para construir dignidad, resistir injusticias y democratizar el saber jurídico desde una clave ética y situada.

En definitiva, los resultados de este trabajo apuntan al fortalecimiento de la EDH en la formación jurídica como un imperativo ético y pedagógico que supone reconocer que la enseñanza del Derecho no puede ser neutra ni ajena a los conflictos que atraviesan la vida colectiva y en una universidad pública regional como la Universidad de Atacama, este desafío adquiere una urgencia particular: formar abogados y abogadas conscientes de su territorio, capaces de actuar desde una ética de los derechos en contextos atravesados por problemas y desigualdades estructurales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO (2022): “Lineamientos para la Evaluación Ética de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades. ANID”. Disponible en: <https://s3.amazonaws.com/documentos.anid.cl/proyecto-investigacion/Lineamientos-evaluacion-etica.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2024].

BELTRÁN, Mónica (s.d.): “La importancia de la educación en los derechos humanos. Especial referencia a América Latina”. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24457.pdf> [Fecha de última consulta: 16.01.2025].

BECERRA VALDIVIA, Katherine (2018): “El desarrollo de habilidades procedimentales en derechos humanos: Aporte de la metodología Aprendizaje-Servicio en estudiantes de Derecho”, en: *Revista sobre Enseñanza del Derecho* (N°31), pp. 141-173. Disponible en: <http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/academia/article/view/463> [Fecha de última consulta: 22.12.2024].

CATALANI, Franco (2019): “Educación en derechos humanos desde una perspectiva crítica y local”, en: CATALANI, Franco y MÉDICI, Alejandro (eds.): *Incorporación de la Educación en Derechos Humanos en el proceso de enseñanza-aprendizaje en la carrera de Abogacía de la UNLPam* (Santa Rosa, Universidad Nacional de La Pampa), pp. 29-57.

CATALANI, Franco y MÉDICI, Alejandro (2019): “Incorporación de la Educación en Derechos Humanos en el proceso de enseñanza-aprendizaje en la carrera de Abogacía de la UNLPam”. Disponible en: <https://www.unlpam.edu.ar/images/extension/edunlpam/QuedateEnCasa/Educacion%20en%20DDHH%20-%20Abogacia%20Unlpam.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2024].

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UBA y CENTRO INTERNACIONAL PARA LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (2020): “Percepción de Derechos Humanos de estudiantes universitarios. Informe integrado de relevamientos en facultades y departamentos de seis Universidades Nacionales (2018–2019)”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/newsletters/cdh/2020/julio-diciembre/percepcion002.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2024].

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UBA y CIPDH–UNESCO (2019): “Percepción de derechos humanos de estudiantes universitarios. Informe de la encuesta realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”. Disponible en: <https://www.cipdh.gob.ar/wp-content/uploads/2019/11/INFORME-UBA.pdf> [Fecha de última consulta: 22.05.2024].

CUBILLOS-VEGA, Carla (2019): “La formación en derechos humanos en el Trabajo Social: evolución, propuestas y retos”, en: *Comunitania: Revista internacional de trabajo y ciencias sociales* (Nº 17), pp. 35-58.

CUBILLOS-VEGA, Carla, JORQUERA, María José y ROBLES CARRASCO, Inés (2022): “El trabajo de las clínicas jurídicas en clave intersectorial y su contribución al acceso a la justicia en procesos de reparación de víctimas de crímenes de lesa humanidad”, en: *Política criminal* (Vol. 17, N°33), pp. 141-172.

DECLARACIÓN DE SINGAPUR (2010): “2nd World Conference on Research Integrity, 21-24 de julio de 2010, Singapur”. Disponible en: <https://www.conicyt.cl/fondap/files/2014/12/DECLARACION%20C3%93N-SINGAPUR.pdf> [Fecha de última consulta: 22.12.2024].

DE SOJO, Emanuel, LORAT, Martín Daniel y MÉDICI, Alejandro (2018): “Educación en Derechos Humanos en el nuevo Plan de Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, en: ORLER, José (ed.): *Enseñanza del derecho en el centenario de la Reforma Universitaria* (La Plata, UNLP), pp. 29-57.

DUARTE, Cory, RODRÍGUEZ, Viviana, BUGUEÑO, Yanina y CALDERÓN, Paula (2022): “Hilvanando narrativas. Procesos de resistencias y organización de mujeres en un territorio en sacrificio”, en: *Asparkia. Investigación Feminista* (N°40), pp. 133-149.

DUARTE, Cory, GARCÍA-CARMONA, Alfredo, MORA, Alejandra y RODRÍGUEZ, Viviana (2025): “Percepción de estudiantes de Trabajo Social sobre Derechos Humanos en Chile”, en: *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social* (Vol 32, N°1), pp. 194-217.

GÓMEZ FRANCISCO, Taeli (2015): “Paradigmas emergentes y crisis en la educación del Derecho: algo más que didácticas”, en: *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (Vol. 1, N°1), pp. 58-71.

GUIMARÃES, María Elizete y VILAR, Carlos Alberto (2013): “Pedagogía crítica y derechos humanos: fundamentos para una propuesta crítico-pedagógica en derechos humanos”, en: Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação (Vol. 21, N°80) pp. 405-432.

MAGENDZO, Abraham y PAVEZ, Jorge Manuel (2015): Educación en Derechos Humanos: Una propuesta para educar desde la perspectiva controversial. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

NACIONES UNIDAS (2006): “Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Plan de acción. Primera etapa”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/plan-de-accion-programa-mundial-para-la-educacion-en-derechos-humanos-primera-etapa.pdf> [Fecha de última consulta: 08.12.2024].

NACIONES UNIDAS (2011): “Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de Derechos Humanos (A/HRC/RES/16/1)”. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/199/educacion.pdf> [Fecha de última consulta: 18.11.2024].

NACIONES UNIDAS (2012): “Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos. Segunda etapa. Plan de acción”. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/WPHRE_Phase_2_sp.pdf [Fecha de última consulta: 18.11.2024].

NASH, Claudio, GONZÁLEZ, Camila y NOGUEIRA, Andrés (2011): Diagnóstico sobre la incorporación de los derechos humanos en las carreras de Derecho de Chile (Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile-Instituto Nacional de Derechos Humanos).

RONCONI, Liliana (2017): “La enseñanza en derechos humanos en las facultades de Derecho en Argentina: desafíos pendientes”, en: Revista Pedagogía Universitaria y didáctica del Derecho (Vol. 4, N°1), pp. 5-37.

SALVIOLI, Fabián (2009): *La Universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva Reforma Universitaria* (San José, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos).

TAPPATÁ, Patricia y SIGAL, Miguel (dirs.) (2019): “Percepción de Derechos Humanos de estudiantes universitarios. Informe de la encuesta realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”. Disponible en: <https://www.cipdh.gob.ar/wp-content/uploads/2019/11/INFORME-UBA.pdf> [Fecha de última consulta: 20.01.2025].

VOGELFANGER, Alan (2021): “Education in human rights: Changing the way we think and how we feel”, en: SENGUPTA, Enakshi y BLESSINGER, Patrock (eds.): *International Perspectives in Social Justice Programs at the Institutional and Community Levels* (Vol. 37), pp. 13–27.

VOGELFANGER, Alan y LEDZWA, María Eugenia (2023): “Fundamentos jurídicos de la educación en derechos humanos”, en: *Revista sobre Enseñanza del Derecho* (Nº42), pp. 15-34.

WITKER, Jorge (2023): “El constructivismo jurídico como estrategia de renovación de la enseñanza del derecho”, en: *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (Vol. 10, Nº1), pp. 1-12.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Nº21.094, sobre universidades estatales. Diario Oficial, 5 de junio de 2018.

Ley Nº21.091, sobre educación superior. Diario Oficial, 29 de mayo de 2018.

Ley Nº20.885, crea la subsecretaría de derechos humanos y adecúa la ley orgánica del Ministerio de Justicia. Diario Oficial, 05 de enero de 2016.

Decreto con Fuerza de Ley N°13, aprueba estatuto de la Universidad de Atacama, adecuado al Título II de la Ley N°21.094, sobre Universidades Estatales. Diario Oficial, 11 de julio de 2024.

Resolución Exenta N°290, aprueba actualización del Modelo Educativo, 27 de agosto de 2019.

Resolución A/HRC/RES/16/1. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 24 de marzo de 2011.

Resolución 217. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Declaración de autoría:

Gabriela Prado Prado: Conceptualización, Investigación, Administración del proyecto, Supervisión, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

Cory Duarte Hidalgo: Conceptualización, Investigación, Metodología, Supervisión, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

Rodrigo Cardozo Pozo: Conceptualización, Redacción–borrador original, Redacción–revisión y edición.

Paulina Moscoso Jorquera: Conceptualización, Validación, Redacción–revisión y edición.

ANEXO 1: FICHA TÉCNICA METODOLÓGICA DE LA ENCUESTA APLICADA⁷⁰

Nombre del instrumento: encuesta sobre percepción de derechos humanos en estudiantes de educación superior.

Origen: adaptación de la encuesta diseñada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires (CDH-UBA) y el Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CIPDH-UNESCO), aplicada en 6 universidades argentinas (2019).

Objetivo: identificar percepciones, valoraciones y niveles de comprensión sobre los derechos humanos por parte de estudiantes de la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama.

Diseño metodológico: estudio cuantitativo, de tipo exploratorio.

Población objetivo: estudiantes regulares de la carrera de Derecho de la Universidad de Atacama.

Diseño muestral: muestreo aleatorio simple, con un nivel de confianza del 95% y un margen de error del 5%.

Tamaño de la muestra: 176 respuestas válidas de estudiantes de 1° a 5° año de la carrera de Derecho.

Instrumento aplicado: encuesta autoaplicada vía *Google Forms*, previo consentimiento. De manera anónima y voluntaria.

Periodo de aplicación: julio-agosto de 2023.

⁷⁰ El instrumento está a disposición en el enlace: <https://drive.google.com/file/d/1GTKs9J-vSTB1ygQ6LYuQmbNPH23JRC-wc/view?usp=sharing>.

Adaptaciones al contexto: ajustes léxicos y terminológicos para adecuarse a la legislación chilena, perfil estudiantil y currículo local.

Dimensiones abordadas: 1. Percepción general sobre los derechos humanos. 2. Juventudes y derechos humanos. 3. Educación y derechos humanos. 4. Percepción sobre la vulneración de derechos en Chile. 5. Nivel de garantía de derechos específicos

Número total y tipo de preguntas: 34 preguntas cerradas con escala tipo Likert, opción múltiple y dicotómica; una pregunta abierta para comentarios finales.

Escala de medición: escala Likert de 4 puntos (en percepciones y formación); opciones múltiples para derechos garantizados; dicotómica en preguntas de conocimiento.

RECENSIÓN. ÁLVAREZ NORAMBUENA, VICENTE MANUEL: CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONTROL DE CONTENIDO. LIBROMAR, SANTIAGO DE CHILE, 2024¹

Eduardo Zamora Fuentes*

El desarrollo del derecho de protección del consumidor ha permitido, quizás manera involuntaria, un nuevo impulso al derecho civil, introduciendo nuevas instituciones, principios y mecanismos al ordenamiento jurídico que han obligado a reconsiderar y modernizar aspectos fundamentales de esta disciplina. Desde los tiempos de la codificación e influido por la filosofía imperante tras la revolución francesa, el derecho civil se ha enfocado en el estudio de relaciones contractuales que tradicionalmente se presumen en igualdad de condiciones, basándose en principios como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. No obstante, en una economía moderna de mercado las relaciones jurídicas alejan de este ideal igualitario. En efecto, se advierte un cambio en la forma de contratar, que se caracteriza por la masividad y la naturaleza de consumo. Las partes ya no se encuentran en una relación de igualdad, sino lo contrario, y esta desigualdad se manifiesta tanto en su dispar capacidad económica, como en la información que manejan y los costos de transacción que enfrentan para ejercer sus derechos². Este nuevo escenario ha llevado a la introducción de nuevos principios en el derecho de la contratación, como la protección de la parte más débil, y la

¹ Artículo recibido el 24 de septiembre de 2024 y aceptado el 23 de abril de 2025.

* Doctorando en Derecho por la U. de Valparaíso. Profesor de Derecho Comercial, U. de Valparaíso.  0009-0007-4128-1995. Dirección Postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.zamora@uv.cl.

² ISLER (2019), p. 82.

regulación en las distintas legislaciones de los llamados “contratos de adhesión” que, en Chile, permean desde el derecho de protección al consumidor hacia el derecho civil.

El libro que se procederá a reseñar consiste en la segunda obra de Vicente Manuel Álvarez Norambuena, abogado de la Universidad Católica de Chile y Máster en Derecho de Empresa en la Universitat Pompeu Fabra que se titula “Cláusulas Abusivas y control de contenido: Una mirada desde el Derecho Civil”, código ISBN N°978-956-6170-35-8.

El documento ofrece una exhaustiva revisión de los antecedentes históricos que permitieron el desarrollo de lo que hoy se conoce como “cláusulas abusivas y control de contenido en los contratos de adhesión”. El prisma que adopta el autor va desde los principios e instituciones propias del derecho civil, con un énfasis en el derecho extranjero y, especialmente, el alemán. Con 261 páginas, se inserta en el debate contemporáneo sobre la regulación de las condiciones generales de contratación (o contratos de adhesión) y su relación con el derecho privado, proponiendo una regulación de éstas dentro del Código Civil chileno. En este sentido, considera que este tipo de contratación debe ser tratados por el derecho común y no por el estatuto especial de la ley de protección de los derechos de los consumidores (en adelante, LPC³).

En su estructura, se compone por diez capítulos, además de un prólogo del profesor Patricio Carvajal, un prefacio del autor e introducción. En el primer capítulo se expone el plan de trabajo y algunas precisiones dogmáticas preliminares tales como los principios subyacentes a la codificación, la libertad contractual y sus consecuencias, los límites tradicionales a la autonomía privada, y algunas nociones sobre teoría económica y la libre discusión de los contratos. En este punto el autor sostiene la existencia de tres clases de contratación: la que normalmente se denomina *de libre discusión* y que constituye la regla general en la contratación clásica en que las

3 Ley N°19.496, de 1997.

partes se encuentran en una supuesta igualdad de condiciones; la contratación *de adhesión*, esto es, aquella en la que una de las partes impone a la otra el contenido del contrato, y; los *contratos desformalizados*, vale decir, aquellos en que el acuerdo es normalmente consensual y que la ejecución de las obligaciones suele ser inmediata, sin necesidad de escrituración de sus condiciones —salvo en algunos casos una simple boleta o factura—. Es la segunda categoría aquella sobre la cual el autor expone su trabajo. Por consiguiente, para el autor la contratación por adhesión no abarca los contratos desformalizados como por ejemplo el que se celebra al estacionar un vehículo en un estacionamiento comercial o el de transporte público.

Ya en el segundo capítulo explora las nociones de *contratos de adhesión y condiciones generales de contratación*, precisando que si bien son nociones que hacen referencia a fenómenos muy similares de la contratación, tienen distintos orígenes. La primera, contratos de adhesión (que es la que recoge nuestra legislación) tiene un origen francés que coloca el énfasis en el contratante que adhiere, mientras que la segunda, de origen alemán, coloca el énfasis en las obligaciones del predisponente. Expone el autor que doctrinariamente el término “contrato de adhesión” no tiene un sentido preciso ni en Chile ni en Francia, a diferencia del término alemán que, en general, refiere “al conjunto de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido que sobre un determinado tipo se propone celebrar”⁴. Con todo, los autores europeos utilizan ambas nociones indistintamente, de la misma manera que lo hará más adelante el autor en este libro. Interesante es la revisión que desde aquí comienza a hacerse acerca de los orígenes de ambos conceptos, tanto en Alemania como en Francia.

El tercer capítulo se centra en los mecanismos de control de contenido de los contratos a través de las condiciones generales. Éstos son los controles previos y represivos que establece el Estado. Los primeros que se manifiestan con revisiones previas del clausulado a través de agencias estatales, y los segundos mediante decisiones judiciales. Este último es el que luego procede

4 ÁLVAREZ (2024), p. 49.

a desarrollar en el capítulo cuarto descendiendo a nuestra legislación de protección a los derechos de los consumidores. El autor repasa sumariamente los supuestos de aplicabilidad de la LPC, deteniéndose en los conceptos de consumidor y proveedor, y en el ámbito de aplicación de la ley recogido en los artículos 2° y 2° bis, y concluye el capítulo criticando que el rol de la LPC no es la de establecer un marco común a las relaciones contractuales, ni tampoco es un ordenamiento jurídico autosuficiente respecto de las normas generales del Código Civil y de Comercio, por lo que considera que el control de contenido de los contratos de adhesión debe ser regulada en el Código Civil y ser de aplicación general⁵. Aquí es donde aparece la tesis central del autor.

En su planteamiento, Álvarez tiene razón. Existen aspectos regulatorios que han ingresado a la LPC que deben ser de aplicación general y, por tanto, regularse en el Código Civil. Pero la realidad demuestra que continúan ingresando, tramitándose y publicándose modificaciones a la LPC que la transforman poco a poco en un cuerpo normativo de aplicación masiva a la contratación privada, pero separada de la regulación común. De esta manera, la tesis del autor sugiere una desconexión entre la teoría y la práctica legislativa actual en Chile que sería de interesante revisión a futuro.

El proceso de expansión del derecho del consumo que se aprecia en nuestra legislación ha planteado cuestiones complejas y, en ocasiones, contraintuitivas, como la necesidad de discutir si la LPC debe considerarse o no una ley especial en relación con el Código Civil o con el Código de Comercio⁶, o si el artículo 543 del Código de Comercio cuando permite sustraer del arbitraje a los conflictos entre asegurado y asegurador hacia la justicia ordinaria, incluye o no en este concepto (el de “justicia ordinaria”) a la justicia de policía local, que es la llamada por el legislador a conocer de las acciones de interés individual en el ámbito del consumo⁷.

5 Ibid., p. 83.

6 DE LA MAZA (2020), p. 88.

7 NASSER (2013), p. 4.

Las modificaciones a la LPC son constantes, y tienden a ampliar su ámbito de aplicación a cada vez más contratos, sustrayéndolos del ámbito puramente civil o comercial: contratos sobre bienes y servicios, aspectos sobre contratos de educación y de salud, de arriendo de inmuebles turísticos, de venta de viviendas, de seguro, de crédito, son algunos ejemplos. Además, se incorporan cada vez más principios e instituciones especiales dentro de este marco legal, como el principio pro-consumidor y una exhaustiva regulación a propósito de los contratos de adhesión (y no de las condiciones generales de la contratación). Un ejemplo reciente de esta tendencia expansiva es el proyecto de ley denominado “Sernac te protege” (boletín 16271-03), que actualmente se discute en el Congreso. Este proyecto amplía el ámbito de aplicación de la LPC a los contratos de promesa de viviendas y elimina el requisito del artículo 1° de que exista un vínculo de un acto jurídico oneroso que ligue al consumidor y al proveedor, e incorpora al catálogo de cláusulas abusivas del artículo 16 de la LPC tres nuevas causales. Otro ejemplo de la vis expansiva de la LPC se da en la discusión dogmática surgida recientemente como consecuencia de la publicación de un dictamen interpretativo del Sernac⁸ que estima que son aplicables las normas de esta ley a los prestadores de servicios de asesoría jurídica. Por otra parte, la Ley N°20.416 con la finalidad de proteger de mejor manera a las micro y pequeñas empresas en sus contratos, les hizo extensibles varias disposiciones de la LPC, entre ellas, precisamente las llamadas “normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”.

En nuestro medio, la discusión acerca de la técnica legislativa de consumo utilizada no es nueva. Ya en 2014, Jorge Baraona planteaba la necesidad de integrar los sistemas del derecho común (civil y comercial) con los de la LPC, de modo tal que el derecho del consumo se pueda beneficiar de la experiencia del derecho común⁹. En 2016, Rodrigo Momberg argumentó que la mejor manera de abordar la relación entre el derecho privado común y la normativa de la LPC es mediante la integración de los principios y normas

8 SERNAC (2024).

9 BARAONA (2014), p. 402.

básicas de esta última al Código Civil, abogando por una protección común del débil jurídico, esto es, extendiendo la protección más allá del consumidor, abarcando a otros sujetos en situaciones de desventaja estructural¹⁰.

Estas discusiones reflejan tensiones y desafíos que surgen cuando el cuerpo normativo especial comienza a ocupar un espacio central en la regulación de las relaciones contractuales que históricamente han sido competencia del derecho civil.

A partir del quinto capítulo, el autor adopta una redacción quizás un poco de manual, pero no por ello menos enriquecedora. El quinto capítulo trata del control judicial represivo bajo la perspectiva de las condiciones generales de contratación, deteniéndose especialmente en la buena fe y el control de inclusión. En relación con la buena fe, repasa sus orígenes como principio inspirador del derecho y su tradicional clasificación sobre su carácter subjetivo y objetivo. Luego, analiza el rol de aquella en tanto parámetro que actúa como cláusula general en la contratación y que se manifiesta en un catálogo de deberes especiales como el de información, el de protección de custodia, de secreto o confidencialidad, o el de no romper los tratos preliminares injustificadamente, entre otros¹¹. Respecto del control de inclusión, previamente, refiere a la insuficiencia de la tradicional “regla del espejo” en contratación civil. En la contratación actual —sostiene— no es necesario que las partes conozcan plenamente el clausulado de un contrato, sino que basta para que el consentimiento sea perfecto, su cognoscibilidad, es decir, que el contratante se encuentre en una situación de conocer¹². Revisa las reglas del control de inclusión propiamente tales, tanto formales como de fondo, teniendo como referencias el derecho alemán, español y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y finalmente efectúa una revisión del control de inclusión en Chile.

10 MOMBERG (2016), p. 752.

11 ÁLVAREZ (2024), p. 98.

12 Ibid., p. 106.

Los capítulos sexto y séptimo se refieren al control represivo propiamente tal. El sexto analiza este tipo de control a través de las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil, y destaca la regla *contra proferentem* y el criterio de prevalencia en los contratos con doble articulado (condiciones generales y particulares). En tanto el capítulo séptimo relata la evolución histórica del sistema de control represivo, desde sus orígenes en la jurisprudencia alemana, el derecho francés, el español y el de la Unión Europea.

En los capítulos finales, se revisan los elementos dogmáticos del control de contenido, siempre desde una perspectiva comparativa entre el derecho nacional y las regulaciones europeas. De esta manera, analiza cómo principios como la buena fe contractual, la interpretación del contrato a través de su finalidad o la falta de transparencia contractual, constituyen elementos que permiten limitar el contenido de los contratos de adhesión. Estos antecedentes son aterrizados en nuestra legislación, bajo un exhaustivo análisis del artículo 16 de la LPC, para finalmente cerrar el capítulo diez, con la revisión de las sanciones asociadas a este tipo de conductas.

Concluye el libro con algunas reflexiones de *lege ferenda* entre las que sostiene la conveniencia de proceder a regular el control de contenido del contrato en el Código Civil como norma general. Propone también que las acciones colectivas se regulen en una norma ad hoc, y que se regulen acciones de cesación y retractación de una manera análoga a la del derecho alemán. En relación con las acciones individuales, propone que éstas sean de conocimiento de la justicia civil ordinaria. Finalmente, realiza algunos comentarios al boletín 16.271-03 que contiene el proyecto conocido como “Sernac Te Protege”.

Son pocas las obras en la literatura nacional que han realizado una revisión de las cláusulas abusivas es nuestro ordenamiento jurídico. Entre ellas se destaca el trabajo de María Elisa Morales¹³ y algunos trabajos como los

13 MORALES (2018).

de Rodrigo Momberg¹⁴. Sin embargo, las obras que he revisado en el ámbito nacional no abarcan con la profundidad de Álvarez Norambuena los orígenes y fundamentos dogmáticos provenientes del derecho europeo que han moldeado estas instituciones. Esto es particularmente relevante, considerando que es la normativa española la que ha inspirado nuestra legislación en esta materia, lo que constituye desde luego un importante esfuerzo del autor por acceder a fuentes extranjeras y generando un notable aporte a la discusión nacional.

En conclusión, el libro reseñado constituye una valiosa obra que contribuye significativamente al debate sobre la modernización del derecho civil en Chile, proponiendo de manera muy clara importantísimos fundamentos para repensar el diseño de nuestra legislación de protección al consumidor y su integración con el derecho civil.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARAONA, Jorge (2014): La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: Un marco comparativo”, en: Revista Chilena de Derecho (Vol. 41, N°2), pp. 381-408.

DE LA MAZA, Iñigo (2020): “Lex specialis: Sobre el artículo 2° bis de la Ley 19.496”, en: Revista de Derecho (Concepción) (Vol. 88, N°247), pp. 83-116.

ISLER, Erika (2019). “Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas”, en: Derecho PUCP (Vol. N°82), pp. 35-59.

14 MOMBERG (2013) y (2016)

MOMBERG, Rodrigo (2016): “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de Protección al Consumidor: Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 43, N°2), pp. 737-756.

MOMBERG, Rodrigo (2013): “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 26, N°1), pp. 9-27.

MORALES, María Elisa (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Santiago de Chile, DER Ediciones Limitada).

NASSER, Marcelo (2013): “Consumidor y seguros: Una mirada desde la solución de controversias”, en: *Adeco: Academia de derecho y consumo, Boletín* (Vol. 2, N°32), s/p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código de Comercio de Chile. Diario Oficial, 23 de noviembre de 1865.

Decreto con fuerza de Ley N°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N°16.618, ley de menores, de la Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N°20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

Resolución Exenta N°332 de 6 de junio de 2024 del Servicio Nacional del Consumidor, que aprueba el dictamen interpretativo sobre la aplicación de la ley de protección de los derechos de los consumidores a los contratos de prestación de servicios de asesoría jurídica, que resuelve la solicitud N°61.351.

TRADUCCIÓN. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA¹⁻²

Max Ernst Mayer

José Luis Guzmán Dalbora*

1 Artículo recibido el 7 de mayo de 2025 y aceptado el 14 de mayo de 2025.

2 Traducción del alemán por el profesor Dr. José Luis Guzmán Dalbora, U. de Valparaíso (Chile). *Anleitung zum Studium der Rechtswissenschaft* apareció como folleto en dos ediciones. La que hemos traducido fue publicada por la Editorial Universitaria Blazek & Bergmann, Fráncfort, en 1921 (11 págs). Max Ernst Mayer (1875-1923), catedrático de Derecho penal y de Filosofía del Derecho, ocupó en 1920-1921 el cargo de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad que hoy lleva el nombre del hijo más ilustre de la ciudad de Fráncfort: *Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main*.

Tras el prematuro deceso del autor, el otro penalista de dicha casa de estudios, Berthold-Freudenthal (1872-1929), se encargaría de revisar la segunda edición. Acaso fue un intento postremo de reconciliarse con la memoria de Mayer, a cuya candidatura en 1922 al rectorado de la Universidad Freudenthal se opuso decididamente, valiéndose de medios no precisamente académicos, intrigando con rumores sobre la vida privada de su oponente y generando un serio conflicto al interior de la Facultad de Derecho. Cfr. ZIEMANN (2002-2003), pp. 413 y 414; GEERDS (2003), pp. 58 y 59, y DIESTELKAMP (1989), p. 11.

Un episodio poco edificante, pero revelador de que las pasiones y ambiciones humanas hallan también un escondrijo en el profesorado universitario. Como sea, el trance realza los méritos de este texto del famoso criminalista y iusfilósofo neokantiano. Es más, pensamos que conserva todavía valor, pese a su antigüedad y las mudadas circunstancias de principios del siglo XXI. Mayer escribe para una generación moralmente desolada y un país económicamente en ruinas a causa de la derrota en la Primera Guerra Mundial. Así y todo, insta a los jóvenes alumnos a estudiar con rigor, perseverancia y entusiasmo, haciendo de las carencias materiales del momento, que eran enormes, una virtud. ¡Tanto más debiéramos efectuar los profesores de hoy para sacar de su desorientación a un estudiantado medroso del porvenir!

* Doctor en Derecho por la UNED de Madrid. Profesor titular de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía moral y jurídica de la Escuela de Derecho de la U. de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  0000-0002-6351-9526. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: joseluis.guzman@uv.cl.

1. DEL ESTUDIO EN GENERAL

Quien pretenda estudiar ciencia jurídica tiene primero que estar capacitado para estudiar en general. A ello han de aportar algo el intelecto, el sentimiento y la voluntad, es decir, que *toda* la persona debe estar capacitada.

El *intelecto* tiene que ser capaz de pensamiento abstracto, puesto que toda ciencia vive de la formulación de conceptos, y una ciencia sistemática como la ciencia jurídica los necesita incluso en mayor medida que la historia y la ciencia natural. Nuestra ciencia parece distanciarse de la realidad por cuanto prescinde de todas las características casuales y accidentales de que está lleno cada trozo de la realidad y, no obstante, lo hace sólo para adueñarse de los elementos esenciales de su objeto, esto es, para penetrar en el concepto y merced a éste domeñar la realidad. Muchas propuestas de reforma del estudio descansan en el extraviado anhelo de hacer retroceder el pensamiento abstracto, o sea, en un intento de exorcizar la naturaleza de la ciencia. Me parece indispensable advertir al estudiante, al inicio del primer semestre, que mientras más difícil le resulte formular conceptos, menos está en el lugar indicado para él. Con todo, puede ser un hombre muy talentoso y conseguir cosas significativas en una profesión que depende de observar la realidad o gobernarla a través de decisiones. Por otro lado, precisamente el intelecto dispuesto para la abstracción tiene que estar atento a no perder contacto con la realidad. El medio comprobado para conseguirlo en la lección es el ejemplo. Tener preparado un ejemplo para cada figura conceptual: ¡que esta advertencia acompañe a todos los alumnos durante sus estudios!

Del *sentimiento* esperamos que aporte amor por la ciencia. En la Universidad cobra expresión en el amor de aprender, y es tan requerido como imposible de obtener por la fuerza. No obstante, el mayor talento del princi-

piante, talento con que siempre supera al iniciado, consiste en tener alegría de aprender. Este hermoso don decrece mano a mano que aumenta la edad, por lo cual “¡aprovechad el tiempo, que pasa demasiado rápido!”³

La *voluntad* contribuye con la aplicación; sólo que en el reino de la libertad académica la aplicación es algo completamente diferente del cumplimiento de las horas prescritas de trabajo o completar una tarea particularmente copiosa. Más bien, aplicación es aquella energía que trabaja sin descanso, hasta que un conocimiento deviene claro y distinto en sí y en todas sus relaciones. Supuesto básico de esta tensión volitiva es la honradez ante sí mismo que no acepta como posesión intelectual nada que tampoco se haya ganado *plenamente*, y cuyo objetivo es la conquista y el dominio de provincias espirituales. El filisteo vive más allá de sus circunstancias intelectuales; pseudoconocimiento y conocimiento a medias son su pasatiempo. En cambio, el estudiante refrena en sí estos peligros, y hace de su conocimiento y su ser una unidad.

2. DEL ESTUDIO DEL DERECHO EN PARTICULAR

2.1. Materia y finalidad

El que busca los objetos de que trata la Jurisprudencia tiene, ante todo, que consultar las leyes. Allí hallará *preceptos jurídicos*. Conocerlos es el objetivo del estudio. Ahora bien, conocer las leyes no significa aprender de memoria las palabras de los preceptos jurídicos, sino dominar su sentido espiritual y, merced a ello, adquirir la capacidad de evaluar su alcance. Celso, uno de los grandes juristas romanos, escribió en el Digesto (l. 17 D.

3 *Gebraucht der Zeit, sie geht so schnell von hinnen!*”. Goethe pone esta frase en labios de Mefistófeles durante el pasaje del Fausto en que el demonio habla a un joven indeciso acerca de los estudios universitarios. Mayer había usado en su Tratado de Derecho penal otro fragmento del mismo diálogo entre el incauto alumno y su ladino consejero, para ilustrar metafóricamente la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto. El versículo se lee en traducción ligeramente diferente (“emplead bien el tiempo, que se va tan aprisa”), de Rafael Cansinos Asséns, GOETHE (1991), p. 795, que corresponde a la escena IV de la primera parte del *Fausto* (pp. 723-972). [Nota del traductor].

de legibus 1, 3) esta advertencia para todas las épocas de la Jurisprudencia: *Scireleges non hoc est verba earumtenere, sed vim ac potestatem* [saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y potestad].

Que el estudio tiene que estar dirigido a esto y a nada más que ello, se vuelve claro tan pronto como se piensa que todos los preceptos jurídicos tienen la finalidad de ser aplicados. Son aplicados a cualesquiera sucesos de la vida, cotidianos e históricamente significativos, permitidos o prohibidos: el nacimiento de un niño, la muerte de un presidente del gobierno, la compraventa de una casa, el hurto de una bicicleta. Todos los sucesos de que surgen relaciones vitales de importancia jurídica reciben el nombre de *relaciones jurídicas* y conforman el segundo objeto de la ciencia del Derecho. De suerte que la ley tiene que ser conocida por el bien de la vida, y la vida por el bien de la ley. Conseguir comprender todas las relaciones vitales es también un objetivo que debe trazarse el jurista. A contrapelo de lo que se pudiera creer, no lo logrará sin esfuerzo. No basta con ir por las calles y los mercados, comparar el propio terruño con el ajeno, asistir a asambleas y leer los diarios. Por supuesto, estas y otras cosas semejantes hay que hacerlas, pero carecerán de valor si suceden irreflexivamente. Cuáles ideas hay que seguir, por tanto, a qué hay que prestar atención, eso es algo que no se puede averiguar cabalmente mediante el aprendizaje. Con todo, mucho pueden aportar las clases que se imparte fuera de las facultades de Derecho. Eso sí, no se trata en absoluto de oírlas simplemente para progresar en la «formación general», sino de comprender lo esencial de la plenitud de la vida con miras a dominar el estudio del Derecho. Luego, según la idoneidad personal expresada en el interés de cada cual y, sobre todo, el grado en que nos sintamos atraídos por algún profesor, se hace la elección. Alguno aprovechará más las clases sobre historia y otro las de filosofía; en el círculo de las especialidades médicas se introduce a la psiquiatría y la medicina legal; la facultad de ciencias naturales ofrece al jurista una ampliación del horizonte, especialmente en las clases de geografía y etnografía. Sin embargo, nadie debiera ignorar la economía política y todos debieran tener alguna

familiaridad con la economía privada. Quien estudia Derecho en Fráncfort, precisamente, tiene una oferta excelente, ya que aquí se ha instalado una facultad de ciencias económicas y sociales.

De la premisa mayor que establece la ley y la premisa menor creada por la vida, la *Administración de Justicia* extrae la conclusión, así como ésta se expresa, por ejemplo, en la sentencia de un tribunal o el proveimiento de un funcionario gubernamental. La jurisprudencia constituye el último objeto de la ciencia jurídica, y se divide en jurisprudencia judicial (Justicia) y administrativa (Administración). A ella están dedicadas las lecciones de Derecho procesal y administrativo, cuya comprensión puede ser facilitada participando en una lección práctica de fácil acceso, a saber, la visita a audiencias judiciales de toda clase y la revisión de expedientes judiciales, tarea aliviada por la edición de colecciones impresas (de Hippel, Stein y Schmidt, entre otros)⁴. Más difícil, pero menos imprescindible también, es dar una ojeada a la praxis administrativa; allí donde se abra una puerta, hay que entrar.

2.2. Medios y método

Los medios de que dispone la Universidad para la consecución del objetivo son clases, ejercicios y libros. Por separado, estos medios son insuficientes; unidos los tres, son perfectos.

Las *clases* están en el centro de la enseñanza, aunque con desenfado se cuestiona su valor argumentando que existen ya libros impresos⁵. Por cierto, hay más que suficientes, pero raras veces el alumno que no asistió a una clase

4 Además de ello, el estudiante adquirirá una imagen gráfica consultando los múltiples documentos y registros que cumplen un papel en la vida jurídica; por ejemplo, conocerá el aspecto de un título hipotecario, una letra de cambio, un registro mercantil. En el libro de Paul Krückmann, *Anschaungsmittelfür den Rechtsunterricht*, de 1900, hay una excelente recopilación.

5 Mayer se había explayado públicamente sobre la necesidad de las clases al oponerse a la reforma de los estudios jurídicos que se propuso algunos años antes, cuando todavía era profesor extraordinario en la Universidad de Estrasburgo. Se trató de la conferencia *Über die Reform des juristischen Studiums*, Heidelberg, 1913. Cfr. HASSEMER (2000), pp. 35-36. [Nota del traductor].

habrá leído el libro respectivo. Ahora, para leer un libro jurídico y poder aprovecharlo en términos de adueñarse de la materia tratada en él —y de esto se trata, precisamente—, es indispensable haber escuchado antes algunas clases de Derecho; sin esta introducción, ni siquiera el estudiante dotado avanzará gran cosa en la bibliografía jurídica. Esta indiscutible experiencia, que es la forma más segura de dejar fuera de discusión el valor de las clases, tiene su fundamento en que toda materia científica, especialmente la que se recorre por primera vez, puede ser conquistada únicamente mediante la *actividad*, de suerte que el oyente tiene que estar activo en una medida incomparablemente mayor que el lector. Cuando un estudiante refiere que este o aquel curso le interesa, eso significa siempre que su espíritu está despierto para la participación activa y, en consecuencia, lo está aprovechando. Es asunto del docente cómo emprende el camino de romper la participación meramente pasiva; las muy elogiadas preguntas que formula al auditorio interrumpiendo su exposición, son sólo medicillos. Sin que se lo pidan, el oyente debe sentirse constantemente interrogado, es decir, animado a participar en el desarrollo de las ideas. Ahora, quien ha participado así en muchas lecciones puede conformarse, si le conviene, con la mera inscripción en uno u otro curso, obteniendo sus conocimientos de un libro impreso, en lugar de la clase. Como sea, es una pérdida de tiempo asistir a un curso una vez sí y otra no; algunas pepitas de conocimiento son lo opuesto de la ciencia.

Los *ejercicios* prácticos, que a lo menos en las especialidades principales van unidos a trabajos escritos, disfrutan con razón de creciente simpatía, ya que en ellos se intensifica la actividad del estudiante. Demasiado a menudo docentes y estudiantes son propensos a tratar la tarea principal, o sea, la solución de los casos, según la perspectiva de una anticipación de la praxis; sin embargo, esto es un error, ya que los ejercicios “prácticos”, si no se carga la palabra con una nota odiosa, son tan “teóricos” como las lecciones. En uno y otro caso hay que aprender el arte de apreciar el alcance de la ley, sólo que el partícipe tiene que desarrollar esta habilidad, con su propia iniciativa, más en los ejercicios que en las lecciones. En los primeros debe sentirse, no meramente interrogado, porque es él quien interroga. De ahí que un ejer-

cicio sólo puede ser de provecho si antes se escuchó la lección respectiva y, en lo posible, se emplea el cuaderno de apuntes o un tratado, repasando una y otra vez el texto legal pertinente. Tienen otro significado únicamente los ejercicios de Derecho romano y los ejercicios para principiantes en el Derecho civil; éstos sirven para completar y reforzar la lección, debido a lo cual se los realiza en el mejor de los casos simultáneamente a la Parte general o, a lo sumo, después de haberla seguido y, tal vez, en relación con el Derecho de las obligaciones. Según la Ordenanza de exámenes (Decreto del Ministerio prusiano de justicia de 17 de junio de 1918, párrafo 5), para la inscripción en el primer examen de práctica jurídica es requerido el certificado de haber concurrido por lo menos a cuatro ejercicios prácticos. Con todo, es recomendable participar en un mínimo de seis ejercicios en las especialidades principales (dos en Derecho civil y uno en Derecho penal, Derecho procesal civil, Derecho del Estado, Derecho administrativo y Derecho mercantil).

Existe aún una segunda especie de ejercicios, denominada seminarios o ejercicios científicos. Están dirigidos a aquellos que ya se han afianzado en la zona por tratar y tienen ahora el deseo de adentrarse en el trabajo científico autónomo, especialmente la preparación de una tesis doctoral⁶.

El tercer medio de estudio son los *libros*, “el capital de trabajo de los estudiantes”. Pensamos en los libros propios. Su adquisición será siempre difícil; pero quien se dedica al estudio tiene que contar de antemano con que no puede llevar adelante su empresa completamente desprovisto de capital de trabajo. Por lo menos, ha de tener a disposición los textos de las leyes más importantes, y es encarecidamente recomendable la posesión de tratados o compendios de las especialidades principales. Es que el estudio no puede basarse únicamente en las clases y los ejercicios, hay que añadir el estudio a fondo personal de todas las partes de la ciencia jurídica. Leer, es decir, leer *activamente*, teniendo, pues, el lápiz en mano para poder subrayar

6 El reglamento doctoral de la Facultad de Derecho de Fráncfort ha aparecido juntamente al Decreto de aplicación, gracias a la Editorial Universitaria Blazek y Bergmann.

y tachar, extraer y disponer, y leer *repetidamente*, repasando una y otra vez las mismas obras en que se ha confiado, una en cada especialidad, es el complemento indispensable para participar en las clases y ejercicios. Para el efecto no se precisa una gran biblioteca, aunque sí una pequeña serie de buenos libros propios.

Las bibliotecas establecidas en los seminarios de ciencia jurídica tienen sólo como último propósito reemplazar el capital de trabajo faltante, pese a lo cual no hay que desconocer que las necesidades de este tiempo apremian más y más a que dicho objetivo pase a primer plano. Fundamentalmente, las bibliotecas de los seminarios tienen otro significado. Están allí para dejar a disposición del estudiante libros que él no estudia, sino quiere leer, particularmente obras imperecederas de grandes juristas de épocas pretéritas o nuevas publicaciones sobre problemas contemporáneos. Esta lectura debe hacerse con moderación, pues leer demasiado no es provechoso. Por otro lado, quien nunca sintió el deseo de conocer más que el título de una obra que oyó elogiar en clases u otra parte, patentiza con ello una indolencia por la especialidad jurídica que debiera darle qué pensar. Esto aparte, las bibliotecas de los seminarios están siempre prontas para ser medio literario auxiliar con que poder elaborar un problema específico. Quien tiene ante sí la tarea de redactar un informe para un ejercicio práctico —por citar sólo el caso principal—, no puede contentarse con un único libro, ya que necesitará comentarios, obras de consulta, colecciones jurisprudenciales, monografías, en suma, un completo aparato bibliográfico. Y lo hallará en el seminario. Por lo menos, en Fráncfort. Aquí, en cinco iluminadas y grandes habitaciones, tiene asiento una biblioteca, magistralmente administrada, que abarca todas las ramas de la ciencia jurídica, por lo que ofrece magníficas condiciones para trabajar.

El *método* del estudio del Derecho, por tanto, la pregunta del cómo, lo hemos tratado (dentro de los límites que hay que respetar aquí) a propósito de la revisión de los medios, y podríamos darnos por satisfechos si no fuese necesaria una advertencia acerca de cómo *no* se puede estudiar. Pienso en el *repetidor*.

Repasar es el alma del estudio. Ahora, aquel que es tan dependiente que no es capaz de repasar por su cuenta ni en común con sus compañeros —un método muy recomendable—, y tampoco le bastan los cursos de repaso que ofrece la Universidad (cursos aún por ampliar), acudirá seguramente, si puede pagarlo, al repetidor. Sin embargo, este individuo suele ser utilizado como un profesor para examinarse, esto es, como alguien que no enseña a memorizar conocimientos ya adquiridos, sino a adquirir nuevos conocimientos que hay que aprender. Esto lo convierte en un peligro. Y es que el escaso tiempo y el dominio que ha de poseer de todas las ramas de la ciencia del Derecho, acaso también otras circunstancias todavía, lo constriñen a presentar y meter con un embudo en la cabeza del otro un extracto de esta ciencia, y no ciertamente uno elaborado de manera objetiva, sino otro recogido teniendo en vista la comisión examinadora. No es indispensable *explayarse* en que así no se puede estudiar. El procedimiento sería tan deficiente como el que alguien tuviera un preparado de albúmina cual alimento bastante para el cuerpo. Y si en algún caso raro se consigue engañar a una comisión examinadora con un saber aparente, una cosa no se logrará nunca: adquirir placer y amor por la ciencia jurídica. El joven entrenado por un repetidor abandonará la Jurisprudencia tan pronto como pueda o renegará de ella durante toda su vida.

2.3. División y preceptos

Muchos estudiantes perciben como una preocupación cómo se debe dividir los estudios. Sin embargo, quien haya adquirido una idea de la estructura del Derecho en las lecciones de Introducción a la Ciencia del Derecho, que están al principio del plan de estudios, evitará sin más seguir los cursos en un orden absurdo, por ejemplo, frecuentar Derecho administrativo antes

del Derecho del Estado o abordar el Derecho mercantil sin antes haber oído por lo menos las dos primeras partes del Derecho civil. Por lo demás, el orden no importa; todo camino conduce a la meta, pero el más corto no es necesariamente el mejor y tampoco el más bello. Con todo, para tener en consideración las preferencias de los estudiantes, la Facultad de Derecho de Fráncfort ha publicado unas *recomendaciones* para la organización de los estudios jurídicos⁷. Aquí quedan en evidencia, primero, las lecciones y los ejercicios en que se *tiene* que participar, en cuáles se *debiera* en lo posible tomar parte y, en fin, la secuencia que se *puede* seguir. Pero este plan de estudios ni con mucho es vinculante. Su única peculiaridad es el consejo de empezar lo antes posible con el estudio del Derecho público. De hecho, es adecuado conocer ya en los primeros dos semestres las instituciones fundamentales del Estado y la Constitución del Imperio alemán, así como su estructura jurídica (Derecho del Estado), porque merced a ello se facilita la comprensión de la historia del Derecho y de todas las partes del Derecho vigente. También las lecciones de Derecho penal pueden ser oídas tempranamente; no obstante, es menos indicado que el Derecho público como materia de valor universal.

Los *preceptos* sobre la formación jurídica están contenidos, algunos en leyes imperiales, otros en disposiciones aplicables a los Estados federados, particularmente decretos del Ministro de Justicia⁸. La Ley del Tribunal Constitucional establece en su parágrafo segundo que el primer examen de ingreso a la abogacía requiere haber aprobado tres años de estudio de la ciencia jurídica en una Universidad, si bien los Estados federados son libres de establecer una extensión del plazo. En Baviera y Wurtemberg son ocho semestres. Baden y Hesse prevén de antiguo siete semestres. Prusia, en cambio, mantiene seis semestres, pese a que allí las materias por estudiar

7 Reimpresas en el semestre invernal 1920-1921 y a la venta en la Editorial Universitaria Blazek y Bergmann, así como en Pedell.

8 Uno pequeño volumen preparado por la oficina del Ministerio de Justicia y aparecido en la colección de la editorial Decker, *Die juristische Ausbildung in Preussen*, 1920, ofrece una recopilación de todos los preceptos. Mediante la edición de cuadernillos suplementarios la editorial va agregando las disposiciones de nueva factura.

se han vuelto progresivamente tan abundosas, que dicho plazo apenas da abasto. Además, existe una ley especial sobre el cómputo de los semestres intermedios⁹. Prescindiendo de situaciones especiales, las disposiciones ministeriales son de importancia, no para el período de estudios universitario, sino para la estructura de los exámenes y el servicio preparatorio (período de pasantía). Quien necesite información, la hallará en el volumen citado en nota 4, en alguna otra compilación o preguntando a un docente. Todos los profesores lo orientarán gustosos, con asesoramiento y apoyo, en el camino adecuado de los estudios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DIESTELLKAMP, Bernhard (1989): “Zur Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Facultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main”, en: DIESTELLKAMP, Bernhardy STOLLEIS, Michael (eds.) *Juristen an der Universität Frankfurt am Main* (Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft), pp. 9-30.

GEERDS, Friedrich (2003): Berthold Freudenthal (1872-1929) en: FREUDENTHAL, Berthold (ed.): *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal* (Traducc. José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F.), pp. 41-61.

GOETHE, Johann W. (1991): *Obras completas*, (Traducc. Rafael Cansinos Asséns, Ciudad de México, Aguilar), tomo IV.

HASSEMER, Winfried (2000): Max Ernst Mayer (1875-1923) en: DEPALMA, José Luis (ed.): *Normas jurídicas y normas de cultura* (Traducc. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi), pp. 27-36.

⁹ Ley de 12 de abril de 1919, relativa a la formación de los combatientes en la guerra para funciones judiciales, contenida en la obra citada en la nota precedente, p. 63.

ZIEMANN, Sascha (2002-2003): “Max Ernst Mayer (1875-1923), Materialien zu einer Biographie”, en: THOMAS, Vormbaum (ed.): *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, (Berlín, Berliner Wissenschaft Verlag), pp. 395-425, tomo IV.