

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° 88
PRIMER SEMESTRE 2026

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES
FACULTAD DE DERECHO

DIRECTORA
ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO 

EDITORA EN JEFE
ROCÍO SÁNCHEZ PÉREZ 

EDITOR ASISTENTE
CARLOS PALACIOS OSORIO 

CORRECTORES DE TEXTOS
BASTIÁN FERRARI BUSTAMANTE 
JAVIERA GUZMAN ROJAS 
FRANCO ROJAS MUÑOZ 

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

EDITORIAL	9
-----------------	---

ESTUDIOS:

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS:

<i>La expansión del derecho penal sexual en alemania. Una visión desde el derecho penal y la criminología</i>	<i>15</i>
---	-----------

GONZALO BASCUR RETAMAL:

<i>El arma de fuego (real y adaptable) como objeto de la acción en los delitos posesorios de la Ley N°17.798 sobre control de armas.....</i>	<i>51</i>
--	-----------

GIACOMO BELISARIO - LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA - ALEJANDRA ZÚÑIGA FAJURI:

<i>Neuroderechos en Chile: Notas críticas sobre la reforma constitucional, un proyecto de ley pendiente y el fallo de la Corte Suprema</i>	<i>91</i>
--	-----------

PAULINA NAVARRETE MEDINA:

<i>La incertidumbre causal en la responsabilidad por actuaciones de la Inteligencia Artificial</i>	<i>117</i>
--	------------

PEDRO GUERRA ARAYA:

<i>¿Límites? ¿Qué límites? Tres desafíos contemporáneos sobre la propiedad intelectual.....</i>	<i>163</i>
---	------------

MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO:

<i>La infracción del deber contractual de salud y seguridad como fundamento de la responsabilidad del empresario por hecho propio</i>	<i>205</i>
---	------------

FRANCISCO CABELLO VARGAS:

Estudio dogmático y análisis crítico del art. 1739. La doctrina de la apariencia jurídica y la transferencia a non domino. El sentido de quedar a cubierto de toda reclamación..... 259

MINDRA PINO SOTOMAYOR:

El proceso de descodificación del derecho civil chileno: Un estudio del régimen de responsabilidad civil médica a la luz de la Ley N°20.584..... 297

ALEJANDRA ILLANES VALDÉS - CONSTANZA ASTUDILLO MEZA:

La compensación económica como instrumento de protección del cónyuge más débil: Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema..... 331

FERNANDO RAMOS-ZAGA:

Intervenciones conductuales en salud pública: Marco regulatorio de suficiencia y equidad para el derecho chileno..... 367

HUGO TÓRTORA ARAVENA:

Los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas en los procesos constitucionales chilenos recientes..... 409

CRISTIÁN CÁCERES MUÑOZ:

El riesgo e implicancia que pueden llegar a tener los sesgos cognitivos durante la labor pericial y metapericial..... 455

CAMILO ARANCIBIA HURTADO:

Recensión. Banfi del Río, C. (2023) Responsabilidad civil por daños climáticos en el derecho chileno y comparado. Valencia, Tirant lo Blanch..... 493

EDITORIAL

Rocío Sánchez Pérez*

La Revista de Ciencias Sociales es un espacio abierto a la discusión intelectual centrada en problemas jurídicos. Abarca una serie de investigaciones misceláneas que expresan las inquietudes e ideas de quienes han confiado en nuestro espacio pluralista desde hace más de medio siglo.

En la actualidad, la Revista experimenta algunos cambios. La Dirección ha quedado radicada en la profesora Rommy Álvarez Escudero, quien dejó el cargo de editora en jefe para entregárselo a quien redacta esta editorial. De este modo se separan las jefaturas, permitiendo una mejor distribución de las funciones y cargas propias de nuestro trabajo. Su aporte ha permitido consolidar los avances desarrollados por los directores anteriores, los profesores Agustín Squella Narducci, Luis Villavicencio Miranda y Pamela Prado López. Gracias a su constante esfuerzo, hoy la revista ha avanzado en su indexación en diversos catálogos, destacando especialmente su incorporación a Directory of Open Access Journals (DOAJ) este año.

Los desafíos que enfrentamos son numerosos. Entre ellos, la irrupción de nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, demanda nuestros mejores esfuerzos para mantener un espacio en que el humanismo predomine y la reflexión se desarrolle apoyada en estas herramientas, sin perder la esencia de la discusión científica en el área jurídica. A ello se suma un

* Doctora en Derecho y licenciada en Ciencias jurídicas por la Universidad de Valparaíso. Máster en Argumentación jurídica por la Universidad de Alicante. Académica e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile.  0000-0001-7205-8517. Dirección postal: Errazuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: revistacs@uv.cl.

mundo globalizado e hiperinterconectado que nos exigirá abrir los horizontes a nuevas discusiones que, más temprano que tarde, se extenderán por diversos confines, obligándonos a expandir la mirada y a dialogar de forma simultánea, superando barreras territoriales y temporales.

En este número 88, el primero del año 2026, presentamos doce artículos de investigación y una reseña. Abrimos la entrega con el trabajo de Miguel Ángel Cano Paños titulado “La expansión del derecho penal sexual en Alemania. Una visión desde el derecho penal y la criminología”. Le sigue la investigación de Gonzalo Bascur Retamal, “El arma de fuego (real y adaptable) como objeto de la acción en los delitos posesorios de la Ley N°17.798 sobre control de armas”. Posteriormente, Giacomo Belisario, Luis Villavicencio Miranda y Alejandra Zúñiga Fajuri ofrecen en coautoría el estudio “Neuroderechos en Chile: notas críticas sobre la reforma constitucional, un proyecto de ley pendiente y el fallo de la Corte Suprema”. A continuación, se incorpora Paulina Navarrete Medina con su escrito “La incertidumbre causal en la responsabilidad por actuaciones de la inteligencia artificial”.

Las siguientes discusiones se concentran en problemas fundamentalmente del derecho civil, comenzando con el artículo titulado “¿Límites? ¿Qué límites? Tres desafíos contemporáneos sobre la propiedad intelectual”, de Pedro Guerra Araya. Prosigue “La infracción del deber contractual de salud y seguridad como fundamento de la responsabilidad del empresario por hecho propio”, preparado por María Soledad de la Fuente Núñez de Castro. A este le sigue “Estudio dogmático y análisis crítico del art. 1739. La doctrina de la apariencia jurídica y la transferencia a *non domino*. El sentido de *quedar a cubierto de toda reclamación*”, de Francisco Cabello Vargas. Asimismo, se incluye el trabajo “El proceso de descodificación del derecho civil chileno: un estudio del régimen de responsabilidad civil médica a la luz de la Ley N°20.584”, de Mindra Luz Ivonne Pino Sotomayor, además del artículo “La compensación económica como instrumento de protección del cónyuge más débil: reflexiones a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, de Constanza Astudillo Meza y Alejandra Illanes Valdés.

Desde otra perspectiva, más enfocada en el derecho público y las problemáticas colectivas, se presenta el texto “Intervenciones conductuales en salud pública: marco regulatorio de suficiencia y equidad para el derecho chileno”, de Fernando Ramos Zaga. También se incorpora la investigación titulada “Los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas en los procesos constitucionales chilenos recientes”, de Hugo Tórtora Aravena.

Al cierre de la sección de artículos, contamos con la contribución de Cristian Cáceres Muñoz, titulada “El riesgo e implicancia que pueden llegar a tener los sesgos cognitivos durante la labor pericial y metapericial”.

La última sección de la revista está dedicada a una reseña preparada por Camilo Arancibia Hurtado sobre el libro “Responsabilidad civil por daños en el derecho chileno y comparado”, de Cristián Banfi del Río, editado por Tirant lo Blanch.

Agradecemos a todos los autores por confiar en nuestra revista y enviar sus investigaciones; de igual modo, hacemos extensivo este reconocimiento a los evaluadores anónimos, quienes han enriquecido los textos con sus valiosas observaciones garantizando la rigurosidad y calidad de los aportes. Finalmente, expreso mi especial gratitud a la profesora Rommy Álvarez Escudero por el apoyo generoso y constante brindado para dar continuidad al trabajo de la revista, y a todo el equipo de edición por su esfuerzo y dedicación.

Al cierre, invitamos a la comunidad académica nacional e internacional a la lectura y reflexión de las páginas que hoy ponemos a su disposición.

ESTUDIOS

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL SEXUAL EN ALEMANIA. UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA¹⁻²

THE EXPANSION OF SEXUAL CRIMINAL LAW IN GERMANY. A VIEW FROM CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

Miguel Ángel Cano Paños*

Resumen:

Alemania no ha sido desde luego una excepción cuando se habla de la reforma del derecho penal sexual y la (re)instauración de una nueva moral sexual. Bajo el trasfondo de un aparente aumento de los delitos sexuales y una eventual desprotección de determinados colectivos, el legislador germano ha acometido en los últimos años varias reformas en el ámbito de los delitos sexuales, las cuales han dado lugar a extender hasta límites insospechados el elenco de conductas típicas. La más importante de estas reformas, operada en el año 2016, además de modificar profusamente la disposición central del derecho penal sexual contenida en el texto punitivo (§ 177 *StGB*), introdujo dos nuevas tipologías delictivas dirigidas a castigar conductas sexuales de bagatela. Este trabajo se dedica precisamente a abordar, desde un análisis

1 Artículo recibido el 16 de diciembre de 2025 y aceptado el 26 de abril de 2026.

2 Este trabajo es fruto de una estancia de investigación realizada por el autor del mismo en agosto de 2024 en la Universidad de Münster, Alemania.

* Catedrático de Derecho penal y Criminología en la Universidad de Granada, España.  0000-0001-5426-7227. Dirección postal: Calle Rector López Argüeta s/n, 2. Planta, 18071 Granada, España. Correo electrónico: macano@ugr.es.

crítico, jurídico y criminológico, estas dos nuevas tipologías, a saber, el acoso sexual (§ 184i StGB) y los delitos cometidos en el seno de grupos (§ 184j StGB).

Palabras clave:

Delitos sexuales, Derecho penal alemán, Moral sexual, Código Penal Alemán, Acoso sexual, Delitos grupales.

Abstract:

Germany has certainly not been an exception when it comes to the reform of sexual crimes and the (re)establishment of a new sexual morality. In the context of an apparent increase in sexual crimes and a possible lack of protection for certain groups, the German lawmakers have undertaken several reforms in the field of sexual crimes, which have led to an extension of the range of criminal behaviours to unsuspected limits. The most important of these reforms, carried out in 2016, in addition to extensively modifying the central paragraph of sexual criminal law contained in the German Penal Code (§ 177 StGB), introduced two new types of offences aimed at punishing petty sexual conduct. This paper is dedicated precisely to addressing, from a critical point of view, these two new typologies, namely, sexual harassment (§ 184i StGB) and crimes committed within groups (§ 184j StGB).

Keywords:

Sexual offences, German criminal law, Sexual morality, German Penal Code, Sexual harassment, Group crimes.

1. PREÁMBULO DE LA COERCIÓN INHERENTE A LOS DELITOS SEXUALES AL DOGMA DEL *NO ES NO*

Al igual que ha sucedido en buena parte de los países del entorno cultural europeo, Alemania no ha sido ajena a la expansión y endurecimiento de los delitos sexuales en las últimas fechas. Los impulsores de las distintas

reformas han colocado como telón de fondo el aparente aumento de las conductas sexuales y la desprotección a la que han venido estando expuestos determinados colectivos, sobre todo aquel representado por las mujeres.

Los denominados *delitos contra la autodeterminación sexual* (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*) se encuentran regulados en la Sección 13ª del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch, StGB*). Mediante dicha rúbrica, el legislador penal alemán pretende (más bien, pretendía) expresar el hecho de que el derecho penal no se utiliza para proteger un determinado orden moral sexual, sino que ante todo persigue garantizar un derecho individual (de hombres y mujeres) a la libertad. La autodeterminación sexual significa la libertad del individuo de decidir libremente el lugar, el tiempo, la forma y la pareja, ya incluso la modalidad de la conducta sexual pretendida, querida o deseada.

Pues bien, la mencionada Sección 13ª ha sufrido importantes cambios en las últimas décadas, haciendo que la materia se haya vuelto complicada, poco sistemática y difícil de entender. Si bien son varias las reformas operadas en dicha Sección 13ª³, la más importante de ellas, y que va a ser objeto de análisis en el siguiente trabajo, es la 50ª ley de reforma del derecho penal (Ley para la Mejora de la Protección de la Autodeterminación Sexual), de 4 de noviembre de 2016⁴. El impulso para esta actividad legislativa vino motivado por la indignación generalizada provocada por los acontecimientos

3 Así, el 1 de enero del año 2021 entró en vigor la 59ª ley de reforma del derecho penal, de 9 de octubre de 2020, relativa a la mejora de la protección de la privacidad en relación a las grabaciones de imágenes. Dicha reforma trajo consigo, entre otras cosas, la introducción del delito relativo a la violación del ámbito de la intimidad a través de grabaciones de imágenes, recogido en el § 184k StGB. Posteriormente se aprobó la ley para combatir la violencia sexual contra niños, de 16 de junio de 2021. La última reforma del derecho penal sexual en Alemania se llevó a cabo mediante la ley de punición de la distribución y posesión de instrucciones para el abuso sexual de niños, de 14 de septiembre de 2021.

4 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs [Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, (Gaceta Oficial del Bund, Bundesgesetzblatt, BGBl. I, p. 2460)]. La misma entró en vigor el 10 de noviembre de 2016.

ocurridos durante la conocida como *Nochevieja de Colonia* de 2015/2016⁵, así como el caso *Gina-Lisa Lohfink*, que fue ampliamente discutido en los medios de comunicación germanos⁶. Tal y como indica Hoven, una razón fundamental para la repentina prisa del legislador fue la presión pública que se había acumulado tras la cobertura mediática de ambos sucesos. Las campañas de los grupos de presión y los medios de comunicación presentaron el modelo denominado *no es no* como una respuesta necesaria y, en última instancia, sin alternativas, para proteger, sobre todo a las mujeres, frente a agresiones sexuales⁷. El objetivo prioritario de la reforma penal del año 2016 era, por tanto, cerrar eventuales vacíos de protección en el ámbito de la delincuencia sexual, lo cual, como se verá en este trabajo, condujo a una expansión desmesurada del derecho penal sexual. Con ello, el legislador penal alemán pretendía así mismo hacer cumplir con lo establecido en el Art. 36 apartado 1 del Convenio de Estambul, de 11 de mayo de 2011⁸, el cual exige que todos los actos sexuales no consentidos sean tipificados como delito⁹.

5 En la nochevieja del 31 de diciembre del año 2015 al 1 de enero de 2016, centenares de mujeres que estaban celebrando la llegada del nuevo año en las cercanías de la catedral de Colonia y la estación central de ferrocarril, denunciaron haber sido víctimas de delitos sexuales masivos y organizados cometidos, en su mayoría, por grupos de hombres de nacionalidad u origen extranjero que se encontraban también en dicho lugar. En la mayoría de los casos no resultó posible atribuir cada una de las conductas sexuales a autores específicos, por lo que los hechos quedaron sin castigo.

6 Gina-Lisa Lohfink es una conocida modelo alemana de 39 años que en el año 2012 denunció haber sido violada por dos hombres, tras afirmar que estos le habían suministrado las denominadas *gotas knockout* (*K.-o.-Tropfen*). Sin embargo, en el año 2017, Lohfink fue condenada por un tribunal berlinés por denuncia falsa. Conviene señalar al respecto que la absolución de los procesados no se debió a la inexistencia de un acto sexual, sino más bien a que, conforme al estándar probatorio entonces vigente en Alemania, no se pudo acreditar una ausencia de consentimiento en los términos exigidos por el tipo penal aplicable antes de la reforma operada en el § 177 StGB. Aunque en el registro audiovisual la denunciante profirió expresiones como «no» o «para», el tribunal consideró que tales elementos no alcanzaban el umbral probatorio requerido bajo el marco normativo previo al principio del *no es no*, introducido, como se sabe, en el año 2016. Véase al respecto: Der Fall Gina-Lisa Lohfink, *Der Spiegel*, en: <https://www.spiegel.de/spiegel/sexualstrafrecht-der-fall-gina-lisa-lohfink-a-1099206.html>.

7 HOVEN (2018), p. 397.

8 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011.

9 HÖRNLE (2017), p. 14.

Con la 50ª ley de reforma del derecho penal, la sistemática vigente desde la gran reforma penal (*Große Strafrechtsreform*) del año 1973 no sólo ha cambiado, sino que ha sido completamente sustituida por otra. Efectivamente, en la década de 1970 se acordó que los tipos penales previstos en la Sección 13ª del *StGB* sólo debían cumplirse (y castigarse) en el caso de conductas sexuales *significativas*. La limitación material de la punibilidad tenía una buena razón de ser. Por un lado, debía evitarse una moralización del derecho penal; por otro, la acumulación de casos límite controvertidos, entre ellos aquellos de escasa gravedad. El objetivo expreso de la reforma operada a comienzos de la década de 1970 era impedir un *derecho penal sexual de bagatela*¹⁰. Por el contrario, según la voluntad de quienes, en el año 2016, impulsaron una reforma del sistema previsto en el § 177 *StGB*, ese paradigma de la gran reforma penal debía ser derogado y sustituido por uno nuevo. Para Frommel, el nuevo sistema recuerda incluso a las exigencias de abstinencia que ya, antes de 2016, existían aisladamente en determinados contextos sociales (terapia, prisión, sanidad). La nueva moral sexual debía ser la siguiente: “la sexualidad debe convertirse conscientemente en tabú en determinados contextos. La idea de protección debe colocarse en un primer plano, no así la libertad, como ocurría en los años 1970”¹¹.

La disposición central del derecho penal sexual en Alemania, a saber, el § 177 *StGB*, el cual con anterioridad al año 2016 exigía una denominada *coerción sexual* (*sexuelle Nötigung*), ahora castiga la *agresión sexual* (*sexueller Übergriff*), con independencia de la existencia o no de una coacción. De forma paralela a este cambio, el legislador penal alemán ha convertido la demanda popular basada en la cláusula del *no es no* (*Nein heißt Nein*) en el principio rector del derecho penal sexual, desechando así la fórmula *non-consensual* –contenida en el Art. 36 apartado 1 del Convenio de Estambul– como elemento de los tipos previstos en el § 177 *StGB* (por ejemplo, con la fórmula *no consentido*). Como se sabe, el modelo del *no es no* se basa en la manifestación de una voluntad contraria declarada o bien reconocible por

10 FROMMEL (2018), p. 370.

11 Ibid., p. 371.

parte del sujeto pasivo de la conducta sexual. En el contexto de un derecho penal que ya no se basa, por tanto, en el sometimiento físico (o psíquico) de la víctima, sino más bien en la autodeterminación, resulta lógico no colocar ya en un primer plano la incapacidad de resistirse a la conducta sexual (como así hacía el antiguo § 177 StGB)¹².

Además, con la reforma del año 2016 se introdujeron dos nuevas disposiciones penales (§ 184i y § 184j StGB), las cuales penalizan conductas sexuales con un contenido de injusto menor; a saber, el acoso sexual y los delitos (sexuales) de menor gravedad cometidos por grupos.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, no son pocas las voces de la doctrina penal alemana que han denunciado lo apresurado de la reforma del año 2016, así como las importantes debilidades sistemáticas y técnicas que la misma ha traído consigo¹³.

A partir de lo explicado en los párrafos anteriores, el objetivo del siguiente trabajo es analizar críticamente, desde un punto de vista dogmático-penal y criminológico, los dos nuevos preceptos que fueron añadidos al derecho penal sexual germano con la reforma llevada a cabo en el año 2016, y cuyo objetivo prioritario era combatir las conductas sexuales de menor gravedad¹⁴. Para ello, y tras un breve análisis de la sistemática de los delitos sexuales resultantes de la reforma del año 2016 (punto 2.1), el trabajo se detiene en el análisis del delito de acoso sexual previsto en el § 184i StGB y los delitos cometidos en el seno de grupos (§ 184j StGB) (puntos 2.2 y 2.3.). En la parte final del

12 HÖRNLE (2023a), p. 189.

13 Véase al respecto: HOVEN (2018), p. 392, con bibliografía complementaria.

14 Para un análisis de la Sección 13ª del StGB en su conjunto (delitos contra la autodeterminación sexual), pueden consultarse los distintos comentarios del StGB existentes en Alemania. Curiosamente, el derecho penal sexual no se explica en la asignatura «Derecho Penal. Parte Especial» (*Strafrecht. Besonderer Teil*) que se imparte en las universidades germanas, ya que dicha materia no entra en el Examen de Estado (*Staatsexamen*) al que aspiran los estudiantes de Derecho. Esto hace que, en la mayoría de los manuales de derecho penal existentes en Alemania, uno busque en vano un capítulo dedicado al derecho penal sexual. La única excepción la constituye el manual de KINDHÄUSER y SCHRAMM. Véase: KINDHÄUSER y SCHRAMM (2023), pp. 206 y ss.

trabajo, y antes de entrar en las conclusiones, se realizará una aproximación criminológica al contexto de la delincuencia sexual en Alemania, focalizando en este caso el análisis en la evolución, incidencia y características de los tipos delictivos que han sido objetivo de estudio (punto 3).

2. SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ALEMANIA TRAS LA REFORMA DEL AÑO 2016

2.1. Introducción

La 50ª ley de reforma del derecho penal del año 2016 modificó sustancialmente la sistemática del § 177 StGB. En comparación con la antigua regulación legal, la diferencia fundamental es que, tras la reforma, la lesión de la autodeterminación sexual ya se castiga cuando la voluntad contraria de la víctima resulta reconocible, y no sólo cuando, además, se profiere una amenaza, se utiliza la violencia o bien el propio autor se aprovecha de una situación de indefensión de la víctima¹⁵. Con anterioridad al año 2016, el derecho penal alemán asignaba los distintos delitos sexuales a dos categorías: el *abuso sexual* (*sexueller Missbrauch*) o la *coacción sexual* (*sexuelle Nötigung*)¹⁶. Al cambiar a un modelo basado en el *no es no*, dicha dicotomía quedó eliminada¹⁷. Para un sector de la doctrina penal alemana, la remodelación de las distintas tipologías delictivas contenidas en el precepto nuclear

15 Documento impreso del DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 21.

16 Hay que decir al respecto que lo mismo sucedió en España con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (conocida popularmente como la ley del *sólo sí es sí*). Esta reforma trajo como consecuencia la eliminación que hasta entonces se hacía en el Código Penal español entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual. Con la introducción del modelo del *sólo sí es sí*, todas las conductas de índole sexual son desde entonces calificadas como agresión sexual, con independencia por tanto de la existencia de violencia o intimidación. Para un análisis exhaustivo de las reformas operadas en el derecho penal sexual español en el año 2022 véase: AGUSTINA (2023).

17 En opinión de BEZJAK, la eliminación de dicha diferenciación genera fricciones que se podrían haber fácilmente evitado si los nuevos delitos de abuso sexual se hubiesen trasladado a un tipo penal autónomo relativo al abuso. Véase: BEZJAK (2016), p. 560.

de la mencionada Sección 13^a, a saber, el § 177 StGB, debe entenderse en el contexto de una re-moralización a medio plazo del derecho penal alemán, en particular en el ámbito de las conductas de contenido sexual¹⁸.

El § 177 StGB constituye, como se ha señalado *supra*, la disposición central del derecho penal sexual en Alemania. En sus apartados 1 y 2, dicho precepto contiene nuevos tipos básicos que describen variantes de *agresión* sexual. El antiguo sistema contenido en la Sección 13^a, con la división en delitos de *coerción* (*Nötigung*) o de *abuso* (*Missbrauch*) ha sido pues eliminada¹⁹. Las agresiones sexuales (*sexuelle Übergriffe*) constituyen ahora, por tanto, una categoría autónoma. Dichas agresiones sexuales se caracterizan por el hecho de que los actos de naturaleza sexual se llevan a cabo en contra (apartado 1) o sin la voluntad de la víctima (apartado 2).

Al respecto, es necesario analizar, siquiera brevemente, la fórmula contenida en el vigente apartado 1 del repetido § 177 StGB. A diferencia de la regulación anterior, este precepto ya no penaliza únicamente coacciones, sino más bien el sustraerse a la voluntad contraria *reconocible* de la víctima²⁰. Con la nueva regulación no se trata ya de una posible resistencia de la víctima, sino de su consentimiento. Ahora bien, esta voluntad negativa debe haber sido expresada verbalmente o, al menos, implícitamente por parte de la víctima. De este modo, el dogma del *no es no* encuentra su realización particularmente en el nuevo delito de agresión sexual previsto en el § 177

18 Véase, por todos: HOVEN y WEIGEND (2017), p. 182, con bibliografía complementaria.

19 Hasta el siglo XXI, la versión antigua del § 177 StGB se correspondía esencialmente a la descripción de la acción típica prevista en el Código Penal del Imperio (*Reichsstrafgesetzbuch*, RStGB) de 1871. Detrás de ello estaba la comprensión aún más antigua de la violación como la superación violenta de la resistencia física de la mujer para con ello posibilitar el acceso carnal (*Beischlaf*). Hasta la reforma operada en el año 2016, el *no* de la otra persona no era condición suficiente para la responsabilidad penal.

20 Mientras que el anterior § 177 StGB exigía la violencia, la amenaza o el aprovechamiento de una situación de indefensión de la persona agraviada para con ello castigar al autor, ahora basta con realizar una conducta sexual contra la *voluntad reconocible* (*gegen den erkennbaren Willen*) de la víctima. Este cambio de paradigma se basa fundamentalmente en la consideración de que la regulación anterior contenía importantes lagunas en materia de protección, las cuales deberían quedar subsanadas mediante la aplicación del principio del *no es no*.

apartado 1 *StGB*, el cual ha sustituido al anticuado tipo de coacción sexual (*sexuelle Nötigung*) en su versión anterior. Como se sabe, otros países – como es el caso de España– sólo niegan una responsabilidad penal cuando la víctima señala explícitamente o bien mediante actos concluyentes un *sí* (la llamada solución del *sólo sí es sí*). Según esta última concepción, los actos sexuales están en cierto sentido sujetos a prohibición, eso sí, con una reserva de permisibilidad en caso de consentimiento de la otra persona²¹. Por consiguiente, mientras que la legislación alemana actualmente vigente exige la comunicación de una voluntad contraria, según el modelo de *sólo sí es sí*, ya el mero rechazo interno al contacto sexual (en tanto el autor conocía dicho rechazo o bien debía haberlo conocido) debe conducir a exigir responsabilidad penal.

Los tipos básicos previstos en los apartados 1 y 2 del § 177 *StGB* se completan con tipos cualificados (apartados 4, 5, 7, 8), así como con un marco penal más severo para supuestos especialmente graves no especificados y los en Alemania denominados *Regelbeispiele*²² (apartado 6), entre los que

21 Según el modelo del *sólo sí es sí*, cualquier acto de naturaleza sexual sin el consentimiento declarado de todos los involucrados es criminalizado. Por el contrario, la premisa de un modelo basado en el *no es no* es que hay personas a las que se les puede exigir el expresar su voluntad contraria a un acto sexual. Dicho con otras palabras: cuando se trata de proteger penalmente la autodeterminación sexual se debe presuponer la obligación de expresar la propia voluntad cuando los actos sexuales no resultan deseables. Si bien esta cuestión no va a ser objeto de análisis en el presente trabajo, basta aquí apuntar que el modelo basado en el *sólo sí es sí* ha sido objeto de críticas, ya que se considera que el mismo se basa en una idea anticuada de la sexualidad, al partirse de la base de que los contactos sexuales son fundamentalmente indeseables y que el estigma de la punición –similar a lo que sucede en el delito de lesiones– sólo desaparece con el consentimiento positivo. Véase en este sentido, por todos: HOVEN (2018), pp. 394-395. Por su parte, el modelo basado en el *no es no* tampoco ha escapado a críticas por un sector de la doctrina alemana. Así, se señala que es dudoso que un *no* expresado verbal o implícitamente sea suficiente para justificar normativamente de manera adecuada que la otra persona merezca el castigo. Porque, al ampliar tanto el ámbito de lo punible, se desdibuja la línea divisoria entre la persuasión socialmente aceptable y la seducción por un lado (por ejemplo, el esposo toca íntimamente a su esposa; ella le dice que está cansada y no tiene ganas; él la estimula más para seducirle) y las agresiones sexuales merecedoras de pena, por otro. Véase al respecto, por todos: HOVEN y WEIGEND (2017), pp. 185-186.

22 En el Derecho penal alemán, los denominados *Regelbeispiele*, que podrían ser traducidos como *ejemplos de confirmación de regla general*, no constituyen elementos típicos de una conducta, sino más bien disposiciones para la determinación de la pena. Quizá el ejemplo más conocido, y al que se acude con mayor asiduidad para su explicación académica, es el caso

se encuentra el delito de violación (*Vergewaltigung*). El § 177 StGB prevé así mismo un marco penal atenuado para casos menos graves (apartado 9). Puede afirmarse, por tanto, que la 50ª ley de reforma del año 2016 ha reunido en un único precepto distintos menoscabos de la autodeterminación sexual, estableciendo una conminación penal de carácter gradual en función de la gravedad de la conducta.

Por otro lado, una de las novedades más importantes de la reforma operada en el año 2016 fue la introducción en el texto punitivo de dos nuevas tipologías delictivas de menor gravedad: el delito de acoso sexual (*sexuelle Belästigung*, § 184i StGB) y el tipo conocido como *delitos cometidos en el seno de grupos* (*Straftaten aus Gruppen*, § 184j StGB). En estas dos concretas tipologías se va a centrar la explicación en los epígrafes siguientes.

2.2. Acoso sexual (§ 184i StGB)

(1) Quien de manera sexualmente específica realiza a otra persona tocamientos corporales y con ello la acosa, será castigado con una pena de prisión de hasta dos años o multa, salvo que el hecho esté castigado con pena más severa en otras disposiciones de esta Sección.

(2) En casos especialmente graves, la pena de prisión será de tres meses a cinco años. Un caso especialmente grave se da por regla general cuando el delito es cometido conjuntamente por varias personas.

(3) El delito sólo será perseguido a instancia de parte, a menos que el órgano encargado de la persecución penal considere necesario intervenir de oficio debido al especial interés público en la persecución penal²³.

Este precepto fue incorporado al *Strafgesetzbuch* mediante la Ley para la mejora de la protección de la autodeterminación sexual, de 4 de noviembre de 2016. Hasta el año 2016, el acoso sexual no era punible en Alemania

especialmente grave del hurto previsto en el § 243 StGB. Si se cumplen los requisitos de un ejemplo de confirmación de regla general, esto significa que sólo *por regla general* se trata de un caso grave.

23 § 184i StGB. El mismo se encuentra contenido en la 13ª Sección, cuya rúbrica es la siguiente: Delitos contra la autodeterminación sexual.

porque, en tales casos, se consideraba que no había ninguna conducta sexual significativa a partir de lo establecido en el § 184h StGB²⁴. De este modo, menoscabos en el ámbito de la autodeterminación sexual, por ejemplo, en forma de manoseos en los senos, no podían ser perseguidos como delitos sexuales. La jurisprudencia no uniforme acudía para ello ocasionalmente al § 185 StGB (injurias), si bien, como acertadamente indica Renzikowski, un ataque al honor es algo distinto a un menoscabo de la autodeterminación sexual²⁵. Además, la impunidad que anteriormente existía con respecto a tocamientos sexuales no deseados no resultaba compatible con la obligación establecida en el art. 40 del Convenio de Estambul²⁶.

El precepto que aquí se analiza protege la autodeterminación sexual al registrar aquellos casos en los que la conducta sexual no supera el umbral de relevancia del § 184h StGB y, por lo tanto, permanece impune con respecto a otros preceptos contenidos en la Sección 13ª. A diferencia de los delitos sexuales *clásicos*, estas conductas suelen ser perpetradas por personas desconocidas o poco conocidas y tienen lugar en lugares públicos. Los ejemplos incluyen besos forzados en la boca, tocamientos en zonas sexuales primarias o secundarias, abrazos o incluso una palmada en el trasero. No resulta pe-

24 Efectivamente, el § 184h StGB tiene como objetivo delimitar la relevancia que una determinada conducta sexual debe tener para ser castigada como un delito sexual, por ejemplo, según el § 177 StGB. En concreto, el § 184h núm. 1 StGB señala lo siguiente: *En el sentido de esta Ley constituyen, (1) acciones sexuales, sólo aquellas que sean de alguna relevancia respecto al bien jurídico protegido*. Esta cláusula tiene, así como objetivo excluir del ámbito del § 177 StGB tocamientos insignificantes, así como meras acciones de mal gusto o conductas de acoso; pudiendo estas eventualmente remitirse al § 184i StGB.

25 RENZIKOWSKI (2016), p. 3556. De la misma opinión: HOVEN y WEIGEND (2017), p. 189. Según la regulación anterior, las conductas de acoso sexual en el lugar de trabajo ya estaban sujetas a las sanciones correspondientes según la legislación laboral o de servicios; siendo consideradas como una violación de las obligaciones contractuales laborales o infracciones disciplinarias.

26 El tenor literal de dicha disposición reza de la siguiente manera: las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.

nalmente típica la conducta denominada *catcalling*, es decir, el acoso sexual puramente verbal, acústico o gestual en forma de dichos, silbidos u otros sonidos con connotación sexual en espacios públicos²⁷.

La disposición penal que aquí se analiza sanciona el contacto físico de manera sexualmente específica con otra persona, la cual, de ese modo, es acosada. Lo que en opinión de Kindhäuser y Schramm resulta particularmente controvertido es cómo debe entenderse el elemento del tipo referido a *de manera sexualmente específica*: mientras que una parte de la doctrina se centra en las circunstancias objetivas del contacto sexual, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) adopta una interpretación mixta objetiva-subjetiva²⁸.

Por un lado, una parte importante de la doctrina se decanta más bien por una perspectiva objetiva con respecto a la *determinación sexual* de la conducta. A partir de esta interpretación, el tocar partes del cuerpo que normalmente no tienen una connotación sexual (por ejemplo, la mano o la espalda) no constituyen una conducta de acoso sexual, incluso si la misma, llegado el caso, excita sexualmente al autor²⁹. Un tocamiento sólo está *determinado sexualmente*, en el sentido del § 184i StGB, si como tal (independientemente de otros planes) ya presenta un significado sexual³⁰.

27 EL-GHAZI (2021), p. 320; KINDHÄUSER y SCHRAMM (2023), p. 214.

28 KINDHÄUSER y SCHRAMM (2023), p. 214.

29 HOVEN y WEIGEND (2017), p. 189. De la misma opinión: BEZJAK (2016), p. 568; RENZIKOWSKI (2017a), p. 1791. Al respecto, HÖRNLE señala que existen situaciones de contacto físico que, debido a su propia apariencia externa, pasan desapercibidas socialmente en todo caso (por ejemplo, tocar los pies al probar los zapatos a una cliente; un examen profesional realizado por un ginecólogo), pero en las que la persona que realiza ese acto siente una estimulación debido a una preferencia sexual peculiar (parafilia). Todas estas situaciones tampoco deberían estar cubiertas por el § 184i StGB. Y es que no basta con que la conducta sólo tenga una conexión sexual según las ideas subjetivas del autor. Véase: HÖRNLE (2023b), p. 484. De la misma opinión: EISELE (2017), p. 25 (una motivación sexual puramente subjetiva no resulta suficiente, incluso si, por ejemplo, el autor se excita tocando los zapatos de la víctima).

30 HÖRNLE (2017), p. 20. Para HOVEN, el legislador podría haber evitado esta –obvia– cuestión interpretativa limitando el tipo penal a los tocamientos objetiva y claramente relacionados con la sexualidad. HOVEN (2018), p. 404.

En el polo opuesto, según la Sala de lo penal del *Bundesgerichtshof*, la naturaleza sexual de la conducta también puede deducirse de las actitudes subjetivas del autor, especialmente en caso de un comportamiento ambivalente, si bien no basta con que la conducta sexual, por sí sola, tenga un carácter sexual según la representación subjetiva del sujeto activo. Si una acción ya posee objetivamente un referente sexual (por ejemplo, tocamiento de la zona vaginal o los pechos de una mujer), la motivación sexual del autor carece por completo de importancia. Si, por el contrario, la conducta no tiene una clara connotación sexual si la misma se observa externamente (por ejemplo, acariciar la espalda), la actitud subjetiva puede ser el factor decisivo en la suposición de que el contacto fue sexualmente motivado. Para el BGH, se deben considerar como típicos aquellos tocamientos que están determinados sexualmente desde un punto de vista subjetivo, es decir, que tienen un *carácter sexual* dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pero que no son en sí conductas sexuales. Este podría ser el caso, por ejemplo, de besos en la boca o en el cuello.

Finalmente, la justificación de la Ley de Reforma señala que un contacto físico se produce *de manera sexualmente específica* si está *motivado sexualmente*³¹. Según Hörnle, con esta afirmación, el legislador del año 2016 parece estar refiriéndose a los motivos subjetivos del autor³². Un enfoque similar se puede encontrar para la característica del tipo y *con ello la acosa*: este sería el caso si *los sentimientos de la víctima no se ven afectados de manera insignificante*³³. Ahora bien, tal y como señala Hörnle, si para la expresión *determinado sexualmente* se consideran los motivos del autor y para el concepto de *acosado* los sentimientos subjetivos de la víctima, esta combinación conduce a un extenso ámbito de aplicación del precepto. Ello daría lugar a incluir en el § 184i StGB acercamientos corporales socialmente

31 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 31.

32 HÖRNLE (2017), p. 20.

33 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 30. Al respecto, FISCHER señala que el acoso no es una condición objetiva, sino más bien un sentimiento subjetivo. Por lo tanto, no se trata de si el contacto, desde la perspectiva de un tercero objetivo, debe, puede o ha de percibirse como molesto desde una perspectiva sexual, sino de si la víctima siente que está siendo acosada sexualmente. FISCHER (2020), p. 1334.

habituales pero infructuosos, por ejemplo, cuando una persona coloca su brazo alrededor del hombro de otra o su mano en la pierna con el objetivo de un *contacto sexual consensuado*, pero luego descubre que el interés es unilateral. La consecuencia de una interpretación amplia sería una sociedad con una estricta distancia física en la que el interés sexual sólo podría expresarse verbalmente³⁴.

El autor debe haber acosado a la otra persona mediante el contacto sexual. La denominación del efecto de la conducta como *acoso* supone que la otra persona no dio su consentimiento. Si el tocamiento se correspondía con la voluntad de la persona tocada, en ese caso no puede afirmarse la existencia de un acoso. Como se ha indicado *supra*, en los materiales legislativos correspondientes al § 184i StGB se expone como explicación que la conducta sexual no debe haber afectado *de manera insignificante* los sentimientos de la víctima³⁵.

El marco penal establecido en el § 184i apartado 1 StGB va desde una pena de multa hasta dos años de prisión. Por su parte, el apartado 2 de la mencionada disposición prevé un caso especialmente grave, castigado con una pena de entre tres meses y cinco años de prisión, el cual, por regla general, resulta de aplicación cuando el delito es cometido conjuntamente por varias personas. Con este *Regelbeispiel*³⁶, el legislador del año 2016 quería representar legalmente los acontecimientos de la nochevieja del año 2015/2016 ocurridos en la ciudad de Colonia, a los que se ha hecho mención al comienzo de este trabajo. En opinión de Bezjak, la circunstancia relativa a que el delito se haya cometido conjuntamente podría tenerse suficientemente en cuenta en el marco de la determinación general de la pena de conformidad con el § 46 StGB³⁷.

34 HÖRNLE (2017), p. 20.

35 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 30.

36 Sobre el concepto véase la nota núm. 22.

37 BEZJAK (2016), p. 568.

Finalmente, según el apartado 3 del § 184i StGB, el acoso sexual normalmente sólo se persigue a instancia de parte. En casos excepcionales es posible una intervención de oficio si el órgano encargado de la persecución penal afirma la existencia de un especial interés público. Este sería el caso, por ejemplo, si frecuentes actos de acoso sexual realizados en espacios públicos ponen en peligro la seguridad ciudadana. En opinión de Eisele, con respecto a lo establecido en el apartado 3 sería más convincente diseñar el delito como perseguible únicamente a instancia de parte, para con ello permitir que las víctimas de estos delitos de menor gravedad decidan por sí mismas en qué medida quieren estar involucradas en un proceso penal³⁸.

2.3. Delitos cometidos en el seno de grupos (§ 184j StGB)

Quien fomente un delito participando en un grupo de personas que asedia a otra persona para cometer un delito contra ella, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o multa, si un participante del grupo comete un delito conforme al § 177 o § 184i y ese hecho no está conminado con una pena más grave en otras disposiciones³⁹.

Al igual que sucedió con el anteriormente analizado delito de acoso sexual, el § 184j StGB fue incorporado al texto punitivo mediante la ley de reforma del año 2016. El trasfondo criminológico que motivó su creación fueron los acontecimientos acaecidos en la ciudad de Colonia en la nochevieja del año 2015⁴⁰. El objetivo de la norma era garantizar la persecución penal de delitos sexuales incluso en aquellos casos en los que el autor de una conducta sexual determinada, el cual forma parte de un grupo de personas, no puede ser identificado debido a las circunstancias externas del caso, por ejemplo, porque podría ser confundido con otras personas presentes en la escena de los hechos. Además, la protección que pretende ofrecer el nuevo § 184j StGB se basa en la consideración del legislador penal según la cual

38 EISELE (2017), p. 25.

39 § 184j StGB. El mismo se encuentra contenido en la 13ª Sección, cuya rúbrica es la siguiente: Delitos contra la autodeterminación sexual.

40 Véase al respecto la nota núm. 5.

los grupos que presionan/asedian a otra persona para la comisión de un delito, normalmente albergan un mayor riesgo potencial para la comisión de delitos (sexuales) en el seno de grupos. Esto se justifica en los materiales legislativos, por un lado, a partir de las posibilidades de defensa o de fuga de la víctima, las cuales se ven muy mermadas en caso de estar ésta confrontada con un gran número de personas. Por otro lado, el legislador del año 2016 pretendió reaccionar ante el peligro potencial de procesos asociados a la dinámica de grupos en los que los miembros de un grupo se refuerzan entre sí, de modo que las inhibiciones que de otro modo surgirían se superan o ni siquiera se desarrollan⁴¹.

Como se verá a continuación, el § 184j StGB resulta muy problemático desde el punto de vista constitucional⁴². Su compatibilidad con el principio de culpabilidad y el mandato de determinación es ciertamente dudosa, ya que el precepto –debido fundamentalmente a la falta de pruebas– extiende la responsabilidad penal a personas que no necesariamente tienen algo que ver con la comisión efectiva del delito sexual. Hay que decir que, desde su entrada en vigor, este precepto ha sido aplicado en contadas ocasiones⁴³. Es posible que la redacción actualmente vigente del tipo es tan deficiente que las autoridades encargadas de la investigación y los propios tribunales germanos se han decidido por no aplicarlo⁴⁴.

41 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 31.

42 Para RENZIKOWSKI, el delito tipificado en el § 184j StGB, constituye una de las peores aberraciones del legislador, no teniendo nada que ver con el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. RENZIKOWSKI (2016), p. 3557. Por su parte, HOVEN y WEIGEND señalan que solo cabía esperar que el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) tuviera pronto la oportunidad de derogar una norma que viola claramente el Art. 103 apartado 2 de la ley fundamental germana (*Grundgesetz*, GG) (principio de legalidad). Véase: HOVEN y WEIGEND (2017), p. 191. Hay que decir sin embargo que, hasta la fecha, el máximo intérprete de la *Grundgesetz* no se ha pronunciado al respecto.

43 Las cifras de hechos registrados y condenas impuestas por este delito pueden consultarse en el epígrafe 3 del presente trabajo (*Tabla 6*).

44 EL-GHAZI (2021), p. 322.

El tipo penal resulta aplicable si se cumplen las siguientes condiciones: en primer lugar, debe existir un grupo (de al menos tres personas) que asedia a otra persona con el objetivo de cometer un delito contra ella⁴⁵. Este delito debe distinguirse del delito previsto en los párrafos § 177 ó § 184i *StGB*, el cual está integrado en el tipo del § 184j *StGB* como condición objetiva de punibilidad. Resulta asediado quien, por la fuerza, es impedido a ejercer su libertad deambulatoria o su libre determinación de la voluntad. El grupo debe actuar sobre la víctima con cierta persistencia⁴⁶. En segundo lugar, el autor debe haber participado en el grupo y, con ello, haber promovido/fomentado el delito⁴⁷. Según la justificación de la ley, la participación no debe entenderse en el sentido de los párrafos § 25 a § 27 *StGB*, sino en un sentido coloquial⁴⁸. En tercer lugar, el autor debe haber tenido un dolo (al menos eventual) con respecto a distintos puntos: que existe un grupo de sujetos que está asediando a otra persona, que los miembros de ese grupo (no necesariamente todos) están actuando con el propósito de cometer un delito, que él mismo, como miembro del grupo, contribuye al efecto asociado al asedio. En cuarto lugar, el § 184j *StGB* contiene una condición objetiva de punibilidad: uno de los miembros del grupo debe haber cometido realmente un delito; en concreto, una conducta de las recogidas en el § 177 o el § 184i *StGB*. La comisión de este delito sexual no tiene que ser atribuible causalmente a la contribución individual del autor participante en el grupo, ni tiene que haber sido objetivamente previsible, ni el autor que va a ser sancionado en virtud del § 184j *StGB* tiene que haber actuado en este sentido ni dolosamente ni de forma culpable. Basta con que exista una relación de causalidad entre la acción del grupo como tal y el delito según los párrafos

45 De hecho, la justificación de la ley nombra como punto de referencia típico de la conducta de asedio grupal no sólo la comisión de delitos de lesiones, sino también de delitos contra la propiedad (DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 31).

46 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 31. Así mismo, la justificación de la ley se refiere a procesos dinámicos de grupo que fortalecen a los potenciales autores y eliminan las inhibiciones.

47 Para RENZIKOWSKI, el delito debe haberse cometido realmente, es decir, debe haber alcanzado al menos el nivel de la tentativa. No se puede haber promovido/fomentado un delito que todavía no se ha cometido. RENZIKOWSKI (2017b), p. 1797.

48 DEUTSCHER BUNDESTAG (2016), p. 31. Para BEZJAK, basarse en un significado coloquial de un término jurídico resulta equivocado. El legislador debería formular claramente qué significado quiere dar a un elemento del tipo. BEZJAK (2016), p. 569.

§ 177 ó § 184j StGB, si bien el peligro potencial de la conducta de asedio por parte del grupo debe realizarse en la condición objetiva de punibilidad⁴⁹. De esta manera, el legislador representa, por un lado, el potencial abstracto de peligro que, en su opinión, es inherente a la participación de un sujeto en un grupo que presiona/asedia a una persona con el objetivo de cometer un delito, y, por otro lado, aborda posibles dificultades probatorias que el profesional del Derecho puede encontrar a la hora de demostrar que el individuo estuvo involucrado en el delito sexual.

La víctima del delito según los párrafos § 177 ó § 184i StGB no tiene por qué ser idéntica a la persona asediada por el grupo.

Como se puede observar en el tenor literal del precepto, la disposición habla de conductas delictivas en tres lugares distintos, las cuales de ninguna manera se relacionan entre sí. El autor debe promover/fomentar algún delito, el grupo debe presionar/asediar a una persona para la comisión de algún delito y, finalmente, y como condición objetiva de punibilidad, uno de los integrantes del grupo debe haber cometido realmente un delito según los párrafos § 177 ó § 184i StGB. Si, por ejemplo, el autor, junto con el grupo, asedia a la víctima para robarle la cartera y uno de los implicados aprovecha la oportunidad para acosar sexualmente a la víctima, el primero debe ser castigado según lo previsto en el § 184j StGB, incluso cuando el dolo de su conducta no abarcaba también el delito sexual cometido por otro. Es decir, no es necesario que esta persona tenga o haya podido tener conocimiento del delito sexual ni que fundamentalmente haya podido considerar como posible la comisión del mismo. Es evidente que aquí surgen dudas con respecto a la compatibilidad del precepto en cuestión con el principio de culpabilidad.

49 Para EISELE, la condición objetiva de punibilidad prevista en el § 184j StGB significa que la causalidad, la previsibilidad, el dolo o la culpa no son importantes con respecto a estos delitos. Sin embargo, esto no elimina por completo las dificultades de prueba porque primero se debe probar la pertenencia a y la participación en el grupo. Véase: EISELE (2017), p. 28.

Efectivamente, tal y como se ha apuntado anteriormente, el § 184j StGB ha venido estando expuesto a distintos niveles de crítica, a veces extremadamente dura. El objeto principal de la crítica es la cuestionable compatibilidad de la disposición con el principio de culpabilidad y el mandato de determinación, así como las dificultades probatorias persistentes, las cuales siguen trayendo consigo que la disposición tenga poca importancia práctica. A esto se une el reproche de una legislación simbólica con una connotación negativa, la cual, así mismo, es sistemáticamente equivocada al haberse incluido el precepto en la Sección 13⁵⁰. Estas críticas desembocan repetidamente, aunque con distintos acentos, en la manifestación de reservas de naturaleza constitucional, estando las mismas respaldadas por la recomendación de la Comisión de Reforma sobre Delitos Sexuales (*Reformkommission zum Sexualstrafrecht*) de eliminar la disposición del StGB⁵¹.

Los reproches más graves denuncian que el precepto no es compatible con el principio de culpabilidad. Por un lado, esta posición es defendida por aquellos que sostienen que el § 184j StGB ya sanciona la mera presencia en un grupo que está asediando a otra persona. Por ello, y según la opinión de este sector doctrinal, el tipo penal que aquí se analiza violaría de forma clara el principio de culpabilidad, según el cual una persona sólo puede ser castigada por un menoscabo de o amenaza a bienes jurídicos que también le puedan ser imputados individualmente⁵². Pero tal menoscabo del bien jurídico

50 Al respecto, HÖRNLE considera que el precepto en cuestión no encaja en absoluto en la Sección 13^a, ya que el injusto cometido personalmente por el autor no tiene por qué tener una conexión específica con la autodeterminación sexual. Esto se expresa ya de forma certera en la propia rúbrica del precepto en cuestión: delitos cometidos en el seno de grupos. Para la mencionada autora, una ubicación más apropiada sería en la Sección sobre autoría y participación en la Parte General. Además, la condición objetiva de punibilidad debería formularse de manera más general (sin limitarse por tanto a los delitos sexuales). HÖRNLE (2017), p. 21.

51 Informe final de la Comisión de Reforma del Derecho Penal Sexual, de 19 de julio de 2017, p. 14. en: https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/181/file/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf. Dicho Informe contiene numerosas propuestas individuales sensatas y también enfoques meritorios de cara a una nueva conceptualización integral del derecho penal sexual en Alemania.

52 De esta opinión: BEZJAK (2016), p. 570. Para FISCHER, la disolución casi completa de la relación entre la conducta típica ex § 184j StGB y la condición objetiva de punibilidad parece difícilmente justificable dadas las exigencias del principio de culpabilidad. FISCHER (2020),

protegido en el § 184j StGB se intenta también con respecto a la comisión, por parte de un miembro del grupo, de un delito previsto en los parágrafos § 177 ó § 184i StGB. Para el sujeto interviniente en el grupo, esta conducta sexual representa para él un hecho *casual* que no tiene necesariamente conexión con su propia conducta. Aunque él mismo no es ni autor ni partícipe en un delito según los parágrafos § 177 ó § 184i StGB y, por tanto, el delito sexual es un exceso de otro participante del grupo, al primero se le castiga por este exceso del que otra persona es responsable⁵³.

Ahora bien, existe en Alemania otro sector doctrinal (minoritario) que señala que el reproche de inconstitucionalidad del § 184j StGB no está justificado. A la cabeza de este sector se encuentra Hörnle, quien en distintos trabajos señala que en el tipo allí previsto no se trata de un castigo indirecto o por representación. Según su interpretación del § 184j StGB, el autor comete un injusto propio al participar en un grupo de personas que asedian a otra con el propósito de cometer un delito contra ella⁵⁴. Para la mencionada autora, la responsabilidad penal en virtud del citado precepto está vinculada a la participación dolosa de un sujeto en un grupo, el cual presiona/asedia a otra con el objetivo de cometer sobre ella un delito y, por tanto, a su propio injusto, a la contribución de un comportamiento socialmente inadecuado dirigido a un peligro abstracto⁵⁵. En una línea argumentativa semejante, Berghäuser señala que las críticas que afirman una responsabilidad penal accidental y excesiva pueden contrarrestarse con el hecho de que la comi-

p. 1340. RENZIKOWSKI va incluso más allá, afirmando de forma lapidaria que ni siquiera el canónigo más riguroso de la Edad Media habría soñado con una aplicación tan amplia del antiguo principio de responsabilidad basado en el *versari in re illicita*; algo que, en su opinión, ya no tiene nada que ver con el principio de culpabilidad. RENZIKOWSKI (2017b), p. 1798.

53 Tal y como señala HOVEN, una condición objetiva de punibilidad sólo puede justificarse constitucionalmente si su resultado reside en la zona de peligro típica de un comportamiento socialmente inadecuado que resulta reprochable. Por lo tanto, un delito sexual puramente accidental, cometido únicamente como parte del acto grupal, no debería dar lugar a responsabilidad penal para el miembro del grupo que no participa en él. Es dudoso que este límite quede salvaguardado si la *promoción/fomento* por parte del autor del § 184j StGB se relaciona con un delito completamente diferente al delito sexual (por ejemplo, la sustracción de un monedero). HOVEN (2018), p. 405.

54 HÖRNLE (2017), p. 21.

55 Ibid., p. 21; HÖRNLE (2018), p. 14.

sión del delito previsto en los párrafos § 177 ó § 184i StGB no se imputa infundadamente al autor sancionado según el § 184j StGB, sino que, por el contrario, esa imputación incluso se tiene en cuenta a su favor⁵⁶. Como en otros tipos penales con una condición objetiva de punibilidad, un injusto como el previsto en el precepto que aquí se analiza, el cual es individualmente imputable al autor, crea la base de la responsabilidad penal, mientras que la concurrencia de una condición objetiva, de la cual ningún individuo es responsable, sólo limita la responsabilidad penal resultante de ella (en lugar de ampliarla, como afirman las críticas antes expuestas)⁵⁷.

3. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS RELACIONADOS CON LA DELINCUENCIA SEXUAL EN ALEMANIA

Una vez realizado un análisis jurídico-penal de la última reforma de calado producida en los delitos sexuales en Alemania en el año 2016, habiéndose focalizado el estudio en las dos nuevas tipologías introducidas en el *Strafgesetzbuch*, procede ahora, en la parte final del trabajo, exponer en cifras la evolución que la delincuencia sexual ha tenido en el país germano en los últimos años. Para ello se van a confrontar dos tipos de datos: (1) Aquellos registrados por la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA) en la Estadística Federal Policial (*Polizeiliche Kriminalstatistik*, PKS), la cual hace referencia fundamentalmente al número de hechos registrados e individuos detenidos por la (presunta) comisión de un delito; (2) los datos referidos a condenas impuestas, y que están recogidos en la denominada *estadística relativa a la persecución penal* (*Strafverfolgungsstatistik*) que publica periódicamente la Oficina Federal de Estadística (*Statistisches Bundesamt*). Los datos que se van a exponer a continuación vienen referidos fundamentalmente a las dos tipologías delictivas que han sido analizadas a lo largo del presente trabajo.

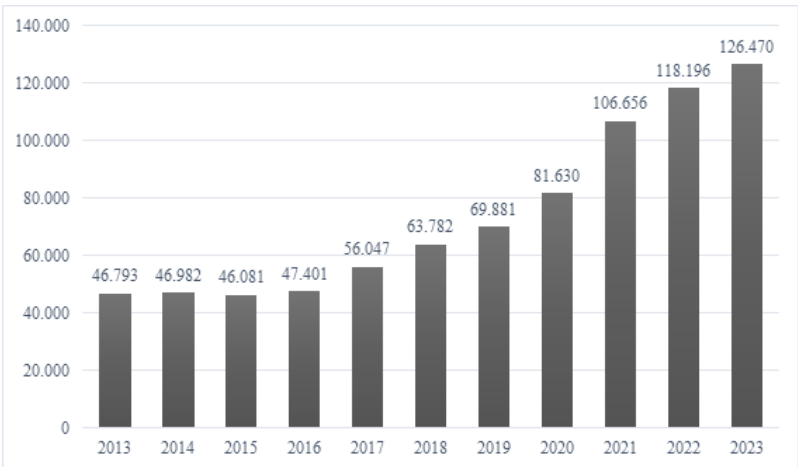
56 BERGHÄUSER (2023), p. 496.

57 Ibid., p. 496. Para EISELE, si bien el § 184j StGB es dogmáticamente criticable, no resulta en cambio inconstitucional si el mismo se interpreta de forma restrictiva, ya que difícilmente va más allá de una punición por complicidad. EISELE (2017), p. 26.

La hipótesis que sirve de base al siguiente análisis podría formularse de la siguiente manera: La reforma de los delitos sexuales operada en Alemania en el año 2016 vino motivada por un aumento considerable de los delitos sexuales; aumento que no ha cesado con posterioridad al año 2016 y hasta la época actual.

En primer lugar, el *Gráfico 1* presenta la evolución de la delincuencia sexual (en su conjunto) en Alemania desde el año 2013 hasta el 2023 (último año del que se tienen cifras).

Gráfico 1: Número de delitos contra la autodeterminación sexual registrados por la policía en Alemania. Cifras totales (2013-2023).



Fuente: elaboración propia a partir de los datos contenidos en la PKS.

Las cifras que aparecen en el *Gráfico 1* muestran claramente hasta qué punto los cambios en el derecho penal se reflejan en los datos estadísticos publicados en la PKS. Así, mientras que en los años anteriores a 2017, los delitos contra la autodeterminación sexual registrados en la PKS se mantenían relativamente constantes con alrededor de 46.000-47.000 casos, en el año 2017 hubo de repente 8.646 casos más, lo que constituye un aumento

de alrededor del 18 por 100. Sin embargo, si uno se fija en las distintas tipologías delictivas, queda claro cómo se produce este aumento. Así, en comparación con el año anterior, en 2017 se añadió el delito acoso sexual según el nuevo § 184i StGB; una tipología delictiva de menor gravedad dentro de los delitos sexuales. Pues bien, solo en el primer año de su aplicación se registraron un total de 9.619 denuncias según la PKS (Tabla 1); denuncias que no han hecho sino incrementarse en los años sucesivos. Con ello, una gran proporción del aumento de todos los delitos contra la autodeterminación sexual se debe precisamente al nuevo tipo penal.

Tabla 1. Número de casos registrados de un (presunto) delito de acoso sexual según el § 184i StGB. Cifras totales (2017-2023).

2017	9.619
2018	13.742
2019	13.645
2020	12.860
2021	12.998
2022	17.465
2023	19.307

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik.

Al mismo tiempo, y como señala Frommel, el aumento del número de denuncias registradas por la policía en el año 2017 se debió también, en buena parte –aunque con cifras desde luego más bajas si las mismas se comparan con las de acoso sexual– a los nuevos delitos sexuales de carácter menos grave previstos en los apartados 1 y 2 del § 177 StGB (Tabla 2); por lo tanto, ese aumento se relaciona también con hechos que con anterioridad al año 2016 eran impunes⁵⁸. Todo ello, en opinión de la mencionada autora,

⁵⁸ FROMMEL (2018), p. 384.

demonstraría que la nueva regulación de los delitos sexuales operada en el año 2016 no cerró ninguna laguna de protección, sino que, esencialmente, creó nuevas conductas punibles⁵⁹.

Tabla 2. Evolución de las agresiones sexuales de menor gravedad previstas en el § 177 apartados 1 y 2 (excepto el núm. 1) y el apartado 9 StGB. Hechos registrados. Cifras totales (2018-2023).

2018	2.520
2019	2.616
2020	2.702
2021	2.925
2022	3.440
2023	3.384

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik.

Por otro lado, el mayor aumento en los delitos contra la autodeterminación sexual se produjo en el año 2021, donde la PKS registró un total de 106.656 infracciones, lo que supuso un total de 25.026 delitos más que el año anterior. Pero aquí también resulta evidente que ese destacado aumento debe atribuirse principalmente a una concreta tipología. Efectivamente, en el año 2021 se registraron en la PKS unos 39.000 casos de distribución, adquisición, posesión y producción de pornografía infantil (§ 184b StGB), lo que supone unos 20.000 casos más que el año anterior. Además, casi 2.000 casos más que el año anterior se denunciaron con respecto al delito relativo a la distribución, adquisición, posesión y producción de pornografía juvenil⁶⁰. Cabe recordar que estas concretas tipologías delictivas fueron objeto de reforma en el año 2021. También en este caso, la propia BKA ofrece varias explicaciones para este aumento: En respuesta a los casos de abuso sexual grave de niños y a la producción y distribución de representaciones de abuso infantil, se intensificó la persecución penal de este tipo de conductas. Además, el número de

59 Ibid., p. 384.

60 SIGGELKOW (2024).

sospechosos menores de edad registrados en las estadísticas policiales por la comisión de estas concretas tipologías delictivas se ha multiplicado por más de diez desde el año 2018, representando en los últimos años alrededor del 40 por 100 de todos los sospechosos registrados en la PKS⁶¹.

En relación con el palpable aumento de los delitos sexuales en Alemania, la propia Oficina Federal de Investigación Criminal (BKA) ha señalado que la adaptación de la legislación penal en materia de delitos sexuales a las reformas operadas en los años 2016 y 2021 ha reducido las barreras de la responsabilidad por agresiones sexuales, lo que también se refleja en los delitos registrados (*Hellfeld*). En la sociedad hay una conciencia cada vez mayor de la ilicitud, así como un aumento del conocimiento sobre la responsabilidad penal de los delitos sexuales y sobre los derechos de las víctimas. Esto ha aumentado la disposición a denunciar⁶². En el contexto descrito, la propia BKA hace referencia, entre otras cosas, al debate en torno al *#MeToo*, el cual se desató en EE.UU. en el año 2017. Además, las oficinas de asesoramiento a las mujeres parecen ser que reaccionaron con euforia a la reforma operada en el año 2016, como lo demuestra el hecho de que, en el año 2017, la conducta de las mujeres afectadas con respecto a la denuncia de los hechos cambió significativamente⁶³. No obstante, para validar esta última afirmación haría falta realizar los correspondientes estudios empíricos que analizaran las conductas de las mujeres víctimas de delitos sexuales en relación a la denuncia de los hechos. También hay que tener en cuenta que la población alemana ha crecido en los últimos años⁶⁴.

Por consiguiente, y retomando la hipótesis formulada al comienzo del presente epígrafe, la misma puede, en parte, ser validada tras los datos estadísticos que se acaban de presentar: Es evidente que la delincuencia sexual

61 Ibid.

62 BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR DIE HEIMAT (2024), p. 16.

63 FROMMEL (2018), p. 390.

64 Efectivamente, salvo una ligera disminución producida en el año 2022, la evolución de la población residente en Alemania en los últimos años es la siguiente: 2016: 82.521.700 habitantes; 2017: 82.740.900; 2018: 82.792.400; 2019: 83.019.200; 2020: 83.167.700; 2021: 83.237.124; 2022: 83.118.501; 2023: 83.456.045.

ha aumentado en los últimos años en Alemania. Pero dicho aumento se debe, en buena medida, al considerable número de denuncias por la (presunta) comisión de un delito de acoso sexual previsto en el *§ 184i StGB* (19.307 hechos registrados en el año 2023). En el polo opuesto, el número de hechos conocidos por la (presunta) comisión de un delito de violación del parágrafo *§ 177 apartado 6 núms. 1 y 2 StGB*, si bien ha aumentado en las últimas fechas (*Tabla 3*), se mantiene en unos niveles bajos; debiendo atribuirse dicho aumento, en parte, a la mayor concienciación de las víctimas a denunciar unos hechos que, eventualmente, pueden dar lugar (o no) a una condena penal⁶⁵.

Tabla 3. Evolución del delito de violación previsto en el *§ 177 apartado 6 núms. 1 y 2 StGB*. Hechos registrados. Cifras totales (2018-2023).

2018	6.491
2019	6.766
2020	7.257
2021	7.656
2022	7.911
2023	9.868

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik.

Por último, en la parte final de este epígrafe se van a comparar las cifras de detenidos por las dos tipologías delictivas que han sido analizadas en el presente trabajo (*§ 184i* y *§ 184j StGB*), con el número de personas que han sido condenadas por la correspondiente tipología (sexual) delictiva. De entrada, hay que decir que este método comparativo no es matemáticamente correcto porque supone partir de la base de que las estadísticas policiales y las judiciales corresponden al mismo año y se refieren a los mismos casos. Al respecto conviene señalar que las cifras que se presentan en la PKS no

65 En relación a lo explicado, conviene señalar que los delitos sexuales con resultado de muerte, tipificados en el *§ 178 StGB*, son relativamente poco frecuentes en Alemania. Según la Oficina Federal de Estadística de Wiesbaden, en el año 2014 fueron condenadas tres personas por este delito. En 2013 fueron cinco personas y en el año 2012 un total de diez.

han sido depuradas. Lo primero que hay que tener en cuenta es que en las estadísticas policiales solo aparecen los hechos conocidos (*Hellfeld*), mientras que el conjunto de la criminalidad engloba también los hechos que, al no haber sido registrados por la policía, permanecen en lo que se conoce como campo oscuro (*Dunkelfeld*)⁶⁶. En relación a los hechos conocidos, los registros policiales anuales están fuertemente influenciados por la mayor o menor actividad policial con respecto a determinadas conductas delictivas, así como a la disposición de la ciudadanía a denunciar delitos. Además, debe considerarse también que alrededor del 20 por 100 de los delitos registrados no pueden ser atribuidos a un (presunto) autor, por lo que deben ser objeto de sobreseimiento. En otros casos, el sobreseimiento se debe a que la presunta conducta sexual no ha podido ser probada. Muchos autores están registrados en el PKS varias veces, pero sólo son condenados una vez. Muy a menudo se trata de sospechosos que son tratados conforme a la legislación de menores. Y en el derecho penal juvenil predominan otros tipos de resoluciones distintas a una condena judicial⁶⁷. Por último, y no por ello menos importante, conviene señalar que la forma en la que la policía registra las conductas delictivas descubiertas o denunciadas puede influir desde un punto de vista estadístico. Así, con frecuencia la policía clasifica inicialmente los delitos como más graves de lo que posteriormente sucede con respecto a la fiscalía y los jueces/tribunales.

En primer lugar, la *Tabla 4*, corroborando lo expuesto en el párrafo anterior, presenta la evolución de la cifra total de sujetos detenidos por la (presunta) comisión de un delito contra la autodeterminación sexual, comparando dicha cifra con el número de condenas dictadas.

66 Esto es algo que resulta muy destacable en el ámbito de la delincuencia sexual. Así, en un trabajo publicado recientemente, basado en un estudio empírico sobre experiencias de violencia (incluida la sexual), con el objetivo de indagar en la cifra negra, se señala que, en el ámbito de las agresiones sexuales, apenas un 3% de las mujeres víctimas encuestadas señalan haber denunciado el hecho, mientras que dicho porcentaje aumenta hasta un 14,5% en el caso de los hombres: Véase. LEITGÖB-GUZY y BIEBER (2026), p. 87.

67 FROMMEL (2018), p. 378.

Tabla 4. Número de sujetos detenidos por la presunta comisión de un delito sexual y número de sujetos condenados. Cifras totales (2016-2023).

Año	Sujetos detenidos	Sujetos condenados
2016	33.533	6.416
2017	39.829	7.243
2018	45.536	8.209
2019	52.322	8.782
2020	60.992	9.364
2021	81.646	10.314
2022	88.730	10.364
2023	93.707	11.273

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik/Statistisches Bundesamt: Strafverfolgungsstatistik.

Las cifras expuestas en la mencionada *Tabla 4* no hacen sino corroborar lo explicado en el párrafo anterior: Por los motivos allí expuestos, no todos los hechos que han sido registrados por las instancias policiales terminan con la condena de un eventual autor. Lo mismo sucede si se compararan las cifras de casos registrados respecto a la (presunta) comisión de un delito de acoso sexual recogido en el *§ 184i StGB* con el número de sujetos condenados (*Tabla 5*).

Tabla 5. Casos registrados de una (presunta) comisión de un delito del *§ 184i StGB* y número de condenas impuestas (2017-2023). Cifras totales.

Año	Casos registrados	Condenados
2017	9.619	530
2018	13.742	1.313
2019	13.645	1.519
2020	12.860	1.510
2021	12.998	1.263
2022	17.465	1.531

2023	19.307	1.919
------	--------	-------

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik/Statistisches Bundesamt: Strafverfolgungsstatistik.

Finalmente, resulta necesario hacer referencia a la escasa incidencia que ha tenido el controvertido tipo regulado en el *§ 184j StGB* (delitos cometidos en el seno de grupos). Como acertadamente señala El-Ghazi, o se ha sobreestimado el fenómeno de la nochevieja en Colonia, o la redacción actual del tipo es tan deficiente que las autoridades encargadas de la investigación y los propios tribunales penales no pueden aplicarlo⁶⁸. Como se analizó anteriormente, el *§ 184j StGB* permite la condena de un individuo que participa en un grupo por un delito sexual cometido por otro miembro de este, y sin que esa conducta fuera ni tan siquiera previsible para el sujeto que es condenado. Es harto probable que los tribunales muestren sus reservas a la hora de aplicar el controvertido precepto, el cual pone en entredicho el principio *nulla poena sine culpa*⁶⁹. Al respecto resultan esclarecedores los datos contenidos en el *Tabla 6*.

Tabla 6. Casos registrados de una (presunta) comisión de un delito del *§ 184j StGB* y número de condenas impuestas (2017-2023). Cifras totales.

Año	Casos registrados	Condenados
2017	37	3
2018	47	4
2019	32	5
2020	12	5
2021	16	1
2022	12	0

68 EL-GHAZI (2021), p. 322.

69 Véase al respecto, en detalle: KUCHINKE (2022), p. 496.

2023	12	1
------	----	---

Fuente: Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik/Statistisches Bundesamt: Strafverfolgungsstatistik.

4. CONCLUSIONES

La reforma de los delitos sexuales llevada a cabo en Alemania en el año 2016 se inscribe en una tendencia que se puede percibir en otros países del entorno cultural europeo –como es el caso de España con la reforma operada en el año 2022– y que puede resumirse en estas dos características: (1) re-moralización del derecho penal sexual, al concebirse ahora las relaciones sexuales como una especie de tabú; (2) modificación de los tipos penales existentes y creación de nuevas tipologías para con ello proteger a determinados colectivos.

La nueva regulación de los delitos sexuales en Alemania fue exigida como consecuencia necesaria de un cambio de visión sobre el bien jurídico relativo a la autodeterminación sexual, el cual –tras las reformas operadas en los últimos años– está concebido en términos más amplios, fruto de la implementación –también en Alemania– de la nueva moral sexual, también denominada moralismo legal estricto. Para esta ideología, el derecho penal ha de ser utilizado para la tutela e imposición de aquello que se entiende correcto y bueno por parte de los detentadores del poder legislativo en un momento dado. En relación al modelo del *no es no*, vigente actualmente en el país germano, el mismo se fundamenta en una idea anticuada de la sexualidad, al partirse de la base de que los contactos sexuales son fundamentalmente indeseables, nocivos. La reforma del año 2016 parece dirigirse pues a re-conducir los patrones de conducta de hombres y mujeres en lo referente al modo en que ellos y ellas se relacionan en el ámbito de la sexualidad.

Tal y como se ha podido observar en el epígrafe 2 del presente trabajo, los nuevos preceptos creados en Alemania en el año 2016 plantean una serie de problemas de interpretación. Así, el tipo relativo a los *delitos cometidos*

en el seno de grupos (§ 184j StGB) resulta tremendamente problemático desde el punto de vista constitucional debido a la vaguedad de su núcleo regulatorio. También muestra contradicciones evidentes con el principio de culpabilidad vigente en el derecho penal. Lo mismo sucede con el delito de acoso sexual previsto en el § 184i StGB o con el tipo básico contemplado en el § 177 apartado 1 StGB. Con respecto al primero de estos preceptos, resulta problemático cuándo hay que considerar penalmente típico un tocamiento corporal que se realiza *de manera sexualmente específica*. En relación con el segundo, cuándo debe afirmarse la concurrencia de una *voluntad contraria reconocible* de la víctima en el caso de comportamientos ambivalentes de esta y en situaciones donde la (presunta) conducta sexualmente típica se lleva a cabo en la intimidad, sin la presencia por tanto de testigos ni de terceros objetivos.

Lo que más preocupa es la evidente tendencia hacia una legislación penal *ad hoc*, la cual se orienta hacia una serie de exigencias procedentes en su mayoría de la población y de los medios de comunicación, sin que el legislador penal reflexione suficientemente sobre las consecuencias sistemáticas que plantean los nuevos preceptos.

Por otro lado, el análisis criminológico que de la evolución de la delincuencia sexual se ha llevado a cabo en el presente trabajo ha mostrado un destacado aumento de las infracciones, motivado no solo por las reformas operadas en el año 2016 y 2021, las cuales han conducido a expandir el ámbito típico de la delincuencia sexual a conductas que antes resultaban impunes, sino también por el cambio de perspectiva que, en el seno de la población que habita en Alemania, se ha producido con respecto a la denuncia de dichas infracciones. Sin embargo, el número de delitos sexuales registrados oficialmente no se corresponde con el número de condenas impuestas. Y ello por los motivos que han sido aducidos en el trabajo. Esto conduce a que el palpable aumento de la delincuencia sexual en Alemania, sin negarlo, haya que mirarlo con cautela.

La marcada nueva sensibilidad hacia el acoso sexual y hacia el resto de los comportamientos sexuales considerados como perturbadores –como se muestra, por ejemplo, en el debate en torno a la campaña denominada *#MeToo*– garantiza que la cuestión del derecho penal sexual permanezca en la agenda del legislador alemán. En el contexto de los delitos sexuales, el vínculo directo que ha sido establecido entre moral sexual y derecho penal choca frontalmente con un logro no menos fundamental para una sociedad libre y un derecho penal liberal: la separación estructural entre derecho penal y moral, particularmente en lo relativo a la moral sexual. El derecho penal es un asunto demasiado serio como para ser utilizado como una mera señal de aprobación de las nuevas tendencias populistas reinantes en la sociedad. Es de esperar, por tanto, que, en la próxima reforma de los delitos sexuales en Alemania, el legislador penal germano se tome más tiempo para reflexionar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUSTINA, José (2023): Comentarios a la Ley del solo sí es sí. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre (Barcelona, Atelier).

AMANN, Melanie y MÜLLER, Ann-Katrin (2016): “Der Fall Gina-Lisa Lohfink”, en: Der Spiegel. Disponible en: <https://www.spiegel.de/spiegel/sexualstrafrecht-der-fall-gina-lisa-lohfink-a-1099206.html> [Fecha de última consulta: 27.06.2026].

BERGHÄUSER, Gloria (2023): “§ 184j StGB. Straftaten aus Gruppen”, en: CIRENER, Gabriele; RADTKE, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; RÖNNAU, Thomas; SCHLUCKEBIER, Wilhelm y GRECO, Luís (eds.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 13ª edición (Berlín/Boston, De Gruyter), pp. 489-522.

BEZJAK, Garonne (2016): “Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers”, en: Kritische Justiz (Fasc. 4, N°49), pp. 557-571.

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND FÜR DIE HEIMAT (2024): Polizeiliche Kriminalstatistik (Berlin, Bundesministerium des Innern und für die Heimat).

DEUTSCHER BUNDESTAG (2016): Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss). Drucksache 18/9097, de 6 de julio.

EISELE, Jörg (2017): “Das neue Sexualstrafrecht”, en: Rechtspsychologie (N°1), pp. 7-30.

EL-GHAZI, Mohamad (2021): “Fünf Jahre Reform des Sexualstrafrechts – eine erste Bestandsaufnahme”, en: Strafverteidiger (N°5), pp. 314-322.

FISCHER, Thomas (2020): Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, sexagésima séptima edición (Múnich, C.H. BECK).

FROMMEL, Monika (2018): “Die Reform des Sexualstrafrechts”, en: Neue Kriminalpolitik (Vol. 4, N°30), pp. 368-391.

HÖRNLE, Tatjana (2017): “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, en: Neue Zeitschrift für Strafrecht (N°1), pp. 13-21.

HÖRNLE, Tatjana (2018): “Sexualstrafrecht – Der Prozess einer Reform. Kommentar zum Beitrag von J.-Prof. PD Dr. Elisa Hoven”, en: Kriminalpolitische Zeitschrift (N°1), pp. 12-15.

HÖRNLE, Tatjana (2023a): „§ 177. Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“, en: CIRENER, Gabriele; RADTKE, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; RÖNNAU, Thomas y SCHLUCKEBIER, Wilhelm (eds.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 13ª edición (Berlín/Boston, De Gruyter), pp. 180-290.

HÖRNLE, Tatjana (2023b): “§ 184i. Sexuelle Belästigung”, en: CIRENER, Gabriele; RADTKE, Henning; RISSING-VAN SAAN, Ruth; RÖNNAU, Thomas y SCHLUCKEBIER, Wilhelm (eds.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 13ª edición (Berlín/Boston, De Gruyter), pp. 479-488.

HOVEN, Elisa (2018): “Reform des Sexualstrafrechts – Ad-hoc-Gesetzgebung und Diskursstrategien”, en: Neue Kriminalpolitik (Vol. 4, N°30), pp. 392-409.

HOVEN, Elisa y WEIGEND, Thomas (2017): “Nein heißt Nein – und viele Fragen offen”, en: Juristenzeitung (N°4), pp. 182-191.

KINDHÄUSER, Urs y SCHRAMM, Edward (2023): “Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte”, en: Staat und Gesellschaft, 11ª edición (Baden/Baden, Nomos).

KUCHINKE, Jonathan (2022): “Verfassungsmäßigkeit des § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen – eine „Verhöhnung des Rechtsstaates?“”, en: Zeitschrift für das Juristische Studium (N°4), pp. 494-502.

LEITGÖB-GUZY, Nathalie y BIEBER, Ina (2026): Ergebnisse der Dunkelfeldstudie „Lebenssituation, Sicherheit und Belastung im Alltag (LeSuBiA)“ I (Wiesbaden, Bundeskriminalamt).

RENZIKOWSKI, Joachim (2016): “Nein! – Das neue Sexualstrafrecht”, en: Neue Juristische Wochenschrift (N°49), pp. 3353-3358.

RENIKOWSKI, Joachim (2017a): “§ 184i Sexuelle Belästigung”, en: MIEBACH, Klaus (Red.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (München, C.H. BECK), pp. 1789-1794.

RENIKOWSKI, Joachim (2017b): “§ 184j Straftaten aus Gruppen”, en: MIEBACH, Klaus (Red.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (München, C.H. BECK), pp. 1794-1799.

SIGGELKOW, Pascal (2024): “Warum die Zahl der Sexualstraftaten gestiegen ist”, en: Tagesschau, edición online de 1 de octubre de 2024. Disponible en: <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/strafaten-sexuelle-selbstbestimmung-100.html> [Fecha de última consulta: 20.11.2025].

NORMAS JURIDICAS CITADAS

Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs [Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung], de 4 de noviembre de 2016. Bundesgesetzblatt (BGBl. 2016 I), p. 2460.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Aprobado en Estambul, 11 de mayo de 2011.

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Februar 2026 (BGBl. 2026 I Nr. 46) geändert worden ist.

EL ARMA DE FUEGO (REAL Y ADAPTABLE) COMO OBJETO DE LA ACCIÓN EN LOS DELITOS POSESORIOS DE LA LEY N°17.798 SOBRE CONTROL DE ARMAS¹

THE FIREARM (ACTUAL AND CONVERTIBLE) AS THE
OBJECT OF THE CONDUCT IN POSSESSORY OFFENSES
UNDER CHILEAN ARMS CONTROL LAW N°17.798

Gonzalo Bascur Retamal*

Resumen:

El trabajo examina un problema tan frecuente como decisivo en la práctica penal: la determinación precisa de lo que constituye un *arma de fuego* como objeto de la acción en los delitos posesorios de la Ley N°17.798 sobre control de armas. La cuestión adquiere especial relevancia porque, a diferencia de lo que suele ocurrir en los delitos tradicionales, esa determinación depende aquí de factores técnicos y normativos que, en casos concretos, pueden tornar incierta la adecuación típica, incluyendo el problemático tratamiento de las armas contingentemente inaptas para el disparo (o deflagración). Sobre esa base, el texto propone una clarificación dogmática de hipótesis seleccionadas por su particular controversia en la praxis.

¹ Artículo recibido el 27 de febrero de 2026 y aceptado el 21 de junio de 2026.

* Abogado U. de Talca. Magíster en Derecho Penal U. de Talca y U. Pompeu Fabra. Docente de la Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt.  0000-0003-1149-1012. Dirección postal: Vía Azul, N° 950, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: gonzalo_bascur@hotmail.com.

Palabras clave:

Accesoriedad administrativa, Control de armas, Delitos de posesión, Leyes penales accesorias, Tenencia ilegal de armas.

Abstract:

The paper examines a problem as frequent as it is decisive in criminal practice: the precise determination of what constitutes a *firearm* as the object of conduct in possessory offenses under Chilean Arms Control Law N°17.798. The issue is particularly relevant because, unlike what usually occurs in traditional offenses, such determination here depends on technical and normative factors that, in concrete cases, may render typicity uncertain, including the uncertain treatment of firearms contingently unfit for firing (or deflagration). On that basis, the paper advances a doctrinal clarification of selected hypotheses, chosen for their particular controversy in legal practice.

Keywords:

Administrative accessory, Arms control, Possession offences, Accessory criminal laws, Unlawful possession of firearms.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N°17.798 sobre control de armas (en adelante LCA) es una de las leyes penales accesorias de mayor aplicación práctica y de menor desarrollo dogmático en nuestro medio². Como aporte para subsanar este déficit, el texto aborda un problema específico de subsunción o tipicidad objetiva: determinar qué artefactos califican como *armas de fuego* para efecto de configurar el

2 Prácticamente en Chile no existe algo así como un derecho de armas. Se constata hace casi diez años en BASCUR (2017), p. 535. En la literatura, progresivamente el asunto en su dimensión jurídico-penal ha despertado cierto interés, como se aprecia en los posteriores trabajos de VILLEGAS (2019), pp. 1 y ss., VILLEGAS (2020), pp. 729 y ss., VILLEGAS y BELL (2020), pp. 373 y ss., VILLEGAS (2025), pp. 673 y ss.; GUERRA et al. (2020), pp. 21 y ss.; BOBADILLA (2021), pp. 678 y ss.; CEA y MORALES (2023), pp. y ss.; BASCUR (2024a), pp. 405 y ss.; MALAMUD (2025), pp. 59 y ss.; POLANCO (2025), pp. 5 y ss.; ROMERO (2025), pp. 9 y ss.

objeto de la acción de los delitos posesorios de la LCA³. El enfoque exclusivo en las armas de fuego por sobre otros elementos regulados se debe a la importancia práctica de estos artefactos en la generación de investigaciones por delitos de la LCA⁴.

Ahora bien, por objeto de la acción comprendemos la entidad concreta, corpórea o incorpórea, sobre la cual se ejecuta o desemboca la conducta típica⁵, como por ej., la cosa corporal mueble en el hurto, los bienes de origen ilícito en el lavado de activos, el instrumento en la falsificación documental o el cuerpo de una persona viva en las lesiones corporales.

Luego, por delitos posesorios –que tengan por objeto armas de fuego– nos referimos a las infracciones de la LCA en que la acción típica consistiría en ejercer ilegalmente un poder fáctico de gestión sobre esta clase de objetos⁶. Esto se expresaría en el inicio o mantenimiento de un ámbito de custodia respecto del arma (posesión en sentido amplio), cuya verificación se definiría según parámetros normativo-sociales que permitan afirmar una relación de dominación entre un sujeto y un objeto⁷. Estos delitos se encuentran tipificados en los arts. 9 inc. 1°, y en los inc. 1° y 2° de los arts. 13 y 14.

3 En adelante, las referencias a disposiciones legales sin indicación del respectivo cuerpo normativo se comprenden realizadas a la LCA. Su texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene actualmente en el Decreto Supremo N°400 de 1978 del Ministerio de Defensa Nacional (D.O.: 13.04.1978).

4 En el trienio 2022 hasta 2024, Carabineros incautó un total de 9.281 armas de fuego asociadas a procedimientos penales, UNIDAD ESPECIALIZADA EN CRIMEN ORGANIZADO Y DROGAS (2025), pp. 59-60.

5 MODOLELL (2024), pp. 45-46; SCHULENBURG (2007), pp. 351-357, que agudamente enfatiza que no existe en todos los tipos delictivos una coincidencia entre el objeto de la acción y el objeto que representa o encarna al bien jurídico protegido. Coincidente, HEFENDEHL (2007), pp. 180-181.

6 Para esta conceptualización de la posesión como forma (activa) de comportamiento jurídico-penal, véase solo COX (2012), pp. 180-184. Una aproximación diferente a la posesión en nuestro medio (estado) puede advertirse en MAÑALICH (2014), pp. 28-30. En relación con el debate comparado sobre la naturaleza de la posesión como comportamiento, esto es, expresión de agencia por parte del autor, véase, en nuestro medio, y por todos, POLANCO (2025), pp. 46-78.

7 Véase, COX (2012), pp. 180-184; OLAVE (2018), pp. 179-180 y POLANCO (2025), pp. 77-78.

En este sentido, estructuralmente, la LCA diferencia dos categorías de delitos posesorios relativos a la posesión de armas de fuego⁸.

La primera está dada por el tipo que sanciona la posesión ilegal sobre armas autorizables (o permitidas), tipificado en el art. 9 inc. 1° (posesión, porte y tenencia) en relación con el art. 2 b) —con los matices que se dirán—, caracterizado por la posibilidad de que la autoridad conceda un permiso para el manejo del arma por parte de cualquier ciudadano y así neutralizar la tipicidad.

La segunda está dada por la categoría de los comportamientos que se realizan sobre armas de fuego prohibidas, tipificados en los arts. 13 (tenencia y posesión) y 14 (porte) con relación a las armas de fuego previstas en el art. 2 a) y en el art. 3 inc. 1°, literales a), b), c), d), e), f), g) y k), todos castigados con una sanción comparativamente más grave que la asignada para el art. 9 inc. 1°, en la medida que se trataría de objetos generalizadamente proscritos para la población y reservados para los agentes del Estado en el desempeño de sus funciones (art. 3 inc. 3°).

Ahora bien, en la LCA este punto —el objeto de la acción— resulta especialmente problemático, pues concurren diversas condiciones capaces de alterar o tornar dudosa la adecuación típica. La experiencia práctica refleja que este elemento constituye uno de los núcleos decisivos, si no el más relevante para el enjuiciamiento de investigaciones asociadas a ilícitos de la LCA.

Nuestra impresión es que tales dificultades surgen mayormente por la técnica legislativa empleada, en la medida en que la regulación de armas ofrecería un ejemplo paradigmático de accesoriadad administrativa del derecho penal respecto de la normativa extrapenal⁹, vale decir, de tipos penales

8 Detalladamente, BASCUR (2017), pp. 542-548.

9 PASTOR (2005), p. 101.

que imponen la necesidad al intérprete de recurrir a definiciones y contenidos fijados en reglas administrativas de diversa índole y jerarquía, a fin de precisar o completar uno o más elementos normativos del tipo objetivo¹⁰.

En este contexto, el legislador usa –y abusa– de remisiones normativas, generando un profuso régimen extrapenal complementario dado principalmente por la regulación del Reglamento Complementario de la LCA (en adelante RLCA) y por las Resoluciones Exentas (en adelante RE) que lo concretizan y que son dictadas por la Dirección General de Movilización Nacional (en adelante DGMN). Así, la LCA presenta numerosos reenvíos normativos, internos o externos (por ej., hacia RE), dinámicos (hacia normativa indeterminada), tácitos y concluyentes, además de emplear el (frecuentemente) caótico método de remisiones en cadena, desde primer, segundo y hasta tercer grado¹¹ (de la LCA hacia el RLCA, y desde este hacia dos o más RE).

A fin de dilucidar este problema en las hipótesis selectivamente escogidas únicamente por su particular conflictividad práctica en el último decenio¹², la investigación adopta una metodología dogmático-penal apoyada exclusivamente en las dimensiones gramaticales, semánticas y lógico-sistemáticas

10 Sobre la accesoriedad administrativa en nuestro medio, véase: CABRERA (2024), pp. 70 y ss.; BASCUR (2024a), pp. 68-73; OSSANDÓN (2024), pp. 42 y ss.; OSSANDÓN y ENTEICHE (2026), pp. 122 y ss.; MATUS Y RAMÍREZ (2025), pp. 214-215; ROJAS (2013), pp. 93 y ss. y VAN WEEZEL (2023), pp. 93-94. En el panorama comparado, por todos: FUENTES (2012), pp. 707 y ss.

11 Por todos, OSSANDÓN (2009), pp. 172-181.

12 Esta afirmación se basa en la valiosa información actualizada y suministrada por los siguientes profesionales del Ministerio Público: los Fiscales Adjuntos de la Región de Los Lagos, Ana María Díaz (Fiscal Jefe de Río Negro), María Angélica de Miguel Jara (Fiscal Jefe de Osorno), Nathalie Yonsson Ampuero (Fiscal Jefe de Hualaihué y Fiscal de la Unidad de Análisis Criminal y Focos Investigativos), Mg. Andreas Kusch Frez (Puerto Varas), Mg. Fabián Fernández Gatica (Fiscal Jefe de Quellón), Mg. Joaquín Yáñez Arriagada (Puerto Montt), Rodrigo Oyarzún Martel (Fiscal Jefe de la Unidad de Análisis Criminal y Focos Investigativos) y Jorge Munzenmayer Cristi (Osorno); así como de los Abogados Asistentes de la misma región, Pilar Werner Sánchez (Ancud), David Parrini Leal (Castro) y Mg. Marco Antimilla Nahuelpán (Puerto Varas); la Abogada Asesora de la Fiscalía Regional de Antofagasta, Mg. Natalia Cumming Vega; y el Abogado Asesor de la Unidad de Crimen Organizado y Drogas de la Fiscalía Nacional, Mg. Samuel Malamud Herrera. La falta de referencias jurisprudenciales se explica en que precisamente la configuración del objeto de la acción impide el desarrollo de

de las descripciones típicas, para guardar así coherencia con el modelo de accesoriedad administrativa empleado por el legislador¹³, ello, con el objeto de la formulación de criterios interpretativos que permitan resolver los problemas de subsunción planteados.

Por lo anterior, si acaso estos delitos a partir de su contenido de ofensividad constituyen figuras de lesión o de peligro contra el bien jurídico que se estime, subyacería a la LCA, incluyendo el amplio espectro de construcciones intermedias implicadas bajo esta última categoría, es algo que no será abordado en el presente trabajo, en la medida que, además de constatarse una absoluta falta de consenso en cuanto al significado que cabe atribuir a la categoría dogmática delitos de peligro¹⁴, llegando incluso al cuestionamiento

investigaciones y da lugar a formas procesales de término que no contienen, por regla general, un desarrollo explicitado en el texto de la respectiva sentencia: decisiones de no perseverar e inclusive sobreseimiento definitivo.

13 De esta forma deliberadamente se ha prescindido del elemento teleológico de interpretación, que, como se sabe, resulta concretado en la aplicación de la teoría del bien jurídico en lo que dice relación con su función dogmático-interpretativa para la solución de estos problemas. Lo dicho, como se adelantó, se basa en que, a nuestro juicio, y por impopular y descarnado que pueda resultar para las consideraciones mayoritarias en la materia, en general, las normas de sanción de la LCA estarían diseñadas únicamente para resguardar la capacidad de control de la Administración en esta materia específica, sin posibilitar al intérprete espacios respecto a la norma de conducta para que opere una evaluación teleológica restrictiva de su sentido y alcance: en la LCA la accesoriedad administrativa sería de naturaleza *simétrica*, vale decir, la regulación penal sería concordante con el sentido de las normas administrativas y la infracción de éstas –que estén tipificadas como delito– darían lugar automáticamente a la tipicidad penal. De ahí que la base distributiva regulatoria propia del juicio de valor de la normativa administrativa tendría un reflejo especular en la norma primaria –o más bien, coincidirían exactamente–, de modo que no restarían espacios de actuación para que el juez recurra al mecanismo de reducción interpretativo-teleológica de las normas de conducta. Esto quiere decir que existiría un grado de dependencia *absoluta* entre la norma penal y la o las disposiciones administrativas que regulan complementariamente la materia de prohibición, en el sentido de que el precepto penal solo prescribiría la observancia del contenido normativo administrativo vinculado al bien jurídico protegido que subyacería a la normativa de la LCA –y que por motivos temáticos y de espacio, no puede ser detalladamente tratado en esta sede–. Críticos al respecto, OSSANDÓN y ENTEICHE (2026), p. 125, pp. 147-149. Dicho de otra forma, en Chile, en tanto opción político-criminal, y a diferencia de ordenamientos comparados, el legislador ha decidido que el control administrativo sobre esta clase de artefactos se efectúe a través de la ley penal, siendo prácticamente inexistente –en rigor, restringido al extremo para infracciones muy específicas–, un régimen administrativo sancionador en la materia.

14 MALDONADO (2021), pp. 54-56.

de la índole de bien jurídico que podrían llegar a proteger¹⁵, en esta materia –el objeto de la acción– ha sido el propio legislador, como se verá, quien ha zanjado el aspecto más relevante (sino casi el único) debatido a propósito de la interpretación teleológica de estas figuras, en desmedro de este baremo hermeneútico: la aptitud para el disparo de la respectiva arma de fuego como eventual circunstancia típica concomitante tácitamente exigida respecto del objeto de la acción¹⁶.

2. LAS ARMAS DE FUEGO COMO ELEMENTOS CONTROLADOS

Con la publicación de la Ley N°21.412 (25.01.2022), el legislador estableció en el inc. 2 del art. 2 b) lo que –en principio– se puede interpretar como una definición legal de lo que se comprende como *arma de fuego* en la LCA.

La regla dispone:

Se entenderá por arma de fuego toda aquella que tenga cañón y que dispare, que esté concebida para disparar o que pueda adaptarse o transformarse para disparar municiones o cartuchos, aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora, o cualquier compuesto químico. El reglamento determinará las armas que se consideren adaptables o transformables para el disparo.

2.1. La definición del art. 2 b) inc. 2°

A nuestro juicio, una lectura más detallada de la disposición permitiría identificar una diferenciación relevante en el texto legal a partir de una interpretación sistemática con el art. 73 C inc. 1° RLCA, que arrojaría el contraste entre (i) armas de fuego reales, esto es, aquellas cuya función de disparo es originaria (que *dispare* o esté *concebida* para ello), y (ii) armas

15 VAN WEEZEL (2023), p. 238.

16 Hasta antes de 2022, véase BASCUR (2017), pp. 540-542.

de fuego potenciales, esto es, artefactos que por su naturaleza pueden ser adaptados o transformados en armas reales¹⁷, sin constituir originariamente un arma de fuego en sentido estricto.

Ahora bien, como propuesta interpretativa y teniendo como presupuesto de base esta bifurcación categorial –armas reales y adaptables–, para nosotros es posible reconocer en esta disposición legal (art. 2 b) inc. 2°) una estructura internamente diferenciada¹⁸.

En primer lugar, un concepto legal de aplicación general (de lo que es un arma de fuego real), dado por la siguiente expresión: “Se entenderá por arma de fuego toda aquella que tenga cañón y que dispare, que esté concebida para disparar [...] aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora, o cualquier compuesto químico”.

En segundo lugar, la tipificación expresa –bajo el mismo enunciado legal– de un preciso elemento permitido como objeto de la acción del delito previsto en el art. 9 inc. 1° –arma adaptable–, que no resulta alcanzado por la conceptualización general de la primera parte de la redacción. Lo anterior bajo la expresión: “Se entenderá por arma de fuego toda aquella que pueda adaptarse o transformarse para disparar municiones o cartuchos [...] El reglamento determinará las armas que se consideren adaptables o transformables para el disparo”.

2.2. El núcleo conceptual de un arma de fuego real

Con relación a la definición legal, consideramos que abarcaría dos variantes de armas de fuego reales: el arma que *dispare* y aquella *concebida* para ello. A estas hipótesis, que reflejarían una primera propiedad constitutiva de esta clase de artefactos, se añadirían otras dos propiedades estructurales:

17 BASCUR (2024a), pp. 407-412.

18 En otros términos, POLANCO (2025), p. 154.

que tenga *cañón* y que la función de disparo se realice a través de un específico proceso, esto es, mediante *la fuerza de la expansión de los gases de cualquier compuesto químico*.

De este modo, conforme al inc. 2° del art. 2 b), los elementos constitutivos de un arma de fuego real se configurarían de manera acumulativa bajo lo que denominaremos el núcleo conceptual de estos objetos, integrado por tres propiedades copulativas que otorgarían al artefacto su identidad como arma de fuego real.

a) La propiedad teleológico-funcional: la función del arma de fuego real

El primer elemento constitutivo correspondería a una propiedad de carácter teleológico-funcional: la concepción técnica objetivada del artefacto, expresada en su diseño de fabricación, su arquitectura interna y su configuración originaria de uso¹⁹.

Este criterio se fundamentaría en la equiparación valorativa entre armas operativas (dispara) y armas actualmente inaptas (concebida para disparar) que realiza la LCA²⁰, en cuanto ambas compartirían la misma orientación técnico-final. En consecuencia, lo decisivo sería que el objeto se encuentre estructuralmente predispuesto para realizar disparos²¹, con independencia de su operatividad inmediata al momento de la incautación²².

19 En este sentido, la alusión a la *teleología* de esta propiedad no debe asociarse a la función interpretativa del bien jurídico (o interpretación teleológica), sino que a la vocación técnico-funcional del artefacto, esto es, la finalidad de realizar el disparo de un proyectil.

20 Detalladamente, BASCUR (2024a), pp. 408-410.

21 El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *disparar* en su primera acepción de la siguiente forma: “Hacer que un arma despidra su carga”.

22 Coincidente, POLANCO (2025), pp. 143-144, empero sosteniendo (pp. 173-174) que se debe poner el acento en la intensidad del impedimento u obstáculo, desconociendo que la propia LCA somete a control, y, por ende, incrimina como armas permitidas del art. 2 b) inc. 1°, aquellas “totalmente inutilizadas para el disparo según constate la autoridad” (literal l) inc. 2° del art. 5 A e inc. 3° del art. 7).

Por lo tanto, la aptitud concreta y actual para el disparo no sería un elemento constitutivo de la identidad de un artefacto como arma de fuego²³.

Ahora bien, con mayor detalle, la razón por la cual hemos prescindido de consideraciones de ofensividad o lesividad en este punto –aptitud para el disparo– radica en la asimilación antedicha: la interpretación gramatical y sistemática²⁴, entendiendo esta última como una forma de evitar inconsistencias y contradicciones valorativas, serían prioritarias ante la interpretación teleológica²⁵, de modo que una lectura diversa de la hipótesis *concebida* como la aquí sostenida, tornaría inaceptable dicha tesis por cuatro consideraciones²⁶: incurriría abiertamente en contradicciones de valor, contradeciría el tenor literal, ignoraría el contexto sistemático –proclive a sancionar actos sobre elementos inutilizados– y conduciría a un resultado que se desviaría claramente de la finalidad de la norma.

De ahí entonces que a nivel probatorio, un informe técnico-forense realizado sobre un arma inapta para el disparo debería pronunciarse a lo menos: (i) sobre la identidad del objeto como arma de fuego real, esto es, respecto a la arquitectura técnico-funcional originaria del artefacto para disparar y la trazabilidad (tipo de arma, marca, modelo, calibre nominal, número de serie) y composición estructural del mismo (el conjunto de piezas que la

23 En forma reciente, la Corte Suprema ha coincidido con este planteamiento, aunque bajo una argumentación diferente: “Del análisis de las normas en cuestión se desprende que determinar la aptitud para el disparo del arma es un elemento de juicio más que pueden considerar los jueces, para efectos de establecer la existencia de un arma de fuego, pero aquello no es un requisito del tipo penal”. Corte Suprema, Rol N°153.477-2023, de 27 de marzo de 2024.

24 Especialmente útil para reforzar lo dicho resulta el parámetro sistemático-externo de interpretación (artículo 22 inciso segundo del Código Civil), considerando que los tratados internacionales en la materia someten a regulación armas de fuego cuya capacidad de funcionamiento se encuentra anulada o que no se encuentran aptas para funcionar como tales: el art. I N°3 a. del “Protocolo complementario contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” (26/08/2010, instrumento complementario de la denominada Convención de Palermo), se refiere a la regulación de un arma “diseñada para ello” contraposición a un arma “que lance” proyectiles.

25 NESTLER (2022), pp. 73 y ss.

26 KINDHAUSER (2019), p. 37.

integran), así como también; (ii) sobre la ineptitud contingente de capacidad de disparo, siendo lo importante que el desperfecto, a nivel conceptual, no desnaturalizaría al objeto como tal.

En síntesis, lo ideal sería que la redacción pericial indicase una referencia del siguiente estilo: “Se examina arma de fuego real, tipo X, marca X, modelo X, calibre X, número de serie X, concebida y fabricada para efectuar disparos mediante la expansión de gases. Al momento del examen se encuentra actualmente inapta para el disparo por (causa técnica específica), localizada en (pieza o mecanismo), manteniendo sus características estructurales esenciales como arma de fuego”.

b) La propiedad morfoestructural: cañón

El segundo elemento constitutivo correspondería a una propiedad morfoestructural del artefacto: la incorporación de un conducto direccional (cañón) apto para canalizar la expansión de gases y guiar el proyectil. En esa línea, la RE DGMN N°2.676/2022 (D.O.: 04.12.2022) define al *cañón* como el “tubo por el cual se desplaza el o los proyectiles”.

La clase de cañón se vincula estrechamente con el calibre del arma, entendido como el diámetro interno del cañón. Esta magnitud cumple una función técnico-jurídica decisiva, pues determina la correspondencia funcional entre el arma y su munición compatible. Desde esta perspectiva, el art. 170 RLCA clasifica las armas de fuego atendiendo al tipo de *ánima*, esto es, la superficie interior del cañón, criterio que permitiría distinguir entre categorías con distinta lógica balística y distintos parámetros de compatibilidad entre municiones.

Por una parte, se reconocen las armas de ánima *estriada*, cuyo cañón presenta surcos (estrias) destinados a imprimir un efecto de rotación al proyectil durante el disparo para otorgar estabilidad a su trayectoria²⁷. Los

27 CARRASCO (2008), pp. 143-146.

calibres de estas armas se expresan normalmente en pulgadas o en sistema métrico, de modo que, cuando la denominación inicia con punto decimal (p. ej., .45, .357, .22), se trata de pulgadas, mientras que expresiones como 9x19 mm., 7,62x39 mm o 5,56x45 mm. responden al sistema métrico. Bajo esta última nomenclatura, la primera cifra identifica, por regla general, el diámetro nominal del proyectil y la segunda la longitud del casquillo (que contiene el grueso de la munición, salvo el proyectil). En tanto calibres populares, se ubica el 9x19 mm. (de uso extendido en pistolas de servicio), el 7,62x39 mm. (clásicamente asociado al fusil soviético AK-47), el 5,56x45 mm., estándar en fusiles M4 y M16 de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el calibre .22 (muy utilizado en caza) y el .44 *Magnum* (cartucho de elevada potencia en revólveres).

Por otra parte, están las armas de ánima *lisa*²⁸, como las escopetas, que carecen de estriado y disparan habitualmente cargas múltiples (perdigones o balines) cuya dispersión en forma de cono eleva la probabilidad de impacto a corta distancia, aunque con pérdida progresiva de densidad, energía y precisión al aumentar la distancia al blanco. En este segundo grupo, el calibre no se expresa en milímetros o pulgadas, sino en *gauge*, sistema histórico de base ponderal que indica cuántas esferas de plomo del diámetro interno del cañón completan una libra, razón por la cual funcionaría en sentido inverso al intuitivo: a menor número de *gauge*, mayor diámetro del cañón y, en términos generales, mayor potencia (así, una escopeta calibre 12 es mayor y más enérgica que una calibre 20).

c) La propiedad mecánico-funcional: el mecanismo de deflagración

28 Ibid., pp. 138-140.

Finalmente, el tercer elemento constitutivo consistiría una propiedad mecánico-funcional dada por el específico mecanismo de realización del disparo: el aprovechamiento de la fuerza de expansión de los gases generados por la combustión, explosión o más técnicamente, deflagración²⁹ de la pólvora u otro compuesto químico.

En este sentido, toda arma de fuego exigiría, para su funcionamiento, un sistema de alimentación y un mecanismo de disparo. Este último se articula, en términos básicos, sobre una aguja percutora (o percutor) que debe impactar la cápsula iniciadora o fulminante situada en la parte posterior del cartucho o munición³⁰, alojado en la recámara, y que admite diferentes configuraciones.

Sobre esta base funcional, el art. 70 RLCA clasifica las armas de fuego reales según su mecanismo de funcionamiento en: (i) armas de *avancarga* (letra a), cargadas por la boca del cañón con pólvora y munición, hoy de uso excepcional y de interés histórico (por ej., mosquetes de chispa y fusiles de percusión del siglo XIX); (ii) armas de *carga única* (letra b), que admiten un solo cartucho en recámara (no almacenan para disparos sucesivos) y exigen, tras cada disparo, extracción de la vaina y recarga manual (por ej., los rifles

29 Deflagración es el proceso por el cual un propelente químico, como la pólvora sin humo, se quema rápidamente liberando gases calientes que se expanden con velocidad sub-sónica (es decir, por debajo de la velocidad del sonido), generando una presión controlada que impulsa el proyectil a través del cañón. A diferencia de una detonación, que es una explosión violenta con una onda de choque supersónica, la deflagración ocurre de manera más progresiva, permitiendo que el arma funcione de forma segura y eficaz sin destruirse por la presión interna.

30 Por regla general, la munición es un artefacto ensamblado, concebido para ser disparado por un arma de fuego. En términos técnicos, se trata de un proyectil encartuchado: una bala unida a una vaina o casquillo. Como explica CARRASCO (2008), pp. 121 y ss., el cartucho tiene cuatro elementos: (i) vaina o casquillo –única pieza recargable–, compuesta por la boca (que sujeta el proyectil), el cuerpo (que contiene al propelente) y el culote (que aloja el fulminante y recibe el golpe del percutor); (ii) cápsula fulminante, que al ser percutida inicia la ignición; (iii) carga de proyección (usualmente pólvora sin humo), cuya combustión genera gases a alta presión que impulsan el proyectil; y (iv) proyectil o bala, parte expulsada que impacta el blanco. Como el proyectil puede ser metálico o no (goma, polímero, gas pimienta, etc.), su material no define por sí solo la naturaleza del arma: lo decisivo es que el sistema funcione por deflagración química. Por ello, las llamadas armas traumáticas, cuando operan con pólvora y disparan proyectiles no penetrantes (p. ej., de goma o polímero), encuadran técnicamente como armas de fuego (tal como lo reconoce el art. 4 s) RLCA).

de quiebre monotiro de caza o entrenamiento y los rifles militares históricos como el *Springfield* o el *Remington*); (iii) armas de *repetición* (letra c), que pueden contener varias municiones en cargador, depósito o tambor, pero requieren una maniobra manual entre disparos para expulsar e introducir el cartucho siguiente (por ej., los rifles de cerrojo como el *Mauser*, los rifles de palanca como el *Winchester*, las escopetas de bombeo como la *Remington* y, en armas cortas, los revólveres); (iv) armas *semiautomáticas* (letra d), que, una vez preparadas, ejecutan automáticamente el ciclo mecánico de carga y eyección, aunque producen solo un disparo por cada presión del disparador (por ej., en el uso civil, las armas semiautomáticas más típicas son las pistolas como la *Glock*, *Beretta* o *SIG Sauer*, además de rifles y carabinas, y también escopetas semiautomáticas); y (v) armas “automáticas” (letra e), que mantienen de forma continua el ciclo de disparo mientras el disparador permanezca accionado, efectuando fuego en ráfaga hasta agotar la munición, razón por la cual su uso queda restringido al ámbito militar o policial (por ej., armas militares en sus variantes automáticas como el AK, M16, M4, UZI o MP5).

2.3. Argumentos de la bifurcación entre la función conceptual y de tipificación al interior del art. 2 b) inc. 2º

Ahora bien, estimamos que el referido núcleo conceptual, aun cuando se insertaría sistemáticamente en el art. 2 b), referido a armas de fuego permitidas, cumpliría una función definitoria de alcance general: fijar el significado técnico-jurídico de la expresión arma de fuego para todo el régimen de la LCA. En consecuencia, no debería entenderse como una mera precisión interna circunscrita a las armas reales permitidas de ese literal, sino como una definición legal transversal, proyectable a todas las disposiciones en que el legislador emplea dicho concepto en la LCA, salvo regla expresa en contrario.

La interpretación propuesta se apoyaría en tres razones vinculadas entre sí.

a) El núcleo conceptual de aplicación general

La primera razón, a nuestro juicio, es que la fórmula legal definitoria carecería de cláusulas de cierre o restricción de alcance, por ello, y conforme a los criterios de interpretación de los arts. 20 y 22 del Código Civil, su significado se proyectaría a todas las disposiciones que emplean el mismo término, salvo excepción expresa (como lo confirma la 2ª oración del inc. 2º del art. 4).

Así, desde una interpretación sistemática, la reiteración de la voz arma de fuego en distintos preceptos impediría atribuirle sentidos fragmentados o variables sin fundamento textual explícito, pues ello quebrantaría la exigencia de coherencia interna del ordenamiento y erosionaría la seguridad jurídica (tal como sucede con la ejemplificación del art. 20 A inc. 1º)³¹.

Finalmente, la localización topográfica de la definición en el art. 2 no alteraría su función normativa, pues esta definición no determinaría por sí misma la calidad de autorizable o prohibido de un objeto (incluso el art. 2 a) recoge un elemento absolutamente prohibido), sino que fijaría el contenido técnico del concepto que luego operaría transversalmente en la ley.

De ahí que, para determinar qué debe entenderse por arma de fuego prohibida también en los literales a), b), c), d), f), g) y k) del art. 3, correspondería acudir, en primer término, al inc. 2º del art. 2 b), simple y llanamente por vía de interpretación sistemática³².

31 La disposición indica: “Cada una de las instituciones que compongan las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, deberá mantener un Registro de Armas de Fuego, y dispondrán de sistemas de trazabilidad de sus armas y municiones. Para estos efectos, deberán ser registrados los elementos señalados en los literales b) y c) del artículo 2 y aquellos del literal a) del mismo artículo que el reglamento determine, tales como fusiles de asalto; fusiles y carabinas semiautomáticas de uso militar; revólveres y pistolas semiautomáticas de uso militar; ametralladoras ligeras, y metralletas incluidas las pistolas ametralladoras”.

32 Consideramos que esta operación no implica analogía, porque no atribuye a la norma penal un alcance que exceda su tenor literal posible. El art. 2 b) inc. 2º no se aplica como regla de un caso semejante que luego se extiende al art. 3 por falta de contenido legal; por el contrario, actúa directamente como definición legal del concepto utilizado en esa disposición y, por ello, gobierna de modo inmediato su interpretación. Por todos, VAN WEEZEL (2023), pp. 88-89.

Así, el inc. 2 del art. 2 b) establecería la identidad conceptual de un objeto como un arma de fuego en general para toda la LCA, mientras que la diferenciación entre el estatuto de armas permitidas o autorizables y armas prohibidas surgiría de otras disposiciones.

b) La diferenciación entre estatutos: propiedades configuradoras de armas permitidas y de armas prohibidas

En este último sentido, y, en primer lugar, las armas de fuego reales y permitidas se caracterizarían por lo dispuesto en los inc. 1° y 3° del art. 2 b).

En este sentido, la primera disposición indica que se encuentran sujetas a control las “armas de fuego, sea cual fuere su calibre”, mientras que la segunda:

Las armas de fuego se clasifican, conforme a su uso, en armas de defensa personal, de seguridad privada, deportivas, de caza mayor o menor, de control de fauna dañina, de caza submarina, de uso industrial, de colección, y de ornato o adorno, así como toda otra categoría que el reglamento señale.

Esta última disposición se conectaría directamente con el art. 71 RLCA que tipifica las armas de *posesión permitida*, y que interpretado de manera coordinada con el art. 3 literales a), b), c), d), e), f), g) y k), arrojaría como resultado que las armas de fuego reales de carácter permitidas o autorizables son las siguientes: (i) *carabinas*³³, de cualquier calibre, de carga única o de repetición, excluyendo las semiautomáticas; (ii) *escopetas* de cualquier calibre³⁴, de carga única o repetición, incluyendo semiautomáticas; (iii)

33 La RE DGMN N°3.749/2020 (D.O.: 19.01.2021) define *carabina* en su N°1 b. en los siguientes términos: “Arma larga con las mismas características del fusil, con la diferencia que el cañón es igual o inferior a 56 cm.”.

34 La RE DGMN N°3.749/2020 (D.O.: 19.01.2021) define *escopeta* en su N°1 d. en los siguientes términos: “Arma larga con cañón de ánima lisa o al menos un cañón de ánima lisa en las armas de cañones mixtos, con un largo de cañón igual o superior a 18.5””.

*fusiles*³⁵, de cualquier calibre y de carga única o repetición, excluyendo semiautomáticos; (iv) *pistolas*, de cualquier calibre, de carga única o de funcionamiento semiautomático; (v) *pistoletes de caza*; (vi) *revólveres*, de cualquier calibre, y; (vii) “rifles” de cualquier calibre (incluyendo al calibre .22)³⁶, de carga única o repetición, excluyendo semiautomáticos.

Ahora bien, tratándose de escopetas y pistolas semiautomáticas, estas no deben poder ser consideradas de *mayor poder destructor o efectividad* según el literal g) del art. 3.

Tampoco deben constituir armas *artesanales, hechizas o artefactos o dispositivos* por contraposición a lo establecido en el literal e) del art. 3. Esta última propiedad resultaría indicativa de la restricción de las armas de fuego permitidas a las de fabricación industrial o de fabricación convencional, esto es, aquellas armas de fuego producidas por fábricas o empresas autorizadas, con independencia de sus respectivos estándares técnicos, de seguridad o calidad. Por ende, se trataría de elementos fabriles o de fábrica, vale decir, provenientes de la industria armamentística formal, por contraposición de aquellos elementos confeccionados artesanalmente o que corresponden a objetos rudimentarios³⁷, y que son tipificados como objetos prohibidos bajo el art. 3 e).

Por otra parte, la tipicidad de las armas de fuego reales prohibidas surgiría de añadirse a la definición del art. 2 b) inc. 2° alguna de las cualidades de los literales del art. 3.

35 La RE DGMN N°3.749/2020 (D.O.: 19.01.2021) define *fusil* en su N°1 a. en los siguientes términos: “Arma larga con cañón de ánima estriada, de calibre superior a .22”, con largo de cañón superior a 56 cm. Se incluye en esta clasificación el arma de calibre .22” de percusión central con largo de cañón superior a 56 cm.”.

36 La RE DGMN N°3.749/2020 (D.O.: 19.01.2021) define *rifle* en su N°1 c. en los siguientes términos: “Arma larga con cañón de ánima estriada, hasta calibre .22”.”.

37 Para la distinción, véase UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020), pp. 14-15.

En síntesis, este núcleo conceptual sería autosuficiente y explicaría la coherencia del estatuto general de la LCA, en la medida en que la mayor parte de sus disposiciones administrativas y penales operarían por referencia a este preciso concepto de base.

c) La tipificación de las armas adaptables como especie de elemento permitido

Ahora bien, como se adelantó y, sostenemos que el segmento final del inc. 2° del art. 2 b) cumpliría una función enteramente distinta al referirse a los artefactos que “puedan adaptarse o transformarse para disparar”.

Esta fórmula no describiría armas de fuego en sentido estricto, sino que tipificaría un género diverso y heterogéneo de objetos, que no han sido fabricados ni concebidos como armas, pero que podrían eventualmente adquirir esa funcionalidad mediante operaciones de modificación técnica.

Dicho de otra forma, se trataría de artefactos que por su naturaleza, esto es, por exhibir ciertas características técnicas preexistentes a la realización de la acción posesoria, son desvalorados y sometidos a control para que no puedan llegar a ser desviados a una función de disparo en sentido estricto. Por ende, no cabe incorporar a la realización típica alguna clase de intención o móvil del autor respecto a la modificación del elemento: bastaría el descubrimiento de su posesión a secas.

Precisamente por esa heterogeneidad de artefactos y por la indeterminación inherente a la noción de *adaptabilidad*, el legislador no ha definido directamente estos objetos en la LCA, sino que se remitiría expresamente al RLCA (y a RE, como se verá) para su configuración típica. Desde esta perspectiva, la referencia a las armas adaptables no cumpliría la misma función conceptual que las dos variantes anteriores, de modo que su contenido no se proyectaría sobre la generalidad de las disposiciones que aluden al con-

cepto de arma de fuego en la LCA, pues sólo son específicamente referidas en la 2ª oración del inc. 1º del art. 4³⁸, excepción que confirmaría la regla general planteada.

En síntesis, las armas reales, esto es, las que *disparan* y las *concebidas* para disparar, integrarían el núcleo conceptual general de *arma de fuego* en la LCA, mientras que la referencia a los objetos *adaptables* o *transformables* introduciría una categoría diversa, limitada al estatuto de elementos permitidos del art. 2 b) y cuya identificación queda entregada al RLCA.

3. CONSECUENCIAS INTERPRETATIVAS DEL NÚCLEO CONCEPTUAL DE ARMA DE FUEGO REAL

3.1. Exclusión de armas que impulsan proyectiles sin deflagración química

Una primera consecuencia interpretativa relevante es que se excluirían como objetos de la acción de los delitos posesorios todas las armas que disparen proyectiles a través de mecanismos diferentes a un proceso de combustión o deflagración: básicamente aquellos consistentes en la liberación violenta de aire o gas, por ej., a través de mecanismos mecánicos o de gas presurizado, denominadas armas neumáticas³⁹, incluyendo a las armas de aire comprimido y las armas de postones⁴⁰.

38 La disposición indica: “Sin perjuicio de lo anterior, las armas adaptables o transformables para el disparo señaladas en la letra b) del artículo 2, tales como armas de fogeo, de señales u otras, sólo podrán tenerse o poseerse para fines debidamente acreditados de adiestramiento canino profesional, control de fauna dañina, espectáculos públicos, filmaciones cinematográficas y artes escénicas, y otros similares que determine el reglamento”.

39 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020), pp. 5-6.

40 Esto es corroborado por la RE DGMN N°2.676/2022 (D.O.: 04.12.2022), la cual dispone: “Para los elementos no controlados tales como armas de aire comprimido, airsoft y paintball, no se requerirá autorización de la DGMN para su ingreso al país”.

Bajo el derecho chileno, la punibilidad de la posesión de tales elementos es debatida, disputándose su tipicidad entre el art. 445 CP, acotado al delito de robo, o el tipo delictivo previsto en el inc. 2° del art. 12 de la Ley N°19.327 (D.O.: 31.08.1994), limitada al contexto de espectáculos de fútbol profesional⁴¹.

3.2. ¿La “aptitud” para el disparo como propiedad definitoria de un artefacto como arma de fuego prohibida?

Como se dijo, el art. 2 b) inc. 2° disiparía toda duda acerca de la tipicidad de las armas permitidas inaptas para el disparo al momento de su incautación, estableciendo la punibilidad de su posesión ilegal⁴². El punto de partida es que la definición legal del art. 2 b) inc. 2° incluiría dos hipótesis de lo que cuenta como un arma de fuego: la que dispara efectivamente y la que está concebida para disparar. Esta segunda variante (*concebida*) sería decisiva, porque permitiría superar el antiguo criterio frecuentemente invocado en doctrina y jurisprudencia según el cual un arma que no dispara al momento de su incautación quedaría fuera del concepto de arma de fuego⁴³.

41 En detalle, BASCUR (2024b), pp. 34-39, 43-47.

42 BASCUR (2024a), pp. 408-409. Coincidente, POLANCO (2025), pp. 143-144.

43 DÍAZ-MAROTO (2018), pp. 1025-1026; Ibid., p. 1028; HAVA (2019), p. 116; GUERRA et al. (2020), pp. 30-31; VILLEGAS (2020), p. 739.

Ahora bien, para nosotros, la consecuencia más relevante de la interpretación propuesta –núcleo conceptual común– se proyectaría sobre las armas de fuego prohibidas, tipificadas en los literales a)⁴⁴, b)⁴⁵, c)⁴⁶, d)⁴⁷, e)⁴⁸, f)⁴⁹, g)⁵⁰ y k)⁵¹ del inc. 1° del art. 3.

A partir de lo anterior, como se dijo, esta definición no quedaría limitada a definir la categoría de armas permitidas del art. 2, sino que operaría como concepto general del estatuto de la LCA⁵².

Lo anterior se explicaría porque el art. 3, al regular las armas de fuego prohibidas, no formularía una definición alternativa de arma de fuego. Por interpretación sistemática, entonces, debería aplicarse el mismo núcleo conceptual de las armas autorizables: objeto con cañón, orientado funcionalmente al disparo (de modo actual o por diseño originario) y cuyo mecanismo se basa en la expansión de gases de pólvora u otro compuesto químico. Así, el art. 3 no redefiniría el objeto, más bien seleccionaría subespecies calificadas de ese mismo objeto general, agregando propiedades normativas que modificarían su tratamiento jurídico como artefactos *prohibidos* (recorte, automatismo, disfraz, transformación, alteración de numeración, etc.).

44 La disposición indica: “Armas largas cuyos cañones hayan sido recortados”.

45 La disposición indica: “Armas cortas de cualquier calibre que funcionen en forma totalmente automática”.

46 La disposición indica: “Armas de fantasía, entendiéndose por tales aquellas que se esconden bajo una apariencia inofensiva”.

47 La disposición indica: “Armas de juguete, fogueo, balines, postones o aire comprimido, adaptadas o transformadas para el disparo de municiones o cartuchos”.

48 La disposición indica: “Armas artesanales o hechizas, artefactos o dispositivos, cualquiera sea su forma de fabricación, partes o apariencia, que no sean los señalados en las letras a) o b) del artículo 2, y que hayan sido creados, adaptados o transformados para el disparo de municiones o cartuchos”.

49 La disposición indica: “Armas cuyos números de serie o sistemas de individualización se encuentren adulterados, borrados o carezcan de ellos”.

50 La disposición indica: “Ametralladoras y subametralladoras, metralletas o cualquiera otra arma automática o semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería”.

51 La disposición indica: “Armas transformadas respecto de su condición original, a menos que la Dirección General de Movilización Nacional lo autorice para fines exclusivamente deportivos y siempre que no implique una transformación estructural del arma”.

52 Bajo otro enfoque, POLANCO (2025), pp. 154-155.

Bajo esta lógica, la relación conceptual entre el art. 2 b) y el art. 3 sería de orden secuencial: primero se verificaría si el objeto pertenece al concepto matriz de arma de fuego, para después determinar si además presentaría una cualidad prohibitiva del art. 3.

Por eso, la falta de funcionamiento actual de un arma de fuego prohibida no impediría la subsunción. La inaptitud circunstancial (falta de percutor, obstrucción del cañón, piezas dañadas, desgaste, desperfecto mecánico) podría impedir la prueba de disparo en ese instante, pero no alteraría necesariamente la identidad del objeto como arma que ha sido *concebida* para disparar.

La consecuencia práctica es de la mayor relevancia: en los delitos posesorios de los arts. 13 y 14, la tipicidad de armas prohibidas no dependería exclusivamente de la aptitud de disparo actual, sino de que el objeto conserve su pertenencia al tipo de cosas diseñadas para disparar. Nos referimos al primer elemento –la propiedad teleológico-funcional de base objetiva–: la destinación técnica del artefacto, cristalizada en su programa de fabricación, en la morfología de su arquitectura interna y en su matriz de uso prevista. Desde esta premisa, la aptitud jurídico-penal del objeto no se agotaría en su rendimiento contingente al momento de la incautación, sino en su pertenencia estructural a la clase de artefactos concebidos para el disparo. Por ello, la inaptitud sobrevenida, transitoria o circunstancial no impediría por sí sola su relevancia típica en la medida que no eliminaría la cualidad normativa que fundamentaría su punibilidad como arma de fuego real.

Por lo anterior, categorías como arma larga recortada, arma corta automática, arma de fantasía, arma de fogueo adaptada, arma artesanal, arma con sistemas de individualización adulterados, ametralladora o subametralladora, pueden seguir siendo típicas, aunque al momento del hallazgo no logren disparar. Lo jurídicamente decisivo no sería el rendimiento balístico

instantáneo, sino la que el objeto satisfaga el núcleo conceptual del art. 2 b) inc. 2° y su calificación prohibitiva específica según las cualidades exigidas por los literales respectivos del art. 3⁵³.

Para finalizar, resta una categoría en que el razonamiento previo también es aplicable. El art. 2 a) define como elemento prohibido el “material de uso bélico, entendiéndose por tal las armas, cualquiera sea su naturaleza, sus municiones, explosivos o elementos similares contruidos para ser utilizados en la guerra por las fuerzas armadas, y los medios de combate terrestre, naval y aéreo, fabricados o acondicionados especialmente para esta finalidad”. En este sentido, el art. 20 A inc. 1° ejemplifica como especies de armas de fuego de uso bélico artefactos “tales como fusiles de asalto; fusiles y carabinas semiautomáticas de uso militar; revólveres y pistolas semiautomáticas de uso militar; ametralladoras ligeras, y metralletas incluidas las pistolas ametralladoras”.

Ahora bien, el parámetro de adscripción de un arma de fuego a la categoría de *material de uso bélico* es una cuestión no zanjada ni en la LCA, RLCA ni RE alguna de la DGMN. Se trata de un problema institucional, en la medida que un fusil automático o una pistola semiautomática pueden satisfacer tanto la descripción del art. 2 a) como la prevista en el art. 3 a), por

53 Ahora bien, de no admitirse lo anterior, y tratándose del caso de mayor aplicación práctica, esto es, las armas artesanales o hechizas, el art. 3 e) alude a que tales objetos hayan sido “creados”, “adaptados” o “transformados” para el disparo. Desde la perspectiva estrictamente gramatical y semántico, la descripción legal enfatiza en el objetivo del diseño o adaptación del elemento (“para el disparo”), no en la aptitud técnica presente. De ahí entonces que la forma verbal “han sido creados” enfatiza un hecho histórico: el objeto integra la categoría legal por su proceso de creación o adaptación, con independencia de que luego se deterioren, descompongan, o incluso carezcan de alguna pieza en un momento dado. Por tanto, la definición del literal e) permite entender que un objeto actualmente inapto para el disparo, por ej., por rotura, falta de mantenimiento, ausencia de una pieza reemplazable, etc., pero que fue creado o adaptado para disparar, se subsume como arma prohibida. Lo esencial es que el texto no exige que el arma sea operativa en el momento del hecho; basta con que la historia del objeto sea la de haber sido creado, adaptado o transformado “para el disparo”.

ej., los fusiles M4A1, AK-47 o el SIG SG 550, o las pistolas Beretta 92FS, Glock 17 o CZ 75, siendo competencia de la DGMN calificar un objeto bajo una u otra categoría.

En lo que aquí interesa, un fusil o una ametralladora de uso militar, aunque no se encuentre operativa es típica bajo al art. 2 a), en la medida que también se le aplica el núcleo conceptual del art. 2 b) inc. 2°.

4. LAS ARMAS DE FUEGO ADAPTABLES A FOGUEO COMO ELEMENTOS AUTORIZABLES CONTROLADOS

El art. 2 literal b) inc. 2° tipifica como objeto de la acción de los delitos posesorios, en tanto categoría (o variante) de arma de fuego, aquella “que pueda adaptarse o transformarse para disparar municiones o cartuchos, aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora, o cualquier compuesto químico”, añadiendo que “[e]l reglamento determinará las armas que se consideren adaptables o transformables para el disparo”.

Sin embargo, hasta la fecha, el legislador ha ejemplificado como única especie de esta categoría a las denominadas *armas de fogueo* (art. 4° inciso 2°, 2ª oración y art. 5 transitorio inc. 1° de la Ley N°21.412). Luego, el inc. 1° del art. 73 C RLCA concreta esta descripción en los siguientes términos:

Un arma de fogueo es un elemento mecánico con partes y piezas similares a un arma de fuego convencional, con obturación en su cañón, de modo tal que no están destinadas a expulsar proyectiles, sino que, a imitar en apariencia y funcionamiento a un arma real, tanto en el sonido, como en el movimiento de sus piezas.

4.1. La determinación de los objetos subsumibles en la categoría

Como se advierte, se trata de elementos que emplean munición sin proyectil, de modo que tan solo simulan un disparo de verdad a través de la sola explosión del propelente químico, sin impulsar cuerpo ofensivo alguno. De

ahí entonces que una propiedad originaria de su composición técnica es la inaptitud para el disparo. Sin embargo, al operar mediante un proceso de combustión idéntico al de las armas de fuego reales, mediante una manipulación o intervención en su estructura, podrían llegar a transformarse en armas reales. De hecho, según la LCA, una vez modificadas, constituyen un objeto prohibido por el art. 3 d).

Para identificar con precisión qué artefacto constituye un arma de fogeo en tanto arma de fuego adaptable es necesario realizar una interpretación coordinada entre el art. 2 b) inc. 2°, el art. 73 C inc. 2° y 3° RLCA y la RE DGMN N°372/2025 (D.O.: 12.02.2025).

En este sentido, se debe realizar una distinción no prevista en la LCA pero introducida por la regulación del RLCA: dentro del espectro de armas de fogeo, se prohíbe en el inc. 2° del art. 73 C RLCA el manejo por parte de particulares de todas aquellas que sean “de fácil adaptabilidad o transformación”. Esto daría lugar a la existencia de dos categorías diferenciadas de esta clase de armas de fuego adaptables.

Así, en primer lugar, existen armas de fogeo cuya gestión (posesión, tenencia y porte) siempre sería constitutiva de delito, y que correspondería a las armas de *fácil adaptabilidad o transformación*, las cuales se determinarían por la remisión del inc. 3° del art. 73 C LCA⁵⁴ hacia la RE DGMN N°372/2025, que contiene un listado taxativo de los elementos sujetos a este régimen prohibitivo.

54 Este inc. 3° indica: “Se consideran de fácil adaptabilidad o transformación aquellas armas de fogeo que sean consideradas como tales por la DGMN mediante resolución”. Esto debe ser complementado por lo indicado en su inc. 2°: “Se prohíbe la internación, comercialización y uso de aquellas armas de fogeo que son de fácil adaptabilidad o transformación para el disparo de municiones o cartuchos, debido a la similitud de modelos de armas convencionales, calidad del material de su fabricación, calibre de sus municiones, sus mecanismos de funcionamiento y fácil cambio de partes y piezas que deben soportar mayores presiones producto del disparo, principalmente recámara y cañón”.

En primer lugar, se listan armas de fabricación en Turquía, sin duda alguna el líder mundial en fabricación de esta clase de elementos: *Blow*, *Ceonic*, *Ekol*, *Kusey*, *Leo*, *Ozkursan*, *Retay*, *Sprint* y *Zoraki*. En segundo lugar, se recogen armas de fabricación italiana: *Bruni* (BBM) y *Kimar*. Las siglas BBM significan *Bruni Beretta Modelli* o *Bruni BBM Models*. Se trata de una abreviatura comercial que usó la empresa para identificar una línea de productos basada en modelos de Beretta. En tercer lugar, como armas de origen en Dinamarca, se lista la marca ASG, conocida por distribuir armas de fuego licenciadas por fabricantes reales, tales como CZ y *Dan Wesson*. De Austria, en cuarto lugar, la marca *Issc*, y finalmente, en quinto lugar, de Alemania, las armas marca *Carrera*⁵⁵.

Luego, en segundo lugar, las restantes armas de fuego que no se encuentren listadas en la indicada RE se encontrarían sujetas a un régimen administrativo de control y registro (artículo 73 C hasta 73 E RLCA), similar al de las armas reales, tal como lo reconoce el art. 71 i) RLCA, que establece precisamente como armas *de posesión permitida* a las armas *de fuego*.

Su tipicidad se determinaría por la descripción conceptual del inc. 1° del art. 73 C RLCA y el inc. 1° del art. 9. De ahí que, en tanto elementos autorizables por parte de la autoridad, para establecer su adecuación típica no bastaría, como en las armas de fácil adaptabilidad, su identificación como arma de fuego, sino que asimismo se debe acreditar la falta de inscripción por parte del autor de su posesión.

En síntesis, toda arma a fuego estaría controlada por el Estado: la tenencia de aquellas de prohibida circulación según la RE DGMN N°372/2025 siempre daría lugar a la tipicidad del art. 9 inc. 1° en tanto elementos de fácil

55 Es relevante apuntar que, dado que siempre un sistema de *numerus clausus* de elementos acarrea el inconveniente de generar lagunas de punibilidad, la Res. Ex. DGMN N°372/2025 indica: “Esta determinación de armas a fuego de fácil adaptabilidad o transformación podrá ser modificada en cualquier momento por la Dirección General de Movilización Nacional, no constituyendo por tanto lo resuelto en este acto, derechos adquiridos para la comercialización y/o adquisición de aquellas armas a fuego no consideradas en el listado precedente”.

adaptabilidad, mientras que, tratándose de un arma de fuego no listada como proscrita de manera absoluta, se deberá analizar si el sospechoso cuenta o no con la inscripción requerida por el art. 73 D RLCA para rellenar la tipicidad del elemento de antinormatividad del inc. 1° del art. 9 (*sin la inscripción establecida en el artículo 5°*)⁵⁶.

4.2. ¿La aptitud para causar deflagración como exigencia típica de las armas de fuego?

En tanto consecuencia de la estructura internamente diferenciada que hemos propuesto del inc. 2° del art. 2 b), la hipótesis de arma concebida para el disparo no se aplicaría a la interpretación de un artefacto como arma de fuego. Consecuentemente, la identidad normativa de un objeto como arma adaptable en sentido amplio quedaría fijada sólo por la descripción (reglamentaria) del art. 73 inc. 1° RLCA. Por ende, aplicar la variante arma *concebida* a un arma de fuego inapta sería realizar la transposición de una regla a un caso no abarcado por ella, vale decir, analogía *contra reo*.

Entonces surge la pregunta: ¿cuál es el tratamiento que recibe la posesión de un arma de fuego inapta para la deflagración?⁵⁷ Consideramos que existirían dos posibilidades para mantener la subsunción: atender al contenido semántico de la descripción reglamentaria de un arma a fuego o bien acudir a la tipificación de las partes, dispositivos y piezas de uno de estos elementos.

Como se adelantó, la primera hipótesis sería atender a la descripción de arma de fuego del art. 73 C inc. 1° RLCA, básicamente cuando se indica que serían armas “que no están destinadas a expulsar proyectiles, sino que, a imitar en apariencia y funcionamiento a un arma real, tanto en el sonido, como en el movimiento de sus piezas”.

56 Se trata de elementos que recogen una infracción a ciertos deberes extrapenales en ámbitos gobernados por otros sectores del derecho, como explica DE LA FUENTE (2024), pp. 212-213.

57 Recuérdese que estas armas no disparan en sentido estricto.

Desde una aproximación semántica, el núcleo de la definición recaería en su caracterización por su función propia y su configuración originaria, pues la palabra *destinadas* remitiría al propósito objetivo del diseño o fabricación, de modo que la definición no exigiría eficacia plena actual como condición definitoria, como sí lo hace la definición legal en su hipótesis de arma *que dispare*.

La segunda posibilidad sería considerar la tipicidad del arma completamente ensamblada pero inapta para el disparo como *partes, dispositivos y piezas* de un arma de fuego⁵⁸, tal como el art. 2 b) inc. 1° lo tipifica para las armas permitidas, entre ellas, las adaptables. Esto último sería reforzado por lo dispuesto en el art. 2 l) RLCA que somete a control los “dispositivos, repuestos, partes, piezas y accesorios de los elementos sujetos a control”, contando entre ellos, según el art. 2 a) RLCA aquella arma que “pueda adaptarse o transformarse para disparar municiones o cartuchos”.

Con mayor detalle, un arma ensamblada sería, al mismo tiempo, un todo unitario y un compuesto de piezas que lo integran. Esta dualidad ontológica permitiría, en el plano de la subsunción, que un mismo referente material soporte dos predicaciones típicas distintas: una de unidad funcional y otra de estructura constitutiva. En el arma a foguero ensamblada pero inapta, la clave descriptiva no estaría en su rendimiento actual, sino en su estructura técnico-material. Aunque el artefacto no ejecute la función de imitación del disparo, seguiría siendo un conjunto organizado de partes, dispositivos y piezas. La inaptitud, por tanto, no eliminaría la significación técnica de sus componentes, solo evidenciaría la interrupción operativa del sistema⁵⁹. Ahora bien, de optarse por esta hipótesis interpretativa, para evaluar el significado de

58 Esta solución incluso llegó a ser planteada en su momento por VILLEGAS (2020), pp. 739-740. Similar, ROJAS (2016), pp. 430-431.

59 Como ha declarado la Corte Suprema, respecto de las armas reales: “cuando es el caso que también se encuentran sujetas a control legal sus partes y piezas, en razón de que la ley las estima igualmente peligrosas, en tanto partes de un mecanismo industrial de la anatomía de un arma de fuego. Lo anterior implica que, en el evento de que la falta de una pieza o su falla ocasionara la imposibilidad de salida del proyectil, aquello no priva a sus partes, entre ellas la recámara y el cañón, de constituir su porte en ilícito, como correctamente se indica en el fallo

estos componentes no se debe recurrir a la RE DGMN N°2.676/2022 (D.O.: 04.12.2022), que los conceptualiza de manera generalizada para efecto de las armas de fuego reales, sino que a las definiciones genéricas que establece el RLCA: *partes* en el art. 3 N°1) RLCA, *piezas* en el art. 3 N°2) RLCA y *dispositivos* en el art. 3 N°3) inc. 2° RLCA, como se verá.

5. LAS “PARTES, DISPOSITIVOS Y PIEZAS” DE UN ARMA DE FUEGO COMO ELEMENTOS CONTROLADOS

El inc. 1° del art. 2 b) tipifica expresamente las “*partes, dispositivos y piezas*” de un arma de fuego como objetos controlados. Ahora bien, la LCA no consagra una definición legal de los componentes que integran la estructura de un arma de fuego, pero el RLCA sí define expresamente los conceptos de *partes, dispositivos y piezas*⁶⁰.

5.1. Partes, dispositivos y piezas de un arma de fuego real permitida

Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica, dicha conceptualización del RLCA no operaría de modo general para evaluar si un componente se encuentra sometido a control o no, en la medida que la DGMN a través de una RE ha definido el listado oficial de componentes objeto de regulación

del *a quo* [...] Pero ello no es el caso tratándose de un arma convencional, en que el todo y sus partes están contruidos con estándares profesionales e industriales precisamente para asegurar el logro de tal fin, el disparo”. Corte Suprema, Rol N°153.477-2023, de 27 de marzo de 2024.

60 El art. 3 N°1) RLCA define *partes* como “aquellos conjuntos en los que puede ser separado o subdividido físicamente el elemento completo, sea éste arma, medio de combate, objeto explosivo, munición o artefacto”. El art. 3 N°2) RLCA define *piezas* como “elementos componentes importantes de las partes, ya sea por su finalidad, tecnología de fabricación, su peligrosidad o sus efectos; y que no sean de uso común en el mecanismo de otros elementos diversos”. Finalmente, el art. 3 N°3) RLCA inc. 2° define *dispositivos* como “mecanismos y artificios dispuestos para producir una acción prevista de mejorar los efectos o hacer más eficientes las armas, explosivos o elementos similares”.

penal⁶¹, esto es, cuyo manejo ilegal es recogido por el tipo delictivo del inc. 1° del art. 9°, con relación al literal b) del artículo 2°, inc. 1°. Se trata, hasta la fecha, de la RE DGMN N°2.676/2022 (D.O.: 04.12.2022).

En su sección I, enumera, en sus N°1 a 8, las partes, dispositivos y piezas de un arma de fuego sujetas a control: cajones de mecanismos o conjunto del armazón y sus piezas (repuestos), carros o correderas y sus piezas (repuestos), cañones y subcalibres para cañones, frenos de boca o difusor, cierre y sus piezas (repuestos), cilindro de recámara o *nuez*, culata, cargador y sus piezas, accesorio para adaptar cargador, dispositivos especiales de puntería.

Por otra parte, la sección III de la RE referida establece un listado de componentes prohibidos para cualquier arma de fuego: RONI y similares para pistolas, visores nocturnos, cámaras térmicas y dispositivos similares, silenciadores, culatas removibles sin herramientas, plegables y abatibles. Estos últimos componentes, debido a su prohibición administrativa expresa, en principio constituyen siempre objeto de la acción del tipo posesorio del art. 9 inc. 1°, siempre cuando sean detentados aisladamente, pues no existe la posibilidad de obtener autorización para su gestión por parte de la ciudadanía.

Por otra parte, su acoplamiento a un arma de fuego conlleva su valoración como circunstancia agravante de efecto extraordinaria, pues el inc. 1° del art. 14 B dispone que los componentes destinados a dotar de mayor eficacia al arma (RONI, cámaras térmicas y culatas removibles), se consideran en la determinación de la pena bajo esa naturaleza⁶².

61 Esto a raíz de lo establecido en el inc. 3° del art. 3 l) N°3 dispone: “Para este efecto, no se considerarán elementos controlados todos aquellos que a juicio de la Dirección General sean prescindibles en el funcionamiento de un arma, previo informe del Banco de Pruebas de Chile”.

62 La disposición indica en su inc. 1°: “Constituye circunstancia agravante de los delitos de que trata esta ley dotar las armas o municiones, que se posean o tengan, de dispositivos, implementos o características que tengan por finalidad hacerlas más eficaces, ocasionar más daño o facilitar la impunidad del causante”. Añade su inc. 2°: “Si los implementos a que se refiere el inciso anterior fueren de aquellos señalados en las letras h), i) y j) del artículo 3, no se impondrá al delito el grado mínimo o el minimum de la pena que correspondería sin esa circunstancia”.

En el caso de los silenciadores, estos se encuentran expresamente tipificados como elementos prohibidos si es que son poseídos de manera aislada en el art. 3 h), mientras que si está acoplado a un arma de fuego, constituye circunstancia agravante de efecto extraordinario del art. 14 B inc. 2.

Luego, en su sección II, la RE enumera los componentes que no se encuentran sujetos a control administrativo, y que por ende, su manejo sin autorización no es objeto de sanción penal ni administrativa. Se trata de los siguientes objetos: arandelas, baquetas, bípode o trípode, bujes, cartuchera o funda, choque o poli choque, colimador laser, correas porta fusil, disparador, golillas, grilla plástica, herramientas de mantención, kits de limpieza, martillo y aguja percutora, montura, muelles, pasadores, porta tiro lateral, resortes, retenes, riel *picatinny*, seguro y vástago.

5.2. ¿Partes, dispositivos y piezas de un arma de fuego real prohibida?

A diferencia de las armas de fuego permitidas, el art. 3 no contiene una cláusula general que tipifique las partes, dispositivos y piezas de armas de fuego prohibidas como especie de objeto prohibido –valga la redundancia–. De esta forma, en la medida que los tipos delictivos posesorios relativos a elementos prohibidos (arts. 13 y 14) contienen una remisión normativa hacia los objetos del art. 2 a) y art. 3, las partes, dispositivos y piezas de estas armas no se encuentran incriminados en la LCA, por falta de remisión hacia el art. 2 b) inc. 1°. En consecuencia, aplicar esta última disposición a los componentes de un arma de fuego prohibida constituiría interpretación analógica en contra del reo.

Sin perjuicio de lo anterior, y de manera aislada, una hipótesis singular podría defenderse respecto de las armas del art. 3 e), norma que describe la siguiente arma: “Armas artesanales o hechizas, artefactos o dispositivos, cualquiera sea su forma de fabricación, partes o apariencia, que no sean los señalados en las letras a) o b) del artículo 2, y que hayan sido creados, adaptados o transformados para el disparo de municiones o cartuchos”.

Desde una lectura gramatical menos ortodoxa de la que podría surgir a primera vista, sería defendible que la tipificación abarcaría también la posesión de partes de armas artesanales o hechizas, siempre que se acredite su nexo funcional con la finalidad de disparo⁶³.

Esto por cuanto la definición surgiría de un núcleo claro: *artefactos o dispositivos*. Pero inmediatamente incorporaría una cláusula de amplitud dada por la expresión *cualquiera sea su forma de fabricación, partes o apariencia*, la cual, en términos gramaticales, cumpliría una función de indiferencia descriptiva: se enfatizaría que la calificación jurídica no dependería de cómo esté hecho el objeto, de cómo luzca ni de su integridad estructural.

De esta forma, la expresión *partes* ampliaría el campo de referencia del objeto típico e impediría restringirlo al artefacto completamente ensamblado. Si la intención hubiera sido abarcar solo unidades completas, bastaría la referencia hacia *artefactos o dispositivos*; la inclusión expresa de “partes” indicaría que también puede existir relevancia típica cuando el soporte material aparece fraccionado. La lectura sistemática de la misma oración confirmaría ese efecto: la definición cierra con la exigencia de que tales objetos hayan sido *creados, adaptados o transformados para el disparo de municiones o cartuchos*. Ese tramo funcionaría como filtro valorativo: no cualquier pieza quedaría comprendida, sino aquellas que, por su configuración y contexto, se insertan funcionalmente en un artefacto orientado al disparo⁶⁴.

Con todo, esa lectura extensiva enfrenta un límite decisivo: mientras no exista una regla legal expresa que incorpore de manera inequívoca y general los componentes de armas prohibidas como objeto típico, aplicable a todos los literales atingentes, subsistiría una laguna de punibilidad relativa que, en rigor, solo podría ser corregida por intervención legislativa.

63 En este sentido, BASCUR (2024a), p. 414.

64 Similar, POLANCO (2025), pp. 179-180.

6. CONCLUSIONES

En la *praxis*, los delitos posesorios de la LCA (arts. 9, 13 y 14) presentarían una dificultad estructural de subsunción: la determinación del objeto de la acción. Este problema global se agudiza tratándose de las armas de fuego. A diferencia de la delincuencia tradicional, aquí la tipicidad depende de una articulación técnica entre ley, reglamento y resoluciones administrativas.

En este contexto, en el plano conceptual, el art. 2 b) inc. 2° cumpliría una doble función que debe separarse con nitidez: por una parte, fijaría el núcleo conceptual general de un arma de fuego real; por otra, introduciría una referencia distinta a objetos adaptables o transformables, tipificándolos como objeto de la acción del inc. 1° del art 9.

Respecto del arma de fuego real, sostenemos que la equiparación valorativa entre las hipótesis de arma que *dispare* y *concebida* para disparar permitiría superar el criterio basado en la operatividad inmediata del artefacto como propiedad que definiría la identidad de un objeto como arma de fuego: la inaptitud para el disparo no impediría el encaje típico de un artefacto como tal.

Consecuencialmente, las armas de fuego reales y *prohibidas* que se hallan tipificadas en el art. 3 en sus literales a), b), c), d), e), f), g) y k), operarían secuencialmente sobre el concepto legal de aplicación general, en lugar de redefinir conceptualmente qué es un arma de fuego. De ahí que la inaptitud para el disparo tampoco afectaría su tipicidad.

En relación con las armas adaptables de fogeo, se concluye que su estatuto no se rige por el traslado automático de las armas de fuego reales, sino que por su régimen propio (art. 73 C RLCA y remisiones a RE DGMN), dando lugar a dos categorías: armas de fogeo de fácil adaptabilidad sujetas a prohibición taxativa y armas no listadas sometidas a control registral.

Finalmente, respecto de la tipificación de las *partes, dispositivos y piezas* de un arma de fuego, la regulación las incrimina sin lugar a duda respecto de las armas permitidas, reales y adaptables (listados administrativos de control, prohibición y exclusión), generando lagunas respecto de armas las armas de fuego prohibidas, las que no pueden subsanarse por interpretación analógica en contra del reo, sugiriendo la necesidad de un ajuste legislativo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BASCUR, Gonzalo (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, en: *Política Criminal* (Nº23), pp. 533-609. Disponible en: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol12N23D1.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

BASCUR, Gonzalo (2024a): “Recientes modificaciones sobre el estatuto jurídico-penal de la Ley Nº17.798 de control de armas”, en: *Política Criminal* (Nº37), pp. 405-435. Disponible en: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2024/07/Vol19N37D1.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

BASCUR, Gonzalo (2024b): “La posesión de objetos peligrosos como hecho punible: Consideraciones de parte especial”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Nº2), pp. 7-52. Disponible en: https://www.academia.edu/164559578/2024_La_posesi%C3%B3n_de_objetos_peligrosos_como_hecho_punible_Consideraciones_de_parte_especial [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

BOBADILLA, Carlos (2021): “El delito de tráfico de armas del art. 10 de la Ley Nº17.798. Especial referencia a la interpretación de las conductas de ofrecer y celebrar convenciones”, en: *Política Criminal* (Nº32), pp. 678-714. Disponible en: <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/10/Vol16N32A7.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

CABRERA, Jorge (2024): “Algunas consideraciones sobre el alcance de la vinculación de la norma penal con las normas contenidas en actos administrativos individuales”, en: *Política Criminal* (N°37), pp. 69-98. Disponible en: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2024/06/Vol19N37A3> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

CARRASCO, Jaime (2008): *Armas y delito* (Santiago de Chile, Librotecnia).

CEA, Sergio y MORALES, Patricio (2023): *Control de armas*, 6ª edición (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

COX, Juan Pablo (2012): *Delitos de posesión. Bases para una dogmática* (Buenos Aires, B de F).

DE LA FUENTE, Felipe (2024): “Capítulo VI. Imputación subjetiva y error en el derecho penal económico”, en: NAVAS, Iván (dir.): *Derecho penal económico. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 199-240.

DÍAZ-MAROTO, Julio (2018): “Aspectos penales de la tenencia y uso de armas prohibidas y modificadas”, en: SUAREZ, José; BARQUÍN, Jesús; BENÍTEZ, Ignacio; JIMÉNEZ, María y SAINZ-CANTERO, José (dir.): *Estudios jurídico penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (Madrid, Editorial Dykinson), pp. 1021-1042.

FUENTES, Juan Luis (2012): “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en: PÉREZ, Esteban; ARANA, Estanislao; SERRANO, José Luis y MERCADO, Pedro (coord.): *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 707-734.

GUERRA, Maximiliano; VERGARA, Ulises; MORALES, Matías y QUINTANILLA, Gabriel (2020): *Delitos de porte y tenencia de armas. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Hammurabi).

HAVA, Esther (2019): El Control Penal de las Armas. Análisis del Capítulo V del Título XXII del Código Penal (Valencia, Tirant lo Blanch).

HEFENDEHL, Roland (2007): “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Iñigo (ed.): La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (Barcelona, Marcial Pons), pp. 179-196.

KINDHÄUSER, Urs (2019): “Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal”, en: Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional (Nº 66), pp. 15-45.

MALAMUD, Samuel (2025): “El delito de tráfico de armas en Chile”, en: Revista de Estudios de la Justicia (Nº43), pp. 59-79. Disponible en: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/79844/81176> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

MALDONADO, Francisco (2021): “Sobre la constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal”, en: MALDONADO, Francisco; MAÑALICH, Juan Pablo; LONDOÑO, Fernando: Los delitos contra la salud pública durante la pandemia. Teoría y praxis (Santiago, Thomson Reuters), pp. 1-82.

MAÑALICH, Juan Pablo (2014): Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros (Barcelona, Marcial Pons).

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2025): Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General. Edición 2025 (Valencia, Tirant lo Blanch).

MODELELL, Juan Luis (2024): Manual de Derecho Penal. Teoría del delito, 2ª edición (Santiago de Chile, DER Ediciones).

NESTLER, Nina (2022): “La interpretación de tipos penales: Métodos de interpretación y metodología de la interpretación”, en: *En Letra Derecho Penal* (N° 13), pp. 72-92. Disponible en: https://www.enletrapenal.com/_files/ugd/9db90b_8939177624474a2e951535f88d2fa2a5.pdf [Fecha de última consulta: 30.06.2026].

OLAVE, Alejandra (2018): “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, en: *Política Criminal* (N°25), pp. 175-207. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n25/0718-3399-politcrim-13-25-00175.pdf> [Fecha de última consulta: 12.02.2026].

OSSANDÓN, Magdalena (2009): *La formulación de tipos penales: Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

OSSANDÓN, Magdalena (2024): “Accesoriedad administrativa y derecho penal económico: Consideraciones sobre el rol sistemático del complemento y su interpretación”, en: *Pro Jure Revista de Derecho* (Vol. 63), pp. 42-64. Disponible en: <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1482/1097> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

OSSANDÓN, Magdalena y ENTEICHE, Nicolás (2026): “Límites a las remisiones normativas del derecho penal al derecho administrativo”, en: *Revista Chilena de Derecho* (N°1), pp. 121-158. Disponible en: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/101622/74044> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

PASTOR, Nuria (2005): *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática* (Barcelona, Atelier).

POLANCO, Daniel (2025): *El delito de posesión, tenencia y porte ilegal de arma de fuego* (Buenos Aires y Montevideo, B de F).

ROJAS, Andrea (2016): “La aptitud para disparar como elemento del tipo de porte de arma de fuego. Comentario a la S.C.A. de Temuco Rol N°952-2015”, en: Revista de Ciencias Penales (N°1), pp. 429-436.

ROJAS, Luis Emilio (2013): “Accesoriedad del derecho penal”, en: VAN WEEZEL, Álex (ed.): Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 93-107.

ROMERO, Mario (2025): Control de armas (Santiago de Chile, Editorial Metropolitana).

SCHULENBURG, Johanna (2007): “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”, en: HEFENDEHL, Roland; ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; ORTIZ DE URBINA, Iñigo (ed.): La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (Barcelona, Marcial Pons), pp. 341-354.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN CRIMEN ORGANIZADO y DROGAS (2025): Informe Crimen Organizado en Chile (Santiago de Chile, Fiscalía Nacional). Disponible en: https://www.fiscaliadechile.cl/sites/default/files/documentos/InformeCrimenOrganizado_%20FINAL.pdf [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020): “Módulo 2. Fundamentos sobre armas de fuego y municiones”. Disponible en: <https://tinyurl.com/2cemrbht> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

VAN WEEZEL, Álex (2023): Curso de Derecho Penal. Parte General (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

VILLEGAS, Myrna (2019): “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”, en: *Política Criminal* (N°28), pp. 1-53. Disponible en: <https://politecrim.com/wp-content/uploads/2019/09/Vol14N28A1.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

VILLEGAS, Myrna (2020): “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno”, en: *Política Criminal* (N°30), pp. 729-759. Disponible en: <https://politecrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A8-.pdf> [Fecha de última consulta: 27.02.2026].

VILLEGAS, Myrna (2025): “Tráfico de armas”, en: CÁRDENAS, Claudia; SILVA, Guillermo (ed.): *Crimen organizado. Aspectos relevantes para su tratamiento penal y procesal en Chile* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 673-699.

VILLEGAS, Myrna y BELL, Mariana (2020): “La regulación de los artefactos explosivos e incendiarios en la Ley N°17.798. Especial referencia al art. 14 D”, en: MAYER, Laura; VARGAS, Tatiana (coords.): *Mujeres en las Ciencias Penales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 375-402.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

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

Decreto Ley N°2.306, dicta normas sobre reclutamiento y movilización de las fuerzas armadas. Diario Oficial, 12 de septiembre de 1978.

Decreto Supremo N°400 de 1978 del Ministerio de Defensa Nacional, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°17.798, sobre control de armas. Diario Oficial, 13 de abril de 1978.

Decreto Supremo N°83 del Ministerio de Defensa Nacional, aprueba reglamento complementario de la Ley N°17.798, sobre control de armas y elementos similares. Diario Oficial, 13 de mayo de 2008.

Ley N°19.327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional. Diario Oficial, 31 de agosto de 1994.

Ley N°21.412, modifica diversos cuerpos legales para fortalecer el control de armas. Diario Oficial, 25 de enero de 2022.

Resolución Exenta N°2.676/2022 de la Dirección General de Movilización Nacional, aprueba actualización al listado de accesorios, partes, dispositivos y piezas de armas y municiones sometidas a control de la Ley N°17.798 sobre control de armas y explosivos. Diario Oficial, 04 de diciembre de 2022.

Resolución Exenta N°3.749/2020 de la Dirección General de Movilización Nacional, establece clasificación de las armas largas sometidas a control de la Ley N°17.798 sobre control de armas, de acuerdo a su tipo. Diario Oficial, 19 de enero de 2021.

Resolución Exenta N°372/2025 de la Dirección General de Movilización Nacional, establece listado de armas de fogueo de fácil adaptabilidad o transformación para el disparo. Diario Oficial, 12 de febrero de 2025.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de marzo de 2024, rol N°153.477-2023.

NEURODERECHOS EN CHILE: NOTAS CRÍTICAS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, UN PROYECTO DE LEY PENDIENTE Y EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA¹

NEURORIGHTS IN CHILE: CRITICAL NOTES ON CONSTITUTIONAL REFORM, A PENDING BILL AND THE SUPREME COURT RULING

Giacomo Belisario*

Luis Villavicencio Miranda**

Alejandra Zúñiga Fajuri***

Resumen:

Este trabajo analiza la reforma constitucional del art. 19 número 1 de la Constitución chilena y el proyecto de ley sobre neuroderechos. Además, dada su resonancia más allá de las fronteras nacionales, se examina la sentencia de la Corte Suprema de Chile del nueve de agosto de 2023, con el fin de brindar un juicio crítico sobre esta cuestión, a través del análisis en profundidad de algunas voces, que desde el inicio o durante el trabajo del debate legislativo sobre los neuroderechos, hayan planteado dudas.

¹ Artículo recibido el 21 de noviembre de 2024 y aceptado el 14 de julio de 2025.

* Doctor en “Transición Digital, Innovación y Servicios de Salud” por la U. Telemática Leonardo Da Vinci, Italia.  0009-0008-8407-2584. Dirección postal: Largo San Gaetano 8, Chieti, Italia. Correo electrónico: giacomo.belisario@unidav.it.

** Doctor en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Investigadora Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la U. de Valparaíso.  0000-0002-3115-3312. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl.

*** Doctora en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Investigadora Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la U. de Valparaíso.  0000-0001-9620-4910. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alejandra.zuniga@uv.cl.

Palabras clave:

Neuroderechos, Neurotecnología, Privacidad, Corte Suprema, Constitución.

Abstract:

This paper analyzes the constitutional reform of art. 19 number 1 of the Chilean Constitution and the bill on neuro-rights. In addition, given its resonance beyond national borders, it analyzes the judgment of the Supreme Court of Chile of August 9, 2023, in order to provide a critical judgment on the subject, through an in-depth analysis of some voices, which from the beginning or during the work of the legislative debate on neuro-rights, have raised doubts.

Keywords:

Neurorights, Neurotechnology, Privacy, Supreme Court, Constitution.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día resulta prácticamente imposible estudiar cualquier fenómeno natural o social sin considerar la influencia del cerebro. La neurociencia, a pesar de ser una disciplina relativamente joven, goza de una popularidad y relevancia sin precedentes. Las neurotecnologías, definidas por Oliver Müller y Stefan Rotter como “el conjunto de métodos y herramientas que permiten una conexión directa de los componentes técnicos con el sistema nervioso”², están experimentando una evolución cada vez mayor. Dispositivos como el electroencefalograma (EEG) y la resonancia magnética funcional (fMRI) pueden medir la actividad cerebral. Los electrodos de estimulación cerebral profunda (ECP) o los dispositivos de estimulación magnética transcraneal (EMT) se emplean para influir en la actividad cerebral principalmente en entornos sanitarios, por ejemplo, para tratar enfermedades como el Parkinson. Además, las neurotecnologías se han utilizado desde hace mucho tiempo más allá del ámbito clínico. De hecho, ya es posible adquirir sistemas de

2 MÜLLER et al. (2017), s/p.

EEG portátiles para medir el estrés y la falta de concentración. Empresas tecnológicas como Meta o Neuralink están realizando investigaciones sobre interfaces cerebro-máquina (BCIs) con el objetivo de permitir a los usuarios controlar teléfonos inteligentes con sus mentes. Las BCIs pueden tener también, obviamente, un uso clínico, por ejemplo, para tratar a pacientes que sufren el síndrome de enclaustramiento.

Su impacto es tal que ha redefinido campos como la filosofía política, la bioética y, en lo que a nosotros respecta, el derecho, dando lugar a una nueva corriente de partidarios de los neuroderechos³. Chile es el primer país en el mundo en consagrar la protección de la actividad neuronal en su constitución y el primer estado que ya tiene un fallo del máximo tribunal sobre este tema⁴. Además, se encuentra en trámite un proyecto de ley que protege los neuroderechos y la integridad mental, el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías cuya tramitación se inició el año 2020, pero aún está pendiente.

Este trabajo, que se inspira en buena parte de la doctrina chilena, es el producto de una extensa discusión sostenida entre los autores⁵. Se analizará la reforma constitucional del art. 19 número 1 de la Constitución chilena, el proyecto de ley sobre neuroderechos y la sentencia de la Corte Suprema de Chile de agosto de 2023, con el fin de brindar un juicio crítico sobre estos puntos. Para desarrollar este análisis se revisarán algunas voces que, a lo largo del debate legislativo, plantearon dudas y reservas. No nos concentraremos, en cambio, en los autores que consideran que las reformas han traído beneficios concretos.

3 MORENTE (2023), pp. 43-83.

4 FEITO (2018), p. 2.

5 Agradecemos, además, los valiosos comentarios de la profesora Danielle Zaror Millares, investigadora del Centro de Estudios en Derecho, Tecnología y Sociedad de la Universidad de Chile.

En cuanto al fallo de la Corte Suprema, que se difundió rápidamente entre algunos expertos extranjeros, se convirtió en un tema de debate obligatorio. El impacto llegó también a Italia⁶. A raíz de ello, la universidad *Unidav de Chieti* organizó una conferencia sobre neuroderechos el 9 de noviembre de 2023, a la que siguió un número especial de la revista *Federalismi* titulado *Neuroderechos entre lo virtual y lo real* publicado el 15 de marzo de 2024. En dicha publicación doce académicos de diferentes disciplinas, en su mayoría juristas, publicaron sus contribuciones sobre la materia⁷. Dada su repercusión, consideramos indispensable diseccionar la resolución del máximo tribunal chileno.

El objetivo específico de este artículo es, por tanto, cuestionar el marco normativo y jurisprudencial creado en torno a la idea de los neuroderechos en Chile, analizando los textos legislativos y la doctrina, la sentencia citada y los diversos comentarios posteriores. Nuestro propósito fundamental es demostrar que la cuestión de los neuroderechos —que en Chile sí ha producido resultados normativos— ha sido utilizado más como una herramienta política que como una protección jurídica de los derechos y libertades de los ciudadanos.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Reforma Constitucional⁸, promulgada el 25 de octubre de 2021, modifica el artículo 19 número 1 inciso final de la Constitución Política de la República⁹. Esta enmienda constitucional surge de la moción propuesta por los senadores Guido Girardi, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma, Alfonso de Urresti y la senadora Carolina Goic con el fin de proteger “la integridad y la indemnidad mental en el contexto del avance de las neuro-

6 Son muchos los juristas italianos que han estudiado el tema de los neuroderechos. Entre otros, podemos considerar CIRILLO (2023), MOLLO (2021), SOMMAGGIO (2022) y POL-LICINO (2021).

7 BELISARIO (2024), pp. 69-87.

8 Ley N°21.383, de 2021.

9 CORNEJO (2021), s/p.

tecnologías”¹⁰. Su antecedente más próximo y relevante es el trabajo del profesor Yuste de la Universidad de Columbia en *New York*,¹¹ a partir del cual se fundamenta teóricamente el proyecto. Así, la reforma corresponde al resultado de un trabajo sistemático que el mencionado parlamentario Girardi inició en el año 2019 con el mismo profesor¹².

Según Bublitz, la propuesta de *Neurorights Foundation* de Yuste se sitúa claramente en el ámbito de la ciencia y su aportación a las cuestiones políticas es ciertamente valorada. Sin embargo, subraya: “debe quedar claro que la neurociencia no está entre las disciplinas principalmente relevantes para el desarrollo y debate de los derechos humanos o constitucionales, propuestas de políticas u otras cuestiones normativas (...)”¹³. Y continúa: “La experiencia en materia de regulación, de neurociencia, no debe confundirse con la experiencia en regulación”¹⁴.

Si bien la Ley N°21.383 conserva el espíritu innovador de la propuesta inicial¹⁵, el texto legal final ha experimentado notables cambios. La referencia explícita a los neuroderechos tal como fueron concebidos por la *Neuroright Foundation* ha sido omitida, dando paso a una formulación más general que busca proteger la integridad mental y la actividad cerebral en el contexto de los avances científicos y tecnológicos¹⁶.

En efecto, el proyecto de reforma constitucional que buscaba incorporar los llamados neuroderechos generó inicialmente una gran expectativa. La ambición de incluir cinco nuevos derechos humanos en la Constitución, sin un respaldo sólido de estudios e investigaciones y sin un debate académico, fue sorprendente. Los cinco neuroderechos propuestos por Girardi y com-

10 Boletín N°13.827-19, de 2020.

11 YUSTE y GOERING (2017), pp. 159-163. El proyecto también es similar a IENCA y ANDORNO (2017), pp. 1-27.

12 SÁNCHEZ et al. (2024), p. 12.

13 BUBLITZ (2022), p. 7.

14 Ibid.

15 Boletín N°13.827-19, de 2020.

16 MARZUCA (2023) p. 61.

pañía, retomando las propuestas de Yuste, eran los que siguen: derecho a la privacidad mental, derecho a la identidad y autonomía personal, derecho al libre albedrío y a la autodeterminación, derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva y derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones. Inicialmente, la propuesta se justificó en la necesidad de proteger la integridad mental de las personas frente a los avances tecnológicos. Sin embargo, durante el proceso legislativo, la dificultad de definir conceptos como mente o pensamientos llevó a una versión final mucho más limitada y menos ambiciosa¹⁷. El artículo 19 de la Constitución, que ya reconocía el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, fue modificado para incluir una disposición general sobre el desarrollo científico y tecnológico.

Esta modificación, si bien es importante, no constituye la creación de un nuevo derecho humano específico¹⁸. En este contexto, surge el cuestionamiento sobre si esta reforma realmente ha ampliado el catálogo de derechos fundamentales y la respuesta parece ser negativa. Los neuroderechos propuestos, a pesar de su ambición, no han sido incorporados como derechos autónomos en la Constitución. En su lugar, se ha optado por un enfoque amplio, que vincula el desarrollo tecnológico con el respeto a la dignidad humana. El nuevo inciso de la norma establece un principio general: el desarrollo científico y tecnológico debe respetar la vida y la integridad de las personas. Sin embargo, este principio ya estaba consagrado en la legislación chilena, como lo demuestra la Ley N°20.120¹⁹, que limita la investigación biomédica al respeto de los derechos fundamentales.

17 Es posible revisar el detalle de tramitación del proyecto en cada cámara en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14384&prmBOLETIN=13827-19> y https://tramitacion.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13827-19.

18 Para una mejor comprensión de este proceso legislativo, véase: RECHE (2021) pp. 415-446.

19 Ley N°20.120, de 2006.

Por su parte, la Ley N°20.584²⁰ ya regula el consentimiento informado en salud. A su vez, la Ley N°19.628²¹ ofrece una protección específica para los datos personales sensibles. En efecto, se consideran datos sensibles aquellos que revelan aspectos físicos, morales, vida privada, ideologías, creencias, etc. Esta categoría de datos está sujeta a un régimen de protección especial, que incluye el deber de secreto y los derechos de los interesados a acceder, rectificar, suprimir u oponerse a su tratamiento²². Además, se deben considerar dos aspectos normativos adicionales: la Constitución garantiza una amplia gama de derechos fundamentales, incluyendo la vida, la integridad física y psíquica, la privacidad y la libertad de conciencia; y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile refuerzan aún más la protección de la privacidad y la libertad individual²³.

El referido proyecto de reforma se aprobó en general de forma unánime en la Sala del Senado con 37 votos a favor y sin abstenciones. En su discusión particular fue aprobado por 39 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones. A su turno, en la Cámara de Diputadas y Diputados el proyecto se aprobó en general por 143 votos a favor, ninguno en contra y una abstención. La aprobación del proyecto de ley en ambas cámaras, aunque refleje un amplio consenso, es preocupante por la ausencia de un debate sustantivo. Este alto nivel de consenso puede ocultar la falta de un verdadero análisis de la relevancia e implicancias de la ley²⁴. En definitiva, el nuevo inciso de la norma constitucional resulta redundante. Los principios que enuncia ya están ampliamente protegidos por la legislación chilena. La inclusión de este inciso no aporta una protección adicional significativa de manera que su incorporación en la Constitución parece innecesaria. Lo anterior teniendo

20 Ley N°20.584, de 2012.

21 Ley N°19.628, de 1999.

22 ZAROR et al. (2021), pp. 1-10.

23 Véanse la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) de la Unesco. Solo a modo referencial, destaca en el ámbito europeo el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (CDHB).

24 OTÁLORA (2013), pp. 65-108.

en cuenta especialmente el art. 19 número 4 de la Constitución que consagra de manera amplia y clara el derecho a la privacidad y la protección de datos personales. Así, introducir una nueva norma sobre el mismo asunto sería superfluo y podría generar confusiones interpretativas²⁵.

El análisis jurídico de los proyectos sobre neuroderechos revela una verdad incuestionable: los derechos fundamentales, si bien son en buena medida atemporales, se enfrentan constantemente nuevas amenazas. La posibilidad de leer los pensamientos, por ejemplo, no crea un nuevo derecho, sino que desafía la protección ya existente del derecho a la privacidad. Sería como afirmar que la invención de nuevas armas modifica el contenido del derecho a la vida. Así, los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, deben adaptarse a las nuevas realidades sin perder su contenido esencial. La propuesta de un derecho a la neuroprotección consagrado a nivel constitucional se basa en dos tipos de argumentos: los riesgos asociados a la inteligencia artificial, ampliamente reconocidos por la comunidad académica y de expertos; y especulaciones sobre futuros escenarios. Ninguna de estas razones amerita un cambio constitucional y podría ser potencialmente ineficaz. Aún más, puede resultar directamente contraproducente ya que la regulación de tecnologías emergentes es enormemente compleja. Por otro lado, reducir la protección legal a la esfera cerebral ignora la integralidad de la persona y puede generar incoherencias normativas. Una interpretación progresiva y dinámica de los derechos existentes, que se funde en un enfoque neutral de la tecnología, sería un modo más adecuado para proteger la autonomía e integridad de las personas en el contexto de la investigación, desarrollo y uso de nuevas tecnologías²⁶.

25 LÓPEZ y MADRID (2022), pp. 39-68.

26 Para estas conclusiones revisar: ZÚÑIGA et al. (2020) y ZÚÑIGA et al. (2021), pp. 165-179.

3. UN PROYECTO DE LEY PENDIENTE

El Congreso intentó implementar la reforma constitucional con un proyecto de ley que, a la publicación de este trabajo sigue pendiente, y parece poco probable que se reactive. De hecho, el presidente de la República no se ha pronunciado respecto de la renovación de la urgencia legislativa²⁷. Resulta necesario aclarar que nuestra intención no es resaltar todos los artículos de la ley, sino discutir brevemente su contenido, para centrar la atención en las consecuencias negativas que podría causar el proyecto de ley cuya tramitación se encuentra en suspenso. El referido proyecto de ley²⁸ busca establecer un marco regulatorio —riguroso y multidisciplinario— para las neurotecnologías. En el texto se prioriza la protección de los derechos de las personas al exigir un consentimiento informado estricto y específico. Así, el proyecto se alinea con la legislación vigente, específicamente con la Ley N°20.120 y la Ley N°20.584²⁹. De esta forma, las modificaciones propuestas a la Ley N°20.120 permiten incluir la neurociencia y la neurotecnología dentro de su ámbito de aplicación, garantizando un enfoque integral y actualizado.

Desde el punto de vista doctrinal, autores como Ruiz³⁰ han sido críticos del proyecto de ley Boletín N°13.828. En el mismo sentido López Silva³¹, desde el punto de vista clínico, desaprueba también el proyecto. El primer autor afirma que este proyecto de ley, al prohibir el uso de ICC (interfaz cerebro-computadora) en pacientes que no pueden consentir, tiene consecuencias prácticas muy concretas. Al negar a esos pacientes la posibilidad de comunicarse a través de esta tecnología, se les condena a una vida de aislamiento y dependencia total. Esta prohibición no solo afecta a los pacientes, sino también a sus familias y cuidadores, quienes se ven privados de la posibilidad de interactuar con las personas que cuidan.

27 Boletín N°13.828-19, de 2020.

28 Ibid.

29 Ley N°20.584, de 2012.

30 RUIZ et al. (2021), pp. 439-446.

31 LÓPEZ (2021), s/p.

El problema se genera a partir de la definición extremadamente amplia de neurotecnologías en la propuesta de ley, amenazando con proscribir terapias neurológicas fundamentales y extendidas, tales como la terapia electroconvulsiva y la estimulación cerebral profunda. Estas terapias a menudo representan la única opción para pacientes con enfermedades psiquiátricas y neurológicas severas, que requieren de una modificación agresiva de la actividad cerebral. Sin embargo, podrían ser consideradas neurotecnologías bajo la definición recogida en el texto. Además, técnicas como el neuromonitoreo, cruciales en la anestesia y la neurocirugía, también podrían verse afectadas, poniendo en riesgo, otra vez, la seguridad y bienestar de los pacientes.

Incluso es posible representarse que la exigencia de consentimiento explícito previo a cualquier intervención neurotecnológica podría entorpecer la atención médica. En situaciones como un accidente cerebrovascular o un trauma grave, obtener el consentimiento es imposible. En otro ámbito relacionado con las prestaciones de salud, se debe considerar que terapias como la neuromodulación espinal, que alivian el dolor crónico, quedarían comprometidas, limitando las opciones terapéuticas para miles de pacientes. De este modo, la prohibición de las neurotecnologías en pacientes que no pueden consentir representa un retroceso terapéutico significativo. Esta prohibición no solo limitaría tratamientos urgentes y efectivos, sino que también obstaculizaría la investigación en neurociencias, impidiendo avances en la comprensión del cerebro y la conciencia.

La experiencia con la Ley N°20.584 nos advierte sobre los riesgos de legislaciones excesivamente restrictivas, las que pueden dañar irremediablemente la investigación y la práctica médica³². Al limitar el acceso a tratamientos innovadores y el desarrollo de la investigación, se perpetúa la desigualdad en el acceso a la salud y se retrasa el avance de la medicina. Incluso más, esta propuesta contradice las prácticas médicas establecidas y carece de fundamento en el derecho comparado³³. Otra cuestión relevante la

32 ZAROR (2020), s/p.

33 RUIZ et al. (2021), pp. 439-446.

advierte López Silva, sobre la falacia mereológica presente en la discusión sobre los neuroderechos. Al reducir todo al cerebro, se comete el error de simplificar excesivamente la experiencia humana, atribuyendo a un órgano físico cualidades complejas y holísticas como las emociones y la libertad³⁴. Esta concepción contradice el principio jurídico fundamental de que los derechos son inherentes a la persona como un todo, no a partes específicas de su cuerpo.

López destaca, además, las implicancias prácticas de confundir lo mental, lo neuronal y lo psicológico en el ámbito legal y plantea una pregunta interesante³⁵. Imaginemos un futuro en el que la tecnología permita reprogramar el cerebro humano de manera precisa. Si bien la manipulación neuronal sin consentimiento plantea evidentes desafíos legales ¿qué sucede cuando la modificación cerebral se lleva a cabo con el consentimiento informado del individuo, pero resulta en daños psicológicos severos? Esta pregunta pone de manifiesto la necesidad de desarrollar un marco jurídico sólido que permita distinguir entre la reprogramación neuronal como un delito y los daños psicológicos como una consecuencia no deseada, incluso cuando la intervención se realiza de manera lícita.

En definitiva, para justificar una nueva ley, se consideran dos factores: la *ratio legis* (el propósito de la ley) y la *ocassio legis* (el contexto histórico). La *ratio legis* debe responder a una necesidad pública clara y concreta³⁶. La segunda representa las razones circunstanciales, ocasionales, que al ser reveladas a la ciudadanía no tienen más sentido que para el sujeto que las propone.

En este caso, la redacción actual de la ley de neuroderechos podría asfixiar la investigación en neurociencias, retrasando el desarrollo de tecnologías que podrían revolucionar el tratamiento de enfermedades neurológicas. Al

34 LÓPEZ (2021), s/p.

35 Ibid.

36 ATIENZA (1997), pp. 385-403; WALDRON (2006), pp. 15-32 y WINTGENS (2003), pp. 261-287 y WINTGENS (2012), pp. 279-282.

prohibir estas herramientas en pacientes que no pueden consentir, la ley limita la investigación y pone en riesgo el futuro de la medicina, impidiendo avanzar en nuestra comprensión íntegra del ser humano.

Por último, no hay que olvidar que la falta de una delimitación precisa de qué son los neuroderechos y la ausencia de evidencia sobre los riesgos que pretende combatir dificultan establecer una *ratio legis* sólida porque no hay cómo adecuar un comportamiento a una situación imaginaria³⁷. Una vez más, una interpretación de los derechos existentes sería útil para resolver los problemas sin tener que aventurarse en nuevas propuestas legales.

4. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema se ha visto enfrentada a dilucidar por primera vez, recientemente, el sentido de la reforma constitucional³⁸. Nos referimos al caso Girardi con *Emotiv Inc.* resuelto por la Corte Suprema el nueve de agosto de 2023. Debe destacarse el impacto de la decisión del tribunal, pues no se limita al ámbito nacional. Al contrario, ha recibido una amplia cobertura mediática internacional. En este apartado nos proponemos revisar las cuestiones de hecho y de derecho tratadas en el fallo del máximo tribunal chileno³⁹. El caso versa sobre la compra del expresidente del Senado Guido Girardi Lavín del dispositivo *Insight* a la empresa *Emotiv* vía web⁴⁰. El recurrente siguió las instrucciones, creó una cuenta en la nube de la empresa aceptando los términos y condiciones y descargó el *software* en su PC.

37 ATIENZA (1997), pp. 385-403.

38 MACCLURE et al. (2023), s/p.

39 Corte Suprema, Rol N°105.065-2023, de 9 de agosto de 2023.

40 Un dispositivo inalámbrico que utiliza una banda de sensores para recopilar información sobre las actividades eléctricas del cerebro y recopila datos sobre gestos, preferencias, tiempos de reacción y actividades. Cuando las neuronas interactúan a través de una reacción química, emiten naturalmente un impulso eléctrico mensurable. El electroencefalograma o EEG es el proceso que permite observar las ondas cerebrales a través de estos impulsos. *Emotiv Insight* mide estas ondas y las traduce en datos significativos. El dispositivo interpreta el estado de ánimo y las emociones, como el nivel de excitación, relajación o estrés y órdenes mentales

Sin embargo, decidió utilizar la licencia gratuita en vez de la profesional, elección que no le permitió exportar o importar registros de sus datos cerebrales. En otros términos, todo el contenido quedó registrado y guardado en la nube *Emotiv*, pues almacenan los datos de los usuarios con fines científicos e históricos. Por ello, Girardi pidió al Tribunal que obligue a *Emotiv* a modificar su política de privacidad prohibiendo la comercialización del dispositivo en Chile hasta la pretendida enmienda. Además, solicitó que la empresa elimine inmediatamente su base de datos por el riesgo potencial de piratería, vigilancia, captura y comercialización no autorizada de los propios datos neurológicos.

La empresa respondió que *Insight* no es un dispositivo médico sino un dispositivo para automóviles. Que no tiene fines invasivos, que los términos y condiciones se encontraban detallados, que existía una solicitud de consentimiento expreso tanto para el tratamiento de datos personales como para los del cerebro, que no se había aportado ninguna prueba del daño real sufrido por el recurrente y que no se había violado normativa alguna sobre privacidad.

En Chile, de manera concordante con el reglamento europeo sobre el tratamiento de datos personales⁴¹ se exige seudonimización, es decir, aquel resguardo que impide que los datos recopilados se atribuyan a una persona determinado o determinable. Respecto al tratamiento de los datos personales, la empresa informó que los datos se guardan mientras la cuenta del usuario esté activa. Además, señala que, si se refiere a *datos de cerebro*, el usuario puede revocar el consentimiento en cualquier momento, tal y como lo establece la política de privacidad. En lo relativo al procesamiento posterior de la información, con fines científicos o históricos, la empresa aseguró que los

básicas, como empujar, tirar o rotar. Los auriculares ayudan a los pacientes paralizados a controlar una silla de ruedas eléctrica, hacer música a través de una computadora, despegar un modelo de helicóptero o conducir un automóvil utilizando únicamente el poder de su cerebro.

41 General Data Protection Regulation (GDPR).

datos son anonimizados, cifrados, almacenados de forma segura y separados de cualquier otra información. Por lo tanto, adquieren el carácter de datos estadísticos y como tales sustraídos de la protección de la privacidad.

La Corte Suprema acogió el recurso de protección interpuesto por Guido Girardi Lavín contra *Emotiv Inc.* Esta decisión se sustentó en el siguiente razonamiento: las conductas denunciadas en este caso violaron las garantías consagradas en la Constitución. Específicamente, las garantías consagradas en el artículo 19 numeral uno, sobre integridad física y psíquica de la persona y numeral cuatro sobre derecho a la intimidad, de la Constitución. En este contexto, determinó que la comercialización del producto *Insight* no tiene todas las autorizaciones pertinentes y que el producto no ha sido evaluado por parte de las autoridades sanitarias en base a consideraciones legales y éticas. Según la Corte, *Emotiv* debe someter su dispositivo a una evaluación del Instituto de Salud Pública (ISP), “a efectos que la comercialización y uso del dispositivo (...) y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable”⁴². La revisión de la sentencia ha dado lugar a lecturas interesantes por parte de los juristas, que han analizado su razonamiento⁴³.

La Corte Suprema ha generado una nueva controversia al exigir la autorización del ISP para dispositivos neurotecnológicos, contradiciendo la postura oficial del ISP y anticipándose a lo que establece el proyecto de ley en trámite referido precedentemente. Sin embargo, no esclarece cuál es la base legal para esta nueva competencia del ISP⁴⁴. El fallo impone una carga regulatoria adicional a las empresas de neurotecnología al someter el consentimiento para la investigación con datos neuronales a la Ley N°20.120. Esta ley, diseñada para proteger a los sujetos de investigación, resulta más restrictiva que la normativa general sobre protección de datos personales, Ley N°19.628.

42 Corte Suprema, Rol N°105.065-2023 de 9 de agosto de 2023.

43 AMUNATEGUI (2024) y CONTRERAS (2024).

44 SMART y OYARZÚN (2024), pp. 135-150.

Esta doble regulación plantea dificultades por la complejidad del marco regulatorio. Ello se evidencia en la Ley N°20.120 que exige un consentimiento informado detallado y establece un sistema de control ético para la investigación en seres humanos. Sin embargo, la sentencia no profundiza en cómo se aplica este marco a empresas como *Emotiv*, que utilizan tecnologías para recolectar datos neuronales. Esta omisión genera incertidumbre jurídica y deja sin respuesta preguntas fundamentales sobre la protección de los derechos de los participantes en este tipo de investigaciones. La Corte Suprema⁴⁵, al resolver este caso, optó por aplicar la Ley N°20.120 sobre investigación científica en seres humanos, en lugar de la Ley N°19.628 sobre protección de datos personales, a pesar de que el caso parecía vinculado más estrechamente con esta última. Esta interpretación genera interrogantes: ¿por qué la Corte Suprema decide basar su fallo en una ley futura y no en la normativa vigente sobre protección de datos? ¿No sería más adecuado analizar si los datos neuronales pueden considerarse datos personales y, por tanto, encontrarse protegidos por la Ley N°19.628?

La sentencia de instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago si bien no fue perfecta, podría haber servido como punto de partida para un análisis más completo y consistente. La Corte Suprema, en cambio, parece buscar una normativa más *adecuada* para este nuevo tipo de datos, aunque no explicita por qué la legislación actual sería insuficiente. De esta forma, el caso plantea desafíos importantes en torno a la protección de los datos neuronales. ¿Son datos personales? ¿cómo se clasifican y protegen? el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, considerado un estándar elevado, podría ser un referente, pero no está claro si es suficiente para garantizar la protección de la información cerebral.

Atendido todo lo precedentemente expuesto, es posible considerar que, Chile se encuentra en un proceso de modernización de su marco legal en materia de protección de datos personales. Mediante el proyecto de ley Boletín

45 En adelante Corte Suprema o Corte.

Nº11.144-07⁴⁶, que desde 2017 se discute en el Congreso Nacional, se busca alinear la normativa nacional con los estándares europeos. Sin embargo, este esfuerzo legislativo presenta desafíos en la regulación de datos biométricos, especialmente en lo que respecta a los derechos de los individuos y el acceso a información genética. Pues, a pesar de la creación de una agencia de protección de datos, el proyecto podría generar brechas en la protección de los usuarios de exámenes genéticos. En este sentido, la reciente jurisprudencia chilena ha subrayado la importancia del consentimiento informado específico y de las autorizaciones sanitarias para el uso de datos biométricos, lo que sugiere una tendencia hacia una interpretación restrictiva de la futura legislación. No obstante, esto no garantiza una protección integral de los datos biométricos, ya que se requieren medidas adicionales para salvaguardar la privacidad de las personas en este ámbito⁴⁷. El punto es que esta regulación debería ser objeto de la ley de protección de datos, no de una regulación especial sobre neuroderechos.

¿Cómo se califica la actividad cerebral desde el punto de vista del derecho vigente? El art. 19 número 1 se refiere a este punto, pero no zanja si es o no un dato personal. Y si fuese un dato personal, debería o no considerarse un dato sensible. Lamentablemente, la Corte no resuelve estas cuestiones, pero estos son los puntos relevantes. Si fuese un dato personal se encontraría dentro del ámbito de protección de los datos personales. A pesar de lo establecido en el art. 19 número 4, la Corte le aplica este derecho sin perjuicio del mandato del legislador de proteger la actividad cerebral.

Bajo la legislación vigente y según el art. 2 letra f de la Ley Nº19.628 esta información podría calificar como datos personales. Sin embargo, la Corte desaprovecha esta oportunidad y no brinda una calificación de la acti-

46 Boletín Nº11.144-07, de 2017. Actualmente se tramita el proyecto de ley Boletín Nº15766-03, ingresado el 22 de marzo de 2023. En primer trámite constitucional en el Senado, que regula la obtención y el tratamiento de datos personales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. El elemento en común entre este proyecto y el contenido en el Boletín Nº11.144-07, es que ambos regulan el consentimiento en el tratamiento de datos personales; y en particular, el Boletín Nº15766-03, solo mediante uso de datos personales en dispositivos electrónicos.

47 CAMARGO y REID (2024), pp. 34-38.

vidad cerebral para distinguir si estamos ante la hipótesis de protección de datos personales o de protección de la actividad cerebral. En segundo lugar, la acción de protección busca reclamar que se está afectando un ejercicio legítimo de un derecho fundamental, pero la Corte es oscura al respecto y le falta claridad sobre cuáles son los derechos cuya vulneración se reclama y cómo se resuelven. En otras palabras, no es clara la privación, perturbación o amenaza del ejercicio legítimo de un derecho.

La Corte agrega que hay que suprimir la información del titular en la nube, es decir, claramente acoge y ordena la supresión de la información en función del derecho a la protección de datos personales. Entonces todo debió haberse resuelto en base al derecho a la protección de datos personales y la facultad del derecho de cancelación del titular, no alegarse el presunto derecho a la neuroprotección en base al mandato al legislador de proteger la actividad cerebral y la información proveniente de ella.

Por otra parte, en cuanto a la estrategia de litigación empleada en este caso, se advierte la eficacia mediática de utilizar el sistema judicial como un mecanismo para promover cambios sociales profundos⁴⁸. Al seleccionar cuidadosamente este caso y construir una narrativa basada parcialmente en evidencia científica y un puñado de argumentos jurídicos, Girardi y su equipo lograron no solo obtener un fallo favorable, sino también posicionar los neuroderechos en la agenda política internacional. Así, en este caso sienta las bases para futuras acciones legales en este ámbito y demuestra que la litigación estratégica puede ser una herramienta poderosa para garantizar que los beneficios de la innovación tecnológica se distribuyan de manera equitativa y que se respeten los derechos fundamentales de todas las personas.

Finalmente, cabe agregar que el recurso de protección no ha sido diseñado para este fin. La judicialización de la situación descrita se comprende mejor como una *mise en scène* cuyo propósito fue facilitar una oportunidad procesal

48 A modo de resumen, revisar: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/93100>.

que revestía de legitimidad al proyecto de ley en trámite. Además, se debe considerar que el sujeto que recurre es médico, exparlamentario y, en cuanto tal, tuvo una trayectoria destacada en la promoción de asuntos vinculados a la ciencia y la tecnología.

Por lo tanto, desde la perspectiva del derecho del consumidor no estamos frente a un consumidor vulnerable. Es más, el servicio que contrata es altamente sofisticado para un consumidor común. En otras palabras, aquí no hay una situación de asimetría o de vulnerabilidad, pues Girardi se expuso voluntariamente al riesgo. Lo anterior, considerando que todo contrato es por definición un mecanismo de distribución de riesgos. En ese sentido se considera que la actitud del recurrente reniega de los riesgos que asumió y va en contra de un acto propio como fue su decisión de contratar con *Emotiv*⁴⁹.

5. CONCLUSIONES

La incorporación de los neuroderechos en la Constitución chilena es un paso audaz, pero que requiere una reflexión cuidadosa. Es fundamental comprender las razones detrás de esta decisión y evaluar si la propuesta actual es sólida desde el punto de vista jurídico y científico. Un marco jurídico sobre los neuroderechos debe ser equilibrado, basado en evidencia, evitando generalizaciones que puedan generar confusión y limitar la investigación científica y tecnológica. La propuesta chilena, en su estado actual, no cumple con estos estándares y podría generar más problemas que soluciones.

A su turno, el fallo de la Corte Suprema abre un debate sobre la necesidad de adaptar la legislación chilena a los avances de la neurotecnología. La protección de los datos neuronales plantea desafíos sin precedentes que requieren un análisis cuidadoso y multidisciplinario. La sentencia expuesta presenta una incoherencia lógica al vincular los hechos del caso con la noción de neuroderechos. La decisión de eliminar los datos y evaluar el dispositivo no se sostiene desde el punto de vista jurídico y genera una incertidumbre

49 De todo esto hablan CONTRERAS y ZAROR (2023), s/p.

normativa. La Corte, al invocar un concepto jurídico aún no desarrollado, ha creado una expectativa que no puede ser satisfecha en el marco legal actual⁵⁰. En definitiva, resulta necesario un debate más amplio y profundo antes de adoptar este tipo de reformas.

No obstante, muchos juristas siguen creyendo que Chile dio un paso pionero hace dos años al adoptar una enmienda al art. 19 de su Constitución. Esta modificación buscó proteger la actividad cerebral y la información que de ella se deriva como un derecho fundamental de los ciudadanos. Ellos plantean que es un paso pequeño, pero trascendental: por primera vez existe una jurisprudencia mundial sobre la neurotecnología y su explotación comercial. Este caso será un punto de referencia global para investigadores, juristas y autoridades⁵¹. Como hemos visto, tenemos nuestras dudas. No hay, en primer lugar, una justificación jurídica para las propuestas formuladas. En segundo lugar, la idea de los neuroderechos se basa en una tesis filosófica cartesiana obsoleta que apoya la necesidad de crear nuevos derechos para proteger una parte específica (el cerebro) del cuerpo humano. En tercer lugar, la propuesta era redundante con respecto a derechos ya reconocidos, especialmente el derecho a la privacidad y a la integridad mental y física, contemplados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos⁵². En cuarto lugar, sobre el concepto de neuroderechos, falta un debate académico sólido. De hecho, el concepto de neuroderechos se utiliza a menudo como un mero eslogan, carente de una elaboración teórica precisa. Por otro lado, la neurociencia no es la disciplina correcta para el desarrollo de políticas legislativas sobre derechos humanos, normas constitucionales o estándares regulatorios. Confundir la experiencia en una materia (neurociencia) con la experiencia regulatoria (derecho) es un error metodológico.

50 De todo esto hablan CONTRERAS y ZAROR (2023), s/p.

51 Entre los diversos artículos que cabe citar en este sentido, recordamos CARTER (2024), GARCÍA LÓPEZ (2024).

52 ZÚÑIGA et al. (2021).

Regular la tecnología plantea varios desafíos en distintos niveles, especialmente cuando se encuentra en fases muy incipientes como sucede, precisamente, con las neurotecnologías. La prudencia impone el deber de conducirnos con cuidado para evitar consecuencias imprevistas como inhibir la investigación en estas materias o entorpecer su financiamiento. Por otro lado, ni la Constitución ni las leyes parecen ser las fuentes jurídicas más adecuadas para este tipo de regulaciones. Dado el intenso dinamismo de la tecnología y su carácter global, parece más adecuado concentrarse en directrices técnicas. Éstas se encontrarían en mejor posición para dar mayor capacidad de maniobra a las autoridades para regular oportunamente la tecnología, a medida que sea necesario. Una posibilidad óptima podría ser la dictación de directrices técnicas conocidas como *sandbox* regulatorios⁵³. Se trata de mecanismos para situaciones en progreso, de carácter acotado y flexibles, en términos que se pueden ir ajustando y revisando conforme a las circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMUNATEGUÍ, Carlos (2024): “Neuroderechos ante los Tribunales. Primera Sentencia en el mundo”, en: SÁNCHEZ Moisés; COLOMBARA Ciro y MONTI, Natalia (eds.): En defensa de los neuroderechos (Buenos Aires, Kamanau), pp. 17-27.

ATIENZA, Manuel (1997): “Contribución a una teoría de la legislación”, en: Doxa (Nº6), pp. 385-403.

BELISARIO, Giacomo (2024): “Neurodiritti: nuovi diritti o diritti già esistenti?”, en: Rivista di diritto pubblico italiano (Nº6), pp. 69-87.

53 Sin ir más lejos, En Chile el Ministerio de Economía y el Ministerio de Ciencia han implementado *sandboxes* regulatorios en el marco de la política nacional de inteligencia artificial para fomentar la innovación y atraer inversión en tecnologías emergentes. Véase <https://www.economia.gob.cl/sandbox?form=MG0AV3>.

BUBLITZ, Christoph (2022): “Novel Neurorights: From Nonsense to Substance”, en: *Neuroethics* (Vol. 15), pp. 1-15.

CAMARGO, Ricardo y REID, Nicolas (2024): *Dispositivos de lo humano: biopolítica y neuroderecho* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).

CARTER, Hunter (2024): “Un fallo histórico de la Corte Suprema de Chile protege los derechos neuronales”, en: SÁNCHEZ Moisés; COLOMBARA, Ciro y MONTI, Natalia (eds.): *En defensa de los neuroderechos* (Buenos Aires, Kamanau), pp. 48-54.

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK (2018): “What is strategic litigation?” Disponible en: <https://archive.crin.org/en/guides/legal/guide-strategic-litigation/what-strategic-litigation.html> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

CIRILLO, Francesco (2023), “Neurodiritti: ambiguità della libertà cognitiva e prospettive di tutela”, en: *Consulta Online* (Nº2), pp. 666-704.

CONTRERAS, Pablo y ZAROR, Danielle (2023): Webinar ¿Y qué pasó con los neuroderechos?, organizado por la Universidad Central. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=kib4ZmkQvW8> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

CONTRERAS, Pablo (2024): “¿Qué decidió la Corte Suprema en el denominado caso de los “neuroderechos?””, en: SÁNCHEZ, Moisés; COLOMBARA, Ciro y MONTI, Natalia (eds.): *En defensa de los neuroderechos* (Buenos Aires, Kamanau), pp. 62-68.

CORNEJO, Maria Isabel (2021): “Neuroderechos en Chile: Consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías”. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/neuroderechos-en-chile-consagracion-constitucional-y-regulacion-de-las-neurotecnologias/> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

FEITO GRANDE, Lydia (2018): *El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas Publicaciones).

FINS, Joseph (2022): “The Unintended Consequences of Chile’s Neurorights Constitutional Reform: Moving beyond Negative Rights to Capabilities”, en: *Neuroethics* (Vol. 15, N°3), pp. 26-79.

GARCÉS, Fernanda (2023): “Protección de datos neuronales: implicancias del fallo de la corte suprema sobre la utilización de neurotecnologías”, en: *Revista de derecho y ciencias sociales*, (N°29), pp. 133-151.

GARCÍA LOPEZ, Eric (2024): “Neurotecnologías y Neuroderechos Humanos. La importancia del caso Girardi vs. Emotiv” en: SÁNCHEZ Moisés; COLOMBARA Ciro y MONTI, Natalia (eds.): *en defensa de los neuroderechos* (Buenos Aires, Kamanau), pp. 115-119.

IENCA, Marcello y ANDORNO, Roberto (2017): “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, en: *Life Sci Soc Policy* (Vol. 13), pp. 1-27.

LÓPEZ, Pablo (2021): “Ley de neuroderechos, el concepto de la mente y el escenario de la investigación en neurociencias”. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2021/06/08/ley-de-neuroderechos-el-de-concepto-de-la-mente-y-el-escenario-de-la-investigacion-en-neurociencias/> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

LÓPEZ, Pablo y MADRID, Raúl (2022): “Acerca de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena”, en: *Prudentia Iuris* (N°94), pp. 39-68.

MACCLURE, Lucas; FUENZALIDA, Pablo y SIERRA, Lucas (2023): “Fallo sobre neurotecnologías: ¿otro supremazo?” Disponible en: <https://amp-df-cl.cdn.ampproject.org/c/s/amp.df.cl/opinion/columnistas/fallo-sobre-neurotecnologias-otro-supremazo> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

MARZUCA, Tarek (2023): “Neuroderecho: Análisis de la Ley N°21.383 (Boletín N°13.827) y el Boletín N°13.828 sobre neuroprotección e indemnidad mental”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/196843> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

MOLLO, Anna Anita (2023): “La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici”, en: *European Journal of Privacy Law & Technologies* (N°1), pp. 199-210.

MORENTE PARRA, Vanesa (2023): “Manipulando genes y cerebros: la bioética y el derecho ante la mejora humana”, en: *Derecho PUCP* (N°91), pp. 43-83.

MÜLLER, Oliver y ROTTER, Stefan (2017): “Neurotechnology: Current Developments and Ethical Issues”, en: *Frontiers in Systems Neuroscience* (Vol. 11), s/p.

OTÁLORA, Guillermo (2013): “El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo en Pensamiento jurídico” (N°38), pp. 65-108.

POLLICINO, Oreste (2021), “Costituzionalismo, privacy e neurodiritti” en: *MediaLAWS* (n°2), pp. 9-17.

RECHE, Nuria (2021): “Nuevos derechos frente a la neurotecnología: la experiencia chilena”, en: *UNED. Revista de Derecho Político* (N°112), pp. 415-446.

RUIZ, Sergio; RAMOS-VERGARA, Paulina; CONCHA, Rodrigo; AL-TERMATT, Fernando; VON-BERNHARDI, Rommy; CUELLO, Mauricio; GODOY, Jaime; VALERA, Luca; ARAYA, Pablo; CONDE, Edgardo; TORO, Pablo y CANEO, Constanza (2021): “Efectos negativos en la investigación y el quehacer médico en Chile de la Ley N°20.584 y la Ley de Neuroderechos en discusión: la urgente necesidad de aprender de nuestros errores”, en: *Rev Med Chile* (N°149), pp. 439-446.

SÁNCHEZ, Moisés, COLOMBARA, Ciro y MONTI, Natalia (2024): *En defensa de los neuroderechos* (Buenos Aires, Kamanau).

SMART, Sebastian y OYARZÚN, Esteban (2024): “El caso Girardi C. EMOTIV Inc. ante la Corte Suprema de Chile: ¿un paso adelante en la protección de los neuroderechos humanos?”, en: D’ÁVILA, José; PAREDES, Felipe y TOLE, José (coords.): *Desafíos da interface neurodireito e inteligencia artificial* (Porto Alegre, Livraria do Advogado), pp. 135-150.

SOMMAGGIO, Paolo (2022): “Neurodiritti: tra neuroscienze e neurotecnologie in Diritti umani e tecnologie morali. Una prospettiva comparata tra Italia e Brasile”, en: SALARDI, Silvia; SAPORITI, Michele y VETIS ZAGANELLI (coords.): *Margareth Diritti umani e tecnologie morali. Una prospettiva comparata tra Italia e Brasile* (Torino, Giappichelli).

WALDRON, Jeremy (2006): “Principles of legislation”, en: BAUMAN, Richard W. y KAHANA, Tsvi (eds.): *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 15-32.

WINTGENS, Luc (2003): “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, en: *Doxa* (N°26), pp. 261-287.

WINTGENS, Luc (2012): *Legisprudence. Practical Reason in Legislation* (Farnham, Ashgate).

YUSTE, Rafael y GOERING, Sara (2017): “Four Ethical Priorities for Neurotechnologies and AI”, en: *Nature* (Nº559), pp. 159-163.

ZAROR, Danielle (2020): “La irrupción de los neuroderechos” del Observatorio de Derechos y Gobierno Digital-ODGD. Disponible en: <https://www.facebook.com/watch/?v=372904187111620> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

ZAROR, Danielle; BORDACHAR, Michelle y TRIGO, Pablo (2021): “Acerca de la necesidad de proteger constitucionalmente la actividad e información cerebral frente al avance de las neurotecnologías: Análisis crítico de la reforma constitucional introducida por la Ley 21.383”, en: *Revista chilena de derecho y tecnología* (Vol. 10, Nº2), pp. 1-10.

ZÚÑIGA, Alejandra; VILLAVICENCIO, Luis y SALAS, Ricardo (2020): “¿Neuroderechos? Razones para no legislar”, en: *Ciper Chile*. Disponible en: <https://bit.ly/3giEls4> [Fecha de última consulta: 28.05.2025].

ZÚÑIGA, Alejandra; VILLAVICENCIO, Luis; ZAROR, Danielle y SALAS, Ricardo (2021): “Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science”, en: *Developments in Neuroethics and Bioethics* (Vol. 4), pp. 165-179.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Nº19.628, sobre la protección de la vida privada. *Diario Oficial*, 28 de agosto de 1999.

Ley Nº20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2006.

Ley N°20.584, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Diario Oficial, 24 de abril de 2012.

Ley N°21.383, modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas. Diario Oficial, 25 de octubre de 2021.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH), ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de noviembre de 1997.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (CDHB), 4 de abril de 1997.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) de la Unesco, 19 de octubre de 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de agosto de 2023, rol N°105.065-2023.

Declaración de autoría:

Giacomo Belisario: conceptualización, adquisición de fondos, investigación, redacción – borrador original.

Alejandra Zúñiga Fajuri: conceptualización, investigación, metodología, supervisión.

Luis Villavicencio Miranda: conceptualización, investigación, validación, redacción – revisión y edición.

LA INCERTIDUMBRE CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTUACIONES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹⁻²

CAUSAL UNCERTAINTY IN LIABILITY FOR ACTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Paulina Navarrete Medina*

Resumen:

La Inteligencia Artificial constituye una tecnología disruptiva que ha permeado diversos ámbitos, como la educación, la ingeniería, la medicina e incluso la agricultura. El derecho no ha permanecido inmune a su llegada, lo que ha generado múltiples desafíos en sus diversas ramas. En el ámbito del derecho civil, uno de los desafíos más apremiantes se refiere a la responsabilidad civil, ya que las características distintivas de esta tecnología dificultan la capacidad de la víctima para establecer los elementos constitutivos de la responsabilidad, en particular la culpa y la causalidad.

1 Artículo recibido el 07 de septiembre de 2025 y aceptado el 30 de marzo de 2026.

2 El desarrollo de este trabajo se enmarca dentro de la ejecución de la Beca ANID-PFCHA/ Doctorado Nacional año 2022, financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación de Chile, de la cual la autora es beneficiaria.

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil e Introducción al Estudio del Derecho Positivo Chileno en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Candidata a Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y por la Universitat de Girona.  0009-0009-4876-904X. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: paulina.navarrete@pucv.cl.

Este artículo examina el concepto y las características definitorias de la Inteligencia Artificial, así como el requisito de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil, con especial atención al problema de la incertidumbre causal. Si bien dicha incertidumbre no es exclusiva de las situaciones en las que el daño se deriva del funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial, en esos casos supone una dificultad agravada para el demandante, quien, a falta de prueba del nexo causal, se ve privado de la indemnización solicitada. Además, el artículo examina las diversas soluciones doctrinales y jurisprudenciales propuestas para abordar el problema de la incertidumbre causal, al tiempo que evalúa críticamente las ventajas y deficiencias inherentes a cada una de ellas.

Palabras clave:

Inteligencia artificial, Incertidumbre causal, Responsabilidad civil.

Abstract:

Artificial Intelligence constitutes a disruptive technology that has permeated diverse domains, including education, engineering, medicine, and even agriculture. The law has not remained impervious to the advent of Artificial Intelligence, which has generated a multiplicity of challenges across its various branches. Within the realm of civil law, one of the most pressing challenges concerns the civil liability, insofar as the distinctive features of this technology hinder the victim's ability to establish the constitutive elements of liability, particularly fault and causation.

This article undertakes an examination of the concept and defining characteristics of Artificial Intelligence, as well as the requirement of causation within the law of civil liability, with specific attention to the problem of causal uncertainty. Although such uncertainty is not exclusive to situations in which the damage arises from the operation of an artificial intelligence system, in those cases it poses an aggravated difficulty for the claimant, who, in the absence of proof of the causal nexus, is deprived of the compensation

sought. Furthermore, the article surveys the various doctrinal and jurisprudential solutions advanced to address the problem of causal uncertainty, while critically assessing the advantages and shortcomings inherent in each.

Keywords:

Artificial intelligence, Causal uncertainty, Liability.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2011, los televidentes estadounidenses vieron como Watson, un sistema de inteligencia artificial de IBM participó en *Jeopardy* y derrotó a dos contrincantes humanos, quienes habían alcanzado el mayor éxito en el *show* televisivo.

Los investigadores detrás de Watson habían cumplido su objetivo, sin embargo, el triunfo de éste en el programa solo fue el inicio. Hoy, lejos de las pantallas de la televisión, la inteligencia artificial (en adelante IA) de IBM puede hacer un diagnóstico médico y proponer un tratamiento adecuado para el paciente.

¿Cómo es que Watson pasó de concursar en televisión a desarrollar tareas propias de un profesional sanitario altamente cualificado? Desde sus inicios hasta ahora, la inteligencia artificial ha ido desarrollando cada vez más tareas humanas de manera efectiva y eficiente. Por nombrar algunas de las tareas más comunes que puede desarrollar la IA, podemos mencionar: traducción automática de idiomas, transcripción automática de audio a texto, análisis de imágenes médicas, vehículos autónomos y sistemas de conducción asistida, predicciones de mercado y análisis financiero, diagnóstico médico basado en datos, composición de música y el monitoreo de cultivos y predicción de rendimientos.

Muy probablemente las actividades que es capaz de llevar a cabo la IA se multipliquen en los años venideros, y se expanda a nuevas áreas en las que aún no tiene una presencia significativa.

La IA es una tecnología disruptiva que cambia la manera en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos los unos con los otros y, como es posible observar a partir de la mención a algunas de las tareas más comunes que lleva a cabo, se ha introducido en diversos ámbitos, como la educación, la ingeniería, la medicina e incluso la agricultura. Esta tecnología es parte de la llamada cuarta revolución industrial, la que se caracteriza porque en ella convergen sistemas digitales, físicos y biológicos. Esta cuarta revolución industrial se vive con mayor velocidad, amplitud y profundidad que las tres que la precedieron³.

Para el derecho, la IA plantea desafíos tanto desde el punto de vista normativo como práctico, los que además no se circunscriben a sólo un área del derecho, sino que se presentan en las diversas ramas, como por ejemplo: penal, civil, laboral, administrativo y constitucional. Por mencionar algunas cuestiones generales en esas diversas materias, podemos afirmar que la IA exige repensar la ciberseguridad y el cibercrimen, la protección de datos personales, la autoría, la imputabilidad, la causalidad, la propiedad intelectual, entre otras.

En el ámbito del derecho civil, uno de los grandes desafíos que nos presenta la IA es en materia de responsabilidad civil y se explica porque las normas que la regulan están situadas en los códigos civiles decimonónicos en los que se le dio a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista en razón de un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales de Europa de finales del siglo XVIII. La actividad económica era mayormente agrícola, ganadera y artesanal, puesto que, si bien se había producido ya la primera revolución industrial, sus efectos aún no eran patentes. Las relaciones de derecho privado se produ-

3 SCHWAB (2016), pp. 13-17.

cían entre individuos concretos y determinados⁴ y en dichas relaciones era relativamente simple acreditar los diversos requisitos de la responsabilidad. Tal escenario es diametralmente opuesto al actual en que las relaciones de derecho privado se producen entre desconocidos, es más, la relación puede involucrar no sólo a *individuos humanos* sino también a sistemas de IA, lo que dificulta la acreditación de los requisitos de la responsabilidad.

El objetivo específico de este trabajo es definir la IA y dar cuenta de sus características propias, las que dificultan la aplicación de las reglas vigentes de responsabilidad civil, para luego centrarnos específicamente en uno de los problemas que se identifican en relación con los requisitos de la responsabilidad, la incertidumbre causal, así como también justificar la conveniencia de emplear mecanismos que permitan solucionar este problema y en definitiva, posibiliten que la víctima obtenga la reparación por los daños sufridos.

Para llegar al análisis del problema en cuestión será necesario referirnos en primer término a la causalidad como requisito de la responsabilidad civil y dar cuenta del modelo dominante que se sigue para establecer el nexo causal, lo que se examina desde la dogmática civil y considera también la postura que ha manifestado nuestra Corte Suprema en diversas sentencias.

Establecido el examen de la causalidad en dos etapas —una fáctica y una jurídica— nos centraremos en la causalidad fáctica para dar una mirada a uno de los problemas que se presentan respecto de aquella. Nos referiremos a la incertidumbre causal examinando los diferentes supuestos en que tiene lugar y proporcionaremos ejemplos en los que aquellos pueden configurarse cuando actúa un sistema de IA. Además, expondremos las principales soluciones que se han propuesto, considerando sus ventajas y desventajas.

4 DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2011), p. 316.

No se pretende concluir cuál de las soluciones que se expondrán resulta más adecuada a nuestro ordenamiento jurídico, análisis que queda pendiente para un siguiente trabajo, sino simplemente mostrar las diversas opciones que, esperamos, abran la discusión sobre este punto.

2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DESAFÍOS PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A pesar de lo mucho que se ha escrito sobre IA, es posible constatar que no existe una definición que sea universalmente aceptada, por el contrario, se han planteado diversos conceptos. Para ilustrar este punto, basta considerar que para la elaboración de una definición operativa de IA en el reporte *AI Watch. Defining Artificial Intelligence*, se examinaron 55 definiciones previas contenidas en documentos relevantes en materia política e institucional (incluyendo esfuerzos de estandarización, estrategias nacionales e informes de organizaciones internacionales), publicaciones académicas e informes de mercado⁵.

Con la finalidad de sistematizar las múltiples definiciones que se proporcionan de este fenómeno, se propone agruparlas en dos: las centradas en el ser humano y las racionalistas⁶. En este sentido, se afirma:

Algunos han definido inteligencia en términos de fidelidad al comportamiento humano, mientras que otros prefieren una definición abstracta y formal de inteligencia llamada “racionalidad” - en términos generales, “hacer lo correcto”. El tema en sí mismo también varía: algunos consideran que la inteligencia es una propiedad de los procesos de pensamiento y razonamiento internos, mientras que otros se centran en el comportamiento inteligente, una caracterización externa⁷.

5 JOINT RESEARCH CENTRE (2020), p. 86. Traducción propia.

6 TURNER (2019), pp. 8-15.

7 RUSSELL y NORVIG (2022), p. 19. Traducción propia.

Las definiciones centradas en el ser humano se basan en la reproducción de un aspecto del comportamiento o pensamiento humano. Las definiciones de este tipo frecuentemente son variantes de lo siguiente: “IA es tecnología con la capacidad de realizar tareas que de otro modo requerirían de inteligencia humana”⁸.

Las definiciones racionalistas, en cambio, evitan el vínculo con el ser humano y se centran en la capacidad de pensar y actuar racionalmente. Se dice que un sistema de IA piensa racionalmente si tiene objetivos y razones para alcanzar estos objetivos, mientras que, se afirma que actúa racionalmente, si se desempeña de una manera que pueda describirse como dirigida por esos objetivos⁹.

Debe considerarse, además, que no toda la comunidad científica está de acuerdo en que pueda definirse la IA de una única manera, independientemente de que para formular el concepto se adopte una perspectiva centrada en el ser humano o racionalista¹⁰. Este escepticismo, sin embargo, no ha obstado a que se emprendan diversos esfuerzos por conceptualizar a la IA; los más relevantes en la actualidad, a nuestro juicio, son los que se expondrán a continuación.

Desde un punto de vista racionalista, para Jacob Turner: “la inteligencia artificial es la habilidad de una entidad no natural para tomar decisiones a través de un proceso evaluativo”¹¹.

Por su parte, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea - en adelante RIA -, en su artículo 3º, define sistema de inteligencia artificial como:

8 TURNER (2019), pp. 8-15.

9 Ibid.

10 TURNER (2019), p. 9.

11 Ibid., p. 15.

Un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales¹².

De esta definición, vale la pena comentar que no corresponde a la contenida originalmente en la propuesta de Reglamento, que definía un sistema de IA como:

El software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I de la misma ley y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa¹³.

El cambio obedece a la búsqueda de un mayor consenso internacional en el concepto de sistemas de IA, razón por la cual la Unión Europea decidió adoptar en el RIA el concepto propuesto por la OCDE.

A su turno, y por la misma razón, la OCDE modificó en el año 2023 el concepto contenido en la Recomendación de los Principios de IA de 2019. En efecto, en el memorándum que explica el cambio del concepto se señala que, en el contexto de la revisión de la implementación, difusión y relevancia de la Recomendación tras cinco años de su adopción, se comenzó con la revisión y modificación de la definición de sistemas de IA, debido a la importancia fundamental de aquel para el proceso y en apoyo a una alineación amplia de las definiciones de sistemas de IA en varios procesos en curso en la UE, Japón y otras jurisdicciones¹⁴.

12 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

13 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo COM(2021) 206 final.

14 OCDE (2024). Traducción propia.

Finalmente, cabe mencionar que, en mayo de 2024, Chile lanzó su Política Nacional de Inteligencia Artificial, actualizada, documento que se adhiere a la definición de sistema de IA propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Luego de proporcionar un concepto de IA, se hace especialmente relevante para este trabajo hacer mención a las características que la doctrina suele atribuirle a los sistemas de IA, ya que aquellas tendrán una directa incidencia en materia de responsabilidad civil. Así, Atienza indica las siguientes características: complejidad, conectividad, opacidad, capacidad de autoaprendizaje y de actuar con autonomía, apertura y vulnerabilidad¹⁵.

Por su parte, Martín-Casals, simplifica esta enumeración y considera como características técnicas específicas de la IA que plantean retos a las actuales normas y responsabilidad civil, las siguientes¹⁶:

a) Autonomía: esta característica implica que los sistemas de inteligencia artificial son capaces de decidir, al menos en alguna medida, entre varias opciones posibles, sin que dicha elección esté determinada por datos que le proporcione su diseñador. Además de la capacidad de decisión, se requiere que tenga capacidad de aprendizaje, esto es, que pueda aprender sobre la base de la experiencia y de la observación de datos, así como también, que tenga capacidad de adaptarse a los recursos existentes y de anticiparse a los acontecimientos de su entorno. Finalmente, para ser considerado autónomo, un sistema de IA debe tener capacidad de cooperación, esto es, debe ser capaz de comunicarse con personas y otras máquinas y de cooperar con ellas.

15 ATIENZA (2022), pp. 53-55.

16 MARTÍN-CASALS (2022), pp. 115-117.

b) Opacidad: alude a la falta de transparencia en los criterios, factores, datos o instrucciones¹⁷ que han considerado los sistemas de IA para tomar una decisión. Esto dificulta comprender y explicar cómo en un supuesto concreto un determinado sistema de IA ha tomado sus decisiones.

La opacidad está directamente relacionada con una baja interpretabilidad del sistema. Se entiende por interpretabilidad el grado en que un ser humano puede entender la causa de una decisión tomada por un determinado modelo, sobre todo cuando la decisión no es directa¹⁸.

c) Interconectividad: Alude a la interconexión e interacción permanente de los sistemas de IA. Como consecuencia de esa permanente conexión con otros sistemas, una IA puede actuar con datos que son externos y no siempre son conocidos al tiempo de su diseño o fabricación.

d) Apertura: se dice que a diferencia de los productos tradicionales estos sistemas permanecen *abiertos* ya que están sujetos a actualizaciones y mejoras. Esta continua necesidad de una entrada externa implica un cambio en la noción clásica de producto, el que en algún momento se termina.

Para comprender de mejor manera las características de la IA, particularmente la autonomía y la opacidad, citamos un caso expuesto por Cobo y Lloret¹⁹:

Al principio de la pandemia de la COVID-19 trabajábamos en un sistema de detección que localizaba, a partir de una radiografía, a los pacientes que potencialmente tenían neumonía con características compatibles con la que se producía por dicha enfermedad. El sistema funcionaba muy bien, y logramos muy rápidamente que obtuviera resultados magníficos, con una eficiencia cercana al 100%. Como hay que predicar con el ejemplo, no nos dejamos llevar por la emoción y aplicamos herramientas de interpretabilidad para

17 ATIENZA (2022), p. 58.

18 COBO y LLORET (2023), p. 58.

19 COBO y LLORET (2023), p. 58.

asegurarnos de cómo de robusto era el resultado. Concretamente, usamos una herramienta conocida como mapa de calor, que permitía ver en qué zona de la imagen se estaba fijando más el algoritmo para tomar la decisión. Nos sorprendió ver que, en muchas de las fotografías, estaba decidiendo fundamentalmente basándose en la zona de la clavícula. Incluso, en algunos casos, ni siquiera se fijaba en nada que estuviera en la zona del pulmón, aunque hubiera condensaciones claramente visibles para el ojo no experto.

Tras inspeccionar junto con los médicos todas las imágenes, llegamos a una conclusión clara: el algoritmo había aprendido que un paciente que se hacía la radiografía encogido de hombros (seguramente porque le costaba respirar) era un paciente enfermo de neumonía. Esta observación del algoritmo tiene sentido, pero es evidente que no queremos que se fije en la posición de los hombros para sacar una conclusión sobre la posible neumonía del paciente.

En este caso el sistema era suficientemente transparente como para poder entender cómo llegó al resultado de salida. Supongamos que en un caso como el descrito por las autoras, el errado diagnóstico hubiese causado daños en un paciente, y supongamos además que - como la gran mayoría de los sistemas de aprendizaje automático basado en redes neuronales profundas²⁰ - el sistema de IA era un sistema opaco o con baja interpretabilidad. En tal caso, no podríamos saber si el diagnóstico erróneo de la IA proviene de un defecto, por ejemplo, en su diseño; de datos incorrectos que le fueron proporcionados en la etapa de entrenamiento, o simplemente se trata de algo que aprendió por sí solo el sistema dada su autonomía, lo que evidentemente traerá repercusiones en materia de responsabilidad pues dificultará establecer el nexo causal.

20 Vid. YAMPOLSKIY (2024), p. 22. Según el autor, tratándose de sistemas expertos, los que frecuentemente se basan en árboles de decisión, que son modelos perfectos del proceso de toma de decisión de los humanos, estos resultan naturalmente comprensibles tanto para los desarrolladores como para los usuarios finales. En cambio, tratándose de sistemas de aprendizaje automático basados en redes neuronales profundas, se sacrificó esa facilidad natural de comprensión. Los sistemas actuales son considerados como cajas negras, opacos para la comprensión humana pero extremadamente capaces, tanto en términos de resultados como en el aprendizaje de nuevos dominios. Traducción propia.

En efecto, si la causalidad – requisito presente en todo régimen de responsabilidad – exige que el daño sufrido por un sujeto sea consecuencia de la acción del sistema de inteligencia artificial, no es difícil comprender lo complejo que podrá resultar establecer esa relación causal de cara a las características previamente enunciadas, es decir, si se trata de un sistema autónomo respecto del cual no podremos conocer los criterios, factores, datos o instrucciones que tuvo en consideración a la hora de decidir²¹.

3. LA CAUSALIDAD COMO REQUISITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Vale la pena comenzar poniendo de relieve que la causalidad es un requisito común de los diversos regímenes de responsabilidad, tanto aquellos de responsabilidad por culpa como los sistemas llamados objetivos o de responsabilidad por riesgo, e incluso en los de responsabilidad vicaria. Además, en ordenamientos jurídicos como el nuestro, en que se reconoce una dualidad en la responsabilidad civil, la causalidad es requisito tanto de la responsabilidad contractual como de la responsabilidad extracontractual, no obstante, la doctrina la ha analizado con mayor detención respecto de esta última.

Los distintos ordenamientos jurídicos entienden y regulan la causalidad de manera diversa, sin embargo, en todos ellos, la causalidad es un ingrediente esencial en la ecuación de la responsabilidad²².

Para ilustrar la afirmación anterior, podemos apreciar la diferencia que, sobre este punto, existe entre las principales jurisdicciones europeas, esto es, Inglaterra, Alemania y Francia. En efecto, en las dos primeras, la causalidad tiene un rol limitado, es sólo uno de los requisitos de la responsabilidad, y para llegar a ella se deben pasar ciertos filtros. En Inglaterra, se debe analizar si se

21 Sobre los problemas que genera la IA en materia de responsabilidad civil: ARAYA (2020); AMUNÁTEGUI (2023); WIGG (2024).

22 INFANTINO y ZERVOGIANNI (2019), p. 656.

ha infringido un deber de cuidado que se tenía para con la víctima, mientras que, en Alemania, lo que se considera es si se ha infringido alguno de los derechos protegidos por el parágrafo 823 BGB. Ahora bien, la diferencia entre ambos sistemas está en que, en Inglaterra, se presenta un enfoque pragmático de la causalidad, según el cual los tribunales de justicia consideran las implicancias prácticas de las decisiones que toman y, por ello, tienden a proponer soluciones flexibles y adaptadas al caso concreto. Esto no ocurre en el sistema alemán, en que la causalidad se aplica de manera rígida²³.

En Francia, en cambio, la causalidad juega un rol central en materia de responsabilidad, precisamente porque no existen los filtros previos del deber de diligencia ni de los intereses protegidos, ya que se trata de un sistema en que se establece una cláusula general de responsabilidad por negligencia²⁴.

El Código Civil chileno, al igual que el francés, consagró una cláusula general de responsabilidad, de ahí entonces que el análisis de la causalidad sea fundamental, toda vez que se trata de un elemento que juega un rol central en materia de responsabilidad civil.

A pesar del tratamiento distinto dado a la causalidad en los diversos ordenamientos jurídicos, hay una cuestión común en las diversas jurisdicciones europeas, cual es que se reconoce una división fundamental en la investigación causal, dando lugar a una causalidad eminentemente fáctica y otra jurídica o basada en políticas²⁵. Esta constatación es relevante, toda vez que nos lleva a comprender que el análisis de la causalidad en dos etapas, que se planteaba como un análisis propio de la tradición anglo-germánica²⁶, es hoy un rasgo que puede considerarse común a los ordenamientos jurídicos europeos²⁷.

23 INFANTINO y ZERVOGIANNI (2019), p. 650.

24 Ibid.

25 Ibid., p. 649.

26 MARTÍN-CASALS (2022), p. 220.

27 Incluso es un rasgo que puede encontrarse más allá del ámbito europeo, por ejemplo, según se verá más adelante, la distinción entre causalidad fáctica y jurídica no resulta ajena al sistema chileno.

La regulación de la causalidad contenida en el Código Civil chileno, corresponde a un enfoque generalista, como el que rige en Francia, no obstante, a pesar de no ser propio de este enfoque, la ampliación del análisis de la causalidad, considerando no sólo cuestiones fácticas, sino también normativas, no es extraño a nuestra doctrina²⁸ y jurisprudencia²⁹.

Se suele afirmar que el tramo fáctico de la causa o causa física es una parte de la realidad que se descubre mediante las pruebas aportadas al proceso, mientras que la causa jurídica es aquel modo en que el derecho se aproxima a la realidad fáctica, extendiendo o acotando el *iter* causal, para atribuir o imputar autoría y determinar las consecuencias jurídicas por las que se hará responsable al autor jurídico³⁰.

Otra diferenciación que resulta relevante es aquella que – en la causalidad fáctica – distingue entre causalidad general y causalidad específica. Con el término causalidad general o genérica, se hace referencia a si el riesgo que conlleva una determinada actividad es capaz de causar cierto tipo de daño. En cambio, con el término causalidad específica se hace referencia a si el riesgo creado por una conducta o actividad específica ha causado el daño que sufre una concreta víctima en particular, y en qué medida ha causado ese daño³¹. Así, por ejemplo, estamos en el campo de la causalidad general si nos preguntamos si un medicamento puede causar un determinado efecto secundario, mientras que, nos encontramos en el ámbito de la causalidad específica si lo que analizamos es si ese medicamento, en la dosis prescrita, ha podido causar un determinado deterioro en la salud del paciente X considerando sus características.

28 Vid. BARROS (2007), KRAUSE (2014), BARAONA (2008) y CORRAL (2008).

29 Vid. Corte Suprema, Rol N°2497/2002, de 26 de enero de 2004, Corte Suprema, Rol N°10442/2014, de 7 de abril de 2015, Corte Suprema, Rol N°2797/2015, de 10 de noviembre de 2015 y Corte Suprema, Rol N°170621/2022, de 9 de enero de 2024.

30 MELCHORI (2020), pp. 21 y 22.

31 MARTÍN-CASALS (2020), p. 230.

Esta distinción, que no ha gozado de una amplia difusión, es útil, sobre todo en supuestos de incertidumbre causal. Cuando es posible descartar la causalidad genérica, es decir, cuando sabemos que una actividad o conducta no es apta para producir cierto daño, ello nos lleva a su vez a excluir la causalidad específica. En cambio, la relación inversa no puede establecerse como una cuestión cierta, es decir, la sola constatación de la causalidad genérica no nos lleva a dar por establecida también la causalidad específica.

En los supuestos de incertidumbre causal, puede ocurrir que la causalidad genérica se encuentre determinada, más no la causalidad específica, en cuyo caso, podría considerarse la primera como un elemento probatorio de la segunda. La principal discusión en materia de incertidumbre causal en todo caso se presentará en la causalidad genérica, es decir, cuando no es claro si una cierta actividad puede causar cierto tipo de daño, por lo que, a su vez, se presentará una incertidumbre sobre la causalidad específica, en que resultará especialmente complejo establecer si en el caso concreto aquel que se sindicó como responsable de un daño efectivamente lo causó³².

A continuación, nos centraremos en el aspecto fáctico de la causalidad para analizar los problemas que se presentan cuando el daño que ha sufrido la víctima es consecuencia del actuar de un sistema de IA³³. En diversos puntos de este análisis recurriremos a la distinción que acabamos de plantear entre causalidad genérica y causalidad específica.

4. PROBLEMAS EN MATERIA DE CAUSALIDAD FÁCTICA

Considerando que el tramo fáctico se descubre mediante las pruebas aportadas al proceso, es posible comprender que los principales problemas en materia de causalidad se presentan a propósito de la causalidad fáctica

32 MARTÍN-CASALS (2020), p. 231.

33 Esto no quiere decir que la causalidad jurídica, llamada también alcance de la responsabilidad, esté exenta de problemas en los mismos casos que se analizarán, sin embargo, su análisis excede el objeto de este trabajo. Vid. EVANGELIO (2024), pp. 568-570.

o física, cuya complejidad de prueba puede llevar a la víctima del daño a la indefensión, máxime si se trata de supuestos en que el daño proviene del actuar de un sistema de IA, según se verá a continuación.

Siguiendo el esquema propuesto por Martín-Casals³⁴, puede sostenerse que los principales problemas en materia de causalidad fáctica son la sobredeterminación y la incertidumbre causal. En estos casos, el test de *la conditio sine qua non* o el *but for test* que tradicionalmente se utilizan para establecer la causalidad recurriendo a un enfoque contrafactual, resultan insuficientes, por lo que es necesario recurrir a ciertas reglas o criterios de origen doctrinal o jurisprudencial, que permitan establecer el nexo causal³⁵. En lo que sigue nos detendremos en el segundo de los problemas enunciados, esto es, la incertidumbre causal, particularmente porque tal problema no constituye un escenario extraño en casos en que ha intervenido una IA dadas las especificidades de esta tecnología³⁶.

Podemos entender que la incertidumbre causal se presenta en aquellos casos en que no es posible determinar con certeza cuál de varias conductas, factores o agentes produjo el daño. Esta situación dificulta —e incluso puede impedir— la acreditación del nexo causal entre el hecho atribuido al demandado y el perjuicio sufrido por el demandante, requisito que, como ya se ha expuesto, es exigido en los diversos sistemas para la configuración de la responsabilidad civil.

Resulta importante advertir que cuando se habla de incertidumbre causal no se alude a un supuesto único. Por el contrario, bajo esta expresión se agrupan diversas situaciones en las que la indeterminación del vínculo causal puede manifestarse de formas distintas y por razones diversas³⁷. En

34 MARTÍN-CASALS (2022), pp. 231-259.

35 Ibid., p. 223.

36 KARNER et al. (2021), p. 37.

37 MARTÍN-CASALS y PAPAYANNIS (2016), pp. 1-2.

tal sentido, se puede afirmar que la incertidumbre causal constituye una categoría amplia que comprende distintos problemas relativos a la determinación de la causa del daño.

Una primera distinción relevante consiste en diferenciar entre incertidumbre a nivel de causalidad general e incertidumbre a nivel de causalidad específica. La primera se presenta en aquellos casos en que los demandantes no logran demostrar que una determinada sustancia, actividad o exposición sea capaz, en términos generales, de producir el daño alegado. Es decir, la duda recae sobre la aptitud causal del factor invocado para generar el tipo de perjuicio que se reclama.

Por el contrario, la incertidumbre relativa a la causalidad específica surge cuando, aun estando científicamente acreditado que cierto factor puede causar el daño en cuestión, no resulta posible determinar si, en el caso concreto, dicho daño fue efectivamente causado por la conducta de un demandado particular respecto de una víctima determinada. En estos casos, la incertidumbre no radica en la existencia de una relación causal en abstracto, sino en la identificación de la causa concreta del daño dentro de un conjunto de posibles factores o agentes.

Asimismo, en otras ocasiones la incertidumbre causal surge porque existe un grupo de posibles responsables que han desarrollado conductas capaces de producir el daño, pero no es posible determinar cuál de ellos fue efectivamente el autor del perjuicio sufrido por la víctima. En estos casos, todos los integrantes del grupo aparecen como potenciales causantes del daño, aunque la evidencia disponible no permite individualizar con certeza al responsable concreto. O bien, se sabe que todos o varios de los miembros del grupo han causado el daño, pero no es posible determinar en qué medida lo ha hecho cada uno.

Como es posible evidenciar, hay diversos supuestos que quedan comprendidos en la categoría de incertidumbre causal y, como se analizará más adelante, tales supuestos pueden configurarse también cuando en la producción del daño está involucrado un sistema de IA.

Ya en el año 2014, Munita afirmaba que: “La incertidumbre científica ligada al desarrollo tecnológico repercute sobre las víctimas en pleno siglo XXI, en particular respecto de la acreditación del nexo causal siempre necesario para justificar una acción de responsabilidad civil”³⁸. Por la época en que el autor escribe estas palabras, podemos presumir que se refería a avances tecnológicos distintos a la inteligencia artificial, o bien, que esta sólo fue considerada en menor medida. Sin embargo, en la IA, el problema que pone en evidencia el autor, se presenta incluso con mayor gravedad, dadas las propias características ya enunciadas de esta tecnología, las que aumentan el grado de incertidumbre frente a la producción de un daño. En efecto, en materia de causalidad fáctica, la dificultad se presenta porque su determinación requiere establecer dos nexos causales: el primero une la información de salida del sistema de IA con el daño sufrido por víctima; el segundo, une esa información de salida con una conducta humana, sea del fabricante, del usuario, etc³⁹.

En el mismo sentido y refiriéndose concretamente a la IA, Karner, Koch y Geistfeld ponen de relieve la especial complicación a la que se enfrentará la víctima de un daño cuando intente atribuir su pérdida al demandado en los casos en que la presunta causa de su pérdida está relacionada con el funcionamiento de un sistema de IA, debido a su propia naturaleza y características peculiares como la complejidad, la opacidad, la previsibilidad limitada y la apertura⁴⁰. En estos casos el demandante no sólo tendrá que

38 MUNITA (2014), p. 209.

39 EVANGELIO (2024), pp. 557-558.

40 KARNER et al. (2021), p. 23.

acreditar la conducta que se le atribuye al demandado sino también como dicha conducta llevó al sistema de IA a causar el daño⁴¹. Estos particulares problemas pueden analizarse en cuatro niveles⁴²:

Una primera posibilidad la constituye la presencia de una falla en el sistema de IA, pero la verdadera novedad está en que el sistema puede haber funcionado de la manera esperada y aun así haber producido un resultado no deseado debido a su capacidad de autoaprendizaje y a la constante adaptación de su comportamiento frente a nuevos desafíos.

Además, para aquellos sistemas de IA que están integrados en hardware, la falla que ha llevado a la producción del daño puede ser del hardware en sí mismo o bien, este puede haber fallado a su vez por un mal funcionamiento de la IA que lo integra. Si la falla es del propio hardware el escenario puede ser simple y la víctima podría estar en condiciones de acreditar la relación casual, sin embargo, si la falla del hardware se originó por un mal funcionamiento de la IA, la situación se complejiza para la víctima.

Una complejidad adicional en la determinación de la causalidad en estos casos viene dada porque el funcionamiento de los sistemas de IA está influido por la conducta humana. Particularmente debemos considerar dos cosas, la primera es que a lo largo del ciclo de vida de un sistema de IA intervienen múltiples sujetos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el diseño del sistema de IA, la recopilación y el procesamiento de datos, el desarrollo, la verificación, la validación, la implementación o la operación y el monitoreo, como etapas del ciclo de vida de la IA estén entregadas a sujetos distintos, por lo que será complejo establecer cuál de esos sujetos es el responsable del daño si no podemos saber claramente en cuál de esas etapas está el origen del comportamiento de la IA que ha causado el daño.

41 KARNER et al. (2021), p. 31.

42 Los cuatro niveles son propuestos por KARNER et al. (2021), pp. 23-24.

La segunda cuestión que debemos considerar en este punto es que en muchas ocasiones la intrincada relación entre humanos y máquinas exacerba la dificultad de demostrar la causalidad, especialmente cuando la inteligencia artificial y la supervisión humana están entrelazadas⁴³.

Por último, podemos incluso llegar a un aumento exponencial de la dificultad de la víctima para establecer la relación causal en aquellos casos en que la implementación de un sistema de IA depende significativamente de la interacción con otras tecnologías que a su vez están dotadas de IA. En este caso, es la característica de la interconectividad la que complejiza el escenario para la víctima.

En concreto, podemos distinguir los siguientes supuestos en la incertidumbre causal que pueden configurarse en casos en que esté involucrada la IA⁴⁴:

a) Causalidad alternativa con causante de daño no identificado. Este primer supuesto se produce cuando existe una pluralidad de posibles causantes del daño, no obstante, no todos o bien sólo uno de ellos lo ha causado, pero resulta imposible identificarlo.

Consideremos, por ejemplo, el supuesto en que dos fuentes externas proporcionan información necesaria para el funcionamiento de un sistema de IA. Las dos fuentes entregan datos erróneos y el sistema causa un daño sin que pueda determinarse de cuál de las dos fuentes recibió los datos erróneos que lo llevaron a causar el daño⁴⁵. Pensemos en concreto en un sistema de IA que opera en el ámbito sanitario y que ha proporcionado un diagnóstico médico errado lo que provocó un grave daño a un paciente. Agreguemos que el sistema ha sido entrenado con una gran cantidad de datos que pro-

43 Véase GRIFFIN (2021), pp. 100-101; ROE (2019), p. 332.

44 Se sigue en esta parte el esquema propuesto en MARTÍN-CASALS (2022), pp. 231-259 y se agregan ejemplos específicos de casos en que se involucra un sistema de IA.

45 KARNER et al. (2021), p. 36.

vienen de hospitales, de bases públicas y de empresas privadas, sin que sea posible identificar qué dato defectuoso o qué sesgo influyó decisivamente en la producción del resultado de salida que causó el daño.

b) La incertidumbre no permite relacionar los causantes del daño con las víctimas. Se configura esta segunda hipótesis de incertidumbre causal en aquellos casos en que existe una pluralidad de causantes del daño y una pluralidad de víctimas, pero no es posible establecer cuál de los posibles causantes del daño ha causado el daño a cuál de las víctimas.

Ocurriría este supuesto, por ejemplo, en el caso de que varias fuentes proporcionen datos de entrenamiento a un sistema de IA que realiza una evaluación de solvencia de los solicitantes de créditos hipotecarios para diversas entidades bancarias. Agreguemos que, durante su funcionamiento, el sistema introduce un sesgo sistemático que conlleva la denegación injustificada del crédito a cientos de personas, sin que pueda determinarse de que fuente particular provino el sesgo que condujo al rechazo de la solicitud crediticia de cada persona.

c) Casos de víctimas no identificadas. Bajo esta denominación quedan comprendidos los supuestos en que no se puede determinar cuáles de las víctimas han sufrido el daño por la conducta del sujeto y cuales lo habrían sufrido igualmente.

Por ejemplo, en un determinado hospital se utiliza durante años un sistema de IA para el diagnóstico precoz de cáncer. El sistema infradiagnostica sistemáticamente un tipo de tumor y recomienda a los pacientes controles poco frecuentes. Varios de esos pacientes desarrollan años después cáncer avanzado y no es posible determinar si aquello es atribuible al actuar de la IA o si lo habrían sufrido igualmente.

d) Incremento del riesgo. Se incluyen bajo esta denominación supuestos en que, a diferencia de los anteriores, la incertidumbre se refiere a si un solo agente ha causado un daño a una sola víctima. Así ocurriría por ejemplo si se ignora la causa de muerte de un recién nacido, por asfixia intrauterina, es decir, no se puede establecer si aquello se debió a la deficiente atención que recibió la madre en horas previas al parto, concretamente por no haberse medido continuamente la frecuencia cardíaca fetal, a una particular manobra obstétrica practicada por la matrona, la que se encuentra prohibida en la actualidad, o bien, a una cardiopatía congénita del mortinato que no fue adecuadamente diagnosticada por un sistema de IA. En este caso, puede establecerse la probabilidad en que la cardiopatía congénita no diagnosticada por la IA ha causado la asfixia del mortinato.

e) Pérdida de oportunidad. También en estos supuestos estamos frente a un único agente que ha causado un daño a una única víctima. En estos casos, la incertidumbre no se concibe en términos de incremento del riesgo, sino en términos de privación de la oportunidad de que la víctima no sufra un daño⁴⁶. Pensemos que un sistema de IA que selecciona personal para una empresa introduce en tal selección un sesgo algorítmico que excluye siste-

46 La pérdida de oportunidad puede ser tratada como aquí se ha planteado, es decir, como un supuesto de incertidumbre causal o bien, como un problema vinculado al daño. Vid. KARNER et al. (2021), p. 37.

En el ordenamiento jurídico chileno, la Corte Suprema ha planteado que la pérdida de oportunidad es una cuestión causal, así lo hizo en la sentencia Rol N° 170621/2022, de 9 de enero de 2024, en la que señaló en la parte pertinente:

Que, en el caso concreto, el vínculo de causalidad, se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues aplicando las ideas expuestas en los considerandos anteriores se concluye que la relación causal no se vincula con la muerte del nonato -pues existen grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal-, sino que con la circunstancia de privarlo de una oportunidad de detección precoz del sufrimiento fetal y la realización de una cesárea de urgencia. En efecto, la falta de servicio asentada, sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible sobrevida que le habría entregado al nonato, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquél habría tenido la opción de haber detectado precozmente el sufrimiento fetal, chance de la que fue privado por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes a los servicios demandados. Tal chance, también la tenían las demandantes de estos autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas, su propio daño, por la pérdida irrecuperable de su hijo que estaba por nacer.

máticamente ciertos perfiles, sin que pueda establecerse cuales candidatos habrían sido igualmente excluidos por un reclutador humano y cuales sólo fueron descartados por el sesgo introducido por la IA.

En el mismo sentido, podemos pensar en un sistema de IA utilizado para diagnóstico de cáncer, cuyo diagnóstico erróneo conllevó un tratamiento tardío de la enfermedad en un paciente que producto de aquello falleció luego de un mes de tratamiento.

La incertidumbre causal no es un problema nuevo ni exclusivo de los supuestos de daños causados por un sistema de IA, sin embargo, en los casos en que interviene un sistema de IA, la víctima del daño encontrará enormes dificultades para obtener una indemnización de perjuicios. En estos casos podríamos hablar de una incertidumbre causal tecnológica para referirnos a aquellos supuestos en que el daño es provocado por una tecnología compleja, sin embargo, no es posible demostrar con certeza que esa tecnología fue la causa directa del daño.

La dificultad en torno a la incertidumbre causal tecnológica se multiplica exponencialmente si el daño ha sido causado por una IA que opera en alguno de los ámbitos en que la prueba de la causalidad es por sí misma compleja, aún en supuesto en que no actúa un sistema de inteligencia artificial. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria⁴⁷, en que se produce una suerte de “interseccionalidad”⁴⁸ pues la mayor dificultad

47 La Corte Suprema se ha pronunciado expresamente sobre la dificultad para establecer el nexo causal en materia sanitaria. Así, en la sentencia Rol N°826/2018, de 3 de septiembre de 2018, expuso en la parte pertinente del considerando décimo tercero: Que en materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder. En el caso concreto, existen dificultades para establecer el vínculo causal, atendido los grados de incertidumbre.

48 Utilizamos este término como se ha utilizado en otros ámbitos, entendiéndolo como una categoría de análisis para referir los componentes que confluyen en un mismo caso, multiplicando las desventajas. Este enfoque permite contemplar los problemas desde una perspectiva integral, evitando simplificar las conclusiones y, por lo tanto, el abordaje de dicha realidad.

probatoria que enfrentará la víctima del daño (el paciente) se explica ya que confluye el problema de la incertidumbre causal asociada al acto médico⁴⁹ y, por otro lado, a la actuación de la inteligencia artificial.

Pensemos en el siguiente supuesto cuyos hechos son parte de una causa conocida por nuestra Corte Suprema:

El día 12 de diciembre de 2011, la paciente fue sometida a una colecistectomía laparoscópica y fue dada de alta el 14 del mismo mes, pese a que padecía de dolores abdominales, motivo por el que debió ser internada nuevamente en el mismo centro asistencial en la madrugada del 15 de diciembre.

La paciente debió ser sometida a una operación de urgencia, en que se encontró un contenido bilioso, de aspecto turbio, con un total aproximado de 1.500 centímetros cúbicos, comprobándose que el clip N° 2, colocado en su abdomen en la intervención original con el objeto de clausurar el paso de la bilis, cerraba sólo el cincuenta por ciento del conducto cístico.

Conforme a los hallazgos practicados con ocasión de la operación de urgencia, el diagnóstico al que se arribó daba cuenta de una peritonitis difusa biliar, es decir, de un biliperitoneo por conducto cístico abierto, toda vez que el clip colocado en la primera intervención se abrió, derramándose la bilis y eso provocó el shock séptico.

La paciente falleció a las 16:00 horas del mismo día 15, estampándose en su certificado de defunción como causa de la muerte una falla orgánica múltiple, shock séptico, shock séptico refractario, biliperitoneo secundario a complicación de colecistectomía.

Un caso como el expuesto podrá ser complejo, toda vez que deberá acreditarse que una determinada acción u omisión del médico que practicó la intervención es lo que produjo la muerte de la paciente. En este sentido,

49 Sobre la mayor dificultad probatoria que enfrenta la víctima en la responsabilidad médico-sanitaria Vid. SOLÉ (2018).

los demandantes se verán enfrentados a acreditar la relación causal, debiendo probar que el clip en cuestión fue puesto de manera errónea y que no puede ser sino esa la razón por la cual la paciente finalmente falleció, cuestión que al menos desde el punto de vista de la información que posee el demandante, o más bien, la información de la cuál carece, es complejo. Aun así, podrá recurrirse a diversos medios de prueba y podrá incluso analizarse la declaración del médico en cuestión.

¿Qué ocurre si en el supuesto reemplazamos al médico por un sistema de inteligencia artificial? En ese caso se produce la interseccionalidad a la que nos referimos previamente, porque el demandante ya no sólo se verá en desventaja en relación con el conocimiento e información médica, sino que además, dada la autonomía y capacidad de aprendizaje del sistema, puede haber decidido por sí mismo la forma en que ese clip fue colocado en el cuerpo de la paciente y dada su opacidad, no podemos conocer los criterios o factores que tomó en cuenta para decidir, así, no podremos saber si la decisión se debe a una instrucción entregada por el operador o a los datos incorrectamente proporcionados en la etapa de entrenamiento del sistema, si la decisión está basada en datos externos que se le han proporcionado, por ejemplo, luego de una actualización del sistema y sobre los cuales no se tiene un control, o si efectivamente el resultado de salida se debe al aprendizaje del sistema.

Podríamos pensar que el análisis se simplifica si estimamos que el actuar de la inteligencia artificial está dentro de la esfera de control de quien podemos considerar operador, pero ¿qué es exactamente lo que estaría bajo su control? Si no tenemos claridad sobre la actuación (u omisión) del sistema de IA dadas sus propias características, la dificultad de establecer el nexo causal se mantiene.

Como vemos, estas particularidades de la IA pueden dejar a la víctima en una situación especialmente compleja para establecer la relación causal entre el daño experimentado y el actuar de la IA, pues no debemos perder

de vista que la IA actuará aplicada a un determinado ámbito, por ejemplo, el médico o sanitario, el que a su turno tendrá sus propias dificultades en materia de responsabilidad. De lo anterior se desprende la importancia de proponer soluciones al problema que se analiza en esta investigación, puesto que, de lo contrario, la víctima del daño quedará en indefensión.

5. SOLUCIONES AL PROBLEMA DE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL

En términos generales, los problemas de incertidumbre causal pueden tener diversas soluciones⁵⁰, las que resultarán aplicables también cuando la dificultad de establecer el nexo causal se vincule con la participación de un sistema de IA.

En primer lugar, los problemas de incertidumbre causal pueden intentar resolverse en sede probatoria, en la que es posible establecer mecanismos o instrumentos de facilitación probatoria. Así, una primera posibilidad es rebajar el estándar de prueba y, una segunda es recurrir a las presunciones judiciales.

Como señala Larroucau:

Un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio. O sea, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores —el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva— en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre⁵¹.

En los sistemas del *common law* los umbrales de suficiencia probatoria para el proceso civil y para el proceso penal son diferentes y aquello se justifica en atención a la diversidad de los costos de los riesgos de error a los que está expuesta la decisión sobre la prueba en cada tipo de proceso. En el

50 Para un panorama de las diversas soluciones que adoptan los ordenamientos jurídicos Vid. MARTÍN-CASALS y PAPAYANNIS (2016).

51 LARROUCAU (2012), pp. 783-784.

proceso penal los costos son diferentes y se suelen considerar más graves las consecuencias del error de tener por probado un hecho falso y condenar a una persona inocente, que las consecuencias del error de absolver al culpable; en cambio, en el proceso civil patrimonial los costos son simétricos, así, lo que el demandado es injustamente condenado a pagar en caso de tenerse erróneamente por probada su responsabilidad es equivalente a lo que el demandante pierde si no obtiene, injustamente, compensación, en caso de tenerse por no probada erróneamente la responsabilidad del demandado. Por lo anterior se justifica que en el proceso penal se fije un umbral muy exigente para la suficiencia probatoria, mientras que en el proceso civil ese umbral sea menos exigente⁵², en este se suele recurrir a la fórmula *more likely than not* o *more probable than not*, es decir, se exige un 50% más uno de probabilidades, lo que se conoce como el estándar de probabilidad prevaleciente o de la prueba o de la evidencia preponderante.

En los sistemas de tradición romano-germánica, la noción de estándar de prueba se ha incorporado recientemente y varía de un sistema a otro, particularmente en lo que respecta al ámbito civil. En varios de los sistemas que siguen esta tradición, entre esos el nuestro, parece exigirse que el juez debe adquirir plena convicción o certeza del hecho de cuya prueba se trata, lo que se explica por la extensa vigencia de sistemas de prueba legal o tasada que parecen haber instaurado la noción de plena prueba que se transmuta a la exigencia de un alto estándar probatorio⁵³.

Sobre todo, en estos sistemas del *civil law* resultará útil recurrir a la rebaja del estándar probatorio, aplicando, por ejemplo, el de probabilidad prevaleciente descrito más arriba. En este sentido, se afirma que el estándar de prueba aplicable es un factor crucial en los casos en los que demostrar la causalidad puede ser especialmente difícil como aquellos en que se involucran sistemas de IA⁵⁴.

52 ACCATINO (2018), p. 57.

53 ACCATINO (2018), p. 58.

54 KARNER et al. (2021), p. 26.

Ahora bien, hay una desventaja patente a nuestro juicio de recurrir a esta solución, toda vez que no podemos asegurar que los tribunales estén dispuestos a rebajar el estándar probatorio en casos de responsabilidad civil en los que intervenga un sistema de IA. En efecto, no podemos prever si todos los tribunales se conformaran en tales casos con exigir un estándar de prueba como el de la probabilidad prevaleciente, o si solo algunos o ninguno de ellos, lo que nos sitúa en un escenario de incerteza⁵⁵⁻⁵⁶.

Otra posible solución es recurrir a las presunciones judiciales como medios de prueba. Una presunción es una operación mental en virtud de la cual, a partir de ciertos hechos o circunstancias conocidas se deduce un hecho que se desconoce. Esta herramienta es utilizada por nuestra jurisprudencia, pero no es útil a todos los casos de incertidumbre causal. Por ejemplo, podrá utilizarse para establecer la causalidad específica en supuestos en que se ha establecido una causalidad genérica y esta sirve de base a la presunción, pero si no ha sido posible siquiera establecer la causalidad genérica y no existen otros hechos o circunstancias conocidas, no podrá presumirse la relación causal en el caso concreto.

En el derecho comparado se ha recurrido a presunciones judiciales típicamente utilizadas para presumir la culpa para presumir además el nexo causal, así ha ocurrido en España con la doctrina del daño desproporcionado, en el Reino Unido con la doctrina de *res ipsa loquitur* o en Alemania con la doctrina de la prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis*, sin embargo, se afirma que este no es el insumo adecuado para resolver problemas de incertidumbre

55 Analizando la cuestión respecto de los tribunales europeos KARNER et al. (2021), p. 26, plantean que, si bien los tribunales han estado dispuestos a bajar el estándar en situaciones en las que, por razones sistémicas, las víctimas típicamente no alcanzan un umbral muy alto, sigue siendo claro e impredecible si los tribunales harán lo mismo en los casos en que el daño proviene de un sistema de IA.

56 Para un análisis sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema en materia de responsabilidad médica y por desastres naturales en cuanto al estándar probatorio Vid. SAN MARTÍN y LARROUCAU (2021), pp. 343-346.

causal vinculado a cursos causales múltiples, o aquellos que se producen cuando el daño puede deberse al curso normal de los acontecimientos, por ejemplo, al curso normal de una enfermedad en materia médica⁵⁷.

Estos mecanismos de facilitación probatoria pueden ser insuficientes para establecer la causalidad en un caso concreto en que está involucrado un sistema de IA, lo que conllevaría al rechazo de la demanda indemnizatoria. Como estamos frente a una regla del todo o nada, la falta de acreditación de la causalidad específica excluye la responsabilidad, esto aun cuando pueda establecerse una causalidad genérica. En este sentido, aun cuando los tribunales estén dispuestos a presumir la causalidad, al menos en un comienzo será complicada su aplicación, toda vez que no existe experiencia de lo que típicamente constituye un resultado del funcionamiento de los sistemas de IA⁵⁸.

Cabe hacer presente que, dentro de aquellas soluciones posibles de naturaleza probatoria al problema de la incertidumbre causal, pueden considerarse las que requieren de una reforma legislativa, como, por ejemplo, el establecimiento de presunciones por parte del legislador.

En este sentido, vale la pena mencionar la regulación contenida en la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la que ha permitido acomodar la regulación existente a los sistemas de inteligencia artificial⁵⁹. Precisamente el examen de tal directiva es útil, toda vez que, tal como lo declaró el considerando 3 de la nueva directiva, una de las razones que llevó a su dictación es que la directiva anterior no se adecuaba al desarrollo tecnológico, económico y social⁶⁰. Así,

57 SOLÉ (2018), pp. 68-78.

58 KARNER et al. (2021), p. 31.

59 MARTÍN-CASALS (2024), p. 40.

60 El considerando 3 señala: “La luz de los avances relacionados con las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial (IA), los nuevos modelos de negocio de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que han dado lugar a incoherencias en la aplicación de normas e inseguridad jurídica, en particular en lo que respecta al significado del término ‘producto’”.

en lo que respecta al desarrollo tecnológico, una consulta pública llevada a cabo por la Comisión Europea puso de relieve que los sistemas de IA presentaban dificultades para identificar a los sujetos responsables, así como para probar tanto el defecto del producto como la relación causal entre el defecto y el daño⁶¹. En consecuencia, si bien se circunscribe al ámbito de los productos defectuosos, la nueva Directiva ha planteado soluciones al problema que aborda este trabajo.

La normativa europea establece presunciones relativas al defecto del producto y a la relación de causalidad, particularmente y de conformidad al artículo 10.3 el nexo causal entre el defecto y el daño se presume cuando se haya comprobado que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión. Esta presunción supone para Martín-Casals uno de los cambios más importantes de la nueva legislación, y debe entenderse que en ella lo relevante es la máxima de experiencia según la cual el juez podrá considerar que cuando en casos similares se produce un tipo de daño que normalmente se debe a la existencia de un defecto, una vez demostrado este y en ausencia de otra explicación, existiría una presunción razonable de que el daño se debió al defecto⁶².

También en el ámbito de la Unión Europea se desarrollaron soluciones específicamente para el problema de la incertidumbre causal en supuestos en que opera un sistema de IA en la propuesta de Directiva referida a la adaptación de normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial – en adelante PDRIA – la que se limitó a armonizar normas referidas a la carga de la prueba⁶³.

61 Resultados de la consulta pública disponibles en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence/public-consultation_es.

62 MARTÍN-CASALS (2024), p. 43.

63 EVANGELIO (2024), pp. 580-581.

La señalada propuesta⁶⁴, establecía una facultad para el juez en torno a ordenar la exhibición y/o conservación de prueba y, además, contemplaba una presunción *iuris tantum* de causalidad entre la culpa del demandado y el resultado dañoso generado por el sistema de IA. Ahora bien, para aplicar la presunción, el art. 4 de la propuesta de directiva exigía la acreditación de tres hechos bases: la culpa del demandado o de una persona por la que este responda; la probabilidad razonable de que dicha culpa haya influido en la causación del daño y, el nexo causal entre la información de salida del sistema de IA y el daño.

Con algunas diferencias, ambas regulaciones europeas establecieron presunciones para facilitar a la víctima la obtención de la reparación del daño.

Evidentemente, dado que esta materia no se encuentra regulada en Chile, no existe una presunción legal de causalidad aplicable específicamente a los supuestos de responsabilidad por daños causados por un sistema de IA, como tampoco existe una presunción legal general de causalidad aplicable a los juicios de responsabilidad civil.

Ahora bien, a propósito de las presunciones de culpabilidad que contempla nuestro Código Civil, se ha propuesto la aplicación de aquella presunción por el hecho ajeno contemplada en el artículo 2320, para establecer la causalidad utilizando la conexión funcional entre esta y la culpa. En efecto, en el contexto nacional, Díez⁶⁵ ha sostenido que el problema que aquí se analiza —vinculado a la atribución de responsabilidad en escenarios de incertidumbre causal— podría resolverse mediante el recurso a dos construcciones dogmáticas: la culpa organizacional y la culpa anónima. Se trata, sin duda, de una propuesta teóricamente consistente, en la medida en que explota la

64 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (directiva sobre responsabilidad en materia de ia) Com/2022/496 final. Esta propuesta fue retirada el 6 de octubre de 2025, mediante documento 52025XC05423.

65 Vid. Díez (2025), pp. 1251-1276.

conexión funcional existente entre culpa y causalidad para ofrecer una respuesta frente a situaciones en las que la identificación del autor individual del daño resulta especialmente compleja.

En este orden de ideas, ambas figuras permiten desplazar el foco desde la determinación de una conducta individual perfectamente delimitada hacia la constatación de un defecto estructural en la organización o de una infracción atribuible a un sujeto indeterminado dentro de ella. De este modo, el déficit probatorio en torno a la causalidad individual puede ser compensado mediante la acreditación de una falla en el funcionamiento organizacional o de una actuación culposa inserta en un entramado institucional. Desde esta perspectiva, la propuesta presenta la virtud de evitar zonas de impunidad derivadas de la opacidad estructural propia de ciertos entornos tecnológicos complejos.

Con todo, esta solución no resulta universalmente satisfactoria. Su eficacia depende de la posibilidad de reconducir el daño a un defecto organizativo identificable o a una infracción imputable a un miembro indeterminado pero existente dentro de la estructura. Allí donde tal reconducción no sea viable, las categorías mencionadas podrían revelarse insuficientes.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que un sistema de inteligencia artificial utilizado por una entidad bancaria para evaluar la solvencia de solicitantes de créditos hipotecarios deniega injustificadamente el acceso al financiamiento a cientos de personas. Supóngase, además, que dicha decisión se debe a la introducción de un sesgo sistémico en el modelo algorítmico, y que se tiene conocimiento de que ese sesgo se incorporó como consecuencia de una deficiente configuración de los datos de entrenamiento o de una inadecuada supervisión del sistema.

En un escenario como este, el recurso a la culpa organizacional podría resultar pertinente si se logra demostrar que la entidad financiera incumplió deberes de control, supervisión o validación del sistema antes de su imple-

mentación o durante su funcionamiento. Del mismo modo, la culpa anónima podría operar si se acredita que el sesgo fue introducido por algún integrante del equipo técnico, aunque no sea posible individualizarlo con precisión.

Sin embargo, la dificultad emerge cuando el sesgo no es atribuible a una infracción concreta ni a un defecto organizativo claramente identificable, sino que deriva de procesos complejos de aprendizaje automático cuya dinámica excede el control directo y la previsibilidad razonable de los agentes humanos involucrados. En tales hipótesis, la conexión entre culpa y causalidad —presupuesto estructural de las categorías mencionadas— se debilita, y con ella la capacidad explicativa y justificadora de estas figuras.

Por consiguiente, si bien la propuesta de Díez constituye un avance significativo en la búsqueda de soluciones frente a la incertidumbre causal en entornos tecnológicos complejos, su alcance no es absoluto. La creciente autonomía funcional y opacidad de ciertos sistemas de inteligencia artificial obliga a examinar si las categorías tradicionales de imputación basadas en la culpa —aun en sus versiones organizacionales o anónimas— resultan suficientes, o si, por el contrario, se requiere una reformulación más profunda de los criterios de atribución de responsabilidad.

A propósito de presunciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, San Martín y Larroucau dan cuenta de la discusión que se ha planteado en torno a si puede sostenerse una presunción legal de causalidad en virtud del artículo 2329 del Código Civil, especialmente mediante la categoría del *res ipsa loquitur*⁶⁶.

En palabras de Larroucau leer el artículo 2329 Código Civil como una situación de prueba *prima facie*

66 SAN MARTÍN y LARROUCAU (2021), pp. 341-342.

no sólo permite a los participantes en el sistema de administración de justicia enfrentar de manera exitosa los contextos de incerteza que generan muchas hipótesis de accidentes en la sociedad actual, sino que resulta, al mismo tiempo, coherente con la comprensión racional del juicio de hecho que la dogmática procesal moderna articula, tanto en el modelo angloamericano como en el continental, en torno a la prueba jurídica⁶⁷.

Creemos que la aplicación del artículo 2329 del Código Civil es una solución posible, siguiendo la lectura de Larroucau, la norma podría entenderse como un supuesto de *res ipsa loquitur* o prueba en principio de la culpa e incluso de la causalidad. Esta solución podría tener un campo de aplicación más amplio que los supuestos de la culpa organización o de la culpa anónima. A partir de la citada norma podrían construirse jurisprudencialmente los deberes de diligencia tecnológica que serían exigibles a quien incorpore en su actividad un sistema de inteligencia artificial, sin necesidad de recurrir a la idea de actividad peligrosa.

Mirando más allá de los mecanismos de facilitación probatoria, pero vinculada con aquella se plantea una solución consistente en el establecimiento de requisitos cuyo objetivo sea contribuir a la presentación y/o conservación de las pruebas, lo que lógicamente ayuda a quienes tiene la carga de probar el nexo causal. Así, puede establecerse respecto de los productores de sistemas de IA el deber de instalar registros o depósitos de registros para recoger y almacenar datos⁶⁸.

Si bien podemos valorar una solución como la recién expuesta, resulta evidente que esta resulta más bien complementaria a otras que puedan adoptarse y, por lo demás, requiere que expresamente se establezcan tales obligaciones por el legislador, asociadas a una sanción adecuada en caso de incumplimiento.

67 LARROUCAU (2011), p. 492.

68 KARNER et al. (2021), p. 29.

Otra de las posibles soluciones a la incertidumbre causal que se ha propuesto es establecer una responsabilidad solidaria para todos los potenciales causantes del daño cuando no es posible establecer cuál de ellos en concreto ha causado el daño a la víctima, así ocurre, por ejemplo, en Alemania en que según el parágrafo 830 (1) BGB si no resulta posible determinar cuál de todos los partícipes ha causado el daño, cada uno de ellos es responsable. Por su parte, en países como Francia, Estados Unidos, Canadá o España, se recurre a la doctrina de la causalidad alternativa con miembro indeterminado de una pluralidad de potenciales causantes del daño que han actuado independientemente⁶⁹, en estos ordenamientos jurídicos se le permite a la víctima dirigirse en contra de cualquiera de los potenciales responsables por el total del daño, configurándose de esta manera un supuesto de obligaciones *in solidum* o concurrentes.

Los argumentos que normalmente se utilizan para plantear como solución al problema de la incertidumbre causal la responsabilidad solidaria o la responsabilidad *in solidum* son los siguientes: i. el demandante, víctima del daño, no debe resultar perjudicado por el sólo hecho de que exista más de un demandado que pueda haber causado el daño; ii. En los casos de incertidumbre causal recurrente o sistémica y es imposible determinar cuál de los demandados causó el daño, negar la responsabilidad implica que un número muy elevado de víctimas no obtenga indemnización; iii. En los supuestos de incertidumbre causal se debe optar entre no hacer responsable a los demandados que han actuado de manera ilícita o bien resarcir al demandante, víctima de un daño cierto, y se debe preferir a este último; iv. Para los varios demandados resulta más fácil acreditar a cada uno de ellos que no han causado el daño que al demandante probar quién de ellos causó el daño⁷⁰.

Ahora bien, es posible afirmar que la responsabilidad solidaria (y también la responsabilidad *in solidum* o concurrente) no logra una adecuada distribución del riesgo entre los posibles causantes del daño y la víctima. En este

69 MARTÍN-CASALS (2020), p. 241.

70 Ibid., p. 244.

sentido, si de varios posibles causantes del daño, uno de ellos es trazable y solvente, aquel asume el riesgo de quienes no lo son, mientras que la víctima ni siquiera asume el riesgo de la incertidumbre.

Más allá de la crítica sobre la distribución de riesgos en la responsabilidad solidaria, para que aquella pudiese aplicarse en supuestos de incertidumbre causal en nuestro ordenamiento jurídico se requeriría de una norma que la estableciera de manera expresa, puesto que, si bien el artículo 2317 del Código Civil establece la solidaridad, lo hace para casos de coautoría, y, en consecuencia, no resulta aplicable al supuesto que se analiza. Sí podría tener aplicación la responsabilidad *in solidum*, categoría que nuestra jurisprudencia ha aplicado en diversas ocasiones⁷¹.

Para superar los problemas vinculados a la distribución de riesgos que generan las soluciones anteriores, es posible recurrir a la responsabilidad proporcional, en atención a la causalidad probabilística, la que distribuye los riesgos entre los demandados y el demandante, ya que cada uno de los demandados corre con el riesgo de la incertidumbre, precisamente por ello es que se le puede exigir que compense un daño que puede no haber causado y tendrá que compensarlo sólo en la medida de la probabilidad de que contribuyera a causarlo. Por su parte, el demandante corre con el riesgo de la insolvencia y no trazabilidad de los demandados.

Por considerarse una solución más equilibrada a la incertidumbre causal, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL por su sigla en inglés) han adoptado la responsabilidad proporcional tanto para el supuesto que denomina de causas alternativas como también para el llamado causas inciertas en la esfera de la víctima que regulan, respectivamente, los artículos 3:103 y 3:106⁷².

71 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Rol N°8852/2019, de 1 de septiembre de 2021 y Corte Suprema, Rol N°2132/2024, de 18 de agosto de 2025.

72 Art. 3:103. Causas alternativas. (1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente

Finalmente, se ha considerado que también constituye una solución al problema que se analiza exigir transparencia y explicabilidad⁷³ de los sistemas de IA, tal como lo hacen diversos organismos internacionales, entre ellos la OCDE, sin embargo, la actual inteligencia artificial se caracteriza por ser opaca, ya que la mayor parte de ella opera con redes neuronales profundas⁷⁴. En consecuencia, se trata de una característica técnica de la IA que es difícil superar, por lo que la solución es posible y deseable, pero a nuestro juicio, no será la más eficiente dado que actualmente existen mayormente sistemas que son opacos, por lo que a su respecto esta solución no sería factible⁷⁵.

Como se mencionó al inicio de este trabajo, no buscamos determinar cuál es la solución más conveniente o acorde a nuestro sistema, sino mostrar las diversas posibilidades, dando cuenta de sus principales ventajas y dificultades⁷⁶. En este sentido, es interesante también constatar que tal como existen varios supuestos dentro de la categoría de incertidumbre causal, será necesario considerar las diversas soluciones en atención al supuesto concreto que se configure. En consecuencia, la circunstancia de que una solución propuesta no resulte aplicable a un caso concreto, no significa que no pueda considerarse la solución adecuada para otro caso diverso.

a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima. (2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.

Art. 3:106. Causas inciertas en la esfera de la víctima. La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

73 Para la definición y comparación de ambos términos Vid. COTINO (2022), pp. 43-44. Desde una perspectiva más técnica Vid. YAMPOLSKIY (2024).

74 Vid. nota 20.

75 Para un mayor análisis de las implicancias de la IA explicable en materia de responsabilidad civil vid. PARRA y CONCHA (2025).

76 Se ha considerado como desventaja de una posible solución la circunstancia de que deba establecerse por ley teniendo en cuenta el tiempo de tramitación de los proyectos de ley. Además, se hace presente que ninguna de esas posibles soluciones está considerada en el proyecto de ley que hoy se encuentra en trámite. Vid. Proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial, correspondiente a los boletines N^{os} 15.869-19 y 16.821-19, refundidos, y que se encuentra actualmente en el segundo trámite constitucional.

Además, es interesante observar que varias de esas soluciones no son ajenas a nuestra jurisprudencia, ya que han sido aplicadas por nuestros tribunales para resolver problemas de incertidumbre causal, ya sea en materia médica o de desastres naturales, y podrán aplicarse también – al menos algunas de ellas- cuando el problema de la incertidumbre se presente en materia de daños causados por la Inteligencia Artificial.

6. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones a las que nos permitió arribar la investigación precedente son las siguientes:

La IA desarrolla hoy diversas tareas en los más variados ámbitos y, si bien no existe un consenso en cuanto a su definición, al menos se reconoce una tendencia a uniformar los diversos conceptos que se han proporcionado. Por otro lado, existe mayor acuerdo en la doctrina respecto de las características que pueden predicarse de los sistemas de IA y en cómo estas características dificultan la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en los supuestos en que su actuación ha causado un daño.

La distinción entre causalidad fáctica y jurídica es hoy algo común a los diversos sistemas de responsabilidad, cualquiera sea el enfoque de causalidad que originalmente hayan adoptado. En el sistema de fuentes chileno, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen dicha distinción.

La incertidumbre causal —problema que se presenta en la causalidad fáctica— no es un fenómeno exclusivo de la IA, pero se agrava en los casos en que la acción causante del daño proviene de un sistema de IA, sobre todo si aquel sistema se encuentra realizando tareas en un ámbito que por sí mismo presenta dificultades vinculadas al establecimiento del nexo causal, como, por ejemplo, el ámbito médico o sanitario. En estos supuestos se produce una interseccionalidad al confluir en la víctima las dificultades propias del ámbito médico y aquellas vinculadas a las características de la IA.

La falta de información a la que se enfrenta la víctima la sitúa en una imposibilidad de acreditar la relación de causalidad y, en consecuencia, de obtener reparación.

Las normas sobre responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico no consideran una solución a los problemas asociados a la incertidumbre causal. Por lo que la doctrina y la jurisprudencia son las llamadas a plantear soluciones a estos supuestos. Varias de las propuestas que ya se han planteado resultan aplicables al supuesto en que el daño proviene del actuar de un sistema de inteligencia artificial.

En el terreno probatorio, las soluciones pueden conllevar una modificación del estándar probatorio, el recurso a las presunciones judiciales, o incluso una reforma legislativa que introduzca presunciones legales. En el terreno de las presunciones legales, se han propuesto por la doctrina nacional interesantes soluciones —como el recurso a la culpa anónima o a la culpa organizacional, o la aplicación del 2329 del Código Civil entendido como un supuesto de prueba en principio— que al menos permiten solucionar algunos de los casos complejos que hemos expuesto.

Más allá del derecho probatorio puede recurrirse a la responsabilidad solidaria, a la responsabilidad *in solidum* o a la responsabilidad proporcional para solucionar supuestos de incertidumbre causal. Además, es posible considerar dos soluciones que se dan particularmente en el escenario analizado, esto es, cuando actúa un sistema de IA, la primera conlleva el establecimiento de requisitos (a los productores, diseñadores, incluso a los usuarios) cuyo objetivo sea contribuir a la presentación y/o conservación de las pruebas, y, la segunda, implica exigir mayor transparencia y explicabilidad a los sistemas IA.

Nuestra jurisprudencia no sólo identifica el problema de la incertidumbre causal, sino que además se hace cargo de aquel, aplicando diversas soluciones que permiten establecer el nexo causal y condenar al demandado a la

indemnización de daños. Esto nos conduce a pensar que nuestros tribunales estarán abiertos a aplicar estas soluciones cuando el problema de la incertidumbre causal se presente a propósito de los daños causados por un sistema de inteligencia artificial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACCATINO, Daniela (2018): “Incertidumbre, probabilidad y prueba de la causalidad en el derecho de daños. Análisis de la doctrina del incremento del riesgo a más del doble”, en: VÁSQUEZ, Carmen (Coord.): Hechos y razonamiento probatorio (México, CEJI), pp. 45-66.

AEDO BARRENA, Cristian y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2022): “Funciones de la causalidad en la responsabilidad civil. Un esbozo”, en: Revista Actualidad Jurídica (Nº 46).

AMUNÁTEGUI, Carlos (2023): Responsabilidad civil extracontractual e inteligencia artificial, en: CÉSPEDES, Carlos (Dir.): Responsabilidad civil extracontractual: instrumentos de derecho comparado, proyectos de reforma y derecho chileno (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 513-525.

ARAYA, Carlos (2020): Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile, en: Revista chilena de Derecho y Tecnología (Vol. 9), pp. 257-290.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa (2022): Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil (Barcelona, Atelier).

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): “La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado”, en: Cuadernos de extensión jurídica. La relación de causalidad (Nº 15), pp. 17-31.

BÁRCENA ZUBIETA, Arturo (2014): “El derecho de daños como banco de pruebas de una disputa filosófica sobre la causalidad”, en: PAPAYANIS, Diego (Coord.): Causalidad y Atribución de Responsabilidad (Madrid, Marcial Pons), pp. 183-185.

BARROS BOURIE, Enrique (2007): Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

COBO, Miriam y LLORET, Lara (2023): Inteligencia Artificial y Medicina (Madrid, Los libros de la catarata).

CORRAL, Hernán (2008): “La relación de causalidad en el sistema de torts del common law”, en: Cuadernos de extensión jurídica. La relación de causalidad (Nº 15), pp. 37-58.

COTINO, Lorenzo (2022): “Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial y “compañía” (comunicación, interpretabilidad, inteligibilidad, auditabilidad, testabilidad, comprobabilidad, simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta”, en: COTINO, Lorenzo y CASTELLANOS, Jorge (Eds.): Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 25-67.

DIEZ, Felipe (2025): “La culpa organizacional y anónima como mecanismos paliativos de incerteza causal ante daños ocasionados por el uso de sistemas de inteligencia artificial en Chile”, en: BARRÍA, Manuel (Dir. y Ed.): Estudios de Derecho Civil XVIII (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 1251-1276.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2011): Sistema de Derecho Civil (Madrid, Editorial Tecnos), vol. II.

EVANGELIO LLORCA, Raquel (2024): Causalidad y responsabilidad civil por daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial: las presunciones de causalidad en las propuestas normativas de la UE, en: ÁLVAREZ LATA, Natalia (Coord.): Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial (Madrid, Aranzadi), pp. 549-619.

GRIFFIN, Frank (2021): Artificial Intelligence and Liability in Health Care, en: Health Matrix: The Journal of Law-Medicine (Vol.31 Issue 1), pp. 65-106.

INFANTINO, Marta y ZERVOGIANNI, Eleni (2019): Unravelling Causation in European Tort Laws. Three Commonplaces through the Lens of Comparative Law, en: RabelZ (2019).

JOINT RESEARCH CENTRE (2020): Technical Reports. AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence (Luxemburg, European Union).

KARNER, Ernst; KOCH, Bernhard A. y GEISTFELD, Mark A. (2021): Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence (Luxemburgo, European Commission).

KRAUSE, María Soledad (2014): “La relación de causalidad ¿quaestio facti o quaestio iuris?”, en: Revista de Derecho (XXVII, N° 2), pp. 81-103.

LARROUCAU TORRES, Jorge (2011): Res ipsa loquitur: Quien habla es el juez, no la cosa, en: FIGUEROA, Gonzalo, BARROS, Enrique y TAPIA, Mauricio (Coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing), pp. 491-519.

LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): Hacia un estándar de prueba civil, en: Revista chilena de derecho (vol. 39 N° 3), pp. 783-808. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008 [Fecha de última consulta: 20.07.2025].

MARTÍN-CASALS, Miquel y PAPAYANNIS, Diego (2016): *Uncertain Causation In Tort Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

MARTÍN-CASALS, Miquel (2020): Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada, en: SANTOS, María José, MERCADER, Jesús y DEL OLMO, Pedro (Dir): *Nuevos retos del Derecho de Daños en Iberoamérica* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 215-264.

MARTÍN-CASALS, Miquel (2022): Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA), en: PÉREZ COLLADOS, José María (Coord.): *La cultura jurídica en la era digital* (Pamplona, Aranzadi), pp. 101-138.

MARTÍN-CASALS, Miquel (2024): “Líneas generales de la nueva Directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”, en: *Actualidad Jurídica* (Nº 50, año XXV), pp. 25-76.

MELCHORI, Franco Andrés (2020): *Las teorías de la causalidad en el daño. Equivalencia de las condiciones, causalidad adecuada e imputación objetiva en la doctrina del Tribunal Supremo* (Barcelona, Boch Editor).

MUNITA, Renzo (2014): “Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal. Un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 23), pp. 209-259.

OCDE (2024): “Memorándum explicativo sobre la definición actualizada de la OCDE de un sistema de IA”, en: *Documentos de Inteligencia Artificial de la OCDE* N°8, (París, Publicaciones de la OCDE).

PARRA, Dario y CONCHA, Ricardo (2025): La inteligencia artificial explicable como fundamento para su gobernanza: implicancias en la responsabilidad civil, en: *revista chilena de derecho y tecnología* (Vol. 14), pp. 1-33.

ROE, Madeline (2019): “Who’s driving that car?: an analysis of regulatory and potential liability frameworks for driverless cars”, en: Boston College Law review (Vol 60), pp. 317-347.

RUSSELL, Stuart y NORVIG, Peter (2022): Artificial Intelligence. A Modern Approach (Harlow, Pearson).

SAN MARTÍN, Lilian y LARROUCAU, Jorge (2021): “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: un estudio de la jurisprudencia chilena”, en: Revista de Derecho Privado (Nº40), pp. 329-359.

SCHWAB, Klaus (2016): La cuarta revolución industrial (Traducc. cast. Barcelona, Penguin Random House).

SOLÉ FELIÚ, Josep (2018): “Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en: Revista de Derecho Civil (Vol. V, Nº 1), pp. 55-97. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/298> [Fecha de última consulta: 20.07.2025].

TURNER, Jacob (2019): Robots Rules. Regulating Artificial Intelligence (London, Palgrave Macmillan).

WIGG, Isabel (2024): Panorama del fenómeno de la inteligencia artificial en relación con la responsabilidad civil, en: Actualidad Jurídica (Nº50, año XXV), pp. 245-263.

YAMPOLSKIY, Roman (2024): AI. Unexplainable, unpredictable, uncontrollable (Boca Ratón, CRC Press).

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.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) N°. 300/2008, (UE) N°. 167/2013, (UE) N°. 168/2023, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de enero de 2004, rol N°2497/2002.

Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de abril de 2015, rol N°10442/2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015, rol N°2797/2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, rol N°826/2018.

Corte Suprema, sentencia de fecha 1 de septiembre de 2021, rol N°8852/2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de enero de 2024, rol N°170621/2022.

Corte Suprema, sentencia de fecha 18 de agosto de 2025, rol N°2132/2024.

¿LÍMITES? ¿QUÉ LÍMITES? TRES DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS SOBRE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL¹

LIMITS? WHAT LIMITS? THREE CONTEMPORARY CHALLENGES IN INTELLECTUAL PROPERTY

Pedro Guerra Araya*

Resumen:

El artículo analiza críticamente las tensiones conceptuales y políticas de la propiedad intelectual (PI) ante las transformaciones tecnológicas. Sostiene que la PI es una construcción jurídico-política ambigua que desborda la lógica de la propiedad privada al aplicarse a bienes intangibles. Se examinan tres ejes: la consideración de la PI como categoría propietaria, la inadecuación de los marcos clásicos frente a bienes digitales reproducibles y los límites de la apropiabilidad en entornos de libre circulación. Se concluye que la PI expresa una crisis del canon propietario liberal y abre paso a modelos colaborativos de producción y transacción de conocimiento.

Palabras clave:

Propiedad intelectual, Propietarización, Paradigmas propietarios.

¹ Artículo recibido el 14 de abril de 2026 y aceptado el 21 de junio de 2026.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magister en Políticas Públicas y Sociales, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile.  0000-0001-6886-2422. Dirección postal: 2 Poniente, 567, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: psguerra76@gmail.com.

Abstract:

The article critically analyzes the conceptual and political tensions of intellectual property (IP) in the face of technological transformations. It argues that IP is an ambiguous legal-political construct that transcends the logic of private property when applied to intangible goods. Three axes are examined: the consideration of IP as a proprietary category, the inadequacy of classical frameworks regarding reproducible digital goods, and the limits of appropriability in contexts of free circulation. It concludes that IP reflects a crisis of the liberal proprietary canon and opens the way to collaborative models of knowledge production and exchange.

Keywords:

Intellectual Property, Proprietarization, Proprietary Paradigms.

1. INTRODUCCIÓN

En 2010, David Fincher estrenó una particular reconstrucción de la creación de Facebook, titulada *The Social Network*. Con el pretexto de relatar la historia de la compañía y de la hazaña técnico-comercial de su creador, Mark Zuckerberg, Fincher relata las paradojas y conflictos de la nueva riqueza basada en intangibles, que surge en los garajes y dormitorios *geeks*, de la mano de una nueva generación de multimillonarios del mundo digital. Una de las escenas que pivotan la trama es aquella en que Andrew Garfield, en el rol de Eduardo Saverin, es conminado por Zuckerberg a entregarle la fórmula del algoritmo que daría vida a una primitiva versión de una nueva máquina de hacer dinero. Con un marcador blanco, Saverin escribe en la esquina de una ventana del dormitorio de Harvard unos signos ilegibles que harán funcionar Facebook. El resto de la película se trata, básicamente, de los litigios por la propiedad de la idea y de los beneficios que se seguirían de ella en adelante.

Si bien el camino recorrido por las tecnologías de la información es conocido (hasta ahora), lo cierto es que varios problemas teóricos y normativos han sido explorados de modo incompleto y nuevas preguntas aparecen. Este artículo indaga, entonces, en las complejidades de ese algoritmo que Saverin escribe en 2003 en una ventana en el campus de Harvard y el impacto que ese objeto va a generar en las estructuras propietarias del capitalismo avanzado. Con esa pretensión como guía estructurante, idea sobre los avatares de la propiedad intelectual (en adelante PI) en el mundo de las tecnologías digitales, en tanto medios de producción de bienes intangibles de alto valor en el marco de las economías del conocimiento. Busca plantearse críticamente ante las estrategias propietarizantes y los nuevos cercamientos digitales que traen consigo esas tecnologías, impugnándolos y sentando algunas bases para comprender a la PI como una línea de fuga desde las estructuras clásicas de la propiedad privada, que se desprende de sus límites difusos, pero también desde una estrategia política contrapropietaria. Sostiene, desde ese punto, la desintegración del canon propietario privado en el campo digital, y su reemplazo en un horizonte posible por formas de creación de valor que no se basen en la propiedad privada.

Para ello, este ensayo se organiza en tres partes, articuladas en torno a problemas contemporáneos de la PI y al modo en que esta desafía los paradigmas clásicos de la propiedad sobre bienes de conocimiento. La primera examina la PI como categoría propietaria, revisando sus antecedentes, conceptos y subcategorías, y problematizando su carácter dominical respecto de bienes intangibles. La segunda aborda el objeto de la PI, en particular la delimitación de aquello que puede ser apropiado, con énfasis en los objetos digitales y en cómo estos condicionan el contenido y los límites de los derechos. La tercera sostiene que la PI evidencia una progresiva desintegración de la noción propietaria clásica, en un contexto donde los límites de lo apropiable se vuelven difusos y la propiedad aparece cada vez más como una contingencia tecnológico política. Ya no hay, tal vez, propiamente cosas que poseer.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO PROPIEDAD: IDEAS Y TENSIONES

2.1. El contexto de la PI

El campo de los derechos de PI, en su variedad de regímenes, es el resultado de procesos de desarrollo tecnológico que inciden en las formas de producción en un continuo retroalimentado de más y más creaciones del intelecto humano, de una variedad que no hace sino crecer. El capitalismo es fundamentalmente evolutivo, y no es de extrañar que las formas propietarias que se encuentran a su base vayan mutando y, eventualmente, desintegrándose.

Para Grey, la irrupción de los intangibles va a producir una reconfiguración del esquema combinatorio de factores de producción en un entorno corporativo de enorme y creciente complejidad. La crisis de la idea de propiedad, entonces, es el resultado de la misma evolución del capitalismo hacia su madurez, en que la propiedad es más bien una “red de relaciones de derechos y deberes entre personas, sancionado por el Estado (...)”², con una acentuada pérdida de importancia de la idea de propiedad en sí misma. La crisis conceptual se desata desde que la propiedad ya no es el concepto unitario que fue y más bien se disgrega en una serie de derechos legales sobre cosas o algunas (y no todas) de las formas de control que existen sobre éstas. El haz de derechos que planteaban Hohfeld³ y más tarde Honoré⁴ como explicación de los derechos de propiedad modernos, cobra cada vez más sentido para esa descomposición conceptual de creciente sofisticación.

Esta crisis posee una expresión muy notoria en el campo de la PI. Menell propone la desintegración de la propiedad y el abandono en el campo de la PI de lo que denomina “la catedral liberal clásica”⁵. Menell sitúa sus argumen-

2 GREY (1980), p. 79.

3 HOHFELD (1964), pp. 96-97.

4 HONORÉ (1993), p. 370.

5 MENELL (2011), p. 1532.

tos en el contexto económico digital, en que “(...) los titanes de la industria ya no son General Motors y U.S. Steel, sino Google, Apple, Microsoft e eBay”⁶. Se trata de corporaciones que se basan en alguna forma de control (no necesariamente propietario) de intangibles protegidos por el régimen de PI, con un enorme y creciente peso en la economía. Esto hace que volver la mirada sobre la filosofía liberal de la propiedad no sea un mero ejercicio intelectual, sino que responda a una necesidad de repensar las relaciones entre productores, corporaciones *mainstream* y consumidores/ciudadanos, teniendo como premisa una reconfiguración de relaciones de producción y consumo que no se rige siempre por la lógica propietaria, y que algunas veces funciona al margen de esta.

En esta reconfiguración, la unidad conceptual de la propiedad que pretende el liberalismo está sometida a fuertes embates. Menell propone, en ese orden, una lectura funcional del sistema de derechos de PI a propósito de los objetivos de éste, situando en entredicho la asunción claramente liberal-utilitaria de que la propiedad sirve a los fines de eficiencia y mejor repartición de los recursos. Para Menell “No es posible asumir que los recursos intelectuales deban ser gobernados por las mismas reglas que se han desarrollado para los recursos tangibles, incluso con el ajuste de la duración”⁷.

Una vez que los derechos de PI se estudian desde la función que cumplen en la economía, su perfil se va clarificando y, al mismo tiempo, se reafirma la distancia que toman del canon liberal lockeano, como se leerá en este artículo. La PI se erige en un régimen legal que procura gobernar intangibles provenientes del conocimiento y la creación humanas, que se vuelven artificialmente escasos para estimular un mercado de bienes que en otras condiciones no serían ni rivales ni excluyentes⁸⁻⁹.

6 Ibid., p. 1524.

7 Ibid., p. 1534.

8 Ibid., p. 1535.

9 Daniel Stengel destaca que un rasgo distintivo de la PI es justamente el horizonte temporal que tiene esa última. La PI es una forma de apropiación que está destinada a transformarse en dominio público al cabo de un determinado, y cada vez más extenso, espacio. “Mientras que la propiedad en la vida “real” encuentra su fin natural, los derechos de propiedad intelectual

2.2. La PI como categoría propietaria

En el universo de las distintas formas jurídicas que pueden gobernar la relación entre las personas y las cosas, la PI aparece habitualmente como una categoría escurridiza, tanto a cuenta de la intangibilidad de los bienes sobre los que recae como de la variedad de cosas que pueden, laxamente, ser objeto de ésta. Es, por lo pronto, un campo en que los supuestos filosóficos y económicos de la propiedad privada ofrecen un espacio líquido, ante formas de producción y transacción sometidas permanentemente a cambios tecnológicos que desafían las construcciones dogmáticas modernas.

a) Contra la unidad conceptual

Como señala Praduroux¹⁰, la PI es un campo bien desarrollado, que recae en un campo de objetos controversiales, que comprenden a su vez varias ramas parcialmente traslapadas entre sí, y que protegen distintos tipos de información. Moore y Himma proponen que esta forma propietaria se centra no tanto en la manifestación abstracta de ideas, sino más bien en el control de las manifestaciones físicas o expresiones de esas ideas. De este modo, los derechos de PI, protegen los intereses de un creador de contenidos en sus ideas, asignando y haciendo cumplir los derechos de producción y control de las instanciaciones físicas de esas ideas¹¹. Desde esa perspectiva, todo el sistema de PI se basa, entonces, en ideas que se manifiestan, que trascienden su sola concepción en el interior del pensamiento humano para tomar una forma física o tangible que es apropiable y controlable. Este proceso de desmaterialización, como reflexiona Käll supone una construcción de la PI sobre la premisa de que el conocimiento se separa de la mente humana y se somete, luego, a un control que es externo y que se rige por las normas de la PI¹². Esto se problematiza, como se verá, en el campo de los objetos digitales.

mueren por muerte artificial.” STENGEL (2004), p. 77.

10 PRADUROUT (2017), p. 65.

11 MOORE y HIMMA (2018), p. 1.

12 KÄLL (2020), pp. 5-6.

No obstante esta aparente claridad, basada en una distinción fundamental entre lo que se piensa y lo que se dice/hace/concreta, la noción de PI resulta sorprendentemente poco pacífica. Alexandra George, por ejemplo, discurre sobre la falta de unidad conceptual, la serie de definiciones que se ensayan y el hecho de que ningún criterio definitorio logre dar cuenta del verdadero carácter del objeto sobre el que recae esa forma de propiedad, en contraposición a lo que ocurre en el campo de lo tangible. De ahí que la PI, afirma George, es más bien “(...) un término paraguas que refiere a una variada colección de reglas y a los objetos respecto de los cuales estas regulan el comportamiento humano”¹³. Las categorías clásicas que constituyen las doctrinas de *copyright*, marcas, patentes y secretos comerciales, son las que han entrado hace ya un tiempo a la categoría de PI y han quedado amparadas en un campo regulatorio específico, pero varias otras se encuentran en una especie de limbo jurídico-filosófico, pues comparten ciertos rasgos que permitirían calificarlas como PI. Nada de ello aporta, por cierto, a la claridad y unidad conceptual que permitan definir el término¹⁴.

A partir de esto, la PI y su difuso carácter aparecen dotados de un dinamismo conceptual y una dispersión normativa que contrastan con la claridad de las definiciones y reglas que delimitan qué es la propiedad y sobre qué objetos puede recaer, y que es propia de los Códigos Civiles del siglo XIX. De ahí que la PI funcione menos como una categoría unitaria que como una agrupación normativa de regímenes heterogéneos.

b) La política de la PI

Esta mirada acentúa la importancia de lo que dice políticamente el considerar que determinados bienes deben gobernarse bajo un régimen general de propiedad y otros no. Haunss ofrece una aproximación a la PI como un nuevo escenario de conflictos políticos. Para el autor la expansión de las economías basadas en el conocimiento de escala global y de los instrumentos

13 GEORGE (2012), p. 32.

14 Ibid., p. 32.

de gobernanza de esta mediante tratados internacionales de amplio alcance, han generado una politización de la PI. Esta se visualiza en dos procesos bien claros. Por una parte, actores más diversos han tomado parte en asuntos que tienen que ver con PI. Por la otra, el espectro de asuntos que involucra la PI ha crecido y las formas de acción se han vuelto más complejas. Estas dos tendencias deben comprenderse insertas en un proceso de cambio social que se asocia al paso de una sociedad industrial a una en que el desarrollo económico se basa en el conocimiento¹⁵.

En ese orden, se trata de imponer una unidad normativa que se sigue de una unidad conceptual, pero por sobre todo de una misma gobernanza de determinados bienes que producen un efecto cultural y económico en las sociedades donde se asientan. Desde ese punto de vista, las particularidades dogmáticas que puedan aconsejar la separación de los estatutos regulatorios de ciertos intangibles, ceden a la necesidad de un gobierno político y económico de esos bienes. Esto contribuye, de alguna forma, al declive de la supuesta solidez y precisión dogmática del término mismo *propiedad* y su adscripción más bien ideológica a una forma específica de ordenamiento de la sociedad, el trabajo y la economía. Como apunta Dreier, la propiedad no coincide con un concepto legal preciso sino más bien constituye una “metáfora ideológicamente motivada usada en el continuo debate sobre la propietarización de bienes públicos”¹⁶.

Dicho lo anterior, quedan varios cuestionamientos que plantear. Tal vez uno de los más acuciantes dice relación con que, aun admitiendo que la PI es una forma de propiedad equiparable a la de los bienes tangibles, no es aún claro qué intangibles pueden ser objeto de ésta. Como se verá, el proceso político de propietarización ha hecho que cada vez más bienes sean susceptibles de ser apropiados ya sea física o simbólicamente: el fenómeno de la PI es parte de este proceso de extensión propietaria que coloniza cada vez más campos y que navega un delicado balance entre reglas de apropiación

15 HAUNSS (2013), pp. 3-4.

16 DREIER (2013), p. 130.

y reglas de difusión¹⁷. Sin embargo, el mayor problema de filosofía política de la propiedad radica en aplicar voluntariosamente a todos esos ámbitos el canon liberal propietario como si fuera una especie de solución de talla única que bien queda a todas las formas de producción y apropiación de bienes intelectuales que existen. Esto, precisamente, se discute en lo sucesivo.

2.3. La apropiación de activos: una economía de la PI.

No hay que buscar las respuestas tanto en la dogmática del derecho como en los factores económicos que han incidido en la extensión de la PI a campos que no se creían apropiables¹⁸. La naturaleza de la PI, su esencia, aparece nítidamente cuando el estudio se traslada a las causas de la proprietarización de determinados objetos, y en ello, las lógicas económicas tienen un rol fundamental. Esto llama la atención de dos maneras. La primera, indica que los derechos de PI merecen, por alguna razón, un tratamiento distinto del que se da a la propiedad de tangibles, como si compartiera con ésta algunas características, o una suerte de unidad conceptual a medias. La segunda novedad es que la PI parece ofrecer un renovado campo para el análisis económico, como si sus fundamentos y su importancia relativa en las economías globales fueran objeto de algún cuestionamiento que es necesario salvar: la PI se parecería, compartiría algunos rasgos (pero no todos) con la propiedad de tangibles. Pero su comportamiento, en tanto fenómeno económico, sería distinto a cuenta de las características especiales que ofrece en el campo de su producción y, sobre todo, de su transacción no rival ni excluyente. Como sugieren Drahos y Braithwaite, la fortaleza de los derechos de PI deriva en un costo monopólico, mientras que su ausencia o debilidad lleva al problema de *free riding* y a una sub-inversión en innovación¹⁹. De

17 DRAHOS y BRAITHWAITE (2002), p. 13.

18 George plantea varios ejemplos de intangibles con los que la noción de propiedad no comulga de manera muy clara: los derechos humanos son un intangible, pero no hay (ni podría haber) propiedad de ninguna clase sobre ellos. Los contratos, acuerdos de voluntades que establecen derechos y obligaciones exigibles, son intangibles y pueden ser objeto de transacciones onerosas entre partes, ¿podrían los contratos considerarse como PI? GEORGE (2012), p. 66.

19 DRAHOS y BRAITHWAITE (2002), p. 13.

ahí entonces que la PI constituya más bien un régimen elástico que sirve a decisores públicos y privados, a cuenta de intereses específicos, dinámicos y a veces contradictorios, que tiende a diluir las particularidades dogmáticas.

Cooter y Ulen²⁰ tratan el problema de la aplicación del régimen propietario a la información, que radicaría entre otras cosas en la imposibilidad de apropiación. Este se resume en que esa clase de propiedad recae sobre bienes que son caros de producir y baratos de transmitir, lo que es campo fértil para *free riders* que se apropian de los beneficios sin ser dueños. El revendedor de la copia de un disco de música, en el ejemplo de los autores, sólo asume el costo de transmisión o de reproducción, y no el de producción, la parte del león. Esto permite que los revendedores, *free riders*, se hagan de un beneficio que no produjeron, vendiendo a una fracción del precio al que el productor lo haría: este último se ve, pues, atrapado en la paradoja de la imposibilidad de apropiación.

Habría que aclarar, con todo, qué es exactamente aquello de lo que el productor (un artista musical, en el ejemplo) se ve privado cuando se habla de la imposibilidad de apropiación ¿Se trata de la imposibilidad de asir su obra? ¿O más bien de los beneficios que ésta puede generar, y que son siempre contingentes? Si se recurre a la idea de la propiedad como un haz de derechos, es claro que algunos de los poderes del dominio le serán privados, mientras que otros seguirán intactos. La *imposibilidad de apropiación*, pareciera una exageración, pero arroja ciertas pistas sobre el valor que se busca resguardar o proteger en el establecimiento de esta clase de derechos sobre activos intangibles. Es posible pensar que el sistema de PI protege en realidad alguna forma de valor que producen los objetos en que recae, y que dichos sistemas usan mecanismos de responsabilidad o contractuales más que estrictamente propietarios para operar esa protección. Eso provoca, por lo pronto, que los esquemas de protección sean variables y negociables, de forma de que el *bundle of rights* cobra más relevancia aquí que en la propiedad tangible.

20 COOTER y ULEN (2008), pp. 175-200.

La segunda línea de falla es la relativa a la idea misma de información, en tanto objeto fundamental de apropiación que exterioriza el conocimiento. Esto se hace aún más patente en el caso de los objetos digitales, en que la información toma la forma de data y meta data que se apropia, acumula y transa en forma de ceros y unos. La PI posee un alcance amplio y una importancia relativa en las economías cada vez mayor, de manera que la sola información, en tanto traspaso de datos, es algo mezquina en evidenciar la real valía de lo que se posee y transa en la PI, esto es, creación, ideas y conocimiento. Cooter y Ulen resumen cuatro áreas del derecho bien precisas que, en conjunto, reciben la denominación de PI o derecho de la PI. Estas son las patentes, el *copyright*, las marcas comerciales y los secretos comerciales. Cada una de estas áreas, agrupadas genéricamente bajo la etiqueta de PI, constituye un mundo en sí mismo, de creciente complejidad normativa y de enorme relevancia económica. Se trata de un mundo riquísimo donde se encuentran una variedad de objetos de apropiación como el modelo de invención del iPhone 17; los frescos sociales de Balzac; la complejísima y sensacional puesta en escena de *The Wall* de Pink Floyd; los mundos de Jorge Luis Borges, incluyendo las lenguas que se hablan en Tlön y Uqbar; y todos y cada uno los *papers* y libros citados en este estudio. Todos estos objetos trascienden la sola idea de información, aunque sin duda la contienen. Todos poseen, asimismo, un rasgo común: se fundamentan en ideas. Y éstas, como se pondrá en evidencia más adelante, no compiten unas con otras, y su uso y aprovechamiento no disminuyen la posibilidad de uso por otros²¹. Esto sienta, desde ya, las bases para que el esquema clásico de la filosofía política de la propiedad privada, ideado y transformado en norma para una realidad material y excluyente como es la tierra, no funcione de manera muy clara en el mundo de las ideas.

Una forma de comprender la PI, que anticipa el problema objetual que se analizará en el segundo acápite, es comprenderla como un constructo social institucional, originado en la ley y que se contrapone a los *hechos brutos*, es decir aquellos que no requieren de un contexto institucional para existir.

21 Ibid., p. 176.

Los hechos institucionales sólo existen como construcciones sociales y en el marco de las sociedades humanas y como producto de la normatividad. Este esquema básico es útil de aplicar: la PI, en tanto fenómeno institucional, puede ser distinguida de los objetos sobre los que recae, hechos brutos del mundo no institucional. Se trata, así, objetos ideados, distinguibles de los objetos físicos que constituyen las formas documentadas de la PI²². Estas últimas constituyen “(...) la evidencia tangible de la existencia de un objeto ideado, que sustenta el objeto de la propiedad intelectual”²³. En este esquema, la forma documental o materializada de la PI constituye un hecho bruto o crudo pues su existencia es independiente de la institucionalidad que constituye la PI y de los acuerdos y consensos que erigen o no en propiedad los objetos que se contienen en esos documentos²⁴.

Lo que justamente operan los estatutos de PI, en sus varias clases, es lo que Käll denomina críticamente desmaterialización, que se concreta en los discursos normativos. La creación intelectual se separa de su autor y se transforma en un recurso que es extraído: esto tiene una expresión muy notoria en el caso de los datos y los meta datos, que se desconectan completamente de su materialidad o de la conexión con cualquier realidad material²⁵. Este proceso queda completo cuando esos bienes se comodifican, es decir cuando esos activos se codifican como propiedad y son, por tanto transables y convertibles en capital²⁶.

¿Cuál es, en este esquema, la clave definitoria de la PI? La determinación del objeto es fundamental, como se ha visto, para la construcción conceptual. No obstante ser objetos que el mismo sistema crea a partir de hechos brutos

22 GEORGE (2012), p. 92.

23 Ibid., p. 93.

24 Guzmán desarrolla en el mismo sentido una idea de “cosas intelectuales” que “(...) constituyen materia o movimiento de la materia pensados con una forma determinada, reproducible o representable indefinida cantidad de veces con materia o con su movimiento físicos. (...) Su consistencia, empero, no es la corporalidad del soporte material, sino la forma concebida por el intelecto y dada a la materia concebida de la misma manera.” GUZMÁN (2006), p. 60.

25 KÄLL (2020), pp. 5-6.

26 Ibid., p. 7.

que se desmaterializan y comodifican, George argumenta que la esencia de las doctrinas que componen la PI radica en reglas que generan objetos abstractos de propiedad y derechos que regulan los comportamientos respecto de esos objetos²⁷. Así, este criterio remite necesariamente al objeto ideal, que está dotado de un grado de originalidad y además puede ser representado en una forma documental. Este rasgo está presente en las varias doctrinas que componen la PI, de modo que bien puede ser considerado como un criterio central para definirla. Es, con todo, la ley la que operará un proceso de aislación de los elementos abstractos y de posterior reconstrucción de estos como objetos de PI²⁸.

Sobre esta base fáctica se superpone una segunda categoría fundamental, conformada por los derechos que se asignan respecto de esos objetos. Dependiendo del área de PI de que se trate, aparecen distintas configuraciones de poderes respecto de esos objetos, que pueden ser ejercidos por su titular de forma monopólica. George sostiene aquí que los derechos de PI en sí mismos no guardan mayor diferencia con los derechos de propiedad en bienes tangibles, más allá de que recaigan sobre objetos sustancialmente distintos²⁹. Es decir, el esquema de poderes que se ejercen excluyendo a otros para explotar los réditos económicos, sería común a los derechos sobre tangibles y sobre expresiones de PI. A partir de esto, es posible sostener que, al menos hasta aquí, los principios dogmáticos pueden diferir, pero la convergencia está dada por un mismo principio de apropiación económica, común a ambas formas de propiedad. Como se verá, esto resulta problemático en varios modos.

a) El problema de la forma física

Esto permite ensayar, sin embargo, un límite conceptual entre la propiedad sobre bienes materiales y la propiedad de intangibles. Pareciera, en un principio, que las ideas que sirven para explicar, y justificar la PI, se derivan

27 GEORGE (2012), p. 137.

28 Ibid., pp. 144-145.

29 Ibid., p. 146.

sin grandes complejidades y en un continuo natural del sistema de propiedad sobre tangibles, como si unas y otras cosas fueran igualmente apropiables y su naturaleza fuera la misma. Para Peñalver y Alexander³⁰, el rasgo fundamental de los bienes que se protegen bajo los estatutos de PI, es su carácter no rival no excluyente: de ahí se deriva que éstos no pueden ser sobreconsumidos, y surge un primer cuestionamiento a la base utilitarista de la PI, pues ésta ya no se sostiene en la necesidad de resguardar los bienes del sobreconsumo o agotamiento. El abismo ontológico entre las cosas materiales e intangibles va a ser, pues, la piedra angular que va a fundar la crítica a la PI, en tanto cuestionable derivación del paradigma liberal tradicional.

Alexandra George apunta, en esa misma dirección, que la PI suele suponer su equivalencia con algo que tiene existencia física y que por tanto mantiene una entidad pre legal, una existencia en el mundo de las cosas, y que sólo espera ser descubierta y regulada³¹. Para la autora, en cambio “La propiedad intelectual es creada y regulada por la ley, y de esta forma difiere de los objetos que no son imaginarios sino que tienen una pre existencia en una forma física que determina la manera en que son controlados (...)”³².

En ese razonamiento, el objeto tangible no es más que una evidencia de aproximación al objeto de la PI. Los objetos de la PI no tienen, pues, una existencia física, lo que no impide que sean, en cualquier caso, una realidad objetual y, por ende material. Pottage y Sherman notan que el discurso de la PI es más materialista que cualquier otro lenguaje de propiedad, de forma que la PI misma no es una forma tenue o periférica de propiedad. La tangibilidad e intangibilidad no serían, entonces, más que dos formas de una materialidad, que obliga a buscar una forma física en que la PI se manifieste y pueda por ende ser objeto de apropiación³³.

30 PEÑALVER y ALEXANDER (2012), p. 184.

31 GEORGE (2012), p. 8.

32 Ibid., p. 9.

33 POTTAGE y SHERMAN (2013), p. 28.

2.4. La PI ante el canon propietario

Como se advierte, la definición de PI oculta, tras una aparente simplicidad y un carácter en cierto sentido obvio, una construcción mucho menos pacífica. Hay por lo pronto, algunas intuiciones que afloran: la PI no tiene un asidero físico, aunque se relaciona con un objeto; sobre todo, no parece ser tan *natural*, como la perspectiva lockeana³⁴ sugiere para la propiedad sobre bienes tangibles. Mientras esta última simplemente es reconocida por el sistema legal para autorizar y justificar la apropiación de bienes que tienen una existencia previa y se mezclan con el trabajo humano, la PI parece ser un producto de la creación del derecho que manufactura un objeto y lo hace apropiable.

El problema del carácter propietario de los derechos de PI discurre sobre dos corrientes gruesas de ideas. Las que consideran que la PI es, en efecto, una forma de propiedad que comparte con ésta sus rasgos esenciales, en especial la posibilidad de excluir; y la que considera que el término propiedad es algo que no calza con los rasgos característicos de la PI y no debe por tanto llamarse propiedad. Resulta bastante claro que la construcción doctrinaria de la PI es relativamente reciente en la historia del derecho y que, en efecto, no coincide de forma clara con las nociones que provienen de la base romanista del derecho privado. Dreier muestra, así, que la idea de propiedad en el ámbito de los intangibles en el derecho civil alemán

34 Si bien no es el objetivo de este estudio el profundizar en la perspectiva lockeana de la propiedad privada, sí deben mostrarse algunos ejes fundamentales. En el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, John Locke sostiene que la propiedad privada surge del trabajo: aunque la tierra y los bienes comunes pertenecen a todos en un estado primigenio de naturaleza, cada persona se apropia legítimamente de aquello en lo que invierte su esfuerzo. El fundamento radica en que cada individuo es dueño de su propio cuerpo y, por extensión, de los frutos de su trabajo. La apropiación es legítima siempre que se respete la regla del “suficiente y tan bueno”, es decir, que quede para otros en condiciones similares, y que no se acumule más de lo que se pueda usar antes de que se pierda o se desperdicie. Con la introducción del dinero, aceptado por consenso, se hace posible la acumulación ilimitada de bienes, lo que transforma las relaciones de propiedad. Para Locke, la protección de la propiedad, entendida como condición de la libertad, es el fin primordial del Estado civil, y su respeto constituye la base del contrato social y de la legitimidad política. Véase GUERRA (2023).

sólo irrumpió a mediados de la década de los '80 del siglo XX. La noción propietaria siempre fue física, tangible, con una clara delimitación en ese sentido en el Código Civil y defendida de las impropiedades conceptuales que hubiera significado ampliarla al ámbito de lo no tangible. A diferencia del caso de Alemania, los sistemas de *common law* del mundo anglosajón, en donde la idea del *bundle of rights* gozaba de mayor aceptación, mostraban una mayor flexibilidad para recepcionar la idea de una propiedad sobre bienes no físicos. Los sistemas de derecho civil, observa Emerich, fueron tradicionalmente más rígidos en reconocer la propiedad sobre intangibles, vista más bien como una anomalía, mientras los de derecho común dan menor importancia a la materialidad del objeto de la propiedad y son más proclives a considerar esos objetos intangibles como cosas que son comercializables³⁵, y por ende a asignar derechos sobre estos. Esto obedece, para la autora, a que la relación de dominio respecto de la tierra no se tiene sobre esta, sino que se detenta un conjunto de facultades sobre la tierra (*estate*). De esta manera, apunta Emerich, no hay problemas en reconocer derechos de propiedad sobre cosas incorpóreas³⁶. Esta convergencia hacia la privatización de los bienes incorpóreos es, con todo, una tendencia ya asentada tanto en el derecho civil como en el *common law*, que van transitando hacia su reconocimiento. La propiedad, entonces, no es un instituto pético, sino que evoluciona y se reformula a la luz de nuevos condicionamientos fácticos, en especial las nuevas formas de aprovechamiento económico de diversas formas de bienes y la producción en el mundo digital.

3. EL PROBLEMA DEL OBJETO DE LA PI.

Como se ha anticipado, una cuestión fundamental en esta discusión es la relativa al objeto sobre el que recae una y otra forma de propiedad y, si el régimen de propiedad que surge de la filosofía liberal, primigeniamente material, puede aplicarse sin más a los bienes inmateriales intelectuales. Pareciera que, en esta lógica, todos los posibles usos o aprovechamientos

35 EMERICH (2018), pp. 185-186.

36 Ibid., p. 187.

que ofrecen esos derechos autónomos que conforman la expresión *propiedad intelectual*, no fueran más que inexactas analogías que buscan definirse por similitud a las imperecederas y completas facultades del dominio clásico, sin lograr ser algo más que un pobre reflejo de estas. Es, con todo, necesario desarrollar una ontología, al menos básica, sobre los bienes. Es útil la que ofrece Ducci para el derecho civil chileno, y que bien sirve como punto de partida sobre el que complejizar. Las cosas, dice Ducci, son cualquier entidad perceptible por los sentidos; son bienes cuando estas cosas pueden ser objeto de apropiación. Sobre las cosas pueden ejercerse pluralidades de derechos. Estas cosas pueden ser, a la vez, corporales, cuando tienen realidad física en el mundo material: o incorporeales, es decir abstracciones que constituyen conceptos intelectuales³⁷. Estas cosas incorporeales, y ya de acuerdo al Código Civil chileno, son las que consisten en meros derechos, reales o personales³⁸. Dentro de esta categoría de cosas incorporeales deben incluirse, para Ducci “(...) una serie de entidades que se pueden concebir sólo intelectualmente y las cuales hemos denominado bienes intangibles”³⁹.

Como se advierte, el campo del objeto es uno de amplísimo alcance y en constante crecimiento, que se acrecienta y complejiza cuando se trata de objetos digitales, que crecen en número al mismo ritmo en que los desarrollos tecnológicos mueven el cerco de lo apropiable. Von Bar y Allen⁴⁰ proponen que casi cualquier cosa que no es un sujeto puede caer en la categoría de objeto de derechos de propiedad. Aquí los autores renuevan de alguna forma la distinción que hacía Ducci. Un objeto es cualquier cosa que pueda ser tomada en cuenta para los propósitos del derecho privado: y cualquier cosa que pueda ser objeto de una transacción legal es una mercancía, o un bien. Finalmente, en esta ontología, las cosas son objetos de transacciones legales en que pueden crearse derechos *erga omnes*⁴¹. Este último campo resulta ser justamente la línea de fuga de la expansión propietaria, dado que aquí

37 DUCCI (1996), pp. 173-175.

38 Ibid., p. 181.

39 Ibid., p. 182.

40 VON BAR (2023), p. 106.

41 Ibid., p. 106.

se contienen los derechos incorporales o inmateriales. La mayor o menor amplitud de este campo dependerá de las decisiones que tome cada sistema legal, y es por tanto variable. Con todo, la clave de los objetos radica en ser una “entidad que aparece lo suficientemente determinable que puede ser exitosamente incorporada en el complejo de reglas de derecho privado de un sistema legal”⁴².

3.1. La producción jurídica del objeto

Problematizar sobre el objeto de los derechos no resulta de gran interés en el mundo de la propiedad de bienes tangibles, pero en el campo de la PI de bienes que se crean y transan por medios digitales, sí resulta de capital importancia para determinar el espectro propietario, que está en una permanente disputa. El campo de la propiedad sobre bienes físicos es uno conocido, de límites bastante bien establecidos y en que las violaciones y sus remedios están claros. No es así en el campo de los intangibles. Es justamente la naturaleza de esos bienes objetos de PI lo que conflictúa los argumentos propietarios y sienta las bases para una despropietarización *de facto* de las creaciones digitales.

Como explica Madison⁴³, las cosas son reales, e independientes del sistema legal: este las puede reconocer, a partir de ciertas propiedades reales que son definidas en la ley. Pero también existen las cosas que son constituidas, que no son reales, sino que son construidas. Para Madison la pregunta es cómo. Hay varias formas: pueden ser hechas por sus creadores, pueden ser elaboradas por negociaciones privadas, o a través de procesos o prácticas sociales que terminan siendo reconocidas como derechos. O estos bienes pueden ser creados *por* el derecho, como una función de política pública⁴⁴. Estas dimensiones de la creación del derecho no son excluyentes la una de la otra, y representan un estado de avance de la ciencia jurídica de gran

42 Ibid., p. 107.

43 MADISON (2005), p. 386.

44 Ibid., p. 386.

relevancia, básicamente porque las opciones regulatorias, creadoras de bienes transables se abren de una forma no vista antes. El haz de derechos se vuelve, así, aún más complejo, avalando de alguna forma la idea de que eso que este crea ya no es, simplemente, propiedad, sino el resultado de la convergencia de distintos regímenes e instituciones jurídicas.

Esto pone de relieve, no obstante, una clave de los objetos. Son los componentes materiales (no necesariamente su tangibilidad) de ese haz de derechos los que fijan las posibilidades de apropiación que cristalizan en la decisión político normativa llamada ley. No obstante, esto no debe oscurecer que existe una relación conflictiva entre esa decisión y la realidad sobre la que esta se asiente. Madison plantea una interesante cuestión, al señalar que la influencia retrospectiva y prospectiva de las cosas radica en su autoridad, esto es “la influencia conductual y cognitiva que estas ejercen sobre los individuos y empresas que adquieren, consumen y re usan las cosas y, significativamente, el punto hasta el cual esa influencia pueden ser desafiada por (es decir, mediada por) esos individuos y empresas”⁴⁵.

Esta autoridad proviene, frecuentemente, del reconocimiento legal de las cosas, a través de un proceso iterativo y analítico que produce su legitimidad. Con todo, lo que interesa sostener aquí es que, en el curso de ese proceso que una cosa material o inmaterial sigue hasta transformarse en objeto de un derecho, no sólo se produce su legitimidad en el sistema legal, sino que también el contenido. En ese proceso se decide a qué parte del amplio haz de derechos pertenece ese derecho en particular, y este es determinado de manera significativa por la naturaleza de esa cosa. De este modo, los derechos de PI, en su amplia y porosa variedad, están determinados por la forma de las cosas en que recaen: la variedad y complejidad de estos bienes intangibles producirá, entonces, derechos complejos y variados. Esto, que puede parecer obvio, es justamente el puntapié inicial de un posible proceso de desintegración propietaria, como se verá.

45 Ibid., p. 389.

3.2. Viejos paradigmas para nuevos objetos

El punto de partida que se ha esbozado, entonces, es la distinción entre objetos corpóreos e incorpóreos como hechos brutos, sobre la cual debe superponerse (o intentar hacerlo) un régimen de reglas de adquisición y circulación de bienes. Sobre este esquema debe, a su vez, superponerse un marco de la filosofía política de la propiedad, donde radicarán (o no) sus justificaciones. Richard Epstein advierte, en ese sentido, que pese a las diferencias de naturaleza de ambas clases de bienes, y la imposibilidad de concretar una posesión material sobre los bienes intelectuales, la herencia de la propiedad tangible sobre estos bienes no puede desestimarse⁴⁶. Para el autor, las reglas de la propiedad de tangibles bien pueden aplicarse a los intangibles, de modo que las nuevas formas de apropiación sean análogas a las antiguas. Epstein considera en ese sentido que el gran obstáculo teórico que representa la asibilidad de los bienes tangibles mediante la posesión, puede salvarse mediante ciertos sustitutos de ésta en un mundo intangible. De la misma forma, las mismas limitaciones que pueden imponerse a la propiedad real o tangible, pueden tener lugar respecto de los intangibles, de modo que es el carácter absoluto de la propiedad en sí misma lo que está en cuestión y que en realidad hace ficticias las diferenciaciones entre una y otra forma propietaria⁴⁷. Epstein ve en los regímenes de propiedad sobre escritos e inventos una continuidad de la noción clásica liberal de la propiedad, que remite a John Locke, Adam Smith y William Blackstone. De este modo, Epstein reacciona contra lo que llama un *obituario prematuro* de la versión liberal de la propiedad. La pregunta consiste, entonces, en qué desviaciones es capaz de soportar el canon tradicional para poder desarrollar un sistema de PI⁴⁸ antes de, simplemente, quebrarse en el campo de los objetos inmateriales.

46 EPSTEIN (2010), p. 458.

47 En ese mismo sentido, Dreier apunta que los derechos de propiedad en bienes tangibles también están sujetos a limitaciones al igual que los de PI, de manera que ello no hace una diferencia que impida aplicar la noción de propiedad a ambas realidades. DREIER (2013), p. 128.

48 EPSTEIN (2010), pp. 482-483.

Daniel Attas sostiene, derechamente, que “cualquier clase de régimen que reconozca el dominio sobre ideas, sin importar su especificidad, no puede encontrar sus fundamentos en la teoría lockena”⁴⁹. Esto deriva de una distinta lógica de consumición de los bienes materiales que haría necesaria su exclusividad para ser posible, y que no es tal en el caso de las ideas, cuyo consumo no las extingue y pueden ser usadas a la vez y sin detrimento por muchas personas. Nuevamente, el objeto en que recae el esquema propietario es lo que cuestiona sus fundamentos. Como anota el autor, el carácter no rival de las ideas es una suerte de piedra de tope para sostener un esquema lockeano para la PI: las ventajas o aprovechamientos de una idea pueden beneficiar a varias personas a la vez, sin detrimento ni desmejora para otros. Es más, su flujo libre y sin barreras puede, en muchas formas, estimular la creación, la innovación y el nacimiento de nuevas ideas.

Esta forma de discurrir conduce a un elaborado cuestionamiento de la PI a partir de la inapropiabilidad de la información y de la imposibilidad de excluir, como rasgo esencial en la construcción liberal individualista de la propiedad. Si la PI recae sobre objetos de los que no es posible excluir a otros y que no hace rivales a los sujetos en su consumo, ¿por qué había de llamarse propiedad a ese derecho que existe sobre ellos? Es claro que la exclusión tiene un sentido muy definido en el mundo de los bienes tangibles y otorga tanto un derecho al dueño a impedir la entrada en los bienes ajenos como un deber de los demás de excluirse a sí mismos de estos. Pero, como afirma Hugh Breakey, cuando se trata de imponer una exclusión respecto de actividades, esta no funciona de modo tan sencillo en el mundo de los intangibles. No debe perderse de vista que muchos bienes amparados en PI en su versión de *copyright* pueden implicar un derecho a excluir a otros de la reproducción de esos bienes: el caso más evidente son las obras audiovisuales o la música. Estos bienes poseen una dimensión performativa, en el sentido más llano del término. Las obras teatrales se representan; las obras musicales se ejecutan; las obras poéticas se declaman ante un público y las obras cinematográficas se exhiben. Hay, en ese sentido, un campo de aprovechamiento de bienes

49 ATTAS (2008), p. 30.

amparados en PI que se vehicula en una actividad específica y de la que el derecho de autor permite excluir a otros performantes. La exclusión, dice Breakey, implica en este caso constreñir en otros la posibilidad de desarrollar una actividad específica que el dueño tiene derecho a realizar o representar, y puede tener una dimensión temporal o geográfica específica⁵⁰. En el caso de los intangibles del conocimiento, la exclusión de una actividad remite a un bien del intelecto humano, una creación que se soporta materialmente en papel, en un archivo de código binario o, para complejizar más el asunto, en un entorno de convergencia de varios objetos digitales enlazados en una red física intangible que, en su conjunto, componen un objeto de apropiación⁵¹.

Al argumento de la consumición material versus la de las ideas, y de la posibilidad clara de excluir en el caso de los bienes materiales (y no tan clara en el caso de los intangibles objetos de PI) Attas agrega un interesante cuestionamiento a la libertad como fundamento propietario en el mundo de las ideas. La libertad realizada a través de la propiedad recibe un profuso tratamiento en el canon liberal lockeano, pero, como Attas señala, la libertad que se realiza en el uso de una idea no coarta ni limita, nuevamente, la de otros. Es más bien al revés: “los derechos exclusivos sobre ideas probablemente restrinjan la libertad en formas más severas aún que aquellas por las cuales la propiedad material restringe la libertad”⁵². Estas características, que alejarían a las ideas del canon propietario lockeano, hacen pensar que el orden de argumentos que justifica la existencia de derechos de PI procede de un utilitarismo en que la línea de falla de los argumentos propietarios es mucho más notoria.

De la misma forma, el rol crucial que juega el trabajo humano en la apropiación no tiene, en el mundo de la creación de ideas, la radicalidad que le asigna el credo liberal lockeano. Los bienes del intelecto no permiten la apropiación primigenia en la que se fundan todas las demás adquisiciones,

50 BREAKEY (2013), p. 139.

51 Véase el trabajo de HUI (2016), p. 387.

52 ATTAS (2008), p. 34.

pues no hay un pozo común inapropiado del cual el trabajo humano extraiga los bienes para hacerlos suyos⁵³. Siendo esto cierto, no debe perderse el punto, como se verá más adelante, de que sí es posible discernir sin gran dificultad entre las ideas que emanan de la mente humana y aquel conjunto de éstas que se expresan en una forma documentada o, si se quiere, entre las ideas y su forma material. La PI se cierra, entonces, sobre algunas (no todas) las ideas, y bajo la condición de que se expresen en una forma material o documentada, en palabras de Käll, cuando estas se desmaterializan.

No debe perderse de vista, como señala Epstein, que el esquema de protección que la PI ofrece para los bienes bajo su amparo, representa formas que equivalen a las de la propiedad física. En principio se trata de mecanismos que tanto establecen qué se considerará una violación, como los medios con que ésta puede repelerse. El sistema mismo de propiedad se apoya en el derecho de daños y de contratos, mediante el que se dispone de los derechos vendiéndolos o licenciándolos. Tanto la disposición como la misma protección de los derechos sobre intangibles quedan asimilados en buena medida a la propiedad física. Lo importante, en ese sentido, es analizar cómo los rasgos que son centrales en la propiedad de tangibles pueden tener un símil en la PI. En ese orden la exclusión parece ser clave dado su rol primordial en la concepción liberal de la propiedad. Epstein argumenta en ese sentido que ésta bien puede tener lugar, pero no mediante los límites físicos, y que los remedios para esas violaciones remiten necesariamente al derecho de daños y a las decisiones judiciales que buscan impedir esas infracciones cuando están teniendo lugar.

En gran medida, los argumentos en favor de la PI que propone Epstein remiten directamente a una controversia sostenida con varios autores que vislumbraban, ya en la década del ochenta, una crisis de la propiedad o su desintegración, precisamente a propósito de la descosificación de ésta. Uno de los trabajos relevantes en ese sentido es el de Thomas Grey, que antecede en veinte años a Epstein en el planteamiento del problema. Grey parte de

53 Ibid., p. 41.

la idea de que ya la noción de *bundle of rights*, viene a subvertir la idea del dominio eliminando cualquier conexión necesaria entre los derechos de propiedad y las cosas. A partir de ésta se va a producir una fragmentación de la propiedad tanto subjetiva como temporal: las cosas pueden ser de propiedad de más de una persona, mientras ciertos aspectos del control sobre los bienes puedan cederse a otros o bien parcelarse a través del tiempo. De la misma manera, la extensa presencia de cosas intangibles en las cuales hay derechos de propiedad, produce una línea de fuga desde la tradicional forma propietaria cosificada: sin embargo, el lenguaje común sigue, para Grey, pensando bonos, depósitos, *copyrights*, patentes y marcas comerciales, en términos de cosas físicas. Para Grey “el discurso sobre la propiedad está fragmentado en un conjunto de usos discontinuos”⁵⁴ sobre distintas cosas.

Si bien el corazón de la visión liberal de la propiedad se asocia primordialmente a los bienes materiales, es necesario relevar que esta construcción jurídico ideológica de tan larga tradición no permanece pétrea, sino que experimenta los embates de los cambios sociales, políticos y sobre todo económicos. De ahí que Grey acuse una desintegración conceptual e institucional de la propiedad, como resultado de una transformación del capitalismo mismo y su transición hacia una fase industrial. Lo que Grey busca evidenciar es que el paso a la fase industrial del capitalismo da lugar a una suerte de compartimentación de la institución de la propiedad, a cuenta de continuas y cada vez más complejas subdivisiones y recomposiciones del haz de derechos que la componen, para ser transados a voluntad⁵⁵. Ahora bien: ¿qué rol les corresponde en esta crisis de la propiedad a los derechos de PI?

54 GREY (1980), p. 73.

55 Ibid., pp. 74-75.

3.3 El objeto digital: más allá de los límites conocidos

Si bien los objetos digitales no son nuevos⁵⁶ y se han instalado desde hace décadas en el tráfico jurídico, lo cierto es que su complejización creciente y el poder que representan en las economías del conocimiento ofrecen nuevas perspectivas sobre su propietarización que merecen atención. La PI recae de manera relevante sobre objetos que son creados por medios digitales (como los sistemas que sostienen un mecanismo de inteligencia artificial) o bien que son digitalizados a través de tecnologías que son, en sí mismas, objeto de PI.

La propuesta de Hui debate desde la filosofía y plantea que son:

(...) objetos que toman forma en una pantalla o se ocultan en el *back-end* de un programa informático, compuestos de datos y metadatos regulados por estructuras o esquemas. Metadata significa literalmente datos sobre datos. Los esquemas son estructuras que otorgan significado semántico y funcional a los metadatos; en computación, también se les llama ontologías, una palabra que tiene asociaciones inmediatas con la filosofía⁵⁷.

Estos objetos están compuestos fundamentalmente de datos que se organizan en esquemas u ontologías, que se componen de *bits*, representantes de un estado atómico de la información; y de un proceso de información digital. Se trata, como Hui afirma, de una entidad técnica, que se compone del ensamblaje de varios elementos y que no puede comprenderse como una simple colección de componentes⁵⁸. En otras palabras, no se trata de la simple suma de elementos individuales, sino de una composición compleja

56 En su trabajo de 1986 Pamela Samuelson planteaba la cuestión problemática de la autoría de los trabajos generados por un programa de computación, procurando definir los roles en la creación de la máquina versus el usuario de un sistema y del programador. SAMUELSON (1986), pp. 1185-1186.

57 HUI (2016), p. 1.

58 Ibid., p. 385.

de estos en una estructura que se integra a otras. Esta estructura, a su vez, es capaz de adaptar un entorno o medio extraño a su propio funcionamiento, que provee de una función estabilizadora del sistema mismo que se construye⁵⁹.

Esta complejidad no sólo comprende su esencia (si es que eso tiene alguna importancia) sino que incide en las distintas posibilidades de apropiación que evidencia su enorme entramado tangible/intangible. Como Hui reflexiona “en el nivel de la programación hay archivos de texto; más hacia abajo, en el sistema operativo hay códigos binarios; finalmente en el nivel de los tableros de circuitos no hay nada más que señales generadas por los valores de voltaje y la operación de puertas lógicas”⁶⁰. Si este esquema ofrece serios problemas para determinar la esencia de un objeto digital así compuesto, con mayor razón los problemas de apropiación se hacen aún más patentes en este campo. El ser digital, al parecer, se descompone en una miríada de objetos de distinta raigambre y organizados en distintos niveles y estatutos jurídicos. Pero a la vez, como el mismo Hui apunta, la génesis de estos objetos implica la concretización y materialización primero de formas y después de relaciones explícitas y conexiones de objetos⁶¹.

4. LOS LÍMITES A LA APROPIABILIDAD: HACIA LA DESINTEGRACIÓN DEL CANON PROPIETARIO.

4.1. La descosificación de la propiedad

La distinta naturaleza de los bienes tangibles e intangibles ofrece un problema específico respecto de los límites a la apropiabilidad de unos y otros. Mientras los bienes físicos contienen en sí mismos los límites de los derechos que ofrecen a sus titulares, los límites de la propiedad de intangibles del intelecto humano no se determinan con la misma claridad. Como señala Menell “(...) la naturaleza intangible de la PI significa que las fron-

59 Ibid., p. 386.

60 HUI (2016), p. 387.

61 Ibid., p. 72.

teras son definidas por las palabras al contrario de mediciones cuantitativas geofísicas”⁶². Esto implica que los costos de cercamiento de las ideas son altos, pues se trata de fronteras muchísimo más porosas y que no guardan relación alguna de proporcionalidad con las fronteras que afectan a los bienes tangibles. Esto, que se ve agravado en una enorme medida por los medios de producción y transacción digitales y los intercambios *on line* de bajo costo, implica que los mecanismos de protección de la propiedad son inefectivos de una forma y en un grado que no existe en la propiedad física. La posibilidad de poner límites a la diseminación de bienes nominalmente protegidos por PI se va haciendo cada vez más remota, y la posibilidad de cuestionar la propiedad y de aventurar un canon propietario distinto, más cercana. La paradoja radica en que los mismos avances de la era digital que permiten cercamientos digitales, son los que vulneran la efectividad de los derechos y permiten cuestionar la legitimidad.

Este desbalance cuestiona seriamente la forma en que las personas construyen al amparo del sistema legal, relaciones de dominio sobre los objetos y sus productos. Edwin Hettinger llamaba la atención, a fines de la década del ochenta, sobre la necesidad de poner bajo escrutinio a las instituciones que sostienen un esquema de producción física, cuando ésta transitaba ya en esos años hacia lo intangible⁶³⁻⁶⁴. Si la posesión y uso del dueño no se socava por el uso de otros, entonces será el rédito potencial que esa cosa ofrece lo que justifica un régimen de propiedad. No obstante, las consecuencias que se siguen en la libertad personal de todos los demás *no dueños* hacen empequeñecer ese argumento. Dice Hettinger que:

62 MENELL (2011), p. 1537.

63 HETTINGER (1989), p. 32.

64 Hettinger refiere técnicas mediante las cuales todos han (hemos) efectuado actos que pueden ser considerados piratería que, a estas alturas del desarrollo tecnológico, aparecen rodeadas de una nostalgia vintage, como grabar programas de TV en video cinta, hacer copias en cassette o fotocopiar capítulos de un libro. *Ibid.*, p. 32.

(...) las restricciones en el libre flujo y uso de ideas, no solo reprimen el crecimiento individual sino que además impiden el avance de la innovación tecnológica y del conocimiento humano en general. En la medida de que el *copyright*, las patentes y los secretos comerciales tienen ese efecto, son difíciles de justificar⁶⁵.

a) El problema del valor y su apropiación

Esto obliga a una distinción que no se ha hecho hasta ahora, y que traza una nueva línea divisoria entre los bienes tangibles y los intangibles. Esta dice relación con la clase de valor que busca proteger el esquema de propiedad privada en unos y otros y cómo se produce su apropiación. Los bienes intelectuales poseen en ese sentido un valor de uso que no decrece cuando muchas personas hacen uso de ese bien, pero esto no es así en los bienes materiales, en que el valor de uso se reduce a medida que más usuarios entran en ese uso.

Sin embargo, no siempre puede decirse lo mismo respecto de su valor de intercambio, es decir lo que los agentes de un mercado están dispuestos a pagar por ese bien. De hecho, como Attas indica, ambos valores pueden tener comportamientos independientes: aumentar uno de la mano del otro, o bien decrecer el valor de intercambio mientras el valor de uso aumenta a medida que más personas entran en el consumo de esos bienes. El control de los bienes intelectuales no busca, por ende, incidir en el valor de uso, sino más bien asegurar un pago por éste, cosa que Attas no considera que sea un aspecto integral del concepto mismo de dominio⁶⁶.

Una mirada muy fina a la teoría de Locke sobre la propiedad privada y el rol del trabajo en ella, alerta sobre una distinción algo ignorada en la teoría y que dice relación con las distintas formas de valor que ofrece Locke. Hettin-ger diferencia entre dos componentes de éste: una parte es la que agrega el

65 Ibid., p. 36.

66 ATTAS (2008), p. 36.

trabajador propietario y otra es inherente al objeto del trabajo. Esta distinción, difícil de medir por cierto, permite pensar razonablemente que a lo que el trabajador propietario tiene derecho es sólo a aquella parte del valor final que es producto, efectivamente, de ese trabajo⁶⁷. Pero, cuando este problema se lleva al campo de bienes que son producto del ejercicio intelectual, estos límites son menos nítidos. Esto lleva al problema de la autoría y la creación y de cuánto tiene ésta de inédito y cuánto de conocimiento acumulado en una larga serie de inventos y creaciones anteriores que construyen el edificio del conocimiento humano.

Para muestras, algunos botones. Toda la industria musical de la década de los ochenta hasta la irrupción masiva de Napster y del *peer to peer*, se basa en la invención del disco compacto, en base a prototipos desarrollados por Sony y Phillips, los dos gigantes de esa era lejana; no es posible dejar de apreciar en el realismo mágico de G.G. Márquez las huellas de William Faulkner y el mítico sur americano; y cada *film* que Pedro Almodóvar lleva a la pantalla contiene en sí mismo sus propias historias ya filmadas y las de las divas que admiró en el cine de los cincuenta que llegaba a su pueblo manchego.

La pregunta sobre qué parte de la creación es atribuible al creador o trabajador intelectual, es un potente principio de crítica a los fundamentos de trabajo y valor en la teoría lockeana, y obliga sin duda a intentar responderla o bien buscar una justificación distinta. En cuanto a lo primero, es claro que las creaciones intelectuales no aparecen *ex nihilo* y son, como Hettinger sostiene, productos fundamentalmente sociales, cuyo principio de trabajo no puede ser atribuido de forma clara a un individuo en particular. Esto lleva a que los valores de mercado de esos bienes deban repartirse o ser apropiados por una larga serie de personas, muchas de las cuales no están ya presentes. ¿Cuánto le debe Jonathan Franzen a Balzac, en la construcción del fresco

67 HETTINGER (1989), p. 37.

social americano del siglo XXI que rememora el francés del siglo XIX? ¿Cuánto Miles Davis a la psicodelia de Hendrix, y cuanto el jazz moderno a Miles Davis y su obra fundacional inscrita en la placa de *Kind of Blue*?

Esto somete el principio de distribución del producto según trabajo y medido a través del valor de mercado, a ciertas dificultades, y por cierto establece un límite significativo a la apropiabilidad. Éstas se ven acrecentadas por lo que tiene de contingente la noción de valor de mercado, que es esencialmente variable a cuenta de una serie de condiciones específicas que varían geográfica y temporalmente. Dado que los mercados actúan una vez que los derechos mismos de propiedad han sido establecidos, es posible incluso encontrar situaciones en que ni siquiera exista un mercado en que tales bienes sean demandados y transados. Hettinger afirma en ese sentido que el “(...) valor de mercado no es algo que produzcan aquellos que producen un bien y el argumento del trabajo sólo da derecho a los laborantes al producto de su labor”⁶⁸. No debe perderse de vista que, si bien la economía clásica suponía una correspondencia entre el valor de las mercancías y el trabajo puesto en ellas, que determinada su valor de mercado, lo cierto es que esa relación exactamente proporcional tiende a desaparecer cuando se transita hacia industrias que son menos intensivas en mano de obra. De esta forma una diferente proporción de capital y de trabajo puestos en una mercancía dada, van a alterar esa pretendida equivalencia entre el valor de mercado y el valor de trabajo⁶⁹. Esta separación de la noción de valor, a cuenta de quién lo produce, bien puede sentenciar a muerte la idea del derecho a percibir el valor total de mercado; un mito y, a la larga, una cuestión de política social, en opinión de Hettinger⁷⁰⁻⁷¹.

68 Ibid., p. 39.

69 DOBB (2013), p. 25.

70 Nótese, en cualquier caso, que Himma afirma que el límite de este razonamiento está en que sólo alcanza para justificar que las demás personas involucradas en la acción creadora deben ser compensadas, pero no llega a justificar que ese conocimiento deba ser de libre circulación. HIMMA (2015), p. 2477.

71 Richard Posner agrega a este problema el del aumento de costo para las obras posteriores. Si todas las obras y todos los aspectos de una obra se propietarizan mediante un copyright perpetuo, se produce un costo de creación para las obras subsecuentes, que aumenta su costo total de producción. Estos costos se componen de la sumatoria de los costos de rastreo (iden-

Esta distinción ontológica del valor de las cosas que produce el intelecto humano rompe con la noción de valor, pero a la vez es el primer paso en una distinción ontológica sucesiva de los distintos derechos que se pueden derivar de la creación intelectual, cualquiera sea su forma. Hettinger va a precisar esta distinción en razón de, por una parte, un derecho al uso personal y a los frutos, que detentará el creador laborante, y por otra un derecho a la utilidad que produce la transacción de esos bienes en el mercado, en tanto valores que son separables⁷².

El primer derecho se posee *prima facie* por el creador, mientras que el segundo es un fenómeno socialmente creado y no un derecho natural en sí, y constituiría uno de los varios sistemas de recompensas que la ley puede granjear a los creadores. Esto resulta discutible, pues bien se puede argumentar que ambos derechos se originan en un pacto político entre ciudadanos que han renunciado al uso de la fuerza y puesto en funcionamiento un sistema político que reparte poderes y derechos entre los que adscriben a él. No obstante, sí es efectivo que, descartando una suerte de derecho natural al beneficio o utilidad que procede de esos activos, existen una variedad de sistemas de recompensas para los autores, algunos de los cuales pueden ser de orden propietario y otros no. De ahí que ciertas críticas sean atendibles, al menos, en cuanto a la hegemonía de la propiedad privada como sistema de gobierno de todos y cada uno de los bienes que existen, sean o no de creación humana o producto de una mayor o menor cantidad de trabajo transformador puesto en ellos.

Las ideas de Hettinger responden, como se ha dicho, a una ontología mucho más fina de los bienes intelectuales y a una genealogía del valor de éstos que es muy distinta a la tradición lockeana. Con todo, y pese a lo sugerente de la idea de descomponer el valor de esos bienes conforme se originen o no en la acción humana, y al rol decisivo que esto tiene en la

tificar a los titulares del copyright) y los costos de negociación respecto de la licencia; ambos son, típicamente, costos de transacción, que en este caso son impuestos por el propio sistema de propiedad. POSNER (2007), p. 83.

72 HETTINGER (1989), p. 40.

forma en que se otorga el derecho a ese valor, lo cierto es que no hay un cuestionamiento sólido de la PI misma, sino más bien de la parte de ésta que permite al propietario de una idea hacerse del valor de mercado de ésta.

Esta posibilidad, como se desprende del esquema mismo de un haz de derechos, no es más que una de las tantas facultades que otorga el dominio. Asimismo, la propuesta de repartición del valor que hace Hettinger, si bien puede sentar las bases para un gobierno de las utilidades de los bienes, y ciertamente una disolución de la noción de autor, que es estética y políticamente atractiva, no es menos cierto que representa obstáculos prácticos importantes.

4.2. Los intangibles: una propietarización problemática

Richard Posner se refería en su conferencia de 2006, publicada como *Do we have too Many Intellectual Property Rights?*, al fenómeno de la propietarización de la PI. Esta alerta sobre la propietarización de los bienes del intelecto se sitúa en un momento dado de la historia en que se adopta conscientemente la decisión de transformar en propiedad, o más bien a la propiedad, algo que no estaba originalmente considerado como tal. Propiedad física y PI muestran una continuidad, pero también varios puntos de contraste, de manera que, como afirma Posner, no hay que moverse con tanta prisa desde una disciplina a otra⁷³.

En primer lugar, está la cuestión de la caducidad: la PI tiende a tener una fecha de vencimiento, con algunas excepciones que, a la larga, dependerán de las contingencias de cada legislación y de la convergencia o divergencia que ésta tenga con una tendencia global de extensión de la vida útil de los derechos de PI. El segundo espacio de choque es el alcance de una y otra: mientras la propiedad física se expande a una amplia gama de cosas susceptibles de ser apropiadas, el derecho de PI posee un espacio bastante más reducido, aunque en crecimiento. Hay, en ese sentido, una larga lista de cosas inmateriales que no pueden ser apropiadas bajo ninguno de los regímenes de

73 POSNER (2006), pp. 174-176.

PI, “(...) una masa de ideas valorables y expresiones que están disponibles para que cualquiera las tome, use y copie libre, pero no exclusivamente”⁷⁴. Pero, nuevamente, esto es una cuestión contingente y extremadamente dinámica, como se advierte de los procesos de extensión del ámbito del dominio intelectual. Finalmente, Posner refiere a la figura del *fair use* (o uso justo) que representa una excepción al régimen general de propiedad, pues permite que las cosas amparadas en esos derechos sean aprovechadas por los no dueños en determinadas circunstancias lo que, nuevamente, es contingente a cada espacio político normativo. Ninguna de estas características excepcionales que mantiene la PI corresponden a una cualidad intrínseca de ésta, sino más bien a corrientes de regulación que acentúan o atenúan el carácter absoluto y excluyente del dominio, y que constituye su matriz ontológica. De ahí que la PI, nuevamente, aparezca como una colección de regímenes con distintos grados de laxitud entre la propiedad y la no propiedad.

Todas estas circunstancias, que parecen tender un campo insalvable de diferencias entre una y otra *propiedad*, pueden resumirse en un conjunto de excepciones al carácter exclusivo y excluyente de la propiedad privada, que desestabilizan las fronteras que la propiedad, con suma claridad, traza entre los dueños y los no dueños. Estas excepciones no tienen, para Posner, un paragón en el mundo de la propiedad física. La clave, en esta lógica, radica más en una cuestión de extensión dinámica de lo accesible versus lo excluyente.

Posner ofrece, con todo, algunas consideraciones que van a profundizar las diferencias entre una forma y otra de propiedad, y que surgen de las distintas formas de transarlas⁷⁵. La lógica tras esta distinción es que la propiedad siempre tiende a radicarse en las manos de quien esté dispuesto a dar más por ella, y que el mecanismo que permite realizar ese objetivo está compuesto por transacciones más o menos complejas. Las transacciones que atañen a la propiedad tangible no son por lo general problemáticas: ya sea que las cosas se ven y se tocan o se encuentra constancia de ellas en

74 Ibid., p. 176.

75 Ibid., p. 178.

registros públicos, como en el caso de la propiedad raíz, la existencia física indudablemente contrasta con las dificultades que ofrece la PI. De ahí que un sistema de propiedad recurra a mecanismos que procuren la mayor facilidad de las transacciones que lleven esos bienes a su uso más valioso.

No se puede soslayar, con todo, que los bienes del intelecto, con su sustrato esencial en las ideas, responden a la noción de bienes públicos, caracterizados por la no exclusión y la no rivalidad. Esto implica dificultades para comprender que puedan ser apropiados de la misma forma que los bienes físicos. De ahí que los procesos de propietarización de bienes del intelecto, que se sitúan más bien tardíamente en la historia, respondan más a una necesidad de poner límites a una apropiación indefinida e eliminada de bienes de los que es posible obtener rédito, que a una composición dogmática propietaria.

En ese sentido, Ariel Fazio argumenta en torno a los ancestros lockeano liberales que pueden rastrearse en el mundo de la PI. Sobre el entendido de que la propiedad privada es una función del sistema político liberal que se construye a partir del siglo XVIII en Europa, Fazio muestra críticamente una derivación de este esquema propietario en el mundo de la PI, en un curso de corriente naturalista. Para ésta no hay diferencia alguna entre los bienes materiales y los inmateriales, siendo ambas dignas de protección más allá de la distinción ontológica entre unos y otros bienes. El credo liberal del trabajo como fuerza transformadora y por ende creadora de propiedad privada funciona de la misma manera en los bienes físicos que en los intangibles, pues ambos se originan en el trabajo. Hay, en ese sentido, una lógica en que “(...) el proceso de creación se presenta como una relación prácticamente sin mediaciones entre el trabajador, su obra y el adquirente de esta última”⁷⁶. De esta forma, la PI se adapta con bastante nitidez al relato de Locke sobre la propiedad pues, entre otras cosas, como destaca Fazio, el contexto lockeano en que se construye la relación de trabajo y propiedad es uno de abundancia⁷⁷.

76 FAZIO (2019), p. 130.

77 Ibid., p. 131.

Esta abundancia originaria, si bien es propia del siglo XVII (y, por cierto, del mundo de las ideas en cualquier momento), no debe ser considerada en cualquier caso como un elemento definitorio de la propiedad liberal, sino más un accidente político, económico y demográfico de ésta. No se pierda de vista que Garret Hardin⁷⁸ construye, trescientos años después, una versión justificadora de la propiedad precisamente en la escasez de recursos que la propiedad privada busca evitar. Fazio documenta fuertes corrientes de pensamiento crítico que, desde el liberalismo, afirman que no es posible justificar la apropiación privada del conocimiento. La diferencia entre ambos tipos de bienes, como ya se ha expuesto, radica en la escasez de los materiales y la abundancia de las ideas y de los bienes que derivan de éstas, no siendo posible aplicar a las ideas la lógica de la propiedad física. De este modo, los principios liberales que aplican como base para la propiedad de bienes físicos se enfrentan a una barrera ontológica insalvable para considerarlos como un fundamento de la PI⁷⁹.

Desde esa perspectiva, puede identificarse a la escasez como principio ordenador del acceso a bienes y por lo tanto a cierta forma de vida en sociedad, pues se transforma en el instituto social que permitiría el uso económico de esos bienes⁸⁰. Kinsella señala, en un mismo sentido, que en realidad las reglas que gobiernan la propiedad cumplen precisamente una función social de evitar conflictos sobre recursos escasos, haciendo exclusivo el acceso a esos bienes conforme a algún criterio que permita evitar dichos conflictos; esto supone, como es evidente, la escasez de esos recursos apropiados o apropiables⁸¹. Pero esta afirmación es eminentemente contingente y aleja la teoría propietaria de afanes esencialistas. Parece que la escasez, un principio de la economía, pasa a jugar entonces un papel al menos relevante en la decisión de qué se hace propiedad privada y qué no. En esta dinámica, los bienes intelectuales, que se definen económicamente por su abundancia no exclusiva ni excluyente, transitan una vereda de producción e intercambio

78 HARDIN (1968), p. 1244.

79 FAZIO (2019), p. 90.

80 Ibid., pp. 136-137.

81 KINSELLA (2008), p. 29.

muy diferente. Es, por lo pronto, evidente que esa distinción ontológica entre bienes tangibles e inmateriales, bien tiene utilidad para desestabilizar los fundamentos dogmáticos que los consideran a ambos dentro del rango de lo apropiable y por las mismas razones.

5. IDEAS SEMI FINALES

Entonces ¿Tiene la PI algún límite objetual que deslinde de manera clara su vocación apropiadora? ¿Puede extenderse irremediamente, en un proceso de globalización jurídico política que coloniza, mediante la forma propietaria, toda forma de conocimiento? ¿Es posible contrarrestar este movimiento usando las mismas tecnologías digitales que sirven para generar nuevos cercos digitales?

Como se ha visto, la PI posee dos vertientes que interesan a este apartado de ideas semifinales, que más bien buscan plantear nuevas preguntas. Es, por una parte, un artefacto jurídico político curioso, que presenta serias dificultades conceptuales: es difícil de asir, difusa en su justificación, que se aleja sensiblemente del paradigma clásico de la propiedad privada. Recae en una número abierto de objetos, y por tanto recibe nuevas incorporaciones en su catálogo de *apropiables*. De este modo el núcleo móvil, organizado en cuatro tipos de propiedad, es ampliable a cuenta de procesos de innovación tecnológica que mueven día a día las fronteras. Este núcleo normativo, no parece ser más que un conjunto de doctrinas dotadas de una dogmática propia que comparten entre sí la intangibilidad del objeto sobre el que recaen en cuanto objeto normativo. Una serie de líneas argumentales sugieren que las ideas que sustentan la propiedad sobre tangibles, basados en la tangibilidad del objeto, no sirven de manera muy clara en el campo de la PI. Este, más bien, es un escenario claro de fragmentación propietaria y, por qué no, de su desintegración. En la medida en que el discurso propietario se fragmenta, emerge la necesidad de leer la PI ya no como una categoría unitaria, sino como un espacio de disputa en el que se negocian intereses económicos, culturales y políticos, cuyos resultados pueden ser discutidos e impugnados

en su legitimidad. Más que interrogar por la identidad de la PI, corresponde preguntar qué significa insistir en llamarla de ese modo y qué exclusiones legitima tal insistencia.

A diferencia del esquema clásico, elaborado ideológicamente para la propiedad material y cuyos contornos se fijan en la fisicidad de las cosas, los límites de los bienes intangibles dependen de palabras, de acuerdos y de decisiones normativas que rara vez coinciden con la experiencia social de uso y circulación de las ideas. El límite, por tanto, no aparece como una frontera natural, sino como una construcción política que toma el discurso del derecho, pero que está sujeta a negociación constante y conflictiva. Se trata de límites que existen sólo en la medida en que se los impone jurídicamente y cuya eficacia es siempre precaria, como demostró en su momento el caso Napster. La facilidad con que las creaciones digitales se reproducen y comparten evidencia que la pretensión de exclusividad encuentra resistencias técnicas y culturales que la erosionan. En vez de una línea nítida entre lo apropiable y lo común, se trata de un campo poroso en que las barreras se desdibujan a medida que la tecnología avanza.

Cuando la discusión se centra en el objeto mismo de la PI, los desafíos teóricos se intensifican. Los objetos digitales, en su evanescencia, multiplicidad y complejidad ontológica, desestabilizan la idea de un bien claramente delimitado sobre el cual pueda ejercerse dominio, único, exclusivo y excluyente. En ese escenario, lo que está en juego no es sólo el estatuto conceptual de los bienes, sino también las formas de control y circulación del conocimiento en sociedades hiperconectadas, que determinan el campo de lo apropiable. Tal vez el reto ya no consista en decidir qué cosas pueden ser apropiadas, sino en explorar cómo la apropiación transforma, o empobrece, el ecosistema de producción cultural y tecnológica. En ese sentido, si los estatutos propietarios privados poseen límites específicos y mesurables, los procesos de apropiación que permiten los estatutos de PI son ilimitados en su objeto y alcance. Esta realidad ofrece dos líneas de fuga. Una es la propietarización total, en que los cercamientos digitales abarcan toda creación

artística, cultural, intelectual que de alguna forma llegue al campo digital y sea compartida o almacenada de cualquier forma. La segunda es la línea de la resistencia político jurídica por conservar o desarrollar nuevos espacios de no propiedad o, al menos, de formas de propiedad colectiva que subviertan los cánones apropiativos, en sus múltiples versiones.

De ahí que el horizonte que se abre es el de una desintegración del canon propietario, o al menos su radical transformación. La PI revela que el paradigma liberal de la propiedad se resquebraja frente a la abundancia, la no rivalidad y la fluidez de los bienes intangibles, perdiendo sus fundamentos económicos y la legitimidad político jurídica que parece más clara en los bienes tangibles. Más que insistir en cercamientos digitales cada vez más ineficaces, interesa pensar en modelos alternativos: esquemas de acceso abierto, regímenes de responsabilidad compartida o formas de propiedad común que reconozcan el carácter social, colectivo y acumulativo de la creación intelectual. La pregunta que se impone, en consecuencia, no es cómo reforzar los límites de la propiedad en el ámbito digital, sino qué nuevas instituciones podrían garantizar justicia y sostenibilidad en la producción y circulación de conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ATTAS, Daniel (2008): “Lockean Justifications of Intellectual Property”, en: GOSSERIES, Axel; MARCIANO, Alain y STROWEL, Alain (eds.): *Intellectual Property and Theories of Justice* (New York, Palgrave Macmillan), pp. 29-56.

BREAKEY, Hugh (2013): “Properties of copyright”, en: HOWE, Helena y GRIFFITHS, Jonathan (eds.): *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 137-160.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).

DOBB, Maurice (2013): *Introducción a la Economía* (México D.F., Fondo de Cultura Económica).

DRAHOS, Peter y BRAITHWAITE, John (2002): *Information Feudalism: who owns the knowledge economy* (New York, Earthscan).

DREIER, Thomas (2013): “How Much ‘Property’ is There in Intellectual Property?: The German Civil Law Perspective”, en: HOWE, Helena y GRIF-FITHS, Jonathan (eds.): *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 116-136.

DUCCI Claro, Carlos (1996): *Derecho Civil: parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

EMERICH, Yaëll (2018): *Conceptualising property law: Integrating Common Law and Civil Law Traditions* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing).

EPSTEIN, Richard (2010): “The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary”, en: *Stanford Law Review* (Vol. 62, iss 2), pp. 455-524.

FAZIO, Ariel (2019): “Los Fundamentos Conceptuales de la Propiedad Intelectual: Liberalismo y Crítica”, en: *Ideas y Valores* (Vol. 68, N°170), pp. 121-145.

GEORGE, Alexandra (2012): *Constructing Intellectual Property* (New York, Cambridge University Press).

GREY, Thomas (1980): “The Disintegration of Property”, en: *Nomos* (Vol. 22), pp. 69-85.

GUERRA ARAYA, Pedro (2023): “La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 36, Nº1), pp. 91-111.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006): *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

HARDIN, Garrett (1968): “The Tragedy of Commons”, en: *Science, New Series* (Vol. 162, Nº3859), pp. 1243-1248.

HAUNS, Sebastian (2013): *Conflicts in the knowledge society: the contentious politics of intellectual property* (Cambridge, Cambridge University Press).

HETTINGER, Edwin (1989): “Justifying Intellectual Property”, en: *Philosophy & Public Affairs* (Vol. 18, Nº 1), pp. 31-52.

HIMMA, Kenneth (2015): “La Legitimidad de la Protección Jurídica de los Derechos de Propiedad Intelectual”, en: FABRA, Jorge Luis y SPECTOR, Ezequiel (eds.): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 2471-2499.

HOHFELD, Wesley (1964): *Fundamental Legal Conceptions* (New Haven, Yale University Press).

HONORÉ, Antony (1993): “Ownership”, en: SMITH, Patricia (eds.): *The Nature and Process of Law: An Introduction to Legal Philosophy* (New York, Oxford University Press), pp. 370-375.

HUI, Yuk (2016): *On the existence of digital objects* (Minneapolis, University of Minnesota Press).

KÄLL, Jannice (2020): “The materiality of data as property”, en: Harvard International Law Journal Frontiers (Vol. 61), pp. 1-11.

KINSELLA, N. Stephan (2008): Against Intellectual Property (Auburn, Ludwig von Mises Institute).

MADISON, Michael (2005): “Law as Design: Objects, Concepts, and Digital Things”, en: Case Western Reserve Law Review (Vol. 56, N°2), pp. 381-478.

MENELL, Peter (2011): “Governance of Intellectual Resources and Disintegration of Intellectual Property in the Digital Age”, en: Berkeley Technology Law Journal (Vol. 26, N°4), pp. 1524-1560.

MOORE, Adam y HIMMA, Kenneth (2018): “Intellectual Property”, en: ZALTA, Edward y NODELMAN, Uri (eds.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Stanford, Metaphysics Research Lab, Stanford University).

PEÑALVER, Eduardo y ALEXANDER, Gregory (2012): An Introduction to Property Theory (Cambridge, Cambridge University Press).

POSNER, Richard (2006): “Do we have too Many Intellectual Property Rights?”, en: Marquette Intellectual Property Law Review (Vol. 9, N° 2), pp. 174-184.

POSNER, Richard (2007): El Análisis Económico del Derecho, segunda edición (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).

POTTAGE, Alain y SHERMAN, Brad (2013): “On the Prehistory of Intellectual Property”, en: HOWE, Helena y GRIFFITHS, Jonathan (eds.): Concepts of Property in Intellectual Property Law (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 11-28.

PRADUROUGH, Sabrina (2017): “Objects of property rights: old and new”, en: GRAZIADEI, Michele y SMITH, Lionel (eds.): *Comparative property law: global perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing), pp. 51-70.

SAMUELSON, Pamela (1986): “Allocating ownership rights in computer generated works”, en: *University of Pittsburgh Law Review* (Vol. 47), pp. 1185-1200.

STENGEL, Daniel (2004): “La propiedad intelectual en la filosofía”, en: *Propiedad Inmaterial* (Vol. 71, N° 8), pp. 71-106.

VON BAR, Christian (2023): *Foundations of Property Law: Things as Objects of Property Rights* (Oxford, Oxford University Press).

LA INFRACCIÓN DEL DEBER CONTRACTUAL DE SALUD Y SEGURIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR HECHO PROPIO¹

THE BREACH OF THE CONTRACTUAL DUTY OF HEALTH AND SAFETY AS THE BASIS OF THE EMPLOYER'S DIRECT LIABILITY

María Soledad de la Fuente Núñez de Castro*

Resumen

Este trabajo tiene por objeto presentar la situación actual en la que se encuentra la materia concerniente a la reclamación de los daños sufridos por un trabajador como consecuencia del incumplimiento de los deberes contractuales de salud y seguridad en el trabajo exigidos *ex lege* al empresario infractor. La diversidad de reclamaciones que puede presentar la víctima en vía civil, laboral o administrativa debe ser compatible con el principio *non bis in idem* así como con aquel que prohíbe el enriquecimiento injusto. La aplicación por nuestros tribunales de estas premisas permite diferenciar una amplia y variada casuística que es la que se pretende delimitar.

Palabras clave:

Accidente de trabajo, Jurisdicción competente, Responsabilidad por hecho ajeno, Negligencia imputable, Resarcimiento.

¹ Artículo recibido el 10 de enero de 2026 y aceptado el 21 de junio de 2026.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. España.

 0000-0003-2540-9796. Dirección Postal: Campus de Teatinos S/N, Málaga, España. Correo electrónico: msfuente@uma.es

Abstract:

This paper seeks to examine the current legal framework governing claims for damages suffered by workers as a result of the breach of statutory contractual duties relating to occupational health and safety imposed *ex lege* on the infringing employer. The multiplicity of claims available to the injured under civil, labour and administrative jurisdictions must be reconciled with the *non bis in idem* principle, as well as with the prohibition of unjust enrichment. The manner in which these principles are applied by the courts allows for the identification of a broad and diverse body of case law, which this paper aims to define and systematise.

Keywords:

Occupational accident, Competent jurisdiction, Vicarious liability, Attributable negligence, Compensation.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La responsabilidad del empresario es una materia sobre la que, sin duda, existe una literatura extensa conformada tanto por estudios doctrinales como por resoluciones emitidas por el Tribunal Supremo.

No obstante, dos circunstancias tales como quién comete el hecho dañoso así como el cauce de imputación al empresario permite distinguir, en derecho civil, cuándo la responsabilidad puede calificarse como responsabilidad por hecho propio frente a la responsabilidad por hecho ajeno.

Esta distinción tiene una amplia repercusión práctica, ya que no solo determinará la jurisdicción ante la que debe tramitarse la reparación del daño causado, sino también la amplitud de dicha reparación en la medida que puede tener consecuencias en el ámbito civil, laboral, administrativo o, incluso, penal.

En este sentido la responsabilidad indirecta también llamada vicaria —por hecho ajeno— (art. 1903.4 del Código Civil) es aquella en la que el empresario responde por los daños ocasionados por sus dependientes, aunque no haya actuado personalmente. Debe responder por culpa *in vigilando* o *in eligendo* en la elección o control del trabajador o dependiente que causa un daño a un tercero en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su trabajo. En cualquier caso, el empresario únicamente podrá exonerarse si prueba que empleó toda la diligencia debida en la prevención del daño.

No obstante, en el marco teórico es necesario distinguir las distintas acciones que pueden ejercitarse entre los diferentes sujetos que participan en este tipo de responsabilidad indirecta que compete al empresario.

En este sentido, la víctima podrá ejercitar la acción derivada del art. 1903.4 del Código Civil como consecuencia del daño sufrido por la acción u omisión realizada por el trabajador al que le une una relación de dependencia con el empresario que ha de reparar el daño causado. Reparado el daño, el empresario podrá repercutir en el trabajador el importe desembolsado en virtud de la acción de regreso contemplada en el art. 1904 del Código Civil. Finalmente, la víctima también podrá dirigirse frente al sujeto causante del daño fundamentando su pretensión en el art. 1902 del Código Civil, si bien la garantía de resarcimiento es mayor si se dirige frente al empresario por la propia estructura de la relación negocial.

Frente a este tipo de responsabilidad indirecta se alza la llamada responsabilidad directa del empresario o por hecho propio con características singulares que la diferencian de la anterior.

En este ámbito el empresario ha de responder por actos u omisiones propios, es decir, cuando es él mismo el que causa el daño. Es muy diversa la casuística que permite delimitar este supuesto de hecho, si bien, es en el ámbito del cumplimiento de los deberes de salud y seguridad que competen

al empresario uno de los más significativos por el carácter contractual de dicho incumplimiento, al integrar estos deberes el contenido contractual del propio contrato de trabajo en virtud del art. 1258 del Código Civil.

Por ello, el empresario debe responder por los daños ocasionados a su trabajador por una conducta personal, activa u omisiva, generadora de culpa o negligencia directa. Esta conducta no solo supone el incumplimiento de una obligación derivada del contrato de trabajo sino que, además, puede originar sanciones en el ámbito administrativo o laboral a reclamar por la víctima. Si la misma es constitutiva de accidente de trabajo causante de una lesión corporal en el trabajador, esta circunstancia originará la reclamación por parte del mismo de una prestación económica de carácter laboral por incapacidad temporal o permanente en sus distintas modalidades cuya finalidad no es otra que compensar la pérdida de ingresos del trabajador durante este periodo. Si, junto a ello, el daño viene ocasionado por el incumplimiento de la normativa laboral a la que nos hemos referido, la víctima podrá reclamar el llamado recargo de prestaciones.

Este entramado de pedimentos ante la actitud negligente del empresario infractor ha sido objeto de numerosas resoluciones jurisprudenciales de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en las que se ha discutido, no solo la jurisdicción competente ante la que sustanciar estos reclamos, sino también la cuantía y los límites de la misma al amparo del principio *non bis in idem* y del enriquecimiento injusto.

Este trabajo pretende plantear la situación actual en la que se encuentra la materia. Ello ha obligado a un estudio jurisprudencial riguroso y extenso que ha permitido delimitar las distintas situaciones que pueden convergir. Por ello, se hace necesario la delimitación del presupuesto inicial que permite la reclamación, es decir, la existencia de un accidente de trabajo que, si bien es definido en el art. 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (desde ahora TRLGSS), es necesario complementarlo con la aplicación jurisprudencial del referido precepto cuando el mismo es

consecuencia del incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo exigida *ex lege* al empleador. Delimitado éste, se analizarán las causas y fundamentos de los distintos tipos de resarcimientos que la víctima podrá reclamar ante la jurisdicción competente.

2. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL AL ART. 156 DEL TRLGSS.

2.1. Concepto de accidente de trabajo: el art. 156.1 del TRLGSS

El art. 156 del TRLGSS² establece qué debe entenderse por accidente de trabajo. A estos efectos, se considera como tal “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena³”.

Por tanto, para que un accidente sea calificado como laboral es necesario que concurren tres elementos: la existencia de una lesión, la prestación de trabajo y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre ambos elementos⁴.

Este precepto recoge el concepto básico y material del accidente de trabajo, del que se desprenden tres elementos esenciales:

- Elemento subjetivo: la existencia de un trabajador por cuenta ajena.
- Elemento objetivo: la producción de una lesión corporal, entendida en sentido amplio por la jurisprudencia, comprensiva de lesiones físicas, psíquicas o funcionales.

2 RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, B.O.E. N°261, de 31 de octubre de 2015.

3 Una versión muy similar recogía la redacción anterior al Texto Refundido. Establecía el anterior texto normativo en su art. 115.1 “se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”.

4 Es necesario apreciar un nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo si bien es verdad que no siempre el trabajo es la causa única y directa del accidente. Pueden concurrir otras causas distintas, si bien, el nexo causal entre el trabajo y el accidente no puede estar ausente en ningún caso.

- Elemento causal: la concurrencia de una relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, expresada en los términos *con ocasión o por consecuencia* del trabajo.

Con carácter general, corresponde a quien pretende la calificación de una lesión como accidente de trabajo acreditar la existencia del nexo causal entre aquella y la actividad laboral desarrollada.

Ahora bien, la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión puede revestir un carácter estricto o amplio, en atención a los términos utilizados por el propio legislador. La expresión *por consecuencia* exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente; mientras que la locución *con ocasión* permite admitir una causalidad indirecta, quedando excluida la mera ocasionalidad pura.

El primer supuesto responde a lo que tradicionalmente se ha considerado una verdadera causa —aquello por lo que se produce el accidente—, mientras que el segundo alude a una condición generadora del mismo —aquello sin lo cual el accidente no se habría producido—. Esta ocasionalidad relevante presenta una doble dimensión: una negativa y otra positiva. La negativa implica que los factores desencadenantes del accidente no son inherentes ni específicos del trabajo; la positiva supone que el trabajo o las actividades normales propias del mismo constituyan la condición sin la cual no se habría producido la exposición a los agentes o factores lesivos⁵.

5 Un ejemplo de ocasionalidad relevante en orden a determinar la laboralidad del accidente acaecido fue la STS de 24 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS: 2014:1797, en la que se concluye que constituye accidente de trabajo la caída al mar del trabajador (cocinero de un buque) a consecuencia de la cual se produjo su fallecimiento, cuando regresaba a su barco tras un periodo de descanso por estar libre de guardia. El barco se encontraba atracado en el puerto a consecuencia del mal tiempo. Para acceder a cubierta saltó desde otro barco que se encontraba abarloado. La sentencia razona que “el accidente se produce en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo, en efecto, no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no solo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco. El día del accidente el barco se encontraba atracado en Dingle (Irlanda) por las malas

Son numerosas las ocasiones en las que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la idoneidad de la causalidad indirecta. Un ejemplo significativo lo constituye la STS de 27 de febrero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1172. En dicho pronunciamiento se enjuicia el carácter laboral del accidente sufrido por un trabajador del Ayuntamiento de Ciudad Real que, diagnosticado de epilepsia, padeció una crisis comicial mientras realizaba labores de remodelación y mejora de zonas verdes, lo que le provocó una brusca caída hacia atrás y un grave traumatismo craneoencefálico, a consecuencia del cual falleció una semana después.

La citada resolución, tras confirmar la concurrencia de la presunción de laboralidad por haberse producido el fallecimiento en las circunstancias de tiempo y lugar previstas en el apartado tercero del entonces art. 115 de la LGSS —actual art. 156.3 del TRLGSS—, plantea la posibilidad de destruir dicha presunción mediante prueba en contrario. No obstante, con carácter previo, resulta necesario determinar la correcta relación de causalidad del acontecimiento.

Señala el Tribunal Supremo que, “si bien la que se presenta como causa material inmediata de la muerte ha sido el fuerte traumatismo craneoencefálico sufrido, no lo es menos que la causa eficiente, de la que aquella es

condiciones de la mar, esperando a que amainase el temporal para continuar su ruta. Durante el tiempo de espera a una mejoría de las condiciones climáticas la tripulación libre de guardia salió del barco. A regresar, al saltar a su barco desde otro barco que se encontraba abarloado, cayó al mar y falleció, no pudiendo reanimarle los servicios de salvamento. El accidente se produjo con ocasión del trabajo ya que es evidente que si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco, no hubiera tenido que exponerse a los agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad relevante que causó el accidente, en otras palabras, el accidente no se hubiera producido. No cabe duda que el mar, elemento en el que se encuentra el buque -centro de trabajo y domicilio ocasional del trabajador- es un lugar potencialmente peligroso, peligro seriamente agravado en circunstancias como las concurrentes en el asunto examinado, en el que hay tan malas condiciones climatológicas que obligan al barco a resguardarse en el puerto hasta que mejoren, sin poder realizar su actividad laboral. Es más que probable que fueran esas malas condiciones, unidas a la arriesgada forma de acceso al barco las que provocaron que el trabajador se cayera al mar y falleciera. El trabajador había asumido un riesgo con ocasión de su trabajo, al intentar acceder al barco estando la mar en malas condiciones, y el riesgo se transforma en siniestro, produciéndose la caída al mar y el fatal desenlace”.

consecuencia, ha de situarse en la crisis epiléptica que provoca la caída del trabajador y determina el traumatismo que le conduce a la muerte”. Esta apreciación conduce al Alto Tribunal a plantear si la referida crisis comicial puede o no calificarse como accidente de trabajo, indicando que el traumatismo craneal padecido debe ser analizado a la luz de la relación causal, estricta o amplia, exigida por la definición legal del accidente laboral contenida en el art. 115.1 de la LGSS.

El Tribunal Supremo continúa su razonamiento examinando la naturaleza de la crisis epiléptica, distinguiendo entre las diferentes categorías de enfermedades contempladas por la normativa: las enfermedades de trabajo, caracterizadas por una relación de causalidad abierta entre trabajo y patología; las enfermedades profesionales, en las que dicha relación está cerrada y formalizada normativamente; y, finalmente, la enfermedad común, que es aquella que no encaja en ninguna de las categorías anteriores.

Dentro de las enfermedades de trabajo pueden distinguirse tres tipos:

- aquellas cuya causa exclusiva reside en el trabajo;
- las enfermedades que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente;
- las enfermedades intercurrentes, que constituyen complicaciones derivadas del proceso patológico iniciado por el accidente.

El Tribunal se plantea si el supuesto enjuiciado puede subsumirse en alguna de estas categorías o si, por el contrario, debe calificarse como enfermedad común. Concluye que “el caso litigioso no puede calificarse de enfermedad de trabajo en sentido estricto, pues su regulación legal exige que la causa exclusiva de la enfermedad sea la ejecución del trabajo, de modo que no basta con que la enfermedad se exteriorice con ocasión del trabajo”. Recuerda asimismo que esta Sala ha afirmado reiteradamente que “el hecho

de que una enfermedad de etiología común se manifieste durante el ejercicio de la actividad laboral no le confiere, por sí solo, la condición jurídica de accidente de trabajo, en tanto no se demuestre la efectiva influencia del trabajo en la aparición de la patología”.

Tampoco resulta posible encuadrar el supuesto en la categoría de enfermedad intercurrente, ya que ésta exige la concurrencia de un previo e indubitado accidente de trabajo y una relación de causalidad inmediata entre dicho accidente y la enfermedad derivada. En el caso analizado, el fenómeno es inverso, pues se trata de la manifestación de una patología de origen común que desencadena un resultado lesivo con resultado de muerte, cuya laboralidad se pretende afirmar.

Concluye el Tribunal Supremo que la epilepsia es una patología que, “por su propia naturaleza, excluye la etiología laboral, de modo que aceptar la laboralidad del suceso epiléptico supondría desnaturalizar el concepto de accidente de trabajo, atribuyendo tal calificación a cualquier alteración de la salud sobrevenida en tiempo y lugar de trabajo, incluso cuando se trate de enfermedades comunes ordinarias”.

2.2. Presunción de accidente laboral: art. 156.3 TRLGSS.

El trabajo no siempre constituye la causa única y directa del accidente sufrido por el trabajador. En estos supuestos, la jurisprudencia ha venido admitiendo una relajación del nexo causal entre la prestación laboral y la lesión, permitiendo la operatividad de la presunción establecida en el art.156.3 TRLGSS. Ello no excluye la concurrencia de causas ajenas al trabajo, siempre que el vínculo causal entre la actividad laboral y el accidente no resulte totalmente inexistente.

El apartado tercero del citado precepto dispone que:

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Este precepto no redefine el concepto legal de accidente de trabajo, sino que introduce una regla de carácter probatorio, configurando una presunción *iuris tantum*. La relación entre los apartados primero y tercero del art. 156 TRLGSS puede sintetizarse del siguiente modo:

- a) El art. 156.1 contiene la definición sustantiva del accidente de trabajo.
- b) El art. 156.3 facilita su aplicación práctica al presumir la existencia del nexo causal exigido en el apartado primero cuando la lesión se produce en tiempo y lugar de trabajo.

Así, el apartado tercero actúa como un mecanismo de refuerzo del elemento causal del apartado primero, de modo que, acreditada la concurrencia de tiempo y lugar de trabajo, no resulta exigible al trabajador una prueba directa de la relación causal entre el trabajo y la lesión. Se entiende cumplido el requisito de que el daño se haya producido *con ocasión o por consecuencia del trabajo*, salvo que se demuestre la existencia de una causa totalmente ajena al mismo.

En todo caso, corresponde al trabajador la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en tiempo y lugar de trabajo. A partir de ahí, la presunción opera automáticamente, produciéndose una inversión de la carga de la prueba, de forma que corresponde a quien niega la laboralidad del accidente (INSS, mutua colaboradora o empresario) acreditar la inexistencia de toda conexión entre el daño y la actividad laboral.

Por tanto, el art. 156.3 TRLGSS no amplía el concepto legal de accidente de trabajo, sino que presume cumplidos los requisitos del art. 156.1 cuando el siniestro acontece en tiempo y lugar de trabajo.

Un ejemplo relevante de aplicación de esta doctrina se encuentra en la STS de 9 de mayo de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3097 que analiza el fallecimiento de un trabajador con jornada partida ocurrido durante la pausa para la comida en el propio centro de trabajo. En el caso, la muerte no tuvo origen en enfermedad común, sino en una lesión corporal causada por un agente externo —el derrumbe de un muro—, no derivada directamente de la actividad que el trabajador realizaba en ese momento.

El Tribunal Supremo centra su análisis en la concurrencia de los elementos de tiempo y lugar de trabajo. No se discute que el accidente tuvo lugar en el centro de trabajo; la cuestión controvertida radica en determinar si ocurrió durante el tiempo de trabajo, dado que el siniestro se produjo fuera del horario estricto de prestación efectiva de servicios.

La interpretación del concepto *en tiempo de trabajo* ha sido tradicionalmente flexible cuando el accidente acontece en el lugar de trabajo. En el supuesto analizado, el Tribunal atiende a criterios de interpretación conforme a la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse (art. 3 CC), así como a los usos y costumbres laborales (art. 3.1 ET). Sobre esta base, concluye que resulta habitual en el sector de la construcción que los trabajadores realicen la comida de mediodía en el propio centro de trabajo, lo que permite considerar que, durante dicha pausa, no se rompe de forma absoluta el nexo con la relación laboral⁶.

6 En el supuesto analizado por la sentencia que nos sirve de referencia no se practica prueba alguna conducente a desvirtuar la presunción legal; prueba que podría haberse dirigido a demostrar el punto geográfico en el que se encontraba situada la obra, bien dentro o fuera de la población, o si los trabajadores podrían cubrir su necesidad de alimentarse en el escaso tiempo que disponían entre la jornada de la mañana y de la tarde, bien acudiendo a su domicilio, si es que la distancia y el tiempo de que disponían lo hacían factible, o si en las proximidades de la obra y a distancia asequible existía algún establecimiento donde pudieran servir alimentos.

En consecuencia, el Tribunal entiende que el accidente sobrevino en tiempo de trabajo a efectos del art. 156.3 TRLGSS, aplicando un criterio flexible de ocasionalidad que permite calificar como accidente laboral un siniestro ocurrido fuera del estricto horario laboral cuando subsiste una vinculación relevante con el trabajo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reafirmado recientemente que la presunción del art. 156.3 TRLGSS se aplica tanto a accidentes *clásicos*; producidos por un agente externo y súbito, como a enfermedades o alteraciones que se manifiestan con ocasión de la actividad laboral, siempre que concurren los elementos de tiempo y lugar de trabajo. Para que la presunción opere, no basta con probar que la lesión se produjo en tiempo y lugar de trabajo: si se niega su etiología laboral, la parte demandada debe probar la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de una enfermedad que excluya por su propia naturaleza la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

En la reciente sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2025, ECLI:ES:TS:2025:404 se precisó que:

a) La presunción no se excluye únicamente por acreditarse que el trabajador padecía una patología antes del incidente, porque lo que se valora es si el trabajo actuó como factor desencadenante de la crisis que dio lugar al accidente o incapacidad.

b) La consecuencia es que incluso en supuestos de enfermedad cardíaca o crisis derivadas de procesos vitales, si estas se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo, la presunción se activa y sólo se desvirtúa con prueba clara de ausencia de relación causal.

Del mismo modo, en la STS 12 de marzo de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1141 el Tribunal Supremo aplicó estos criterios a un caso de agravamiento de lesiones degenerativas preexistentes, concluyendo que la presunción de

laboralidad se producía con fuerza, pese a la existencia de dolencias previas, porque no se acreditó la ruptura del nexo causal entre el trabajo y la agravación sufrida.

La presunción del art. 156.3 ha sido aplicada a situaciones en las que aparecen lesiones o enfermedades durante la prestación laboral, aunque se trate de patologías internas o de origen no traumático. Por ejemplo, tribunales superiores han confirmado que la presunción también se extiende a enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que surgen en contexto laboral, siempre que no quede acreditado de forma indubitada que la etiología es ajena al trabajo.

No obstante, esta presunción no es absoluta: la Sala IV del Tribunal Supremo ha reiterado que debe quedar acreditado inequívocamente que la lesión o enfermedad no tiene ninguna relación causal con la actividad laboral para que la presunción quede desvirtuada. En estos casos, se exige que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien por la propia naturaleza de la patología (que descarte etiología laboral), bien por hechos que desvirtúen el nexo causal.

En este sentido merece ser destacada la STS de 17 de julio de 2025, ECLI:ES:TS:2025:3656, en la que el Tribunal analizó una crisis tónico-clónica debida a malformación vascular congénita que se manifestó en tiempo y lugar de trabajo y concluyó que la presunción del art. 156.3 no se extiende automáticamente a patologías cuya etiología excluye una relación causal laboral aunque se manifiesten durante la jornada laboral.

2.3. Accidente de trabajo *in misión*; accidente de trabajo *in itinere*.

La delimitación del concepto en *lugar de trabajo* está estrechamente vinculada con las figuras del accidente *in itinere* y del accidente *in misión*. Ambas modalidades derivan de la ampliación de la presunción de laboralidad contenida en el art. 156.3 del TRLGSS, que presume laboral todo daño sufrido en tiempo y lugar de trabajo salvo prueba en contrario.

El accidente de trabajo *in misión* ocurre en el desplazamiento de un trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa. El deber de seguridad empresarial abarca todo el desarrollo del desplazamiento y la ejecución de la actividad encomendada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que el *lugar de trabajo*, a estos efectos, comprende cualquier lugar en el que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar habitual de trabajo (STS de 18 abril 2023, ECLI:ES:TS:2023:1650).

La STS de 6 de marzo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:2115, estableció que para que un accidente se considere *in misión* deben concurrir dos elementos esenciales y conectados: el desplazamiento para cumplir la misión así como la realización de la actividad que constituye la misión.

La presunción del art. 156.3 TRLGSS acoge dentro de su ámbito de protección el accidente en misión. Sin embargo, no todo evento causado durante la misión tiene conexión necesaria con el trabajo, especialmente si se produce fuera del desplazamiento o de la prestación de servicios. Por ello, no es correcto sostener que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentre siempre en tiempo y lugar de trabajo, especialmente cuando el siniestro ocurre en periodos ajenos a la prestación, de descanso o de carácter personal.

Siguiendo esta línea, se ha excluido de la consideración de accidente de trabajo el fallecimiento de un trabajador en misión en Nigeria, ocurrido un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión al bañarse en una playa; así como otras decisiones que niegan la condición de accidente laboral a infartos sucedidos durante periodos de descanso en un hotel, sin que exista

prueba de vinculación causal con la actividad laboral. No obstante, algunas resoluciones se apartan del criterio restrictivo cuando se prueba un vínculo causal con circunstancias laborales de estrés prolongado, lo que puede justificar la laboralidad del evento.

La STS 18 abril de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1650, afirma expresamente que cuando una emergencia cardíaca o cerebral ocurre en periodos ajenos a la prestación del servicio —como descanso o actividades personales desconectadas causalmente del trabajo en misión—, no está protegida por la presunción legal, salvo que mediante los indicios correspondientes se demuestre una relación real y directa con la labor encomendada.

El accidente *in itinere* es aquél que sufre el trabajador al ir o volver del trabajo por el trayecto habitual. El accidente de trabajo *in itinere* es un accidente laboral. No se hubiera producido si el sujeto no hubiese tenido que ir al trabajo o volver del mismo. No obstante, han de probarse todos los elementos para que su conceptualización se desenvuelva en el marco teórico de un accidente de trabajo. En este sentido la STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2007, ECLI:ES: TSJPV:2007:1258, refleja las condiciones o circunstancias que, como accidente laboral, ha de concurrir en un siniestro para ser calificado como tal.

- Elemento teleológico: el desplazamiento tiene como finalidad específica y exclusivamente, la laboral. No pueden concurrir interrupciones o alteraciones en este *iter laboris* por motivos o conveniencias personales, extrañas al trabajo.

- Elemento cronológico: refleja una circunstancia necesaria para la calificación del siniestro como profesional, al concurrir en el tiempo inmediato, razonablemente próximo a las posibles horas de entrada y salida del trabajo, tendiéndose la necesaria flexibilidad y no bastando una simple demora para destruir la significación provisional del accidente. Respecto a la exención de este elemento la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que

la ruptura del nexo causal y la paralela exoneración de responsabilidad tiene su fundamento cuando el trabajador de forma voluntaria, introduce modificaciones de tiempo o espacio en el *iter* a su domicilio que den lugar a una agravación del riesgo, cuando menos tolerado, o no prohibido expresamente y razonablemente por el empresario⁷.

- Elemento mecánico: exige un medio de transporte utilizado por el trabajador de manera racional y adecuado para salvar la distancia entre el domicilio y el centro de trabajo o viceversa, permitiéndose el transporte en cualquier modalidad, público y privado, incluso a pie, así como cualquier otra forma, siempre que no entrañen peligro grave e inminente, máxime si es autorizado, cuando menos tolerado o no prohibido expresa y razonablemente por el empresario.

- Elemento topográfico: debe concurrir en el camino de ida o de vuelta del trabajo donde se exige que se haya comenzado la ejecución del hecho de ir y volver, sin que sea bastante para estar excluido de los claros términos de la formulación legal, un hecho antecedente o preparatorio, ya que según la norma, no basta la intención, ni un hecho distinto, al poner en ejecución primordialmente el principal de ir o de volver del trabajo⁸.

La jurisprudencia tradicional viene considerando que los accidentes *in itinere* no se benefician automáticamente de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS: la prueba del nexo se sitúa en quien pretende que el siniestro tenga naturaleza laboral. No obstante, el Tribunal Supremo ha reafirmado que el accidente *in itinere* es accidente de trabajo siempre que se acrediten los requisitos objetivos, pues su existencia depende de que el sujeto no habría tenido que ir o volver del trabajo sin la relación laboral existente.

7 STS de 10 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4150, que hace suya la doctrina emitida por sentencias tan consolidadas como las de 4 de marzo de 1960, 22 de abril de 1966 y 11 de noviembre de 1969.

8 STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2007, ECLI:ES:TSJPV:2007:1258.

La STS de 2 de junio de 2025, ECLI:ES:TS:2025:2817 ha unificado doctrina sobre los límites del concepto *in itinere*, estableciendo que el trayecto protegido solo empieza cuando el trabajador ha abandonado el espacio privativo de su domicilio y accede a la vía pública o a espacios comunes de libre tránsito; por tanto, no se considera accidente *in itinere* el percance ocurrido dentro del domicilio o espacios de uso exclusivo del trabajador aun cuando esté a punto de iniciar el desplazamiento hacia su puesto de trabajo.

El Tribunal Supremo ha declarado que la ruptura del nexo causal con la actividad laboral se produce cuando el trabajador introduce modificaciones voluntarias de tiempo o espacio en el trayecto —que supongan riesgos distintos de los inherentes al desplazamiento ordinario hacia o desde el trabajo— en perjuicio de la cobertura de la contingencia profesional.

3. COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

3.1. Adopción de un criterio estable que determine la competencia jurisdiccional para el conocimiento de los conflictos por incumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo

Para deslindar la competencia entre la jurisdicción civil y la laboral respecto de la reclamación de los daños ocasionados por un accidente de trabajo, resulta decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o, por el contrario, a una conducta totalmente ajena al contrato de trabajo. La ambigüedad que ha caracterizado el criterio atributivo de la competencia a una u otra jurisdicción estuvo motivada, en cierta medida, por la creencia en la insuficiencia de la normativa laboral para hacer frente, por sí sola, a la reparación íntegra del daño causado, incluso cuando se aplicaba el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad, es decir, por culpa del empresario.

Esta controversia se considera superada a partir de la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que justifica en su preámbulo la necesidad de alcanzar dicha uniformidad competencial⁹.

Por un lado, se produce una unificación de la materia laboral que permite otorgar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos que la integran. Es el caso de la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo, que hasta entonces obligaban a los afectados a acudir, para intentar lograr la tutela judicial efectiva, a distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso administrativo y social.

Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado¹⁰.

De esta forma, el orden social se erige en garante del cumplimiento de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, origen de la polémica jurisprudencial que, de forma alternativa, atribuía la competencia a la jurisdicción civil o a la laboral para conocer de las demandas de reclamación de los daños sufridos por el trabajador derivados de un accidente de trabajo. Ello se fundamenta en la obligación que incumbe al empresario ante situaciones de riesgo acreditado, que le obligan a extremar las acciones preventivas a fin de evitar que el riesgo potencial se materialice en un daño efectivo.

La idoneidad de una u otra jurisdicción para conocer del asunto venía determinada, a su vez, por la distinta naturaleza atribuida al incumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, generadora, en todo caso, de una responsabilidad civil —contractual o extracontractual— en

9 B.O.E. N°245, de 11 de noviembre de 2011.

10 Preámbulo de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

función de si dicho incumplimiento afectaba a la propia órbita del contrato de trabajo, especialmente a los deberes asumidos por el empresario frente al trabajador —en cuyo caso debía conocer la jurisdicción laboral—, o bien si el daño era consecuencia de una conducta totalmente ajena al ámbito de los derechos y obligaciones que vinculan a trabajador y empresario —supuesto propio de la jurisdicción civil—.

No obstante, esta conclusión ha sido el resultado de una prolongada controversia mantenida por el Tribunal Supremo en torno a la jurisdicción competente —civil o laboral— para conocer y tramitar la reparación del daño sufrido por el trabajador como consecuencia del incumplimiento de la normativa laboral sobre seguridad e higiene en el trabajo. Las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales pertenecen al ámbito estricto del contrato de trabajo, formando parte de su contenido contractual, tal y como establece la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹¹, en su art. 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo. Por tanto, su inobservancia, generadora de responsabilidad a cargo del empresario, constituye un incumplimiento contractual cuyas consecuencias deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción social.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:652, se consolida la doctrina conforme a la cual, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹², las reclamaciones por responsabilidad del empresario derivadas del incumplimiento del contrato de trabajo son competencia de la jurisdicción laboral. El ilícito laboral generador de responsabilidad encuentra su fundamento en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea voluntaria, colectiva o legal, conforme a lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil. En consecuencia, la normativa sobre seguridad e higiene se integra en el

11 B.O.E. Nº 269, 10 de noviembre de 1995 (en adelante, LPRL).

12 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, B.O.E. Nº 157, de 2 de julio de 1985 (en adelante, LOPJ).

contenido del contrato de trabajo, de modo que su contravención genera un incumplimiento contractual susceptible de ser conocido por la jurisdicción social¹³.

El estudio jurisprudencial llevado a cabo permite delimitar la normativa laboral cuya contravención es susceptible de originar la producción de daños indemnizables, en la medida en que su contenido establece obligaciones laborales para el empresario. El análisis de esta normativa, referida y circunscrita a la protección del trabajador, distingue un doble ámbito en el que ha de ser efectiva dicha protección exigida por la norma, cuyo incumplimiento, en cualquiera de los casos, adquiere la condición de infracción de una obligación contractual en virtud del principio de integración de la norma en el contrato:

- la falta de formación adecuada del trabajador;
- la ausencia de las necesarias medidas de protección y seguridad de la maquinaria que manipula.

La seguridad jurídica en el ámbito laboral constituye un bien jurídico normativamente configurado como un deber impuesto al empresario por normas de Derecho público de carácter indisponible, cuya finalidad es la ausencia de riesgo para la vida y la salud del trabajador derivado de las condiciones materiales de prestación del trabajo. Por ello, cuando en el marco de una determinada relación laboral la actividad de una persona se desarrolla bajo la dirección de otra en tareas de indudable o potencial riesgo, el empresario, como titular de un poder fáctico y jurídico de disposición sobre los procesos de organización de la empresa y sobre las personas que en ella participan, está obligado a adoptar todas las medidas necesarias de

13 En este sentido, PARDO (2008), p. 1056, sintetiza el pronunciamiento del Tribunal al establecer que “si la responsabilidad por accidente de trabajo se vincula al incumplimiento de una obligación legal, por cuanto la ley determina el contenido obligacional contractual, la exigencia de seguridad pertenece al ámbito del estricto contrato de trabajo, en base a lo previsto en el art. 14 LPRL, a modo de obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido de tal contrato”.

vigilancia y control de los riesgos en el desarrollo de la prestación laboral, mediante el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por la normativa vigente al efecto¹⁴.

Con el pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008/830, la Sala Primera hizo suya la doctrina de la Sala Especial de Conflictos, pese al voto particular del magistrado O'CALLAGAHN quien se mostró contrario a atribuir la competencia a la jurisdicción social. Se consolidaba así una línea jurisprudencial a la que el Alto Tribunal ha acudido de forma reiterada, pese a los vaivenes que había experimentado la materia. El accidente de trabajo no queda *fuera de la órbita de lo pactado*, pues los deberes generales y específicos de seguridad e higiene forman parte de la relación laboral; su infracción pertenece al ámbito del derecho del trabajo y su conocimiento corresponde a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social. En consecuencia, cuando la reclamación del trabajador se fundamente en el incumplimiento de normas laborales, la jurisdicción competente será la social¹⁵.

Quedaban así superados los argumentos utilizados con anterioridad para atribuir la competencia al orden jurisdiccional civil. La competencia de este último queda circunscrita a aquellos supuestos en los que el daño tenga su origen en la infracción de normas ajenas al contenido de la relación laboral, dando lugar a una responsabilidad civil extracontractual o aquiliana del empresario, conforme a los arts. 1902 y 1903 del Código Civil.

El litigante que reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, por los que el empleador debía responder con arreglo a los parámetros de la responsabilidad civil extracontractual, prefería sustanciar el procedimiento ante la jurisdicción civil en lugar de la

14 Así lo corrobora, entre otros, los siguientes preceptos: art. 19 del TRLGSS, art. 14 de la LPRL, art. 168.3 del TRLGSS, art. 164 del TRLGSS.

15 GÓMEZ (2018), p. 266.

laboral, circunstancia que puede resultar paradójica si se tiene en cuenta que la jurisdicción social tiene como principal finalidad la tutela de los derechos de los trabajadores.

Dos son las razones que explican esta preferencia. En primer lugar, la desconfianza en que la aplicación de la normativa laboral permitiera alcanzar una reparación íntegra del daño sufrido. En segundo lugar, al entenderse que la reclamación del trabajador no se vinculaba al contrato de trabajo, la indemnización reconocida en la vía civil por responsabilidad extracontractual no se descontaba de las prestaciones o pensiones percibidas en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, ni siquiera del recargo de prestaciones, por tener estas su origen en el contrato de trabajo. La jurisdicción civil permitía así la acumulación de ambas cantidades: las percibidas del empresario por responsabilidad aquiliana y las abonadas por la Seguridad Social en concepto de prestaciones y recargos conforme a la legislación laboral.

En consecuencia, para deslindar la competencia entre los órdenes jurisdiccionales civil y social resulta decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o, por el contrario, a una conducta totalmente ajena al contrato de trabajo. Cuando la infracción del deber de protección de los trabajadores —ya sea por incumplimiento de las normas de seguridad y salud o por vulneración del deber contractual y legal de protección que incumbe al empresario— dé lugar a un accidente de trabajo generador de un daño, la competencia corresponderá a la jurisdicción laboral, quedando la jurisdicción civil limitada al conocimiento de los daños derivados de conductas del empresario o de sus agentes ajenas al contrato de trabajo. Para delimitar el incumplimiento laboral será necesario analizar la existencia de infracción del deber de protección y la calificación de los hechos como accidente de trabajo, en los que el empresario actúe en su condición de tal.

La competencia de la jurisdicción civil adquiere, así, un carácter residual, siempre que el daño se fundamente en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

3.2. Excepciones al criterio general.

En beneficio de la seguridad jurídica y del principio de igualdad, era necesaria la adopción de un criterio definitivo y estable que determinara la jurisdicción competente. Conseguido este objetivo gracias a la Ley de la Jurisdicción Laboral, el propio Tribunal Supremo excepciona esta competencia bajo dos circunstancias.

La primera excepción requiere la concurrencia de una condición particular que permita la sustanciación del procedimiento ante la jurisdicción civil. Esta excepcionalidad viene dada por la condición de los sujetos demandados, ya que junto a la empresa —contratista del trabajador o subcontratista— son demandados otros sujetos sin relación laboral con la víctima del accidente.

La segunda circunstancia que permite la excepcionalidad a la regla establecida la recoge la STS de 11 de septiembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6164 pronunciamiento que salvó la indefensión que podría ocasionar la aplicación de la doctrina contenida en la primera resolución en algunos supuestos en los que la controversia se había iniciado al amparo de una normativa y de una interpretación jurisprudencial distintas. La aplicación de nuevas directrices podría ir en contra del principio de seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva. Es aquí donde puede plantearse el carácter prospectivo de la sentencia de 2008. En cualquier caso, es necesario distinguir entre el pronunciamiento que acoge el cambio de criterio —que afecta lógicamente al caso enjuiciado— y la posibilidad de que esta nueva doctrina sea de aplicación a los procesos que han iniciado su trámite al amparo de los postulados anteriores. La nueva regla afectará a los casos que se produzcan en el futuro y al que es objeto del proceso en el que se produce el cambio.

En este sentido, el último pronunciamiento del Tribunal Supremo referenciado estipula la inoportunidad de aplicar la doctrina contenida en la de 15 de enero de 2008 respecto de procesos iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada de forma distinta en el momento en que está conociendo del asunto el tribunal que debe decidir sobre la competencia del orden jurisdiccional, civil o laboral. Las razones emanadas por la sentencia de 2008

no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que, a partir de una interpretación posterior de la normativa¹⁶.

BLASCO GASCÓ¹⁷ considera el criterio asentado por la Sala Primera para determinar la eficacia temporal de sus cambios de criterio perfectamente adecuado y respetuoso tanto con el principio de seguridad jurídica como con

16 “Sin duda la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público, por lo que su control en modo alguno puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos ante que el mismo se interponga -STC 113/1990, de 18 de junio, Fundamento Jurídico 2- cuando consta claramente la falta de la misma. Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción que en la que había sido planeada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos -la tutela judicial efectiva sin indefensión y la evitación de las dilaciones indebidas- (STS de 11 de septiembre de 2009 a partir de entonces es una constante en nuestra jurisprudencia. En este sentido vid. STS de 9 de marzo de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1709).

17 BLASCO (2010), p. 837.

el derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo tanto, iniciado el proceso bajo la égida del criterio en cuya virtud la jurisdicción competente era la civil, se debe mantener dicha jurisdicción y evitar infaustos peregrinajes. No se puede negar la legitimidad del orden civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada doctrina jurisprudencial. Lo contrario —dice la sentencia— contradice la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esa tutela es que, a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que hayan pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmite a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que ese mismo Tribunal, en ocasiones y precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje, enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión y la evitación de dilaciones indebidas—.

4. PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE RECIBE EL TRABAJADOR VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE DE TRABAJO

4.1. Prestaciones por accidente de trabajo de carácter laboral

La génesis de la polémica jurisprudencial para determinar la idoneidad de la jurisdicción civil o laboral en la sustanciación del procedimiento tuvo su origen en la posible insuficiencia de la normativa laboral para hacer frente por sí sola a la reparación íntegra del daño causado. De hecho, las víctimas preferían la sustanciación civil del proceso ya que, a la indemnización recibida por esta vía por responsabilidad extracontractual, no tenían que descontar las cantidades que el trabajador demandante había percibido como consecuencia de la labor tuitiva y garante de la Seguridad Social.

No obstante, al determinarse la competencia de la jurisdicción social para conocer de estos asuntos, primero por vía jurisprudencial, refrendado posteriormente por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, cabe cuestionarse si en esta vía se alcanza la reparación

íntegra del daño ya que, aunque el damnificado puede recibir prestaciones económicas de carácter laboral, administrativo o civil, se caracterizan por su naturaleza complementaria no suplementaria, intentando evitar con ello un enriquecimiento injusto.

Actualmente conviven varias prestaciones a percibir por el damnificado según las circunstancias concretas así como el alcance y dimensión del accidente de trabajo del que ha sido víctima. Éstas pueden ser de naturaleza laboral, administrativa, civil o incluso penal estando reguladas cada una de ellas por normativa específica.

En el ámbito laboral es el art. 42 del TRLGSS el que establece en su apartado primero que: “la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: C) las prestaciones económicas en las situaciones de (...) indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional.”

De este modo la víctima de un accidente de trabajo tendrá derecho a cobrar las prestaciones de la Seguridad Social que por accidente de trabajo o enfermedad profesional pauta el art. 146 del TRLGSS:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación o situación en la tarifa de primas establecidas legalmente. Para el cálculo de dichos tipos de cotización se computará el coste de las prestaciones y la exigencia de los servicios preventivos y rehabilitadores.

Una contingencia profesional puede generar prestaciones por incapacidad, temporal o permanente, que cobrará el trabajador afectado. En caso de que el trabajador no sobreviva al accidente o a la enfermedad que contrajo, sus herederos o causahabientes recibirán prestaciones por enfermedad u orfandad. El empresario tiene obligación de cotizar por el trabajador para

que éste o sus causahabientes, en su caso, dispongan de tal cobertura. Una vez producido el accidente, la cuantía a la que tiene derecho la víctima se determina en función del régimen de afiliación y del tipo de actividad¹⁸. Estas prestaciones no tienen como finalidad reparar el daño efectivamente producido al trabajador. Están destinadas a paliar las consecuencias negativas que la baja o el carácter impeditivo de las secuelas pueden tener en el trabajador¹⁹.

La base de la cotización viene dada por la remuneración mensual total del trabajador, calculada de acuerdo con las reglas previstas en el art. 147 del TRLGSS²⁰ con los límites máximo y mínimo de cotización que establece el art. 148 del TRLGSS sin que pueda ser inferior “a las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario”²¹.

Las prestaciones económicas que puede recibir un trabajador en caso de accidente laboral, pudiendo distinguirse entre las derivadas por incapacidad temporal o permanente, son las que a continuación se especifican si bien pueden variar en su cuantía y duración en atención a la gravedad del daño producido y la limitación resultante para ejercer la profesión.

18 Sobre este particular vid., GÓMEZ (2018), p. 243.

19 Las prestaciones recibidas son ajenas a otras consecuencias negativas diferentes de la pérdida del salario que pueda sufrir el trabajador, salvo la excepción contenida en el art. 139.4 del TRLGSS que establece para los trabajadores que merezcan la condición de “grados inválidos” una prestación adicional para remunerar a la persona que les atienda “si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión recibida, sin el complemento, por el trabajador”.

20 1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

21 Art. 19.2 del TRLGSS.

a) Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

La incapacidad temporal constituye una situación protegida por el sistema de la Seguridad Social que se produce cuando el trabajador se encuentra imposibilitado para el desempeño de su actividad laboral de manera transitoria como consecuencia de un accidente de trabajo y precisa asistencia sanitaria. Esta prestación tiene como finalidad principal compensar la pérdida de ingresos durante el período de recuperación y garantizar la continuidad económica del trabajador afectado.

En los supuestos de accidente de trabajo, el acceso a la prestación por incapacidad temporal no está condicionado a la acreditación de un período mínimo de cotización, lo que refuerza el carácter protector del sistema. La prestación económica se devenga desde el día siguiente al del accidente, correspondiendo a la empresa el abono del salario íntegro del día en que se produce el siniestro.

La cuantía de la prestación asciende al setenta y cinco por ciento de la base reguladora y es gestionada, con carácter general, por la mutua colaboradora con la Seguridad Social o, en su defecto, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La duración máxima de la incapacidad temporal es de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por ciento ochenta días adicionales cuando se prevea la curación del trabajador. Transcurrido dicho plazo, la situación debe resolverse mediante el alta médica, la declaración de incapacidad permanente o, en su caso, otras causas legalmente previstas de extinción²².

b) Incapacidad permanente como consecuencia de accidente de trabajo.

22 Sobre incapacidad laboral derivada de accidente de trabajo se han consultado las siguientes obras, COLLADO et al. (2023), GUTIÉRREZ et. al. (2025); JOVER (2006); LÓPEZ (2014); SALA (2005).

La incapacidad permanente se configura como una situación protegida que surge cuando, tras la finalización del tratamiento médico prescrito, el trabajador presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, objetivamente constatables y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral. Cuando dicha situación deriva de un accidente de trabajo, el sistema de protección adquiere una especial intensidad.

Al igual que sucede con la incapacidad temporal, el reconocimiento de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo no exige período previo de cotización, lo que evidencia la voluntad del legislador de ofrecer una cobertura amplia frente a los riesgos profesionales.

El ordenamiento jurídico distingue diversos grados de incapacidad permanente, atendiendo al alcance de la limitación funcional y su repercusión sobre la capacidad laboral del trabajador.

La incapacidad permanente parcial se produce cuando las secuelas ocasionan una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en el rendimiento para la profesión habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma. En estos casos, la protección adopta la forma de una indemnización a tanto alzado equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora.

La incapacidad permanente total se caracteriza por la inhabilitación del trabajador para el desempeño de su profesión habitual, si bien conserva la capacidad para dedicarse a otra distinta. La prestación consiste en una pensión vitalicia del cincuenta y cinco por ciento de la base reguladora, susceptible de incrementarse hasta el setenta y cinco por ciento cuando el beneficiario, a partir de los cincuenta y cinco años, presenta dificultades objetivas para acceder a un empleo alternativo.

Por su parte, la incapacidad permanente absoluta implica la imposibilidad de realizar cualquier profesión u oficio con un mínimo de eficacia y continuidad. En este supuesto, el trabajador tiene derecho a una pensión vitalicia equivalente al cien por cien de la base reguladora.

Finalmente, la gran invalidez se reconoce cuando, además de concurrir una incapacidad permanente absoluta, el trabajador necesita la asistencia de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida diaria. La prestación consiste en la pensión correspondiente incrementada con un complemento económico destinado a compensar los gastos derivados de dicha asistencia.

Podemos concluir afirmando que las prestaciones por incapacidad temporal y permanente derivadas de accidente de trabajo constituyen un pilar esencial del sistema de protección social, al garantizar la cobertura económica del trabajador frente a la pérdida o reducción de su capacidad laboral. Su configuración normativa refleja un equilibrio entre la función reparadora del daño sufrido y la finalidad preventiva, especialmente cuando se vincula la responsabilidad empresarial al incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral.

Estas cantidades que cobra la víctima de un accidente de trabajo tienen carácter específicamente laboral: son decididas por la autoridad laboral y cuantificadas conforme a los criterios anteriormente referidos. Junto a la finalidad preventiva a la que anteriormente se ha hecho referencia, cumplen una función sustitutiva de los ingresos que el trabajador dejará de percibir, con carácter temporal o permanente, como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Su función es la de mantener un nivel de vida determinado de ingresos y no la de indemnizar el daño efectivamente causado. De esta circunstancia dependerá que su devengo se reciba por medio de una pensión que puede ser vitalicia —en caso de que las lesiones sufridas causen una incapacidad permanente absoluta (art. 196.2 TRLGSS)— o me-

diante una indemnización a tanto alzado en caso de incapacidad permanente parcial —art. 196.1 TRLGSS— o de muerte del trabajador. Su percepción no depende de la previa declaración de responsabilidad del empresario.

4.2. El recargo de prestaciones

No obstante, si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional tiene su origen en el incumplimiento de las obligaciones que incumben al empresario, en particular, las referidas a la protección de riesgos laborales, las medidas protectoras y reparadoras que nuestro ordenamiento jurídico habilita a la víctima, no se limitan a las estipuladas por el sistema de Seguridad Social.

El art. 42 de la LPRL establece al efecto que “el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivar de dicho incumplimiento”.

Como establece GÓMEZ LIGÜERE²³ la combinación de las medidas de protección establecidas por el sistema público junto a las estipuladas en la vía administrativa, civil o incluso penal, tiene como finalidad la compensación del trabajador y el incentivo a la adopción de las medidas de prevención por parte del empresario. Sin la responsabilidad por su incumplimiento, el empresario carecería de incentivos para invertir en la seguridad de sus trabajadores, que ya resultan compensados por el sistema público de prestaciones.

Estas prestaciones que se adicionan al sistema público tienen naturaleza administrativa, civil o penal. A las dos primeras nos referiremos a continuación.

El art. 164 del TRLGSS estipula lo que tradicionalmente se reconoce como recargo de prestaciones:

²³ GÓMEZ (2018), p. 230.

Todas las prestaciones económicas que tengan su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto contrario que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

La prestación que recoge este precepto, el llamado recargo de prestaciones, es una cantidad de dinero cuyo pago viene impuesto por la Administración, bajo la imposición de la normativa laboral, que sanciona la inobservancia empresarial de normas reguladoras de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Se aplica cuando un accidente de trabajo o enfermedad profesional se produce por dolo o negligencia del empresario por incumplimiento de normas sobre seguridad e higiene. Es una obligación personalísima del empresario sin posibilidad de transmisión ni de aseguramiento²⁴.

Su pago beneficia directamente al trabajador que ha sido víctima de la contingencia. La cuantía del recargo, entre el 30 y un 50 por 100, se establece en función de la gravedad del incumplimiento de los deberes de prevención y no en atención a la gravedad del daño. Debe abonar un porcentaje adicional sobre las prestaciones de la Seguridad Social, por ejemplo, por incapacidad temporal o permanente. La responsabilidad derivada del recargo es independiente y compatible con otras responsabilidades que puedan derivarse del incumplimiento, incluso de orden penal. En este sentido la STS de 8 abril de

24 Sobre la posibilidad de asegurar el recargo en cuanto prestación asociada a la contingencia profesional, vid. LUQUE (1999), pp. 539-564.

2025, ECLI:ES:TS:2025:1831 tras una absolución penal de la empresa por los mismos hechos, la empresa solicita la revisión del recargo. El Tribunal Supremo concluye que no concurren los requisitos legales para anular el recargo. Lo que demuestra que la responsabilidad administrativa/laboral es independiente de la penal. La absolución penal no implica automáticamente el levantamiento del recargo en vía social/laboral.

Esta reclamación se tramita por vía administrativa ante la Tesorería General de la Seguridad Social pudiendo ser impugnada y elevada a la jurisdicción social²⁵.

La existencia de negligencia en el trabajador no rompe necesariamente el nexo causal del accidente si hubo deficiencias en medidas de seguridad ni justifica la revocación del recargo de prestaciones. Es el supuesto contemplado por la STS de 12 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5606. El accidente del demandante, con antigüedad en la empresa demandada del 1

25 En el caso de que la Tesorería General de la Seguridad Social reconozca o deniegue el recargo de prestaciones y la empresa no esté de acuerdo o se cuestione su responsabilidad, el trabajador o la propia Tesorería General de la Seguridad Social, puede recurrir ante la jurisdicción laboral. Tras la entrada en vigor de la L.O. 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Sector Público de Justicia (B.O.E. Nº3, de 3 de enero de 2025) la competencia para conocer de este asunto recae en los tribunales sociales (antes Juzgados de lo Social).

El trabajador o la Tesorería han de presentar demanda ante el tribunal social correspondiente. Debe incluir en la demanda:

- a) Datos del accidente o enfermedad profesional
- b) Reconocimiento administrativo o solicitud de recargo
- c) Pruebas de incumplimiento empresarial de normas de seguridad e higiene en el trabajo
- d) Documentación médica pericial.

A tenor de lo preceptuado por la L.O. 1/2025 la presentación de documentación así como las pruebas debe realizarse 10 días hábiles antes del juicio salvo excepciones.

Preceptivo a la celebración del juicio es el acto de conciliación o mediación que, con la nueva normativa, puede celebrarse en fecha distinta al juicio, lo que permite negociar el recargo de prestaciones sin retrasar la fase probatoria.

Si la mediación no llega a buen puerto, se inicia el proceso judicial propiamente dicho. La vista se celebrará ante el tribunal social, valorándose las pruebas presentadas con antelación. La oralidad se ve reforzada ya que con la L.O. 1/2025 se puede dictar sentencia verbal con notificación inmediata que debe pronunciarse sobre el reconocimiento del recargo y la cuantía correspondiente en su caso (porcentaje de recargo sobre la prestación abonada plazos para el pago del mismo por parte del empresario).

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante el tribunal superior.

de enero de 1987 y categoría profesional de oficial 1ª, sobrevino cuando se encontraba el 5 de noviembre de 2002 prestando servicios laborales en la máquina calandra número dos (modelo AM.B. 14806) realizando la tarea de control del proceso de laminado; en cierto momento, al observar que en el extremo del cilindro de gofrar se había quedado adherida una cinta de plástico, procedió a retirarla con su mano derecha, la cual fue arrastrada y atrapada entre los dos cilindros de la máquina en funcionamiento. En la evaluación de riesgos efectuada el 2 de mayo de 2001 por el Servicio de Prevención Sermesa, concertado por la actora, se identifica como uno de los riesgos de la máquina litigiosa, el del atrapamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotándola de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros. A raíz del accidente sufrido por el trabajador demandado, la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de dicha máquina. La empresa había impartido instrucciones escritas a los trabajadores, y entre ellos al accidentado, el 1 de junio de 1998, en las que se indica la prohibición de “intentar meter las manos en los cilindros del Laminador cuando se caiga un cuerpo extraño”.

Como consecuencia de ello fue declarado en Incapacidad Permanente Total con efectos económicos del 30 de abril de 2004. A causa del accidente acaecido se siguieron actuaciones por la Inspección de Trabajo, que procedió a levantar el Acta de Infracción nº 4.803/2002, confirmada por Resolución del Director General de Trabajo y Seguridad Laboral del 1 de diciembre de 2003 que a su vez fue confirmada por sentencia de 8 de julio 2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Valencia. En escrito de 31 de diciembre de 2002 la Inspección de Trabajo formuló propuesta de recargo de prestaciones económicas del 30%, que dio lugar a Resolución del INSS de 22 de marzo de 2004, en la que se acordó imponer a la empresa actora el recargo del 40% en las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sufrido el 5 de noviembre de 2002 por el trabajador demandado.

Analizada la normativa laboral sobre las consecuencias del incumplimiento de los deberes de seguridad e higiene en el trabajo²⁶, así como los requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en caso de accidente de trabajo delimitados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo²⁷, esta máxima instancia llega a la conclusión de que

En el caso presente no es cierto que (la actitud del trabajador) haya roto el nexo causal entre infracción y daño por la conducta imprudente del trabajador, dado que, siendo cierto que la empresa impartió instrucciones escritas a los

26 El art. 123.1 de la TRLGSS preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social “cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

Este mismo concepto de responsabilidad por “el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales” se reafirma en el art. 42 de la LPRL cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su art. 14.2, que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...”. En el apartado 4 del art. 15 señala “que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. Finalmente, el art. 17.1 establece “que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”.

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el art. 16 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que “los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores”.

27 Reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, la STS de 2 de octubre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:6957) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes:

a) que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado, b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador. c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

trabajadores en las que se les prohibía intentar meter las manos en los cilindros del laminador cuando se caiga un cuerpo extraño, no lo es menos que en la evaluación de riesgos, efectuada el 2 de mayo de 2001 por el Servicio de Prevención Sermesa concertado por la actora se identifica como uno de los riesgos de la máquina referida en el ordinal procedente el de atrapamiento por o entre objetos y advierte de la necesidad de dotar a la misma de dispositivos que garanticen su seguridad, dotando de protección para impedir la accesibilidad a sus cilindros.

y que

A raíz del accidente sufrido por el trabajador demandado, la Inspección de Trabajo practicó requerimiento a la empresa a efectos de proteger los cilindros de dicha máquina. Fue, pues, la conducta omisiva del empresario consistente en no llevar a la práctica la medida de protegerse el trabajador respecto de los cilindros de la máquina, la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador; acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador, *a priori* y *no a posteriori* del accidente, las condiciones mínimas de seguridad a que antes se ha hecho referencia.

Sin embargo, el recargo de prestaciones no procede cuando el accidente laboral es resultado de la imprudencia temeraria del encargado responsable. Fue el supuesto contemplado por la STS de 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:983. El accidente ocurrió cuando el trabajador realizando las funciones propias de su categoría de instalador y reparador de equipos electrónicos y suficientemente informado para su labor, así como informado de los riesgos de la misma, se encontraba realizando, junto con otros compañeros, la labor de sustitución de una torre metálica a la que amarró los cables procedentes del entroke existente, momento en el que recibió una tensión de retorno a través de la fase proveniente de aquella, lo que ocurrió porque el jefe del equipo, oficial de primera designado como jefe de descargo y encargado de desconectar las fuentes de tensión de la línea, olvidó realizar esa labor.

El accidente causó lesiones al trabajador accidentado y motivó el despido del jefe del equipo, superior inmediato, que se encontraba en el lugar, despido que fue declarado procedente por la sentencia de instancia y la de suplicación, al considerarlo responsable de no haber adoptado las medidas de desconexión para crear una zona de seguridad para el trabajo, obligación propia que incumplió haciendo caso omiso del protocolo de operaciones de alta tensión, lo que fue causa del siniestro.

A la empresa, tras el oportuno expediente, le impuso el INSS un recargo de las prestaciones del 30 por 100 por falta de medidas de seguridad. Contra esa resolución sancionadora accionó la empleadora que fue exonerada de responsabilidad por la sentencia de suplicación objeto del recurso. Ese pronunciamiento se fundó en que el siniestro no es imputable a la misma ya que proporcionó a sus empleados la formación suficiente, les previno de los riesgos y les informó de cómo evitarlos y adoptó las medidas de prevención necesarias, sin que se le imputara déficit alguno de prevención, siendo el siniestro atribuible al jefe del equipo que incumplió el protocolo de actuación existente y no ejecutó las labores de desconexión que le correspondían, conducta determinante del siniestro que suponía una grave imprudencia que había justificado su despido y suponía una ruptura del nexo causal que debe existir entre el accidente y el proceder de la empresa, cuyo deber de vigilancia no podía extenderse al constante y exhaustivo control de sus empleados en todo momento.

La resolución del recurso obliga al Tribunal a pronunciarse sobre el cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo por el obligado a ello y su posible vulneración.

El acta de infracción levantada al efecto por la inspección de trabajo señaló vulnerado el punto 1-16 del RD 1215/1997, sobre equipos de trabajo. La referida normativa se limita a reglamentar cómo deben ser los equipos de trabajo, sin que parezca que haya sido vulnerada ninguna de sus normas,

ya que consta que los trabajadores estaban formados y habilitados para el trabajo a realizar y que el accidente no se debió a la falta de unos equipos adecuados de trabajo, sino a la negligencia del jefe del servicio.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3663²⁸ así como en la sentencia de 11 de octubre del 2023, ECLI:ES:TS:2023:4316²⁹, ha establecido que el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo aplicado a pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de contingencias profesionales debe extenderse automáticamente a las prestaciones de muerte y supervivencia. Esta doctrina se basa en la interpretación del art. 217.2 del TRLGSS, que presume de derecho la muerte a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional para quienes tengan reconocida una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido por tales contingencias.

28 Fue la primera sentencia del Tribunal Supremo que se basa en el art. 217.2 del TRLGSS para establecer que “se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional quienes tengan reconocidas por tales contingencias una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido desde el momento en el que la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo incide de manera determinante en el menoscabo funcional padecido, éste es el origen de la prestación y no su añadido”. Y añade que “el art. 217.2 del TRLGSS decide llevar en bloque a la muerte y supervivencia la situación vigente en vida del causante sin establecer ninguna restricción al respecto, y, por tanto, no existe razón para conjeturar que en la mente del legislador puede estar presente la exclusión del recargo”. La sentencia afirma que la prestación básica no experimenta variación al devenir en muerte y supervivencia, mediando una presunción *iure et de iure*.

29 Afirma, por su parte, que el recargo de prestaciones por incapacidad permanente absoluta derivada de contingencias profesionales por infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo se traslada a las prestaciones de muerte y supervivencia cuando el trabajador fallece *a posteriori* por causas externas a aquella contingencia profesional. No admite, por tanto, la prueba en contrario, basándose en el art. 217.2 del TRLGSS. Afirma que de conformidad con el párrafo segundo del art. 217.2 “sino se da el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o enfermedad profesional. En caso de accidente de trabajo dicha prueba solo se admitirá si el fallecimiento hubiera ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente. En caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba cualquiera que sea el tiempo transcurrido”. La sentencia entiende que no habrá que probarse que la muerte ha sido debida a contingencias profesionales si el fallecido tenía reconocido por esa contingencia una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez siendo, por tanto, presunción *iure et de iure*.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en su criterio interpretativo 8/2024, ha confirmado que se debe seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo y modificar el criterio previamente aplicado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social³⁰. En consecuencia, cuando un pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez fallece y su pensión incluye un recargo por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo, dicho recargo se transfiere *iuris et de iure* a las prestaciones por muerte y supervivencia.

Este cambio de criterio implica que no es necesario demostrar que el fallecimiento fue debido a la contingencia profesional que determinó la incapacidad para aplicar el recargo sobre la prestación de muerte y supervivencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la interpretación de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social establecen que la falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo incide de manera determinante en el menoscabo funcional padecido y, por tanto, en el origen de la prestación.

La aplicación automática de este recargo refuerza la protección de los derechos de los beneficiarios de las prestaciones de muerte y supervivencia y subraya la importancia de cumplir con las medidas de seguridad y salud en el trabajo para evitar sanciones económicas adicionales a las empresas³¹.

Asimismo, la persistencia del recargo en un contexto normativo marcado por la progresiva objetivación de la responsabilidad empresarial y por el fortalecimiento del sistema preventivo invita a reflexionar sobre su vigencia y necesidad. La evolución del derecho de la Seguridad Social y

30 Esta interpretación se aparta del criterio 44/2003-04 para poder aplicar el recargo previsto en el art. 164.1 del TRLGSS sobre las prestaciones de muerte y supervivencia respecto del fallecimiento de un pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Según el mencionado criterio era preciso la comprobación real y no presunta de que la causa del fallecimiento era debida a la misma contingencia profesional que determinó la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez, aún cuando se produjera de manera diferida en el tiempo del evento que originó las lesiones merecedoras de la calificación de incapacidad.

31 LÓPEZ (2018); MARTÍN (2025); POQUET (2021); POSADA (2023); TRILLO (2025).

de la prevención de riesgos laborales exige replantear si este instituto sigue siendo el instrumento más adecuado para alcanzar los fines que justificaron históricamente su incorporación al sistema³².

4.3. Responsabilidad Civil derivada de accidente de trabajo

La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido configurando de forma reiterada un sistema de responsabilidad del empresario por los daños derivados de accidentes de trabajo basado en el incumplimiento de la obligación de seguridad, integrada en el contrato de trabajo. Los daños producidos en el trabajador por incumplimiento de la normativa sobre protección de riesgos laborales derivados de una contingencia laboral originan responsabilidad contractual en la medida que dicho incumplimiento pueda calificarse como contravención del contenido obligacional del contrato de trabajo.

Esta responsabilidad se proyecta incluso cuando el daño es causado materialmente por la conducta negligente de otro trabajador, y muy especialmente cuando dicho trabajador ostenta funciones de dirección o mando intermedio.

En cumplimiento del art. 14 de la LPRL el empresario se ocupará de la prevención de estos riesgos mediante la integración de la labor preventiva en la empresa y de la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores a través de un plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta, participación y formación de los trabajadores, actuación en caso de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios.

³² La doctrina sobre el recargo de prestaciones ha sido objeto de atención constante, con especial intensidad. Para la confección de este epígrafe, además de múltiples pronunciamientos judiciales, entre los que se han seleccionados los más recientes e innovadores, se han estudiado numerosos autores que han tratado cuestiones tales como el estudio de su naturaleza jurídica, requisitos exigidos para su aplicación, su encaje en el sistema de responsabilidades empresariales o el debate abierto sobre su vigencia y adecuación al modelo actual de Seguridad Social. Entre ellos podemos destacar a GARCÍA (2025).

El incumplimiento de la obligación preventiva, en cualquiera de sus modalidades, puede originar una casuística particular en función de la víctima y de su relación de dependencia con el empresario infractor. Estas circunstancias provocan, a su vez, la obligación de reparar el daño, reparación que se sustancia a través de una responsabilidad civil contractual o extracontractual en función de los vínculos que unan al empresario infractor con la víctima del daño.

Supuestos de responsabilidad civil contractual sustanciados ante la jurisdicción laboral serán aquellos en los que el accidente laboral ha sido ocasionado en el seno de una relación contractual que vincula al empresario con el trabajador víctima del daño. Esta vinculación con el hecho dañoso puede ser directa o indirecta respondiendo en cualquiera de estas circunstancias el empresario infractor.

El supuesto calificado como indirecta responde a aquel en el que la acción u omisión de un trabajador dependiente del empresario causa un daño a otro trabajador al que le vincula una relación de subordinación. Este tercero no es ajeno a la relación laboral en la medida que integra la plantilla del empresario si bien como subordinado directo de otro trabajador.

En estos supuestos ¿siempre ha de responder el empresario por la acción u omisión cometida por el primero de los subordinados?

El empresario es el que ha de acreditar la falta de culpa, quien prueba que obró con la diligencia que le era exigible, sin que baste, por consiguiente, para la exculpación en supuestos de comportamientos típicos y antijurídicos, con la alegación de la ausencia de culpa.

Esta culpa está conectada con la diligencia que le es exigible al deudor-empresario en cada supuesto. Solo impedirá la existencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad aquellos hechos extraños por completo

al sujeto responsable, como las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y situación de necesidad. El error o la imprevisión no liberan de culpa ya que el empresario debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos.

La diligencia exigible comporta el que no baste el facilitar los medios de protección y prohibir su no uso, así como las prácticas peligrosas. Es preciso cuidar que se observen las instrucciones dadas, y se usen los medios de protección facilitados, lo que implica la vigilancia de la actuación de los empleados, así como la previsión de imprudencias profesionales que le llevarán a responder frente al trabajador víctima de un accidente de trabajo.

Es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no lo es imputable. El art. 1104 del CC, aplicable a los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia en el deudor de seguridad cuando él mismo omite la diligencia que requiere la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar. Cuando la obligación no expresa la diligencia exigible, se le exigirá la que corresponda a un buen padre de familia, mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el tráfico mercantil, comercial o industrial o social de la misma clase que la actividad que se enjuicia -SSTS, Sala 1ª, 25 de enero de 1985, ECLI:ES:TS:1985:1395; 8 de mayo de 1986, ECLI:ES:TS:1986:2290; 9 de febrero de 1998, ECLI:ES:TS:1998:825 y 10 de julio de 2003, ECLI:ES:TS:2003:4881 (sala civil).

Por lo tanto, al ser el empresario el deudor de seguridad —responsabilidad contractual— es a él a quien compete probar que actuó con toda la diligencia que le era exigible. El empresario solo quedará exento de responsabilidad “cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso

fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de un tercero no evitable por el empresario —STS de 30 de julio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:2314—”.

Esta doctrina fue recogida por la LRJS, cuyo art. 96.2 establece que:

en los procesos sobre responsabilidad derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción de un resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o aminorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que corresponda al ejercicio laboral del trabajo o a la confianza que éste inspira.

Por lo tanto, no existirá culpa del empresario cuando pruebe que obró con la diligencia exigible y que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable.

En el supuesto de que el daño sea consecuencia de actos culposos ejecutados por mandos intermedios o terceros la responsabilidad empresarial no se desplaza automáticamente al empresario. Así lo refrenda la STS de 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:983³³ que al analizar la concurrencia o no del recargo de prestaciones por accidente laboral declaró que no procede el mismo por falta de medidas de seguridad cuando el accidente se debe únicamente a la imprudencia de un encargado, siempre que no exista infracción normativa de la empresa. Este pronunciamiento subraya que la propia imprudencia de un mando intermedio puede, en ciertos casos, romper

33 El Tribunal Supremo resolvió que “no procede imponer recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad a la empresa cuando el accidente se produjo por imprudencia temeraria del jefe de servicio (mandos intermedios) y no existe infracción normativa imputable al empresario”. Señala que la culpa *in vigilando* (supervisión) tiene efectos en responsabilidad civil, pero no en el ámbito sancionador del recargo cuando la empresa ha cumplido las obligaciones preventivas.

el nexo de causalidad necesario para imponer un recargo sancionador si el empresario ha cumplido normativa de seguridad y no ha incurrido en un incumplimiento.

Por lo tanto, no será responsable el empresario del acto que un tercero ajeno a la empresa salvo supuestos excepcionales en que tuviera que haber previsto los riesgos de actuación de empleados de la empresa con los que contrató algún servicio, circunstancia que es ajena al interrogante planteado.

Podría afirmarse que cuando el siniestro es imputable a alguien ajeno a la empresa en cuyo ámbito se produce el hecho lesivo, la empleadora quedaría liberada de responsabilidad, salvo los supuestos en que el accidente ocurra dentro de sus instalaciones y por causas que debió prever, así como cuando contrató a una persona física o jurídica para que realizara por ella alguna obra, supuestos variados en los que, también, puede incurrir en responsabilidad.

En el supuesto en el que haya existido imprudencia temeraria del trabajador accidentado o de un compañero, conviene señalar que la imprudencia temeraria del accidentado libera a su patrono de responsabilidad, conforme a los arts. 156.4 y 164.1 del vigente TRLGSS, en relación con el art. 15.4 de la LPRL.

A igual solución debe llegarse en los supuestos de dolo o imprudencia temeraria de otro empleado, porque esa actuación dolosa o temeraria era difícil de prever y de evitar, como nos muestra el art. 15.4 de la LPRL cuando no obliga al patrono a prever ese tipo de actuaciones imprevisibles. En efecto, es difícil de prever que un jefe de equipo, formado, capacitado e instruido para la realización de trabajos eléctricos con alta tensión omita realizar su principal misión, según el protocolo de actuación establecido, desconectar la tensión antes de iniciar los trabajos a realizar, acción omisiva que fue la causa del accidente. Esta acción puede calificarse de temeraria porque violó una norma que le imponía primero advertir la inminencia y gravedad del peligro y segundo actuar de acuerdo con el protocolo establecido para evitar

el riesgo existente para él y para los compañeros de trabajo a sus órdenes. Infringió los deberes objetivos que tenía y las órdenes expresas recibidas que las más elementales normas de prudencia le obligaban a cumplir, lo que fue la causa del daño producido.

Aun así, la doctrina del Tribunal Supremo y la jurisprudencia mayoritaria reconocen que el empresario puede ser responsable por actos de sus empleados, incluidos mandos intermedios, a través de figuras tradicionales del Derecho civil como:

a) Culpa *in vigilando*: el empresario puede responder por daño causado por un subordinado bajo su deber de vigilancia sobre su actividad.

b) Culpa *in eligendo*: el empresario puede ser responsable por no haber elegido adecuadamente al encargado o mando intermedio cuya negligencia causó el daño.

Estas figuras imputan responsabilidad empresarial no directamente por el resultado del subordinado, sino por el deber de vigilancia y por haber permitido que el agente causante estuviera en posición de causar daño sin control suficiente

La responsabilidad civil por los actos de los empleados que tiene su origen en el art. 1.903 del Código Civil y que supone la obligación de reparar los daños causados culposamente por los auxiliares (empleados) del empresario para realizar su actividad, también llamada responsabilidad vicaria, supone el establecimiento de esa responsabilidad sin que intervenga la culpa del empleador, quien responde civilmente por los actos de su auxiliar que no respeten *el estándar de conducta exigible*, que no actúe con la diligencia exigible y cause un daño. En estos casos de *responsabilidad vicaria* por el acto del empleado, pero sin culpa del empresario a quien se le hace responsable del acto de otro, por no haber controlado debidamente su actividad, resulta

que la responsabilidad que se le impone es sin culpa. Si ello es así, la llamada *culpa in vigilando* podrá justificar la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios causados y así como la condena al pago de la misma.

El empresario, sujeto pasivo de la obligación de resarcimiento, está obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados al trabajador incluyendo daños personales, materiales y morales. Se trata de una responsabilidad personal del empresario que solo se activa por la causación del daño, es decir, acontecido el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Es una responsabilidad directa aunque el incumplimiento fuera imputable a alguno de sus colaboradores.

La intervención de mandos intermedios en la producción del accidente laboral no rompe por sí sola el vínculo contractual de imputación, sino que obliga a examinar si el empresario cumplió de manera efectiva su deber de seguridad. Cuando la acción culposa del mando intermedio revela un déficit organizativo, preventivo o de control, el empresario debe responder por incumplimiento del contrato de trabajo, consolidándose así una concepción amplia y exigente de la deuda de seguridad como elemento esencial de la relación laboral.

Como conclusión podemos afirmar que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) ha configurado la responsabilidad del empresario por los daños sufridos por el trabajador en un accidente de trabajo como una responsabilidad de naturaleza contractual, derivada del incumplimiento del deber de seguridad y salud integrado en el contrato de trabajo. Este deber, que encuentra su fundamento tanto en el propio vínculo contractual como en la normativa de prevención de riesgos laborales, constituye una auténtica deuda de seguridad, cuyo incumplimiento genera responsabilidad indemnizatoria cuando se produce un daño efectivo.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo ha reiterado que la responsabilidad empresarial no es objetiva, pero sí se asienta sobre una presunción de culpa, de modo que, producido el accidente, corresponde al empresario acreditar que ha adoptado todas las medidas necesarias y razonablemente exigibles para evitar el riesgo y el resultado lesivo. No basta, por tanto, con el cumplimiento meramente formal de la normativa preventiva, sino que es preciso demostrar que dichas medidas fueron idóneas, eficaces y correctamente aplicadas en atención a las circunstancias concretas del trabajo.

Cuando el accidente de trabajo se produce como consecuencia de la actuación culposa de un mando intermedio, la intervención de este no excluye automáticamente la responsabilidad del empresario. La Sala de lo Social ha señalado que la conducta negligente del mando intermedio se integra, por regla general, en el ámbito de organización y dirección de la empresa, de modo que el empresario puede responder por deficiencias en la organización del trabajo, en la supervisión de las funciones delegadas o en la selección y formación del personal directivo o de supervisión, lo que permite fundamentar la imputación en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

No obstante, la jurisprudencia también ha precisado que la responsabilidad empresarial encuentra su límite cuando el empresario acredita de forma concluyente que el accidente fue debido a una conducta exclusiva, imprevisible e inevitable del mando intermedio, sin relación con una infracción del deber de seguridad ni con un déficit organizativo o preventivo imputable a la empresa. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que no procede imputar responsabilidad empresarial —en particular en el ámbito sancionador del recargo de prestaciones— cuando el accidente se debe exclusivamente a la imprudencia temeraria de un mando intermedio y no concurre infracción normativa atribuible al empresario (STS de 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:983).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO, Francisco (2010): “Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial: STS de 11 de septiembre de 2009”, en: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Vol. 3) (Madrid, Dykinson), pp. 829-880.

COLLADO, Luis; ROMERO RODENAS, María José, TARANCÓN PÉREZ, Encarna (2023): *Incapacidad temporal*, 4ª edición (Albacete, Bomarzo).

GARCÍA, Belén (2025): “Efectos en el recargo de prestaciones por accidente de trabajo de la reforma legal de la cuantía de la pensión de viudedad operada con posterioridad”, en: *Revista de Jurisprudencia Laboral* (Nº2), pp. 1-8.

GÓMEZ, Carlos (2018): *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual* (Madrid, Marcial Pons).

GÓMEZ, Fernando; LUQUE, Manuel y RUIZ, Juan Antonio (2001): “STS, 4ª, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales”, en: *InDret* (Nº3).

GUTIÉRREZ, Eva María; PONCE, José Antonio; SILLERO, Amalia y FERNÁNDEZ, José (2025): “The Economic and Occupational Impact of Mental Health-Related Temporary Work Disabilities in Spanish Workers During and After the COVID-19 Pandemic: A Longitudinal Study”, en: *Healthcare* (Vol. 13, Nº6), art. 618. Disponible en: <https://www.mdpi.com/2227-9032/13/6/618> [Fecha de última consulta: 27.06.2026].

JOVER, Carmen (2006): *La incapacidad laboral para el trabajo: aspectos laborales y de la seguridad social* (Valencia, Tirant lo Blanch).

LÓPEZ, Belén del Mar (2014): *La incapacidad laboral en el sistema de la Seguridad Social* (Granada, Comares).

LÓPEZ, Rubén (2018): El recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social: historia, presente y futuro (Murcia, Laborum).

LUQUE, Manuel (1999): “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, en: Revista Española de Derecho del Trabajo (Nº96), pp. 539-564.

MARTÍN, Rodrigo (2025): “El recargo de prestaciones: crónica de un anacronismo”, en: LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social (Vol. 6, Nº2), pp. 234-244.

PARDO, José Ricardo (2008): “A vueltas sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo. Fijación de una doctrina definitiva por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”, en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Nº12).

POQUET, Raquel (2021): “Doctrina consolidada sobre el recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad y la incidencia de la actuación temeraria”, en: Lex Social. Revista de Derechos Sociales (Vol. 9, Nº1), pp. 451-465.

POSADA, José Antonio (2023): “El recargo de prestaciones en materia de seguridad social: entre la sanción, la reparación del daño y las penas privadas”, en: Revista General de Derecho Penal (Nº39).

SALA, Francisco (2005): La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente (Valencia, Tirant lo Blanch).

TRILLO, Andrés Ramón (2025): “La vigencia del recargo de prestaciones de la Seguridad Social del incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales”, en: LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social (Vol. 6, Nº2), pp. 220-233.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985.

Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981. Boletín Oficial del Estado, 11 de noviembre de 1985.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 29 de junio de 1994.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, 10 de noviembre de 1995.

Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 7 de agosto de 1997.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Boletín Oficial del Estado, 11 de noviembre de 2011.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 24 de octubre de 2015.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, 31 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Boletín Oficial del Estado, 3 de enero de 2025.

JURISPRUDENCIA CITADA

STS de 25 de enero de 1985, ECLI:ES:TS:1985:1395.

STS de 8 de mayo de 1986, ECLI:ES:TS:1986:2290.

STS de 27 de diciembre de 1995, ECLI:ES:TS:1995:7819.

STS de 15 de febrero de 1996, ECLI:ES:TS:1996:936.

STS de 18 de octubre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5655.

STS de 18 de diciembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:7318.

STS de 27 de febrero de 1997, ECLI:ES:TS:1997:1368.

STS de 20 de marzo de 1997, ECLI:ES:TS:1997:2037.

STS de 14 de julio de 1997, ECLI:ES:TS:1997:5033.

STS de 11 de diciembre de 1997, ECLI:ES:TS:1997:6746.

STS de 9 de febrero de 1998, ECLI:ES:TS:1998:825.

STS de 18 de marzo de 1999, ECLI:ES:TS:1999:1963.

STS de 12 de julio de 1999, ECLI:ES:TS:1999:4997.

STS de 2 de octubre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:6957.

STS de 10 de abril de 2001, ECLI:ES:TS:2001:3830.

STS de 10 de julio de 2003, ECLI:ES:TS:2003:4881.

STS de 10 de octubre de 2003, ECLI:ES:TS:2003:2512.

STS de 30 de enero de 2004, ECLI:ES:TS:2004:526.

STS de 9 de mayo de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3097.

STS de 6 de marzo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:2115.

STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2007, ECLI:ES:TSJPV:2007:1258.

STS de 12 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5606.

STS de 15 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:652.

STS de 15 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:830.

STS de 27 de febrero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1172.

STS de 19 de mayo de 2008, ECLI:ES:TS:2008:2853.

STS de 23 de abril de 2009, ECLI:ES:TS:2009:3264.

STS de 11 de septiembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6164.

STS de 9 de marzo de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1709.

STS de 30 de julio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:2314.

STS de 24 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1797.

STS de 9 de junio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3663.

STS de 28 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:983.

STS de 18 de abril de 2023, ECLI:ES:TS:2023:1650.

STS de 11 de octubre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4316.

STS de 10 de noviembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4150.

STS (Pleno) de 3 de febrero de 2025, ECLI:ES:TS:2025:404.

STS de 12 de marzo de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1141.

STS de 8 de abril de 2025, ECLI:ES:TS:2025:1831.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 21 de mayo de 2025, ECLI:ES:TSJCV:2025:753.

STS de 2 de junio de 2025, ECLI:ES:TS:2025:2817.

STS de 17 de julio de 2025, ECLI:ES:TS:2025:3656.

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL
ART. 1739. LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA
JURÍDICA Y LA TRANSFERENCIA *A NON DOMINO*.
EL SENTIDO DE *QUEDAR A CUBIERTO DE TODA
RECLAMACIÓN*¹⁻²**

DOGMATIC STUDY AND CRITICAL ANALYSIS OF
ARTICLE 1739. THE DOCTRINE OF LEGAL
APPEARANCE AND TRANSFER *A NON DOMINO*.
THE MEANING OF *TO BE SHIELDED FROM ANY CLAIM*

Francisco Cabello Vargas*

Resumen:

El estudio ofrece un examen dogmático y crítico del art. 1739 del Código Civil chileno, centrado en la tensión entre la protección de los terceros de buena fe y los límites de la transferencia *a non domino*. A través de la doctrina de la apariencia jurídica, se analiza cómo el legislador busca equilibrar la seguridad del tráfico jurídico con la preservación del derecho de propiedad,

1 Artículo recibido el 10 de octubre de 2025 y aceptado el 30 de marzo de 2026.

2 El desarrollo de este trabajo se enmarca dentro de la ejecución 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.

* Licenciado en Historia con mención en Ciencia Política. Magíster en Historia con mención en Historia Política y de las Relaciones Internacionales. Abogado. Magíster en Derecho. Candidato al Doctor en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Becario ANID. Profesor de Derecho Civil e Introducción al Estudio del Derecho Positivo Chileno en 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.

interpretando la expresión *quedar a cubierto de toda reclamación* como una garantía de estabilidad para los actos celebrados de buena fe y conforme a una apariencia legítima.

Palabras clave:

Protección de terceros, Apariencia jurídica, Transferencia *a non domino*, Buena fe, Seguridad jurídica, Dominio.

Abstract:

The study offers a dogmatic and critical examination of Article 1739 of the Chilean Civil Code, focusing on the tension between the protection of good-faith third parties and the limits of transfer *a non domino*. Through the doctrine of legal appearance, it analyzes how the legislator seeks to balance the security of legal transactions with the preservation of property rights, interpreting the expression *to be shielded from any claim* as a guarantee of stability for acts performed in good faith and under a legitimate appearance.

Keywords:

Protection of third parties, Legal appearance, Transfer *a non domino*, Good faith, Legal certainty, Ownership.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 1739 del Código Civil (en adelante CC) constituye una disposición de singular riqueza dogmática dentro del régimen de sociedad conyugal, al situarse en el punto de convergencia entre las relaciones patrimoniales de los cónyuges, la tutela de los terceros de buena fe y la disciplina general de la transferencia del dominio. Su estructura, compuesta por seis incisos, articula un conjunto de presunciones, ficciones y reglas que, aunque diversas en su formulación, confluyen en una misma finalidad: otorgar estabilidad y seguridad al tráfico jurídico frente a la complejidad que suscita la coe-

xistencia de múltiples patrimonios bajo un régimen común. De ahí que el precepto adquiera relevancia no solo en el derecho de familia, sino también en la institución del dominio y de la apariencia jurídica.

El presente estudio examina críticamente esta disposición, atendiendo a su sistematicidad interna, a los vínculos que guarda con otros preceptos del Código —en particular, los arts. 150, 1741 y 1750—, y a su inserción en el contexto más amplio de la protección de los terceros frente a los efectos del régimen patrimonial. Desde una perspectiva exegética y dogmática, se propone que el legislador, al amparar la buena fe y la apariencia, erige un sistema de garantías que, aunque excepcional, sacrifica la pureza conceptual del dominio y de los modos de adquirir en favor de la seguridad del tráfico y la confianza legítima.

Allí radica el problema central del trabajo. Conforme al derecho común, la tradición no debiera transferir más derechos que aquellos que obran en poder del tradente o respecto de los cuales éste cuenta con legitimación dispositiva suficiente. El art. 1739 inciso cuarto, en cambio, parece admitir una solución diversa: cumplidos el negocio oneroso, la buena fe del tercero y la entrega de la cosa, el adquirente queda a cubierto de toda reclamación, aunque el bien mueble fuere social o del otro cónyuge. De ello se sigue que la norma no sólo ampara la apariencia, sino que permite explicar una situación en la cual el tercero adquiere el dominio a pesar de que el cónyuge enajenador no era titular del derecho transmitido.

Este estudio sostiene que, en esta hipótesis excepcionalísima, la adquisición del tercero puede calificarse dogmáticamente como originaria, no porque desaparezcan el negocio oneroso y la tradición como presupuesto operativo del desplazamiento patrimonial, sino porque el derecho que gana el tercero no pertenecía al cónyuge tradente ni provenía de una facultad dispositiva radicada en él. El legislador sacrifica, así, la pureza conceptual del sistema traslaticio común y, por medio de una ficción legal fundada en la apariencia

jurídica y en la buena fe, consolida una atribución dominical inmune a la reclamación del cónyuge propietario, cuyo interés queda reconducido al crédito de recompensa del art. 1741.

Para demostrar esta hipótesis, el trabajo se estructura en cuatro secciones. Primero, se examina la presunción de sociabilidad del inciso primero como presupuesto objetivo de la apariencia posesoria y de la confianza del tercero. En segundo lugar, se analiza la ineficacia probatoria de la confesión de los cónyuges, a fin de mostrar la dimensión antifraude del sistema y los límites internos de la autonomía conyugal frente a terceros y legitimarios. En tercer término, se aborda el núcleo del problema dogmático contenido en el inciso cuarto: el sentido de la expresión *quedar a cubierto de toda reclamación* y la justificación de una adquisición originaria del tercero a partir de un negocio oneroso y la tradición de una cosa ajena. Finalmente, se estudia la presunción del inciso sexto como proyección complementaria de la misma lógica de tutela patrimonial, ahora en la etapa posterior a la disolución de la sociedad conyugal, con particular incidencia en la posición del otro cónyuge y de sus herederos.

El art. 1739 se inserta en el párrafo 2. *Del haber de la sociedad conyugal y de sus cargas*. La disposición consta de seis incs. y está compuesta por una fisonomía que admite una partición para una mejor comprensión. La mayoría de sus partes contienen una vocación que ampara la tutela crediticia de los terceros, lo que exige desmenuzar las hipótesis y supuestos de hecho que contiene. En todo caso, las situaciones contempladas en el precepto se encuentran ensambladas por principios y reglas que de forma transversal vinculan la protección de la apariencia jurídica con los terceros y la buena fe, contribuyendo asimismo a la seguridad del tráfico jurídico en la circulación de los bienes.

En este marco, se abordará el sentido y alcance de la expresión *quedar a cubierto de toda reclamación*, que condensa el núcleo protector de la norma y expresa una inmunidad singular en el derecho civil. La interpretación de

dicha fórmula, en conjunto con el análisis de las presunciones y ficciones que la rodean, permite comprender el equilibrio que el legislador intenta establecer entre la protección del tercero y la preservación del derecho de propiedad, mostrando cómo el art. 1739 materializa una aplicación concreta de la doctrina de la apariencia jurídica en el ámbito del derecho de familia patrimonial.

2. LA PRESUNCIÓN DE SOCIABILIDAD EN EL ART. 1739: ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO

El inc. 1° del mentado artículo prevé que “toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos y derechos y acciones que existieren en poder de cualquier de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”³. Como podemos observar, la disposición establece una presunción *iuris tantum*⁴ en favor de la sociedad respecto de los bienes que estuvieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal o al tiempo de su disolución⁵. Esta presunción admite ser estudiada desde dos perspectivas: una subjetiva y otra objetiva. La primera abarca a la sociedad, a los cónyuges y a los terceros; la segunda, la naturaleza jurídica del bien objeto.

A partir del prisma subjetivo, es verosímil establecer que:

3 DFL N°1, del 2000.

4 SOMARRIVA (1946), p. 218; FUEYO (1959), p. 65; URRUTIA (1907), p. 228; COURT (2009), p. 183; RODRÍGUEZ (2003), p. 70; ALESSANDRI (1935), p. 257; DEL PICÓ y ACUÑA (2023), p. 120. De esto se sigue que no existe imperativo jurídico que exija probar el dominio de la sociedad sobre las cosas que los cónyuges detentan durante su vigencia o al tiempo de su disolución, dado que la ley establece este supuesto de hecho para derivar dicha consecuencia, salvo que el perjudicado por esta presunción, como evidentemente lo puede ser un tercero, logre desvirtuarla.

5 Así lo ha confirmado la judicatura. En este sentido: Corte Suprema, Rol N° 7577-2008, de 20 de julio de 2010.

- Desde el punto de vista de la sociedad, la disposición contempla una presunción dominical a favor de ella, motivo por el que, *a priori*, ensancha el activo del patrimonio social. Esta presunción descansa “en la confusión de hecho de todos los bienes”⁶ como en la normalidad y el curso natural de los hechos, pues, en efecto, es altamente probable y previsible que todas las cosas, bienes y derechos que se encuentran en poder de los cónyuges le pertenezcan, en definitiva, a la sociedad, porque la mayoría de éstos ingresan de forma irrevocable al haber absoluto o relativo, conforme a lo dispuesto en los arts. 1725 y ss., lo que permite explicar fácilmente que el CC. haya optado por favorecer la situación del patrimonio social, de guisa que el haber de la sociedad posee una fuerza gravitatoria que atrae los bienes aportados y adquiridos;

- Desde el punto de vista de los cónyuges, como también de sus herederos⁷, el precepto implica que, si alguno de ellos alegare que determinada cosa, bien o derecho que detenta le pertenece a él, tiene la carga de desvirtuar la presunción y acreditar su calidad respectiva mediante los medios de prueba que establece la ley, con la excepción que previene el inciso siguiente del artículo *en comento*.

De esta suerte, puede acaecer que: (i) la mujer afirme que cierto bien que detenta le pertenece a su patrimonio propio, reservado o alguno de los satélites que contempla el régimen de sociedad conyugal. Por lo tanto, tiene el imperativo de demostrar tal pertenencia y desvanecer la presunción, sea frente al marido o terceros, sobre todo si estos últimos pretenden ejecutar deudas del marido o sociales sobre sus bienes propios o reservados⁸. La

6 RIPERT y BOULANGER (1958a), p. 177.

7 La Corte Suprema ha sostenido que los herederos, en su calidad de continuadores legales del cónyuge causante, tienen un interés legítimo en acreditar que determinados bienes pertenecen al haz hereditario que se les transmite por sucesión por causa de muerte. En este sentido: Corte Suprema, 10 de junio de 2006, en: RDJ., N° 1, año 2007, p. 138.

8 COURT (2009), p. 183. A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha establecido que para desvirtuar la presunción contenida en el art. 1739, inc. 1°, es admisible cualquier medio de prueba, en cuanto emplea la terminología “a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”, de suerte que reconoce una amplia procedencia probatoria. En el caso específico que se ventiló ante el máximo tribunal, éste confirmó que es suficiente con acreditar los requisitos de exis-

acreditación de la titularidad respecto de un bien mueble que le pertenezca al haber propio es asaz específica⁹, puesto que para ella “existe una presunción de que esos bienes mobiliarios no le pertenecen”¹⁰ porque la sociedad conyugal envuelve un tratamiento particular de los bienes muebles, cuyo destino es generalmente el patrimonio social merced de la dación¹¹ que obligará a la sociedad a restituir el valor reajustado de la cosa transferida al tiempo de la disolución, restitución que toma el nombre de recompensa (arts. 1725 y 1740); (ii) el marido sostiene que cierto bien que detenta le pertenece a su patrimonio propio. Sin embargo, tal alegación resulta inútil frente a terceros merced al art. 1750, porque los bienes sociales y propios del marido se confunden de cara a ellos, aunque respecto de la mujer, sí tiene la carga de demostrar su dominio y así desvanecer la presunción; (iii) la detentación de cierto bien por uno de los cónyuges no sólo aparezca o se reputa social, sino que en realidad lo sea, motivo por el cual resulta innecesario acreditar su condición de bien social frente a cualquiera de los cónyuges o terceros, o; (iv) ni el marido ni la mujer, o los herederos de éstos, puedan acreditar la titularidad dominical alegada sobre determinado bien. Frente a tal imposibilidad, dicho bien se reputa social por aplicación de esta presunción;

tencia del patrimonio reservado según el art. 150, de guisa que se confirmó el producto de este patrimonio especial y el ingreso de los bienes respectivos a este acervo. Vid.: Corte Suprema, Rol N° 7427-2009, 1 de junio de 2011.

9 Deberá probarlo a través de una capitulación matrimonial otorgada antes del matrimonio en que excluyó del patrimonio social el bien mueble específico, o bien, según lo dispuesto por los arts. 150, 166 y 167, en el caso del patrimonio reservado y los patrimonios satélites.

10 RIPERT y BOULANGER (1958a), pp. 448-449. Subyace el fundamento normativo de este aserto en los arts. 1725, 1750 y 1752.

11 Según Alejandro Guzmán, se está frente a una hipótesis de transición o mutación de un derecho real a un derecho personal producida por el traspaso o transferencia del dominio que obliga a quien recibió a restituirlas con posterioridad al que las dio, de manera que se puede reconducir a este esquema crediticio, pues se trata de bienes que la sociedad conyugal adquiere en dominio, pero cuyo valor se debe al cónyuge respectivo al tiempo de la disolución. Vid.: GUZMÁN (2014), pp. 448-449.

- Finalmente, desde el punto de vista de los terceros, la sociabilidad o presunción del carácter social de los bienes¹² desempeña una función de garantía patrimonial. En efecto, habida cuenta de la composición del patrimonio social y del hecho de que las deudas contraídas durante la sociedad conyugal son, por regla general, obligaciones sociales, la norma ensancha el ámbito de los bienes que pueden resultar afectados por el derecho de garantía general de los acreedores¹³. El vehículo jurídico mediante el cual produce ese efecto consiste en relevar al tercero de la carga de acreditar que el bien existente en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución pertenece al haber social¹⁴, trasladando al cónyuge que alegue el dominio propio la carga de invocar y acreditar dicha titularidad¹⁵. Así, al tercero solo se le exige una diligencia mínima correlativa a la apariencia, bastando que la tenencia del bien se presenta de manera externa, esté de manifiesto o se deje ver sin pesquisar ni efectuar una esmerada diligencia¹⁶.

12 SOMARRIVA (1946), p. 234; TOMASELLO (1989), p. 54; TOMASELLO (1994), p. 62; FRIGERIO (1995), p. 45; RAMOS (2010), p. 209; GALVÁN (2008), p. 354; COURT (2009), p. 183 y TURNER (2024), p. 147.

13 SOMARRIVA (1946), p. 218.

14 ALESSANDRI (1935), p. 257. Además, la Corte Suprema ha sostenido que la presunción contenida en el art. 1739, inc. 1º, ha sido establecida por la ley con el propósito principal de resguardar los derechos de los acreedores del marido que administra la sociedad conyugal. Como consecuencia, se les exime de la carga de demostrar que los bienes sobre los cuales dirigen sus acciones pertenecen a la sociedad, evitando, por ejemplo, que el marido sustraiga de su alcance al presentarlos como de propiedad exclusiva de la mujer. Cfr.: Corte Suprema, 10 de junio de 2006, en: RDJ., N° 1, año 2007, p. 138. En el mismo sentido, tres sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción y una de La Serena, respectivamente, en: RLJ., pp. 49 y ss.; como también, Corte Suprema, Rol N° 5414-2003, 12 de mayo de 2005; Corte Suprema, Rol N° 217928-2023, 14 de febrero de 2025.

15 De acuerdo con Fernando Fueyo, en virtud de esta presunción simplemente legal se protege principalmente a los acreedores del marido, quienes con toda seguridad serán los de mayor cantidad atendido el funcionamiento de la sociedad conyugal. Consecuente con ello, la disposición los libera de una prueba altamente compleja. Además, al tiempo de la disolución de este régimen, simplifica su liquidación, pues los bienes que se liquidan son, en principio, sociales. Cfr.: FUEYO (1959), p. 65.

16 FUEYO (1959), p. 65. De esto se colige que si ninguno de los cónyuges puede rendir prueba suficiente para desvanecer la presunción, forzosamente el bien se considera perteneciente a la sociedad.

A partir de una perspectiva objetiva, corresponde, en primer lugar, formular la siguiente interrogante: ¿cuál es la naturaleza de los bienes que comprende la disposición? En otros términos, la presunción dominical a favor de la sociedad, ¿abarca tanto bienes muebles como inmuebles, o se limita únicamente a los primeros? La raíz de la discusión se origina porque la disposición no emplea expresamente ninguna de las categorías de esta división de las cosas. Dilucidar esta cuestión es fundamental porque incide directamente en la extensión del patrimonio social objeto del derecho de agresión patrimonial de los acreedores.

La controversia ha dado lugar a dos posturas: (i) la presunción contempla exclusivamente bienes de naturaleza mueble¹⁷; o, en cambio, (ii) la presunción tiene como ámbito de aplicación tanto bienes de naturaleza mueble como inmueble¹⁸. Ahora bien, ninguno de los textos que hemos consultado proporciona argumentos para fundar la primera afirmación ni ofrece algún elemento de prueba que la respalde, motivo por el cual nos vemos lógicamente imposibilitados de refutar razones inexistentes. Por nuestra parte, propugnamos que, conforme a la literalidad de las palabras, al sentido y al contexto de la ley, la recta interpretación de la disposición conduce necesariamente a concluir que la amplitud de la presunción engloba ambas clases de bienes.

Las razones que nos permiten validar tal proposición son las siguientes: (i) en la estructura del CC., en el marco del derecho de las cosas y de las obligaciones, la expresión *especie* adopta una relación de sinonimia con el término *cuerpo cierto*¹⁹ merced de la conjunción *o* como equivalente denominativo, y en uno y otro caso, ambos conceptos pueden tener como objeto indistintamente los bienes muebles como los inmuebles, pues lo decisivo es el grado de designación y el nivel de individualización propia de una cosa²⁰.

17 COURT (2009), p. 183; FIGUEROA (2010), p. 208; DEL PICÓ (2016), p. 296; TRONCOSO (2020), p. 141.

18 RAMOS (2010), p. 266; FUEYO (1959), pp. 67-68; ALESSANDRI (1935), p. 256.

19 DFL N°1, del 2000 (Arts.: 1526, 1548, 1820, 1831, 1897 del CC).

20 RAMOS (2023), pp. 42-44; ABELIUK (2014) T. I, p. 447; PEÑAILILLO (2015), pp. 230-238; entre otros.

Luego, en la terminología empleada por el CC., normalmente una especie o cuerpo cierto mienta una cosa infungible²¹, lo que coincide perfectamente con un bien inmueble, en términos tales que calza con lo preceptuado en la presunción²², del mismo modo que los bienes fungibles suelen tener, en esta misma estructura, el carácter de bienes muebles; (ii) también en la estructura de la compilación sustantiva del ramo, el empleo de la voz *derechos* alude a una cosa incorporal, conforme a lo dispuesto en los arts. 565 y 576. Este último precepto dice que “las cosas incorporales son derechos reales o personales”²³; luego, de acuerdo con lo prevenido en el art. 580 del mismo cuerpo legal, “los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe [...]”²⁴, lo que ratifica que el recurso al término *derechos* tiene una amplitud tal que permite confirmar que su extensión comprende no sólo a los bienes muebles, sino que abraza también a los inmuebles, porque los derechos se ejercen o recaen, por cierto, sobre cosas inmuebles; (iii) dado que, por regla general, todas las adquisiciones a título oneroso efectuadas durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan a su patrimonio, resulta consistente que los bienes inmuebles adquiridos durante su vigencia ostenten el rótulo de sociales y le pertenezcan en propiedad a ella²⁵; la excepción, pues, viene dada únicamente respecto a los bienes inmuebles aportados al matrimonio o aquellos adquiridos a título gratuito durante el régimen y (iv) si bien es cierto que el

21 GUZMÁN (2014), p. 446.

22 De hecho, el art. 2174, inc. 1°, define al comodato o préstamo de uso como “un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o inmueble [...]”, lo que permite concluir que la voz “especie” calza tanto con bienes de naturaleza mueble como inmueble.

23 DFL N°1, del 2000.

24 Ibid.

25 Un fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia confirmó este razonamiento al considerar que si un terreno existía en poder de los cónyuges antes del fallecimiento de uno de ellos, forzosamente se sigue que estaba en posesión de uno de éstos, y no pudiéndose determinar con precisión a cuál de los dos cónyuges le pertenecía el inmueble en propiedad, debe presumirse que le pertenece a la sociedad conyugal. Cfr.: Corte de Apelaciones de Valdivia, 12 de octubre de 1912, en: GdT., año 1913, p. 304.

legislador no menciona expresamente incorporados en la presunción a los inmuebles, no es menos cierto que tampoco incluye explícitamente a los muebles, como sí los precisa en los incs. ss. del art. 1739²⁶.

En todo caso, no negamos que la discusión adquiere virtualidad y utilidad práctica especialmente tratándose de los bienes muebles, pues, en efecto, la prueba de su dominio puede ser especialmente difícil o incluso imposible²⁷, máxime si se le compara con la acreditación del dominio respecto de los bienes inmuebles, porque estos últimos están sujetos a un régimen de inscripción en un registro público, el cual, a través de la inscripción respectiva, permite verificar a nombre de quién se encuentra inscrito el bien raíz, así como el título y el modo que justifican su adquisición, y constituye, en fin, prueba de la posesión del inmueble, lo que genera una apariencia de dominio. Sin perjuicio de ello, la titularidad dominical formal y aparente, figurará necesariamente a nombre de uno de los cónyuges en el registro conservatorio, lo que debe ser contrastado con lo señalado en el número (iii) del párrafo anterior. En este marco, adquiere especial realce para los terceros que el bien se encuentre inscrito a nombre del marido, porque respecto de ellos, el haber social y el del marido, conforman una unidad patrimonial cuyos bienes se comunican y están afectos al derecho de garantía general de los acreedores.

3. LA INEFICACIA PROBATORIA DE LA CONFESIÓN DE LOS CÓNYUGES Y SU FUNCIÓN COMO DONACIÓN REVOCABLE

Los incs. 2° y 3° del art. *en comento* se encuentran íntimamente unidos, motivo por el cual se analizarán conjuntamente. El primero de ellos proclama que “ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsela una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba [...]”²⁸, y el segundo dispone que “la confesión, no obstante,

26 A estos motivos, Fernando Fueyo agrega que: (i) la razón de la ley es la misma para una clase de bienes como para la otra; y (ii) normalmente las sentencias de los tribunales proporcionan un tratamiento idéntico para los BIENES muebles e inmuebles. Cfr.: FUEYO (1959), pp. 67-68.

27 RAMOS (2010), p. 266; FUEYO (1959), p. 68.

28 DFL N°1, del 2000.

se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar”²⁹.

El precepto sustrae el valor probatorio de la confesión de uno o ambos cónyuges respecto de la titularidad dominical de un determinado bien, ya que, por sí sola, no constituye un medio de prueba idóneo para desvanecer la presunción asentada en el inc. 1º³⁰. No obstante, se le reconoce cierta eficacia en otro sentido, de modo que necesariamente deberá ser complementada con otros medios de prueba.

Por lo tanto, la confesión de los cónyuges no alcanza a enervar la presunción, cuestión que reviste especial interés tanto para los acreedores como para los futuros herederos³¹. Del mismo modo, la autonomía de la voluntad no alcanza para cambiar la naturaleza del bien, ni siquiera de común acuerdo entre los cónyuges³², pues se trata de una materia de orden público.

29 Ibid.

30 Así lo ha sostenido la Corte de Apelaciones de Santiago, al afirmar que la escritura suscrita por uno de los cónyuges vigente el régimen de sociedad conyugal en el cual se deja testimonio con relación a los aportes efectuados por cada uno de los cónyuges es ineficaz y no sirve para acreditar la naturaleza de éstos. Cfr.: Corte de Apelaciones de Santiago, en GdT. (1893), p. 476. En el mismo sentido: el mismo tribunal, en GdT. (1887), p. 1885; en GdT. (1893), p. 476.

31 ALESSANDRI (1935), p. 259. A juicio de Pablo Rodríguez, esta regla deriva de la certeza que, en esta materia, el interés de los terceros puede verse profundamente afectado, especialmente por las responsabilidades que los cónyuges asumen frente a ellos luego de la disolución de la sociedad conyugal. Por consiguiente, su principal finalidad es tutelar el interés de dichos terceros. Cfr.: RODRÍGUEZ (2003), p. 73.

32 En el derecho español, en cambio, se reconoce la figura de la confesión de privatividad como de ganancialidad; dicha confesión puede emanar de común acuerdo entre los cónyuges, cuya eficacia no sólo se limita a ellos, sino que también respecto de terceros, fundamentalmente acreedores y legitimarios. Esta institución se justifica en el mayor grado de reconocimiento que dicho ordenamiento le concede a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, de suerte que las declaraciones de ganancialidad tienen un gran alcance amparado en la autonomía de la voluntad. Como contrapartida, la confesión es solo una declaración que vincula a los sujetos ya enunciados, pero no alcanza a perjudicar sus derechos ni legítimos, en caso de llegar a ser legitimarios. Cfr.: BERROCAL (2025), pp. 3055 y ss.; O'CALLAGHAN (2006), pp. 101 y ss. En el caso del Derecho chileno, la naturaleza o calidad del bien viene dado por un efecto legal que atiende, en general, a la onerosidad o gratuidad objetivada en el título y a la causa que antecede la adquisición, de modo que su calidad es indisponible para los cónyuges. En todo caso, de conformidad al art. 1739 inc. 3º, la confesión de uno de los cónyuges se mirará como

Los efectos de esta regla son los siguientes:

- En primer lugar, impedir atribuir al bien el valor de propio o del otro cónyuge, en términos tales que los acreedores podrán dirigirse en contra del bien como si fuera social, amparados por la presunción, evitando así una lesión a sus derechos.

- Y, en segundo lugar, evitar el menoscabo de la legítima a los futuros herederos, permitiéndoles resguardar su eventual asignación, ya sea porque impide un traspaso patrimonial que merme su masa hereditaria deducible de la mitad de los gananciales, también amparados por la presunción de sociabilidad, o, en su defecto, porque de verificarse la muerte del cónyuge donante, si bien hace radicar el dominio en el patrimonio del cónyuge donatario, tal donación revocable es imputable a la legítima³³.

Por consiguiente, esta clase de confesión no produce el efecto deseado por los cónyuges pues carece de valor autónomo como medio de prueba³⁴, sin perjuicio de su utilidad como acto de disposición de un cónyuge a favor del otro, negocio dispositivo que tendrá efectos únicamente al momento de producirse el fallecimiento del cónyuge donante, cuestión que no altera la composición del haber social ni desvanece la presunción del art. 1739, inc. 1^o³⁵.

una donación revocable. Ahora bien, es evidente que un cambio en la naturaleza o calidad del bien, merced una declaración unilateral o de común acuerdo, trae aparejado indiscutiblemente consecuencias respecto de los terceros. Por lo tanto, se trata de una materia gobernada por la imperatividad legal. En contra: Veronika Wegner afirma que la autonomía de la voluntad puede modificar la calidad jurídica del bien a través de una convención entre los cónyuges. Vid.: WEGNER (2020), pp. 207-213.

33 URRUTIA (1907), p. 228; CORRAL (1999), p. 355; ELORRIAGA (2015), pp. 498-502.

34 El art. 2485, coherente con la disposición que estamos examinando, estatuye que “la confesión de alguno de los cónyuges [...] no hará prueba por sí sola contra los acreedores”. En todo caso, conviene señalar dos precisiones: esta disposición rige para todos los regímenes patrimoniales del matrimonio y protege solo a los acreedores, no a los terceros en general. Esto último es natural habida cuenta de la localización del precepto, pues se encuentra en el Título XLI del Libro IV, “De la prelación de créditos”. Además, esta limitación es consistente con la contenida en el art. 358 del CPC., según la cual, el cónyuge no es hábil para declarar como testigo.

35 SOMARRIVA (1946), p. 219; ALESSANDRI (1935), p. 261.

El propósito de esta disposición es prevenir el fraude que pudiera ocasionarse en perjuicio de terceros derivado de colusiones o concertaciones fraudulentas entre los cónyuges. Esta exclusión se justifica porque “hace posible un juego de fácil simulación en perjuicio de los acreedores o de los legitimarios de alguno de los cónyuges. La confesión, bien llamada la reina de las pruebas, habría servido para probar irrefragablemente hechos falsos, con miras a perjudicar a unos y favorecer a otros”³⁶ porque de la calificación del bien como propio o social, se siguen consecuencias relativas a la afectación y responsabilidad de ellos, el cargo al pago de deudas o la integración del patrimonio hereditario de uno de los cónyuges, dimensiones que evidentemente se traducen en evitar la colusión de ambos cónyuges en detrimento de los intereses de terceros³⁷.

4. LA TUTELA DEL TERCERO DE BUENA FE Y EL SENTIDO DE “QUEDA A CUBIERTO DE TODA RECLAMACIÓN”

Los incs. 4° y 5° del art. objeto de análisis guardan una estrecha conexión entre sí, por lo que serán estudiados de forma conjunta.

Los referidos incs. encierran una gran riqueza dogmática y una vasta aplicación práctica; empero, también suscitan dificultades hermenéuticas que obstaculizan su recta interpretación. Entre ellas, destaca particularmente la correcta exégesis de la expresión *quedarán a cubierto de toda reclamación*, de guisa que es menester inquirir en su comprensión y extensión. Lo anterior es importante no sólo porque permitirá dilucidar su significado preciso, sino también porque la técnica legislativa empleada a través de esta dicción se reitera en el art. 150, inc. 4°, lo que permite advertir una consonancia que milita hacia el blindaje de ciertos terceros bajo determinadas circunstancias.

36 FUEYO (1959), p. 66.

37 Corte Suprema, 23 de octubre de 1925, en: GdT., año 1926, p. 30.

Así, para desmenuzar el sentido y la proyección de la regla en el ámbito fáctico, incurriremos en un análisis segmentado con el propósito de dilucidar lo estatuido por ella, cuyo rasgo primordial es la tutela jurídica dispensada a los terceros y el contraste con el derecho común en lo relativo a la enajenación y adquisición del dominio.

Ahora bien, antes de precisar el sentido de la expresión *quedar a cubierto de toda reclamación*, es indispensable formular el problema dogmático que ella presupone. El inciso cuarto del art. 1739 no se limita a proteger a un tercero de buena fe frente a una disputa entre los cónyuges, sino que hace algo más radical: permite que un negocio jurídico oneroso seguido de la entrega o tradición de la cosa produzca transferencia del dominio en un supuesto en que el cónyuge enajenador no es titular del derecho o carece, al menos conforme a las reglas generales, de legitimación suficiente para disponer de él. La finalidad traslativa del acto aparece exteriormente consumada por medio del negocio oneroso y de la tradición; pero, desde el punto de vista interno de la titularidad, la operación recae sobre derecho ajeno.

Por ello, el verdadero problema no consiste sólo en determinar si el tercero queda inmune frente a una reivindicación posterior, sino en justificar cómo se construye esa adquisición. A nuestro juicio, la singularidad del precepto radica en que el tercero gana el dominio aunque el cónyuge tradente carezca de él o no estuviera facultado para transferir el derecho, de modo que la atribución dominical no puede explicarse en clave derivativa. Precisamente por eso, y aun cuando la operación se exteriorice mediante negocio oneroso y la tradición, la adquisición resultante debe ser entendida como originaria en sentido dogmático: el derecho incorporado al patrimonio del tercero no pertenecía antes al patrimonio del cónyuge enajenador.

El ámbito de aplicación de los incs. está circunscrito exclusivamente a negocios que versen sobre bienes muebles, de suerte que se excluyen los que recaen sobre bienes inmuebles, con independencia de su inscripción o no en el registro conservatorio correspondiente.

Con toda seguridad, esta exclusión se justifica porque para la celebración de negocios jurídicos sobre los bienes inmuebles, la diligencia media exige a los terceros al menos un estudio de títulos sobre la condición de aquéllos, junto con la revisión de una eventual inscripción en un registro público, la cual constituye prueba de la posesión de éstos.

En el caso de los bienes muebles, por regla general, no existe un registro público ni mucho menos auténtico que pueda constatar la situación posesoria o condición dominical en la que se encuentran. De esta suerte, no hay razón para imponerle a los terceros la carga ni la exigencia de verificar a quién le pertenece en propiedad el bien mueble dentro del régimen de sociedad conyugal, en el cual, como sabemos, si bien coexisten una pluralidad de patrimonios, la ley presume que pertenecen a la sociedad. De esta forma, para favorecer la contratación, facilitar el tráfico jurídico y revestirlo de mayor seguridad, el legislador optó por blindar a los terceros contratantes cuando se cumplen ciertas condiciones, sacrificando otros intereses y desatendiendo otras consideraciones dogmáticas, motivo por el cual “se acoge la protección a la apariencia, fundada en la seguridad del tráfico”³⁸.

Se requiere, además, que el negocio jurídico celebrado entre el tercero contratante con cualquiera de los cónyuges, tenga el carácter de oneroso, de manera que aquél está en la necesidad jurídica de soportar un sacrificio o gravamen para obtener una utilidad o contraprestación del cónyuge respectivo, quien también percibe un beneficio. Probablemente, el ejemplo paradigmático considerado por el legislador fue el contrato de compraventa celebrado por uno de los cónyuges y el tercero. De esto se sigue que los negocios jurídicos celebrados a título gratuito quedan al margen del ámbito de aplicación de la disposición, de guisa que la tutela jurídica no se extiende a esos terceros contratantes, por lo que se sacrifica su situación habida cuenta de su falta de desembolso económico en la celebración del acto o contrato.

38 PEÑAILILLO (2006), p. 125.

Luego, la disposición conjuga la celebración de un negocio oneroso entre un tercero contratante con uno de los cónyuges, y de ello se sigue que el primero quedará a cubierto de toda reclamación que cualquiera de los segundos pudiera intentar, so pretexto de que el bien mueble es social o del otro cónyuge, siempre y cuando, el cónyuge contratante haya efectuado la entrega o tradición de la cosa al tercero y este último se encuentre de buena fe, es decir, en un estado consciente y sincero de saberse legítimo dueño de la cosa tradida o, lo que es lo mismo, ignorar la pertenencia del bien respecto del cónyuge no disponente.

¿Cuál es el significado y alcance de quedar a cubierto de toda reclamación?³⁹ Asimismo, ¿bajo qué circunstancias adquiere sentido que se invoque la calidad del bien mueble como social o del otro cónyuge? Finalmente, ¿en qué medida resultan aplicables las reglas generales en materia de adquisición de bienes? Según nuestro punto de vista, es posible advertir que las respuestas a estas interrogantes están ensambladas por el funcionamiento de la sociedad conyugal, la composición de los patrimonios que la integran, la disociación entre la titularidad dominical y las facultades dispositivas, así como por la doctrina de la apariencia; todas unidas por el filón que la tutela jurídica brinda a los terceros contratantes en el marco de la sociedad conyugal⁴⁰.

Sobre la base del cumplimiento de los requisitos establecidos por el inc. 4º, el precepto dispone una fórmula abarcadora que contempla un medio de protección dominical en favor del tercero adquirente de buena fe – estado general justificado por la presunción general de ella que lo exonera de su eventual ignorancia, error o irregularidad derivado del negocio celebrado merced de una diligencia mínima empleada por él– y los subadquirentes,

39 Daniel Peñailillo califica esta terminología legal como hábil, pues, frente al dato incontrastable de las normas que confieren al marido el poder de administración, en particular aquella que dispone que respecto de terceros el marido es el único dueño de los bienes sociales, y la siempre difícil situación de excepcionar, la expresión logra evadir el pronunciamiento concreto mediante el atajo al definir que los terceros “quedarán a cubierto de toda reclamación”. Cfr.: PEÑAILILLO (1999), p. 54.

40 RODRÍGUEZ (2003), p. 74.

privilegiándolos en desmedro del cónyuge propietario. Como contrapartida, este último gozará de un crédito o recompensa en conformidad a lo dispuesto por el art. 1741⁴¹.

En este sentido, la ley da cuenta de una ficción y da primacía a la apariencia jurídica⁴², la cual se consolida o integra con la realidad como efecto legal del precepto, facilitando la contratación y relevando al tercero de una esmerada diligencia en orden a verificar la prueba del dominio. El fundamento de lo anterior acontece porque en este régimen legal especialísimo, la posesión de los bienes muebles constituye un título justificativo de ella⁴³ y una vía de publicidad fáctica que cumple, por sí sola, la condición suficiente para disponer de la cosa mueble de forma válida y eficaz motivado por la tenencia de la cosa por parte de quien aparece como dueño. Por consiguiente, el derecho real de dominio se incorpora de forma definitiva en el patrimonio del tercero mediante la tradición, cuya eficacia es indefectible, sin necesidad de contar para ello de un saneamiento ulterior ni examinar la regularidad del título que la precedió⁴⁴.

En rigor, el cónyuge tradente no cuenta, conforme al derecho común, con legitimación dispositiva suficiente para transferir un derecho ajeno. Lo que posee, en cambio, es el poder fáctico de entregar la cosa y una posición aparente de contar con disposición jurídica. La eficacia adquisitiva que de ello resulta no proviene de una facultad radicada en el cónyuge tradente que se entromete en un patrimonio ajeno, sino que de la ley, que excepcional-

41 GALVÁN (2008), p. 349.

42 COURT (2009), p. 184.

43 GALVÁN (2008), pp. 353-354; RAGEL (1994), p. 165; PEÑAILILLO (2006), pp. 113-126; RIPERT y BOULANGER (1958a), p. 123. Sobre este particular, José Miquel sostiene que “la regla [de que] la posesión equivale al título [tiene] un significado doble: como regla de la adquisición a non domino y como regla probatoria [...]”. Cfr.: MIQUEL (1999), p. 565. En el mismo sentido: RAGEL (1994), pp. 171-172.

44 GALVÁN (2008), p. 354.

mente tutela la apariencia y la buena fe del tercero⁴⁵, o, lo que es lo mismo, la atribución dominical opera a través de una tradición especialmente dotada de eficacia por la ley.

El precepto milita en una dirección opuesta al derecho común y las reglas que disciplinan a la sociedad conyugal, pues le facilita al tercero contratante una defensa infalible de cara al otro cónyuge frente a una eventual reclamación de pertenecerle a la sociedad o a él el bien mueble tradido. En efecto, el régimen de esta tradición se caracteriza por ser originaria⁴⁶, esto es, *ex novo*, pues prescinde de la titularidad dominical del cónyuge enajenador y confirma la adquisición del dominio por parte del tercero; es decir, puede tener lugar una tradición *a non domino* con efecto traslativo a pesar de no tener el tradente legitimación o capacidad de enajenación, pues “el hecho de ser dueño de un bien no significa necesariamente que su titular puede actuar libremente y a la inversa, que la circunstancia de no ser propietario de un bien no le impide poder actual respecto de él”⁴⁷.

En efecto, cumplidas las exigencias que se establecen en la ley, opera una ficción a favor del cónyuge enajenador⁴⁸, y por extensión, en beneficio del tercero adquirente, en circunstancias que la ley finge que:

45 En efecto, la Corte Suprema ha refrendado este razonamiento al señalar que “dada la apariencia de veracidad y rectitud de los distintos actos que conformaron las operaciones de compra de bienes [...] es dable entender razonablemente que ha existido una manifestación jurídica ante aquella circunstancia, y quien se ha comportado de buena fe frente a ellas, tiene derecho a que se reconozca su legítima actuación, aun cuando no correspondan con la realidad”. Cfr.: Corte Suprema, Rol N° 120331-2022, 5 de abril de 2020. En el mismo sentido: Corte Suprema, Rol N° 4313-2011, 8 de marzo de 2012.

46 PEÑAILILLO (1999), p. 9.

47 GALVÁN (2008), p. 350.

48 En contra, René Ramos propone que se trata de una presunción dominical de derecho. No obstante, nos parece que tal aserto no es del todo exacto, porque merced del cumplimiento de los requisitos exigidos por el inc. 4°, no puede inferirse que el cónyuge enajenador sea necesariamente el dueño de la cosa tradida. Más preciso resulta, en cambio, sostener que la ley le atribuye tal calidad al cónyuge enajenador, sin que ello implique necesariamente que ostente la titularidad del dominio. Cfr.: RAMOS (2010), p. 236; RAMOS (1988), p. 31.

El marido o la mujer contrató con facultades o poderes suficientes, sin tener necesidad de justificar o acreditar sus facultades sobre los bienes, ni tampoco su calidad de dueño [...] marido o mujer podrán disponer de cualquier bien mueble que existiese en su poder, sea que tenga la calidad de común o social, propio del marido o de la mujer⁴⁹.

La tutela jurídica dispensada al tercero adquirente “asume el carácter de una especie de inmunidad”⁵⁰ genéricamente abierta y de fórmula amplia frente a cualquier reclamación -acción, excepción, impugnación- que pudiese interponer el otro cónyuge equiparable a una imposibilidad jurídica fundada en la ficción sobre la propiedad del bien⁵¹, en términos tales que releva a los terceros de labores investigativas respecto de la titularidad real, al punto tal de configurar una presunción *iuris et de iure*⁵² que inhabilita la rendición de prueba en contrario, incluso cuando, en realidad, el bien mueble le pertenece efectivamente al cónyuge no enajenador.

En este caso excepcionalísimo, al cónyuge propietario no se le concede acción reivindicatoria porque se produjo la transferencia del dominio, pese a no manifestar su consentimiento para ello y a la falta de facultades dispositivas del cónyuge enajenador. Por consiguiente, el tercero “adquiere la titularidad efectiva del dominio y por eso el actor no tiene la reivindicatoria, porque ahora quien la tiene es él, como actual dueño”⁵³.

Encontramos aquí que la ley fija las condiciones para la adquisición del dominio por parte del tercero contratante, y señala las hipótesis o supuestos de hecho a los que se le aplican estos efectos excepcionales. Consecuente con ello, se impide la aplicación de las normas que el régimen de sociedad

49 GALVÁN (2008), p. 350. Por consiguiente, el legislador proporciona un tratamiento privilegiado a la seguridad del tráfico amparada por la apariencia jurídica por sobre el derecho de propiedad. Cfr.: OTÁROLA (2022), pp. 31-32.

50 GALVÁN (2008), p. 350.

51 RAMOS (2010), p. 236.

52 DEL PICÓ (2016), p. 297.

53 PEÑAILILLO (2006), p. 105.

conyugal considera para estos casos, *ex arts. 1755 y 1757*, referidas a la nulidad relativa y la consecuente acción de reivindicación, la que será inútil frente al tercero contratante o sus subadquirentes⁵⁴.

Tiene lugar, pues, la máxima francesa según la cual *les meubles n'ont pas de suite*⁵⁵ (*los muebles no tienen derecho de persecución*), en la medida en que, una vez que el bien mueble se encuentra en poder del tercero contratante, el cónyuge no enajenador no lo puede perseguir, lo que equivale a decir que el dominio se extinguió⁵⁶. La enajenación se produce porque, en este supuesto, gobierna un régimen peculiar de la tradición, merced del cual el tercero adquirente gana el dominio objetiva y eficazmente por dicho modo, aun cuando se trate de una tradición *a non domino* y sin necesidad de que opere la prescripción adquisitiva a su favor, la ratificación del cónyuge propietario o la adquisición del dominio posteriormente por parte del cónyuge disponente, en contraste con el disciplinamiento del derecho común⁵⁷.

54 Para ilustrar este supuesto de hecho regulado en el precepto, René Ramos grafica el siguiente caso: un tercero celebra una compraventa con una mujer casada bajo este régimen. El objeto mediato de dicho negocio puede ser un refrigerador, un piano o una cartera, y se le efectúa la posterior tradición del bien. Como resultado de esta secuencia, el marido no podrá demandar la reivindicación del bien invocando su calidad de dueño, ya sea por pertenecerle a su patrimonio o al social. Otro tanto puede tener lugar si la mujer arrienda un bien mueble de naturaleza social entregado al arrendatario. El autor subraya que, a través de esta vía, la mujer puede llegar a participar en la administración y disposición de sus bienes propios, de los bienes sociales o incluso de los del marido, facultades que, de acuerdo a la ley, le pertenecen exclusivamente al marido en su rol de jefe de la sociedad conyugal. Cfr.: RAMOS (1988), p. 31.

55 MIQUEL (1999), p. 565; GUZMÁN (2009), p. 133.

56 En contra, Álvaro Vidal lo reconduce a un supuesto de inoponibilidad, ya que, cumplidos los requisitos establecidos en la ley, “no serán oponibles a terceros que contraten con los cónyuges las reclamaciones fundadas en el origen y el destino de los bienes sociales, quedando estos a cubierto de ellas”. Cfr. VIDAL (2024), pp. 256-257.

57 Arturo Alessandri expone la *ratio legis* que subyace a este tratamiento peculiar de la compraventa y tradición a *non domino* pues, en su estudio del derecho alemán sobre esta materia, es posible rastrear semejanzas sobre este particular que le son aplicables a la disposición en comento. Dicho autor sostiene que esta situación se verifica porque en dicho ordenamiento se le reconoce validez y eficacia a la compraventa para transferir la propiedad. En efecto, “el Código alemán acepta la venta de cosas ajenas siempre que sean muebles. Con esta disposición se ha querido dar seguridad al comercio y garantías al legítimo adquirente [...] [le] exigen la buena fe al tercero como requisito primordial para que el adquirente sea propietario. Hay en esto una gran modificación a las reglas generales del Derecho, pues mientras en otros Códigos el comprador no puede adquirir el dominio sino por prescripción o por la voluntad del dueño o por haberlo adquirido posteriormente el vendedor, en el Código alemán lo adquiere por la

Así, la transferencia de este bien mueble será indefectible en la medida en que la naturaleza onerosa del contrato, la buena fe del tercero y la tradición hacen prescindible la facultad de disposición o legitimación del cónyuge enajenador para que el acto goce de plena eficacia.

Debemos agregar también, que la norma extiende su ámbito de aplicación a los bienes muebles que integran el patrimonio reservado y los satélites de la mujer casada en sociedad conyugal porque *pertenecen* a ella, exigencia contemplada en la disposición. Su vigor se justifica porque la situación fáctica envuelve una confianza razonable en la apariencia y configura la ficción que da lugar al mismo efecto jurídico: la detentación del bien mueble como una realidad posesoria aparente y *de facto* razonable habida cuenta de la regulación de la sociedad conyugal, la que complementada con la buena fe del tercero, engloba un supuesto de hecho que cuaja con las condiciones que fija la ley relevando al tercero de las diligencias que debe efectuar para inquirir sobre el origen y prueba del dominio de dicho bien mueble⁵⁸.

entrega que éste le hace, siempre que esté de buena fe [en particular cuando] el vendedor y el comprador están de acuerdo sobre la transmisión de la propiedad de una cosa mueble y el primero la entrega al segundo que está de buena fe, aunque aquél no sea dueño de la cosa, la venta vale y el adquirente se hace propietario de ella". Vid.: ALESSANDRI (1917), p. 310. La explicación resulta, pues, aplicable a este caso excepcional del CC. que se distancia del derecho común, de las reglas relativas a la transferencia del dominio y, quizás más profundamente, de la tradición jurídica romana.

58 GALVÁN (2008), p. 351. Ahora bien, el tercero contratante que adquiere el dominio sobre el bien mueble entregado, merced a una tradición *ex novo* y *a non domino*, asume la carga de acreditar su titularidad real frente a terceros mediante la prueba del cumplimiento copulativos de todos los requisitos que configuran esta presunción iure et de iure. En consecuencia, la fecha de la adquisición dominical tuvo lugar desde el momento en que se perfeccionó la tradición como modo de adquirir originario, lo que hace inútil examinar la calidad dominical del cónyuge enajenador; basta, pues, constatar la concurrencia de las exigencias establecidas en el precepto. Cumplidas que sean tales condiciones, se produce la radicación del dominio en el tercero, calidad dominical oponible con eficacia erga omnes, sin necesidad de requerir ulterior ratificación o usucapión, pues la tradición tiene el carácter de originaria, por lo que su calidad jurídica se prueba mediante la concurrencia de los supuestos de hecho de esta figura excepcional.

Finalmente, el inc. 5° del precepto establece una excepción a la presunción general de buena fe por parte del tercero contratante. En efecto, la ley invoca el efecto contrario, pues “no se presumirá la buena fe del tercero”⁵⁹, aunque éste sí puede acreditarla. La justificación está en que si bien se está frente a cosas muebles, los indicados en el inc. 5° se encuentran sometidos a un régimen registral de inscripción que es público, de manera que los motivos que justifican el amparo de los terceros y la irreivindicabilidad subsecuente decaen; la apariencia posesoria y la buena fe ceden frente a un registro ostensible, de acceso público y que refleja la condición específica y formal del bien; en buenas cuentas, se encuentran en una condición similar a la de los bienes inmuebles inscritos, por lo que resulta aplicable lo dicho previamente respecto de ellos⁶⁰. En este caso, se sigue la reglamentación de la sociedad conyugal en orden a proseguir la nulidad o inoponibilidad⁶¹, según si el marido o la mujer enajenó el bien sin el cumplimiento de las exigencias legales⁶².

59 DFL N°1, del 2000.

60 Boonie Guidotti subraya la particular importancia que se otorga a los registros de bienes muebles, en los cuales se manifiesta la relación entre la ausencia de buena fe y la publicidad registral. Vid.: GUIDOTTI (2024), p. 76.

61 RAMOS (2010), p. 237.

62 En contra, podría objetarse que lejos de comparecer una tradición *ex novo* y a *non domino*, lo que tiene lugar es un desplazamiento posesorio y un acto atributivo cuyo sustento legal es únicamente la ley; o, lo que es lo mismo, la radicación del dominio deriva específicamente de la ley. El mérito de este razonamiento sería evitar recargar al sistema de una explicación enrevesada y conservar la vigencia plena del sustrato romanista. Empero, a partir de la literalidad del precepto, la exigencia y función de la onerosidad, la buena fe y la tradición como acto traslativo, el régimen particular de patrimonios que coexisten en el régimen de sociedad conyugal, la disminución de diligencias investigativas sobre la titularidad y los poderes que pretende relevar al tercero contratante, la celeridad, seguridad y protección al tráfico que pretende el ordenamiento, son elementos que, en conjunto, validan nuestra tesis y nos fuerza a sostener que decantar por esta otra explicación sería simplificar en exceso toda una recepción dogmática que, parece ser, se tomó del derecho alemán. Cabe añadir que, en todo caso, en lo mediato, todos los modos de adquirir derivan de la ley, y las consecuencias prácticas son las mismas: la radicación del dominio en el patrimonio del tercero, calidad dominical con eficacia erga omnes, oponible incluso al cónyuge ajeno a la tradición, saneado, y sin necesidad de ratificación ni prescripción. La carga de acreditar dicha titularidad incumbe al tercero, merced a la concurrencia copulativa de los requisitos legales establecidos para tales efectos. Cabe observar que durante la investigación hemos tratado de indagar sobre la Historia de la Ley, mas nos ha sido imposible acceder a ella para confirmar esta interpretación.

Una perspectiva holística del art. 1739, incisos 4° y 5°, nos permite afirmar que este régimen excepcional no debe entenderse a la luz de la tradición jurídica continental cuyo acervo está incardinado, principalmente, en raíces romanistas y canónicas. En efecto, según propugnamos, a diferencia de todos los principios y reglan que gobiernan la propiedad y los modos de adquirir el dominio en el CC., el legislador nacional optó, en esta cuestión específica, por alejarse de la estructura romanista que otorga al tercero adquirente de la posesión por un acto dispositivo *a non domino* la facultad de ganar el dominio a través de la prescripción adquisitiva como vía idónea para sanear una tradición que en principio fue ineficaz por carecer el tradente del dominio, pues *nemo plus iuris*.

La opción legal decantó, en cambio, por la tesis que se denomina germanista, conforme a la cual, en materia de bienes muebles, el tercero poseedor de buena fe adquiere eficazmente el dominio merced a la tradición, empero, ser *a non domino* y carecer, por consiguiente, el tradente, del dominio para transferirlo. Consecuente con ello, desde el momento en que el tercero adquiere de buena fe la posesión respecto del bien mueble por un título oneroso, gana también el dominio, porque la buena fe tutela los derechos adquiridos. Por extensión, no será necesario recurrir a la prescripción adquisitiva para sanear esta enajenación. El fundamento de esto descansa, en último término, en que para la tesis germanista la noción de título debe entenderse en un sentido más amplio a como lo hace la tesis romanista, de suerte que el título equivale a modo de adquirir y posesión equivale a derecho real de dominio, lo que, en este caso, genera la irreivindicabilidad para el cónyuge propietario, sin perjuicio de su derecho a recompensa en la oportunidad correspondiente.

En conclusión, la buena fe del tercero, la onerosidad del título y la posesión cumplen una función probatoria y suplen la propiedad que el tradente carecía, por lo que se privilegia la confianza en la apariencia del tráfico y la celeridad en la contratación en sacrificio de la titularidad real porque la situación favorable para el tercero contratante no puede quedar sin efecto para él por motivos que, razonablemente, podía ignorar. En este sentido, la

seguridad del tráfico es correlativa a que la tradición responda exclusivamente a estos requisitos que la ley establece especialmente para ella, por lo que será independiente de la validez o eficacia configurada para el régimen común de ésta. Por lo demás, en nuestro derecho siempre debe tenerse presente que la posesión – del cónyuge enajenador y luego del tercero adquirente– es apariencia de una realidad dominical⁶³.

En síntesis, la singularidad del art. 1739, inciso 4°, estriba en que permite justificar una transferencia del dominio allí donde el cónyuge enajenador no es titular del derecho ni se encuentra, en principio, facultado para disponer de él.

La transferencia se exterioriza mediante un negocio jurídico oneroso y la entrega o tradición de la cosa, es decir, a través de la finalidad visible de transferir la propiedad. Pero esa apariencia formal encubre una operación más profunda: el cónyuge contratante dispone de un derecho ajeno y logra transferirlo con eficacia. Por ello, la adquisición del tercero no puede ser comprendida en términos puramente derivativos.

63 Cfr.: PEÑAILILLO (2006), pp. 101 y ss.; MIQUEL (1999), pp. 565-574; TOPASIO (2007), pp. 29-30; CUENA (1996), pp. 181-182 y 212-215; PEÑAILILLO (1999), p. 9; RAGEL (1994), pp. 171-172; entre otros. En contra, podría objetarse que lejos de comparecer una tradición *ex novo* y a *non domino*, lo que tiene lugar es un desplazamiento posesorio y un acto atributivo cuyo sustento legal es únicamente la ley; o, lo que es lo mismo, la radicación del dominio deriva específicamente de la ley como modo de adquirir el dominio. El mérito de este razonamiento sería evitar recargar al sistema de una explicación enrevesada y conservar la vigencia plena del sustrato romanista. Empero, a partir de la literalidad del precepto, la exigencia y función de la onerosidad, la buena fe y la tradición como acto traslativo, el régimen particular de patrimonios que coexisten en el régimen de sociedad conyugal, la disminución de diligencias investigativas sobre la titularidad y los poderes que pretende relevar al tercero contratante, la celeridad, seguridad y protección al tráfico que pretende el ordenamiento, son elementos que, en conjunto, validan nuestra tesis y nos fuerza a sostener que decantar por esta otra explicación sería simplificar en exceso toda una recepción dogmática que, parece ser, se tomó del derecho alemán. Por consiguiente, el rol de la ley en esta tradición de cosa ajena es suplir sus condiciones de eficacia al complementar. Cabe añadir que, en todo caso, en lo mediato, todos los modos de adquirir derivan de la ley, y las consecuencias prácticas son las mismas: la radicación del dominio en el patrimonio del tercero, calidad dominical con eficacia erga omnes, oponible incluso al cónyuge ajeno a la tradición, saneado, y sin necesidad de ratificación ni prescripción. La carga de acreditar dicha titularidad incumbe al tercero, merced a la concurrencia copulativa de los requisitos legales establecidos para tales efectos. Cabe observar que durante la investigación hemos tratado de indagar sobre la Historia de la Ley, mas nos ha sido imposible acceder a ella para confirmar esta interpretación.

En rigor, se trata de una adquisición originaria en sentido dogmático, pues el tercero gana un derecho que no pertenecía al patrimonio del cónyuge tradente ni procedía de una facultad dispositiva radicada en él. La ley sacrifica así la pureza conceptual del sistema general de la tradición y, por razones de seguridad del tráfico, consolida una atribución dominical inmune a la reclamación del cónyuge no enajenador.

La expresión *quedar a cubierto de toda reclamación* debe entenderse, entonces, como la consecuencia jurídica de ese régimen excepcional: una inmunidad real y procesal que excluye la reivindicación y desplaza la tutela del cónyuge propietario al ámbito de las recompensas. En esa medida, el art. 1739 inciso cuarto constituye una excepción legal especialísima al derecho común de la tradición, edificada sobre la buena fe, la apariencia y la contratación onerosa.

5. LA FICCIÓN DE ULTRA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS HEREDEROS

El inc. 6° del art. 1739 establece que

se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal⁶⁴.

La disposición admite múltiples niveles de lectura. Uno de ellos -aunque no el único, y sin el vigor tutelar en comparación a los otros incs.- congenia con la protección de los terceros, en particular con relación a los sucesores del cónyuge no adquirente; empero, antes de abordar dicho aspecto, es menester efectuar algunas observaciones.

64 DFL N°1, del 2000.

A diferencia de los incs. previamente examinados, el inc. 6° tiene un ámbito de aplicación más reducido, pues su eficacia se extiende desde la disolución de la sociedad conyugal y hasta su liquidación, siempre y cuando la mujer no haya renunciado a los gananciales. Luego, como en otros pasajes del CC., la norma contempla una especie de prolongación ficticia o sobrevivencia funcional de la sociedad conyugal, a pesar de encontrarse disuelta y existir -por regla general- una comunidad entre los cónyuges o excónyuges, según sea el caso.

Comparece, pues, nuevamente, la ficción de ultraactividad de la sociedad conyugal ya disuelta, lo que se verifica por los términos empleados por el legislador, a saber: *bienes sociales y sociedad* aunque ni uno ni otro tengan correlato en la realidad; en rigor, la terminología exacta debería ser *bienes comunes y comunidad*, respectivamente, porque la sociedad conyugal está disuelta y ya no existe como tal. Por ello resulta pertinente la calificación de ficción, pues la ley atribuye una calificación jurídica a algo inexistente.

Por lo tanto, en lo referente a las adquisiciones onerosas efectuadas por uno de los cónyuges o excónyuges entre el tiempo que media la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la ley finge que dicha adquisición proviene de la sociedad; es decir, la ley ordena atribuir tal calidad jurídica a estos bienes en esta etapa en que impera un estado de comunidad, con el propósito de evitar un desequilibrio patrimonial y el aprovechamiento por parte de uno de los cónyuges en desmedro del otro, por lo que hace extensiva la lógica de la sociedad conyugal más allá de su disolución⁶⁵.

A continuación, la ley contempla una presunción *iuris tantum* respecto de los orígenes de los bienes o fondos con los que se producen las adquisiciones onerosas efectuadas durante ese lapso de tiempo preciso⁶⁶. En efecto, sin

65 Pablo Rodríguez destaca que esta disposición reviste una gran importancia práctica, porque tiene como objeto evitar que aquel cónyuge que detenta materialmente los bienes sociales, tras su disolución, pueda aprovecharse de ellos en su propio beneficio y en desmedro del otro cónyuge o excónyuge y, por extensión, de sus herederos. Cfr.: RODRÍGUEZ (2003), p. 49.

66 RODRÍGUEZ (2003), p. 71.

perjuicio de que el bien ha sido adquirido y pertenece al patrimonio propio de uno de los cónyuges o excónyuges, se presume, empero, que ha sido adquirido con bienes o fondos sociales⁶⁷, por lo que, en principio, nace la correspondiente recompensa a favor de la sociedad ya disuelta que deberá repartirse de acuerdo con la masa líquida activa⁶⁸.

Por efecto de la presunción, tanto el otro cónyuge como sus herederos se sitúan en una mejor posición respecto de la actividad indagatoria, pues no tienen la carga probatoria en orden a demostrar tal fuente, pues se hizo –presuntivamente– con recursos de la comunidad, salvo que se pruebe lo contrario. Por esta razón, el cónyuge o excónyuge adquirente –o sus sucesores– serán los principales interesados en desvirtuar esta presunción para evitar la respectiva recompensa⁶⁹.

De esta guisa, dicha presunción actúa como un incentivo *ex ante* para que el cónyuge o excónyuge adquirente o sus herederos provoquen la etapa liquidatoria del régimen ya disuelto, con el propósito de lograr la fijación y radicación definitiva de su activo individual o masa transmisible y así evitar el hecho presumido. Esto garantiza que sendos patrimonios contengan el activo definitivo y asuman la responsabilidad de las deudas propias o transmisibles a sus herederos sin ulteriores recompensas, preservando la integridad de los gananciales como de la masa hereditaria partible y evitando posibles abusos de un cónyuge respecto del otro⁷⁰.

67 TURNER (2024), pp. 171-172.

68 En el CCCN., el art. 1271 establece una presunción simplemente legal de ganancialidad respecto de todos los bienes existentes durante la extinción de la comunidad. Por consiguiente, la carga de la prueba cuyo objeto es desvirtuar dicha presunción pesa, principalmente, respecto del cónyuge que alega titularidad exclusiva del bien, de sus herederos y acreedores personales. Todos estos interesados tendrán el *onus probandi* en orden a demostrar la naturaleza respectiva del bien. Con relación a este último punto, rige también la limitación de la prueba confesional de los cónyuges respecto de terceros cuya finalidad es evitar confabulaciones de los cónyuges en detrimento de los terceros. Del mismo modo que el derecho chileno, el argentino no contempla la figura que admite la atribución convencional de ganancialidad, a diferencia del derecho español, que reconoce gran valor a la libertad de contratación entre los cónyuges. Cfr.: ARRIANA (2019), pp. 180-181.

69 RODRÍGUEZ (2003), p. 72 y COURT (2009), p. 184.

70 RODRÍGUEZ (2003), pp. 72-73.

Desde la perspectiva de los terceros acreedores del marido o de la mujer, la presunción objeto de estudio no funge como un mecanismo de tutela crediticia directo para él, sino que le proporciona certeza jurídica respecto de la titularidad del bien adquirido. En efecto, les permite tener seguridad en cuanto a que dicho bien pertenece, necesariamente, al marido o mujer adquirente, aun cuando se presuma que fue adquirido con fondos sociales. Esto implica que: (i) el bien puede ser objeto del derecho de garantía general que ostenta, y; (ii) queda excluido del patrimonio común, por lo tanto, está sustraído del alcance de los acreedores sociales como los del otro cónyuge.

Ahora bien, conviene poner de relieve que la *ratio legis* de este precepto no estriba *ex profeso* en salvaguardar los intereses de terceros, y más difuso para una posible vinculación con los herederos del cónyuge no adquirente. Pese a ello, el mecanismo entraña de todas formas una dimensión que ampara a los herederos de dicho cónyuge, por lo que alcanzan la categoría de terceros beneficiarios.

En efecto, desde la perspectiva del cónyuge no adquirente o los sucesores de éste, la disposición contempla anticipadamente un mecanismo que disuade eventuales abusos por parte del cónyuge detentador del bien empleado en beneficio individual con recursos provenientes de la comunidad⁷¹.

La forma de operar representa una ventaja para ellos, en especial para los herederos, quienes gozan *a priori* de un crédito en contra del cónyuge adquirente que evita la disminución patrimonial a la que tienen derecho merced a los gananciales, sin necesidad de acreditar que el bien fue adquirido con fondos sociales, pues ese es el objeto preciso de la presunción. Así la cosas, para los herederos funge como un cierto control sobre el origen o fondo de las adquisiciones que facilita el reintegro de dichos recursos por vía de recompensa, preservando así el *quantum* de sus efectos hereditarios, ya que dentro de ellos se encuentra el derecho de recompensa que le pertenecía al cónyuge difunto. De esta guisa, la presunción incorpora, en forma de

71 Ibid., p. 49.

recompensa, el valor de las adquisiciones efectuadas en ese lapso, evitando que el haz hereditario experimente una disminución por actos unilaterales del cónyuge sobreviviente.

Por consiguiente, la ley previene una confusión patrimonial que tiene la potencia de lesionar la expectativa cuando la disolución de la sociedad conyugal se produce por el fallecimiento de uno de los cónyuges, en la medida en que la presunción invierta la carga probatoria a favor de los herederos y origina un crédito a beneficio de ellos, lo que consolida un bloque de protección compuesto por el equilibrio patrimonial a que tienen derecho por los gananciales como en la preservación de su porción hereditaria.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

La presunción de sociabilidad del art. 1739 configura un mecanismo de protección estructural del patrimonio común, sustentado en la normalidad del tráfico interno del régimen de sociedad conyugal. Esta presunción *iuris tantum* amplía el haber social y favorece la posición de los acreedores y herederos, desplazando la carga probatoria hacia el cónyuge que pretende acreditar la titularidad exclusiva del bien.

La ineficacia probatoria de la confesión de los cónyuges constituye una medida antifraude de orden público, orientada a impedir concertaciones en perjuicio de terceros y legitimarios. La ley, al privarla de valor autónomo, evita la manipulación de la titularidad de los bienes sociales mediante actos simulados o autoconfesiones interesadas.

El inciso cuarto introduce una regla excepcional de transferencia dominical fundada en la apariencia jurídica, mediante la cual el legislador consagra un régimen de adquisición originaria a favor del tercero de buena fe. Se institucionaliza, así, una ficción legal que legitima la tradición *a non domino* como modo eficaz de adquirir el dominio de bienes muebles, subordinando la realidad dominical al principio de seguridad del tráfico jurídico.

El sentido de la expresión *quedar a cubierto de toda reclamación* debe entenderse como una inmunidad jurídica plena, que impide al cónyuge no enajenador ejercer acciones reivindicatorias o impugnatorias. La norma erige una barrera infranqueable que consolida el dominio del tercero adquirente y elimina la posibilidad de prueba en contrario, dotando de eficacia definitiva a la apariencia posesoria y a la buena fe.

El precepto articula un equilibrio entre la seguridad del tráfico y la preservación del derecho de propiedad, al establecer que la protección del tercero de buena fe no extingue el interés patrimonial del cónyuge no disponente, sino que lo reconduce a un crédito de recompensa. De este modo, el sacrificio del derecho real se compensa con un derecho personal, manteniendo la coherencia del sistema y la proporcionalidad entre intereses en conflicto.

La presunción final del inciso sexto prolonga ficticiamente la vigencia del régimen de sociedad conyugal tras su disolución, asegurando que las adquisiciones onerosas efectuadas antes de la liquidación no perjudiquen el equilibrio patrimonial ni la expectativa de los herederos. Este mecanismo actúa como un cierre protector del sistema, preservando la integridad del acervo común y la transparencia en la transmisión hereditaria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK, René (2014): Las obligaciones, sexta edición actualizada (Santiago de Chile, Thomson Reuters), tomo I y II.

ALESSANDRI, Arturo (1917): De la compraventa y de la promesa de venta (Santiago de Chile, Sociedad Imprenta-Litografía Barcelona), tomo I.

ALESSANDRI, Arturo (1935): Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).

ARRIANA, Carlos (2019): Régimen patrimonial del matrimonio (Buenos Aires, Astrea).

BERROCAL, Ana Isabel (2025): “La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Nº 781), pp. 3045-3099.

CORRAL, Hernán (1999): “Donaciones entre cónyuges: una prohibición de veinte siglos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 26, Nº 2), pp. 346-367.

COURT, Eduardo (2009): *Curso de Derecho de familia. Matrimonio. Regímenes matrimoniales. Uniones de hecho* (Santiago de Chile, Publicaciones Jurídicas Chile).

CUENA, Matilde (1996): *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los Derechos Reales* (Barcelona, J. M. Bosch Editor).

DEL PICÓ, Jorge (2016): *Derecho de Familia* (Santiago, Thomson Reuters).

DEL PICÓ, Jorge y ACUÑA, Marcela (2023): *Derecho matrimonial* (Santiago de Chile, Academia Judicial de Chile).

ELORRIAGA, Fabián (2015): *Derecho sucesorio* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

FIGUEROA, Paula (2010): “Régimen jurídico aplicable a la sociedad conyugal disuelta”, en: *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso* (Nº 16), pp. 207-215.

FRIGERIO, César (1995): *Regímenes matrimoniales: sociedad conyugal, separación de bienes, participación en los gananciales, bienes familiares: con las modificaciones introducidas al Código Civil y otros textos legales por Leyes Noz. 18.802 y 19.335* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur).

FUEYO, Fernando (1959): Derecho Civil. Derecho de familia (Valparaíso, Universo S.A.), tomo VI, Vol. 1.

FUEYO, Fernando (1990): Instituciones de derecho civil moderno (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

GALVÁN, José (2008): “Tutela crediticia de la propiedad”, 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. 347-358.

GUIDOTTI, Boonie (2024): “Fe pública registral en el ordenamiento jurídico chileno. Consideraciones sobre su existencia y vigencia”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (Nº 43), pp. 57-86.

GUZMÁN, Alejandro (2009): “La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia”, en: Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº XXXIII), pp. 103-148.

GUZMÁN, Alejandro (2014): “El concepto de crédito en el derecho chileno”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Año 21, Nº 2), pp. 439-452.

MIQUEL, José (1999): “Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia”, en: Anuario de Derecho Civil (Vol. 52, Nº 2), pp. 565-596.

OTÁROLA, Yasna (2022): “El valor de la inscripción de inmuebles en el registro chileno: una visión comparada”, en: Revista Direito GV (Vol. 18, Nº 3), pp. 1-40.

O'CALLAGHAN, Xavier (2006): *Compendio de Derecho Civil* (Madrid, Edersa).

PEÑAILILLO, Daniel (1999): *La protección a la apariencia en el derecho civil* (Concepción, Universidad de Concepción).

PEÑAILILLO, Daniel (2006): "Titularidad real y titularidad aparente", en: *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (Nº 220), pp. 101-128.

PEÑAILILLO, Daniel (2015): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAGEL, Luis Felipe (1994): *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch).

RAMOS, René (1988): "Modificaciones introducidas por la ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno", en: *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Nº 184), pp. 21-33.

RAMOS, René (2010): *Derecho de familia* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

RAMOS, René (2023): *De las obligaciones* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1958a): *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol. De las personas* (Buenos Aires, La Ley) tomo III, segunda parte.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1958b): *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol. Las obligaciones* (Buenos Aires, La Ley), tomo IV, primera parte.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1958c): Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol. Liberalidades (Buenos Aires, La Ley), tomo XI.

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).

SOMARRIVA, Manuel (1946): Derecho de familia (Santiago de Chile, Editorial Nascimento).

TOPASIO, Aldo (2007): La tradición: su función de pago en el Código Civil (Valparaíso, EDEVAL).

TOMASELLO, Leslie (1989): Situación jurídica de la mujer casada (Valparaíso, Edeval).

TOMASELLO, Leslie (1994): El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la Ley N°19.335 (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur).

TRONCOSO, Hernán (2020): Derecho de Familia (Santiago, Thomson Reuters).

TURNER, Susan (2024): Manual de Derecho y procedimiento de familia (Valencia, Tirant lo Blanch).

URRUTIA, Leopoldo (1907): Explicaciones de Código Civil (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes).

VIDAL, Álvaro (2024): “La inoponibilidad del arrendamiento de bienes inmuebles en la sociedad conyugal”, en: BARRIENTOS, Francisca (dir.): Estudios de Derecho de Familia VII, actas de las séptimas Jornadas Nacionales (Santiago, Thomson Reuters).

WEGNER, Veronika (2020): Los pactos prenupciales en previsión de la crisis matrimonial. Una relectura de las capitulaciones matrimoniales en Chile (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

DFL 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.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de mayo de 1991, rol N° 16149.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 14 de octubre de 1998, rol N° 2116-1998.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 10 de julio de 2003, rol N° 4504-2003.

Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de agosto de 2004, rol N° 3964-2003.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de mayo de 2005 rol N° 5414-2003.

Corte Suprema, sentencia de fecha 9 de agosto de 2007, rol N° 4826-2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 28 de enero de 2010, rol N° 9784-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de julio de 2010, rol N° 7577-2008.

Corte Suprema, sentencia de fecha 1 de junio de 2011, rol N° 7427-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de marzo de 2012, rol N° 4313-2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 22 de octubre de 2013, rol N° 1276-2013.

Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de abril de 2015, rol N° 7644-2015.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de junio de 2018, rol N° 31245-2017.

Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de agosto de 2019, rol N° 18987-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de abril de 2020, rol N° 120331-2022.

Corte Suprema, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021, rol N° 19712-2021.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de marzo de 2023, rol N° 9436-2022.

Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de diciembre de 2023, rol N° 36421-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de febrero de 2025, rol N° 217928-2023.

EL PROCESO DE DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CHILENO: UN ESTUDIO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA A LA LUZ DE LA LEY N°20.584¹

THE DECODIFICATION PROCESS OF CHILEAN CIVIL LAW: AN STUDY OF THE MEDICAL CIVIL LIABILITY REGIME IN LIGHT OF THE ACT NO. 20584

Mindra Pino Sotomayor*

Resumen:

El avance de la ciencia y la tecnología ha generado la necesidad de legislar de conformidad con nuevos conflictos sociales, económicos y culturales, impensables en los tiempos de la codificación. En función de ello, se ha dictado una serie de leyes que regulan aspectos conocidos por los códigos, o bien que crean nuevas instituciones jurídicas, lo cual ha generado la interrogante de si estamos actualmente viviendo un proceso de *descodificación* del derecho privado. Este término fue acuñado por el académico italiano Natalino Irti, mientras que en el ámbito nacional fue Alejandro Guzmán quien se refirió a aquel término, redefiniéndolo. Este trabajo investiga la noción de descodificación a partir de los postulados de ambos autores, con el objeto de analizar si las leyes que regulan o resultan aplicables a la relación entre el médico y

¹ Artículo recibido el 24 de marzo de 2026 y aceptado el 26 de junio de 2026.

* Alumna de Doctorado en Derecho por la Pontificia U. Católica de Valparaíso. Profesora agregada de la Escuela de Derecho de la Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile.  0009-0007-9801-7490. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso. Correo electrónico: mindra.pino@pucv.cl.

su paciente, a saber, la Ley N°19.496, la Ley N°19.966 y, primordialmente, la Ley N°20.584, sobre derechos y deberes de los pacientes, son verdaderos casos de descodificación del derecho civil.

Palabras clave:

Código Civil, Descodificación, Ley de derecho especial, Ley de derecho singular, Responsabilidad médica.

Abstract:

The advancement of science and technology has created the need to legislate in response to new social, economic, and cultural conflicts that were unthinkable at the time of codification. Accordingly, a series of statutes have been enacted that regulate matters already addressed by the codes or that create new legal institutions, raising the question of whether we are currently experiencing a process of *decodification* of private law. This term was coined by the Italian professor Natalino Irti, while in the national context, it was Alejandro Guzmán who referred to and redefined it. This paper examines the notion of decodification in light of the theories of both authors. Its objective is to analyze whether the statutes that regulate or apply to the physician–patient relationship –namely, the Act No. 19.496, Act No. 19.966 and, primarily, Act No. 20.584- constitute genuine cases of decodification of civil law.

Keywords:

Civil code, Descodification, Special law, Singular law, Medical liability.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha existido un fenómeno caracterizado por la abundante dictación de leyes denominadas *especiales*, que pretenden hacer frente a los rápidos cambios económicos, sociales y culturales de nuestra sociedad. Es una realidad que los antiguos códigos, que pretendían abarcar

la generalidad de las situaciones y conflictos, se han visto superados por las circunstancias actuales, que reconocen una estructura social diametralmente distinta a la de la época de su dictación.

A partir de aquella perspectiva, surge la consulta acerca de si las leyes especiales, cada vez más numerosas en nuestro ordenamiento jurídico, tienen la virtualidad de descodificar el contenido regulado en los códigos. Esta interrogante ha adquirido especial relevancia en el ámbito del derecho privado, en razón de la constante promulgación de leyes que regulan determinadas relaciones entre particulares o entre personas y cosas. Al respecto, cabe consultarse si estas operan como verdaderos casos de descodificación, relegando, en consecuencia, al Código Civil al derecho de la menor cantidad de casos, cuyo pronóstico más fatalista es su eventual inutilización.

Este panorama fue planteado por primera vez por el jurista italiano Natalino Irti, quien, en el año 1978, denominó al período comprendido desde mediados del siglo XX y cuya proyección puede prolongarse hasta la actualidad como la *época de la descodificación*, para referirse al fenómeno de que los códigos habrían devenido en derecho residual debido a la proliferación de leyes especiales dictadas con posterioridad a las dos grandes guerras del siglo XX². Este proceso ha sido analizado por diversos autores nacionales, quienes, a partir del estudio de distintas leyes dictadas en las últimas décadas, se han consultado si es posible afirmar que Chile está experimentando un proceso de descodificación del derecho civil³.

En dicho contexto, cobran interés las leyes que tienen aplicación en materia de responsabilidad médica; a saber, la Ley N°19.966⁴, que establece un régimen de garantías en salud; la Ley N°20.584⁵, que regula derechos

2 WEGNER (2017), p. 137.

3 A saber: GUZMÁN (1993), pp. 39-62; DE LA MAZA y CORTEZ (2021), pp. 115-143; CORRAL (2007), pp. 641-651; FIGUEROA (2005), pp. 101-116; WEGNER (2017), pp. 137-157, entre otros.

4 Ley N°19.966, de 2004.

5 Ley N°20.584, de 2012.

y deberes de los pacientes; y la Ley N°19.496⁶ (en adelante, LPDC), sobre derechos de los consumidores –en lo que resulte pertinente al ámbito médico–. Este tipo de responsabilidad regula la relación entre el médico –en general, el prestador de la salud– y el paciente, en el contexto de una prestación de servicios médicos, que puede ser o no contractual. Lo interesante a su respecto, aparte de los sujetos involucrados, está en la introducción de diversos deberes, derechos y obligaciones específicos aplicables a dicha relación.

Bajo tal premisa, el presente trabajo tiene por objeto analizar si la Ley N°20.584, en cuanto normativa especial en materia de responsabilidad médica, opera como un verdadero caso de descodificación del derecho civil.

Para cumplir dicho propósito, el presente artículo se estructura en tres secciones. La primera de ellas trata el proceso de la *descodificación* a partir de los postulados de Natalino Irti y Alejandro Guzmán, con el objeto de delimitar el correcto sentido y alcance de este término. En segundo lugar, se contextualiza la situación actual de la regulación de la responsabilidad civil médica en Chile, en tanto régimen que regula la relación entre médico y paciente. Esta sección pretende dar a conocer las leyes que se han dictado en dicho ámbito y las figuras que se han introducido en función de este vínculo; todo ello para efectos de determinar la *ratio* del régimen de la responsabilidad civil médica. En tercer lugar, se propone una postura respecto de si la Ley N°20.584⁷ opera como un caso de descodificación del derecho civil. Finalmente, se formulan algunas conclusiones a raíz del estudio realizado.

2. LA DESCODIFICACIÓN EN EL DERECHO. SUS INICIOS Y SU APLICACIÓN EN CHILE

2.1. La descodificación según Natalino Irti

6 Ley N°19.496, de 1997.

7 Ley N°20.584, de 2012.

El término *descodificación* fue acuñado por primera vez en el año 1978, a partir de los estudios desarrollados por el civilista italiano Natalino Irti⁸. Este autor caracterizó al periodo de fines del siglo XX como la *época de la descodificación*, término con el cual aludió al fenómeno de que los códigos, en tanto instrumentos fijadores del derecho (privado), pasaron a tener un carácter residual en relación a la abundante dictación de leyes que denominó *especiales*⁹.

Antes de seguir profundizando sobre el tema, resulta clarificador hacer una breve explicación histórica de los términos de codificación y descodificación. En el siglo XVIII, la ciencia jurídica introdujo una nueva forma de presentar el derecho, esto es, a través de la codificación¹⁰, la cual se conceptualiza como

una especie de fijación del Derecho que se caracteriza por innovar respecto de la presentación del material normativo y su organización, por establecer un derecho nuevo que se distancia del anterior, y por determinar la pérdida de vigencia de todas las disposiciones jurídicas anteriores, aunque puedan ser compatibles con la legislación codificada¹¹.

Según Guzmán, es una manera especial, determinada, de articular códigos del derecho, cuya novedad es su componente sistemático de elaboración, fundado en la idea de sistema axiomático-deductivo¹².

Irti denominó a este periodo –de la codificación–, anterior a la Primera Guerra Mundial, como el *mundo de la seguridad*, en que la seguridad se refería al conocimiento de las *reglas del juego*, es decir, de las condiciones, fijadas por el Estado, por las cuales cada sujeto podía contar con un determinado comportamiento ajeno o esperar un cierto uso del poder coercitivo del Estado. En dicho contexto, la finalidad del derecho era predisponer los

8 El desarrollo y contenido del término *descodificación* se pueden estudiar en IRTI (1997).

9 WEGNER (2017), p. 137.

10 GUZMÁN (1993), p. 41.

11 CORRAL (2007), p. 641.

12 GUZMÁN (1993), pp. 39-40.

instrumentos necesarios para que cada individuo pudiera conseguir sus fines propios¹³, y dichos instrumentos se visualizaban y concretizaban en la forma de códigos¹⁴.

Sin embargo, durante el comienzo del siglo XX, en razón de las nuevas necesidades de las sociedades, e influenciado por las dos Guerras Mundiales, se empezó a generar la necesidad de legislar apartándose de las normas comunes y generales contempladas en los Códigos civiles. Este proceso se vio acentuado a fines del siglo XX, en que existió un crecimiento acelerado de leyes especiales¹⁵, lo cual hizo surgir la interrogante de si la época de la codificación inaugurada por el Código Civil francés había terminado. En palabras de Figueroa Yáñez, este periodo estuvo definido por la fragmentación y dispersión de las normas civiles en diferentes cuerpos legales¹⁶.

En función de este panorama, es que Natalino Irti acuña el término *descodificación* para hacer referencia a la nueva época del siglo XX, caracterizada por la proliferación de leyes *especiales* que se distanciaban del contenido de los Códigos civiles¹⁷. Este autor se refiere a esta palabra por primera vez en 1978, al dictar un curso en la Universidad de Salamanca¹⁸, que luego profundizó en un artículo denominado *L'età della decodificazione* en la revista italiana *Diritto e Società*¹⁹.

¿Qué entiende Irti por *derecho o legislación especial*? El autor lo explica conceptualizando primero su género, las leyes externas. Las leyes externas son aquellas promulgadas fuera de la estructura del Código Civil y se clasifican en dos categorías: leyes excepcionales y leyes especiales²⁰.

13 IRTI (1997), pp. 17-18.

14 Ibid., p. 19.

15 CORRAL (2007), p. 640.

16 FIGUEROA (2005), pp. 101 y 104.

17 IRTI (1997), p. 33.

18 CORRAL (2007), pp. 642-644.

19 GUZMÁN (1993), p. 41.

20 IRTI (1997), pp. 93-94.

Las primeras se refieren a aquellas normas que introducen derogaciones a los principios del Código Civil y, aunque violan la lógica de sus principios, no amenazan los calificativos de definitivo y de completo del código.

Por su parte, las leyes especiales son aquellas normas que atienden a la regulación de instituciones desconocidas por el sistema del código, o que disciplinan de un modo diferente particulares categorías de relaciones o principios ya enunciados en él²¹. La ley especial tiene como destinatarios a específicos grupos de sujetos y regula definidas categorías de intereses²². Así las cosas, las leyes especiales retiran instituciones y categorías de relaciones del texto del Código Civil o establecen la regulación de fenómenos recientemente surgidos, de forma tal que el código ahora pasa de ser derecho general a ser derecho residual²³.

La especialidad se determina mediante un juicio comparativo entre dos normas, el cual supone la comprobación del contenido de la una y de la otra, es decir, una actividad interpretativa²⁴. En función de aquel razonamiento, calificamos una norma de general y a la otra de especial, siempre una en relación con la otra y no individualmente consideradas. Este vínculo de género a especie –generalidad/especialidad– exige que ambas normas estén caracterizadas por un elemento común, cuyo criterio diferenciador viene dado en que la norma especial añade un dato extra a los previstos en la norma general. Irti da el siguiente ejemplo: la norma general señala “si A, entonces B”, mientras que la norma especial dice “Si A + a, entonces B + b”²⁵. Así las cosas, la norma especial agrega otros datos a los de la norma general, lo que luego se traduce en efectos adicionales a los ya enunciados²⁶.

21 Ibid., pp. 21 y 93-94.

22 Ibid., p. 97.

23 Ibid., p. 33.

24 Ibid., p. 44.

25 Ibid., p. 45.

26 Ibid., p. 47.

Habiendo aclarado la noción de derecho especial, cabe retomar las palabras sobre el término *descodificación*. Para Natalino Irti, el proceso de descodificación se traduce en tres fases históricas. En la primera etapa, la norma general —el código— es todavía el derecho del mayor número de casos, mientras que la norma especial se limita a regular casos provistos con datos diferenciadores. En una segunda etapa, los criterios de la norma especial se extienden a otras normas especiales, ampliándose en consecuencia la franja de destinatarios de la norma especial, mientras que la norma general ahora se prevé para un menor número de casos, deviniendo en derecho residual. En la tercera y última etapa, los criterios de regulación de la norma especial revisten la hipótesis más amplia y llegan a ser contenido de una nueva norma general²⁷. Por consiguiente, el derecho del Código Civil asume el carácter de residual, en el sentido de intervenir solamente cuando los recursos normativos de la norma especial ya se explotaron y agotaron²⁸.

En consideración de aquel esquema, Irti hace el siguiente análisis. En el periodo hasta antes de la Primera Guerra Mundial, el derecho especial era casi inexistente, siendo, en consecuencia, el código la disciplina exclusiva y unitaria que regulaba la vida privada. Se caracterizaba esta época por la libertad del individuo y su capacidad de autoimponerse sus propios fines. Esta visión se pretendía lograr mediante el derecho privado, que ofrecía esquemas y figuras de libre elección en función de las metas individuales²⁹. Esta situación acaba con la Guerra Mundial de 1914, a partir de la cual comenzó un florecimiento de la legislación especial, en que el Estado empezó a legislar en función de intereses y fines considerados socialmente valiosos, que se apartaban del contenido de los códigos³⁰. En el periodo entre las dos guerras, el Código Civil todavía conservaba su importancia, convirtiéndose en derecho común, sede de los principios generales que las leyes especiales complementan o modifican³¹. Luego, en la etapa tras las Guerras Mundiales,

27 Ibid., p. 52.

28 WEGNER (2017), p. 140.

29 IRTI (1997), pp. 17-18 y 24.

30 GUZMÁN (1993), p. 42.

31 IRTI (1997), p. 24.

las leyes especiales empiezan a abarcar la mayor cantidad de casos, razón por la cual ahora representan el derecho común y convierten al Código Civil en derecho residual³². Dicha situación se vio acentuada, en Italia, con la Constitución Republicana de 1948, que incorporó un nuevo catálogo de garantías constitucionales de las personas, que miraban al bienestar común, y cuya realización se asignaba a normas de finalidad, que adoptaban la forma de leyes especiales³³.

A esta transformación histórica, en cuanto proceso, Irti la denominó *descodificación* y “la hace consistir en la sustracción al código, operada por la legislación especial, de ciertas materias para regularlas de una manera diferente en función de determinados fines socialmente valiosos”³⁴. El proceso de descodificación marca una proliferación cada vez más amplia de normas especiales, las cuales ocuparían el lugar del Código Civil como exclusivo o principal régimen de particulares instituciones o de enteras categorías de negocios³⁵.

En este panorama daría paso al nacimiento de una pluralidad de microsistemas³⁶, en que cada uno cuenta con sus principios propios y lógicas autónomas, distintos o contrarios a los previstos en el Código Civil, razón por la cual el código ya no es el estatuto de derecho común y general, sino de derecho residual, perdiendo su lugar central en el sistema de fuentes³⁷. En palabras del autor, se trata ahora de un *sistema policéntrico*³⁸, pasando así de un mono-sistema, en que el código estaba al centro, a un poli-sistema, en que

32 Ibid., p. 22.

33 Ibid., pp. 24-29; GUZMÁN (1993), p. 43.

34 GUZMÁN (1993), p. 43.

35 IRTI (1997), p. 55.

36 Ibid., p. 59

37 Ibid., pp. 37-39.

38 Ibid., p. 40.

conviven diversos microsistemas³⁹. Así, la descodificación relega al Código Civil a la categoría de un microsistema más, uno de los tantos sistemas de los que se compone el universo del Derecho privado⁴⁰.

Englobando las ideas expuestas, la creación de normas especiales, mediante la introducción de datos adicionales a la norma general –que, en último término, se traduce en añadir efectos ulteriores a los previstos en la norma general–, implica valorar de distinto modo los elementos del supuesto de hecho de la norma general⁴¹. En este sentido, las normas especiales introducen nuevos criterios de regulación, en razón de lo cual se desarrollan pequeños universos legislativos que dan nacimiento a los microsistemas⁴², que serían “un conjunto de normas especiales, que, promulgadas para particulares instituciones o clases de relaciones, se enlazan en principios comunes de regulación”⁴³.

Así, la descodificación se produce por la dictación de leyes especiales, que expresan lógicas y principios autónomos, consolidando microsistemas, en función de lo cual el Código Civil pierde enteros segmentos de destinatario, restringiendo su regulación a los casos residuales, es decir, a los casos no previstos por las leyes especiales⁴⁴.

2.2. Alejandro Guzmán y la descodificación

El jurista chileno Alejandro Guzmán manifestó un especial interés por el proceso de la *descodificación*, frente al cual adoptó una postura crítica respecto de los postulados formulados por Natalino Irti. Este autor dedicó varios manuscritos sobre el fenómeno de la codificación como forma de fijación del derecho⁴⁵, razón por la cual no resulta extraño que vertiera al-

39 Ibid., p. 63.

40 Ibid.; WEGNER (2017), p. 141.

41 Ibid., p. 59.

42 Ibid.

43 Ibid.

44 IRTI (1997), p. 96.

45 Entre ellos: GUZMÁN (1985), pp. 107-144; GUZMÁN (1993), pp. 101-116.

gunas palabras escépticas sobre el catastrófico panorama que le asignó Irti a la época contemporánea, caracterizada, según este último, por el declive de los códigos civiles.

El autor propone su propio esquema de descodificación, en función del cual concluye que la afirmación de que estamos en una *época de la descodificación* resulta, una vez aplicada a la realidad⁴⁶, abundantemente exagerada, por no decir errónea. Para arribar a esa conclusión, Guzmán se dedica a precisar algunos conceptos ya aludidos por Irti y a incorporar otros nuevos a la discusión. No hay duda de que la opinión de Alejandro Guzmán sobre el proceso de *descodificación* es central para vislumbrar su efectivo alcance en nuestro país y, aun más, para el correcto entendimiento de la figura, razón por la cual se hará referencia a ello a continuación.

En primer término, Guzmán critica a Irti por no haberle dado relevancia en su estudio a la noción de *derecho singular* (o excepcional), sin perjuicio de haberla tratado⁴⁷. Desde su punto de vista, la verdadera descodificación se produce “no por obra de las leyes de derecho especial sino de derecho singular”⁴⁸, lo cual hace necesario traer a colación la distinción entre ambos tipos de leyes.

Sin intenciones de complejizar en exceso el tema que se expone, cuya mejor y detallada explicación se encuentra directamente en un artículo de Guzmán⁴⁹, cabe precisar lo siguiente. Para efectos de explicar la diferencia entre derecho especial y singular, y poder conceptualizarlos correctamente, el autor se dedica a considerarlos, en un primer momento, representados por una sola norma en la que diferencia entre su hipótesis y su prescripción, para luego, en un segundo momento, considerar a las normas como incardinadas en un sistema⁵⁰.

46 GUZMÁN (1993), p. 44.

47 GUZMÁN (1993), p. 44; WEGNER (2017), p. 141.

48 GUZMÁN (1993), p. 44.

49 Ibid., pp. 44-48.

50 Ibid., p. 44.

Tras un análisis detallado de dichas figuras, el autor concluye que el derecho especial se da en casos de normas con hipótesis especial o endosistemática⁵¹ y con prescripción también endosistemática⁵², mientras que el derecho singular se da en los casos de (i) normas con hipótesis especial o endosistemática y con prescripción exosistemática⁵³, y (ii) normas con hipótesis singular o exosistemática⁵⁴ y prescripción endo- o exosistemática⁵⁵.

Estas consideraciones, reducidas a reglas, se traducen en lo siguiente: (i) toda hipótesis singular, independientemente de su prescripción endo- o exosistemática, da origen a derecho singular; y (ii) una hipótesis especial da origen a derecho especial o singular, según su prescripción sea endo- o exosistemática⁵⁶. En este entendimiento, el autor concluye que la esencia del derecho singular consiste en la ruptura con la lógica de la generalidad del sistema⁵⁷.

51 Una hipótesis es endosistemáticamente especial respecto de otra general en aquellos casos en que la nota que especializa, es decir, que agrega un dato adicional a los de la general, pertenece al mismo sistema de la hipótesis general; en dicho caso, estamos en presencia de una relación especialidad-generalidad. *Ibid.*, p. 45.

52 Una prescripción endosistemática se da en el caso de que la hipótesis especial o singular tenga un tipo de prescripción que ya existe en el sistema, pero atribuido a otras hipótesis generales del mismo. *Ibid.*, p. 46.

53 La prescripción es exosistemática cuando el tipo de prescripción de la hipótesis especial o singular es desconocido por el sistema al que pertenece la general. *Ibid.*, p. 46.

54 Una hipótesis es exosistemáticamente especial respecto de otra, en aquellos casos en que la nota que especializa no pertenece al sistema al que corresponde la hipótesis general; en dicho caso, estamos ante una relación de regularidad-singularidad. *Ibid.*, p. 45.

55 *Ibid.*, pp. 45-46.

56 *Ibid.*, p. 46.

57 *Ibid.*, p. 47.

En segundo término, avanzando en su esquema interpretativo, se refiere a la noción de *derecho nuevo* con sus tres subclases: derecho absolutamente nuevo⁵⁸, derecho nuevo complementario⁵⁹ y derecho correctorio derogante⁶⁰ o alternativo⁶¹. El derecho nuevo puede, al igual que el derecho especial o singular, ser introducido en el interior del código, lo cual trae a colación la siguiente clasificación.

En tercer término, el autor se refiere a la distinción entre *leyes modificatorias* y *leyes extravagantes o novelas*. Las primeras incorporan normas especiales, singulares o nuevas que modifican el cuerpo del código. En cambio, las leyes extravagantes o novelas incorporan dichas normas, pero dejando formalmente intocado al código⁶².

En función de todos estos conceptos recién expuestos, Guzmán se permite afinar el concepto de descodificación propuesto por Irti. En tal sentido, reconoce tres clases de descodificación: (i) *descodificación formal*, que es aquella que establece un derecho especial o nuevo a través de leyes extravagantes; (ii) *descodificación formal y material*, en que se fija derecho singular mediante leyes extravagantes; y (iii) *descodificación material*, que es aquella que constituye derecho singular a través de leyes modificatorias del código⁶³. Bajo tal esquema, afirma que la verdadera descodificación es la material, sea

58 Una norma ingresa en el sistema y forma derecho nuevo en dos casos: (i) norma posterior con hipótesis general y con prescripción nueva y no contradictoria con las vigentes para la misma u otras hipótesis generales; y (ii) norma con hipótesis general y otra hipótesis nueva pero no contradictoria con las hipótesis generales de aquél, y con prescripción no contradictoria con las vigentes. En estos casos, la norma pasa a ser sistemática y a tener carácter general y regular. Ibid., p. 47.

59 El derecho nuevo complementario se refiere a normas que complementan la hipótesis y/o prescripción de una norma general anterior del sistema, las cuales habían quedado pendientes de desarrollar. En estos casos, la norma complementaria también pasa a tener el carácter general y regular de la norma que complementa. Ibid., p. 48.

60 En este caso, ingresa una norma posterior cuya hipótesis es igual a la general y regular del sistema, y su prescripción contraria a la vigente. Se trata de una derogación que reemplaza a una norma general y regular por otra del mismo carácter. Ibid., p. 48.

61 El derecho correctorio alternativo se posiciona en el mismo contexto anterior, pero en su caso la prescripción de la norma posterior es alternativa a la vigente hasta ese entonces. Ibid., p. 48.

62 Ibid., p. 48.

63 Ibid., pp. 48-49.

o no formal, puesto que solamente aquella altera la lógica de generalidad del sistema jurídico previsto en el código. En cambio, la descodificación formal se limita a alterar la técnica de la codificación, mas no quiebra ni desconoce la *ratio* del sistema, sino que se integra en él y lo amplía⁶⁴.

Por lo tanto, para que podamos determinar si estamos frente a una verdadera decodificación –en su sentido material–, habrá que identificar si la estructura de una determinada ley o leyes rompe con la lógica y los principios generales previstos en el Código Civil, siendo así catalogada como ley o leyes de derecho singular.

Sobre esta premisa, Guzmán sostuvo ya en el año 1993 que los únicos casos de descodificación observables hasta ese entonces en el ordenamiento jurídico chileno correspondían a la legislación laboral y a las normas dictadas sobre la reforma agraria⁶⁵. Sin embargo, concluye que ambos casos fueron, en último término, intentos fallidos de descodificación⁶⁶.

El autor sostiene que el pronóstico formulado por Irti acerca de la marginalización del código no es aplicable al caso chileno. Los supuestos de descodificación –material– experimentados en nuestro país al momento en que Guzmán abordó esta cuestión no permitían sostener que en nuestro país se hubiera experimentado una descodificación propiamente tal⁶⁷. Este juicio fue compartido por Hernán Corral, quien aseveró que las leyes que se habían dictado con el propósito de complementar el Código Civil chileno eran leyes meramente especiales, por lo que no despojarían al Código Civil de su condición de derecho común y supletorio⁶⁸.

64 Ibid., p. 49.

65 CORRAL (2007), p. 647.

66 En relación al caso de la legislación laboral: GUZMÁN (1993), p. 52; respecto de la reforma agraria: Ibid., pp. 55-58.

67 Ibid., p. 57.

68 CORRAL (2007), p. 647.

Sin perjuicio de compartir el pronóstico presentado por Alejandro Guzmán en 1993, y reiterado por Hernán Corral en 2007, en cuanto a negar que exista un verdadero proceso de descodificación en Chile a dicha fecha, hay que tener en cuenta que desde aquel momento a la actualidad ha existido una tendencia cada vez mayor de regular determinadas materias de la vida privada mediante leyes extravagantes, en razón de que las necesidades de la sociedad avanzan con vasta rapidez y el derecho tiene la labor de hacerse cargo de ellas.

En consideración de esta realidad, cabe consultarse si en la actualidad existe algún intento de descodificación. No obstante, dar una respuesta exhaustiva a dicha interrogante excede con creces los límites de este trabajo. Por tal motivo, en la siguiente sección se abordará específicamente la cuestión de si las leyes aplicables a la responsabilidad civil médica tienen la virtualidad de descodificar el Código Civil.

3. LA *RATIO* EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Tal y como se adelantó en la sección anterior, cabe consultarse si es que existen en la actualidad, dentro del ordenamiento jurídico chileno, leyes de derecho singular que supongan un caso de descodificación del derecho civil. Esta interrogante ha sido planteada en los últimos años a raíz de regímenes y leyes concretas⁶⁹, con opiniones disímiles.

En palabras de Wegner, autora que ha tratado esta temática a propósito de los regímenes especiales de responsabilidad aquiliana⁷⁰, para determinar si estamos frente a una verdadera descodificación, es preciso establecer si la

69 En relación a la descodificación a función de regímenes especiales de responsabilidad aquiliana, véase: WEGNER (2017), pp. 137-157; respecto del caso concreto de la Ley N°19.946 en materia de derechos del consumidor, véase: DE LA MAZA y CORTEZ (2021), pp. 115-143.

70 WEGNER (2017), pp. 137-157.

norma que se introduce al sistema “desconoce el sentido del sistema incorporado en el código”⁷¹, lo que ocurre “cuando las nuevas normas escapan su lógica o principios”⁷².

En razón de ello, y de todo lo expuesto con anterioridad, es necesario identificar si las leyes que se revisarán –referidas a la responsabilidad civil médica– rompen con la lógica establecida en el Código Civil. Así las cosas, corresponde examinar el objeto de regulación de la responsabilidad civil médica, así como la lógica de sus principios y figuras que le son propias, con la finalidad de responder a la interrogante planteada, la que analizaremos en la última sección de este trabajo.

3.1. El régimen de responsabilidad civil médica en el ordenamiento jurídico chileno. Su regulación.

Habrá que comenzar advirtiendo que no existe una regulación particular y sistemática sobre la responsabilidad civil médica; no hay algo como tal en nuestro Código Civil ni en alguna ley especial⁷³. Su estatuto se construye a través de una serie de leyes e interpretaciones jurisprudenciales⁷⁴, así como del propio texto del Código Civil.

Antes de dar a conocer dicha normativa, cabe hacer presente que un caso de responsabilidad médica puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, según si existe un contrato entre el médico y el paciente⁷⁵. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha entendido que la mayoría de estos casos se presentan

71 Ibid.

72 Ibid.

73 VIDAL (2018), p. 8.

74 PIZARRO (2014), p. 825.

75 PIZARRO (2017), pp. 11-12.

en el contexto de un contrato celebrado entre el paciente y el profesional de la salud⁷⁶, lo cual determinará las normas supletorias a aplicar en supuestos de vacíos o lagunas legales.

En cuanto contrato, se ha dicho que se trata de uno de prestación de servicios⁷⁷, en el que el servicio que se otorga es de índole médica y genera una obligación de hacer a cargo del médico, relativa a “determinar la naturaleza de la dolencia o enfermedad que aqueja al paciente (diagnóstico); y a desarrollar el conjunto de actos necesarios para aliviar o curarlo de su dolencia (tratamiento)”⁷⁸. La complejidad de esa calificación se reconduce al problema inicial identificado, esto es, que los contratos de prestación de servicios son atípicos⁷⁹, es decir, no existe una regulación sistemática a su respecto.

Tras haber despejado la naturaleza de la responsabilidad que puede surgir en estos casos, y haber señalado que su tratamiento normativo no está sistematizado, es menester traer a colación las leyes que se han dictado con ocasión de este tipo de responsabilidad o que le resultan aplicables en determinados casos.

En primer lugar, en el ámbito de los servicios de salud, debe considerarse la Ley N°19.966 de 2004⁸⁰, conocida como *Ley AUGE* o *Plan GES*, cuyo articulado conforma un régimen especial para la indemnización de daños ocasionados por la falta de servicio de los órganos públicos de salud⁸¹. Así, su artículo 38 establece que “[l]os órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particu-

76 AEDO (2023), p. 741. Pizarro entiende que los casos de responsabilidad extracontractual en el ámbito civil médico se reducen a los daños demandados por las víctimas por repercusión y los casos de responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado. PIZARRO (2017), p. 13.

77 PIZARRO (2014), p. 828; PIZARRO (2017), p. 22.

78 BRANTT (2008), p. 509.

79 BRANTT (2018), pp. 24-25.

80 Ley N°19.966, de 2004.

81 PIZARRO (2017), p. 826.

lares por falta de servicio”. Con todo, como se anticipó, esta normativa es únicamente aplicable a los servicios públicos, descartándose, en consecuencia, los supuestos de daños ocasionados por privados, que, como se señaló, comprenden la gran mayoría de los casos de responsabilidad médica.

En segundo lugar, cobra especial relevancia la Ley N°20.584 de 2012⁸², que regula los derechos y deberes de los pacientes. En las propias palabras de Pizarro, esta ley “ratifica que en el Código Civil no hay una regulación comprensiva de los derechos de los pacientes en forma sistemática y adecuada a la concepción actual de la persona”⁸³. Esta normativa llama la atención en tanto reconoce de antemano una desigualdad formal en la relación médico-paciente y, en función de ello, introduce deberes y obligaciones exclusivos de cargo del primero. Asimismo, incorpora el denominado *consentimiento informado*. Ambas instituciones serán abordadas con mayor profundidad en la siguiente sección. Por ahora, basta con señalar que desde la dictación de la Ley N°20.584⁸⁴ se ha enriquecido la regulación de la responsabilidad civil médica, al punto de ser gravitante la interrogante si ello ha producido una descodificación en el ámbito del derecho privado.

En tercer lugar, también resulta aplicable a esta relación médico-paciente la Ley N°19.496 de 1997⁸⁵⁻⁸⁶, en función de lo dispuesto en su artículo 2 letra f). Esta norma señala que quedarán sujetos a dicha ley

los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fon-

82 Ley N°20.584, de 2012.

83 PIZARRO (2017), p. 827.

84 Ley N°20.584, de 2012.

85 Ley N°19.496, de 1997.

86 PIZARRO (2017), p. 826.

dos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales⁸⁷.

Por último, pueden invocarse las normas contenidas en el Código Civil, ya sea que estemos frente a un contrato de prestación de servicios médicos, en cuyo caso se aplican, en lo pertinente, las disposiciones previstas en materia de Derecho de contratos⁸⁸, contenidas en el Libro IV del Código Civil⁸⁹; o bien, estemos en presencia de un caso de responsabilidad aquiliana, en virtud de lo cual se deben invocar las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del mismo cuerpo legal.

Bajo este panorama, se reconoce expresamente la aplicación del Código Civil a la relación médico-paciente, normativa que permite atribuir responsabilidad al profesional de la salud por los daños ocasionados en la ejecución defectuosa del servicio médico. Ahora bien, la interrogante que persiste es si la legislación especial mencionada rompe con la lógica y los principios a los que propende el Código Civil, relegándolo, en esta materia, a derecho de carácter residual.

87 En función de aquella norma, se ha dicho que quedarían excluidos del derecho de consumo la prestación del servicio médico propiamente tal y su calidad, incluyéndose únicamente los actos y contratos celebrados *con ocasión* de la contratación de servicios en el ámbito de la salud. BARRIENTOS (2018), p. 141. Esta opinión es compartida por MOMBERG (2013), p. 75, quien es de la opinión de que no es posible aplicar el derecho de consumo a los actos y contratos excluidos expresamente por la letra f) del art. 2 de la LPDC. Otros han intentado ampliar los tipos de prestaciones médicas aplicables al derecho de consumo, mediante la interpretación del artículo 23 de la LPDC. BARRIENTOS (2018), pp. 141. 147-150.

88 PIZARRO (2017), p. 25.

89 Pizarro niega que sean aplicables al contrato médico las reglas del mandato y las especiales relativas al arrendamiento de servicios inmateriales, por cuanto la prestación de servicios médicos no se encuadra en el objeto de ninguno de estos contratos. Por lo tanto, las normas del Código Civil serán invocadas para determinar la responsabilidad del médico por el incumplimiento del contrato, lo que se traducirá en una indemnización de perjuicios, mas no para configurar el contenido mismo de la prestación médica. PIZARRO (2014), pp. 828, 831 y 837-840.

Para responder la consulta planteada, es necesario despejar cuál es la *ratio* de la responsabilidad civil médica prevista en la normativa especial señalada y, en función de ello, determinar si estamos ante leyes de derecho singular o bien se trata de leyes especiales que suponen un caso de descodificación formal. Para tales efectos, se estudiará y analizará en concreto la Ley N°20.584⁹⁰, que es la más importante en esta materia, y que se destaca por la introducción de una serie de figuras y principios autónomos que, *en principio*, amenazan la generalidad del Código Civil.

3.2. La lógica bajo la responsabilidad civil médica

Como se anticipó, en esta sección se aborda la lógica y los principios comprendidos en las leyes que se refieren a la responsabilidad civil médica –en concreto, a la Ley N°20.584⁹¹– y que, en su conjunto, comprenden un microsistema jurídico autónomo. En dicho entendimiento, surge la interrogante de si este microsistema quiebra o no la lógica consagrada en el Código Civil.

Preliminarmente, conviene recordar que el objeto de regulación de las leyes que conforman este microsistema se refiere a la relación entre el prestador de salud –sea un profesional médico o un servicio de salud estatal– y el paciente. Por su parte, el Código Civil regula relaciones entre particulares, cuya naturaleza puede ser contractual o extracontractual. Ahora bien, tomando en consideración que la mayoría de los casos de responsabilidad médica son de naturaleza contractual, habrá que advertir que el criterio que distingue a ambos tipos de vínculos –relación médico-paciente y relación entre particulares prevista en el código–, es que la relación entre médico y paciente carece de una igualdad formal en los términos concebidos por el Código Civil. Para entender esta afirmación, resulta pertinente traer a colación las siguientes palabras de los profesores De la Maza y Cortez:

90 Ley N°20.584, de 2012.

91 Ley N°20.584, de 2012.

Según creemos, tratándose del Código Civil, se asume —generalmente, al menos— una noción de igualdad formal entre las partes que se vinculan contractualmente, es decir, una noción de igualdad de corte individualista, abstracta y, por lo mismo, desaprensiva frente a las condiciones materiales de las personas. Una consecuencia de esa noción de igualdad formal es que, por regla muy general, cuando la validez del contrato se hace depender de consideraciones de justicia, se trata de consideraciones de justicia procedimental, es decir, relativas al proceso de formación del consentimiento, y no sustantiva, o sea, a la justicia de los términos del acuerdo⁹².

Entonces, la relación contractual prevista en el Código Civil descansa en ideas de igualdad, en las que los sujetos que se desenvuelven en la vida social son igualmente libres⁹³. En cambio, la responsabilidad médica supone una desigualdad entre ambas partes de la relación. Estamos en presencia de una asimetría contractual, configurada por la diferencia técnica y, por lo tanto, por el poder de información que tiene el experto, en este caso, el médico o profesional de la salud⁹⁴, respecto de la prestación médica. Entonces, debido a la información disponible que tiene cada una de las partes de este vínculo y, principalmente, en atención a los conocimientos técnicos en la materia que tiene el médico en comparación con el paciente, él se encuentra en una posición de privilegio respecto del otro.

Este panorama no pasó desapercibido por parte del legislador y es la razón por la cual, haciéndose cargo de esta desigualdad, introdujo una serie de deberes específicos, de carácter obligatorio, a cargo del médico⁹⁵. Este contenido imperativo se introdujo a propósito de la dictación de la Ley

92 DE LA MAZA y CORTEZ (2021), p. 119.

93 AEDO (2023), p. 744.

94 Ibid., p. 745.

95 PIZARRO (2014), p. 830.

Nº20.584⁹⁶⁻⁹⁷, y se traduce, principalmente, en el deber de información y de seguridad que le asiste al médico, y que se entienden accesorios a la obligación principal de éste de atender y aliviar la enfermedad del paciente⁹⁸.

Esta normativa también introdujo, a raíz de esta desigualdad entre ambos sujetos y en pro de la autodeterminación del paciente⁹⁹, el denominado *consentimiento informado*¹⁰⁰, el cual consiste en el derecho que le asiste al paciente de otorgar su voluntad para someterse a un procedimiento médico determinado, una vez que haya sido informado de manera suficiente, oportuna, veraz y comprensible del tratamiento y sus riesgos. Así las cosas, su consentimiento es necesario para garantizar la licitud de la actividad médica¹⁰¹, al ser su cuerpo, su integridad física, la que se ve involucrada de forma directa en la ejecución de la prestación.

A continuación, se examinará cada una de estas figuras para determinar su lógica y alcance, con el objeto de poder vislumbrar si ellas permiten calificar a la Ley Nº20.584¹⁰² como una ley de derecho singular –en los términos de Alejandro Guzmán– y, en consecuencia, como un caso de descodificación material.

a) Deberes accesorios específicos a cargo del médico

Son dos los deberes accesorios que incorpora la Ley Nº20.584 cuya infracción puede derivar en un caso de responsabilidad médica. Ambos surgieron a raíz de la asimetría existente en la relación entre el prestador de la salud y el paciente. Se trata del deber de seguridad y del de información.

96 Ley Nº20.584, de 2012.

97 PIZARRO (2017), p. 27.

98 BRANTT (2008), p. 511.

99 HERNÁNDEZ y CHAHUÁN (2021), p. 18.

100 El consentimiento informado ha sido tratado por algunos autores a nivel nacional, a saber: DE LA MAZA (2010), pp. 89-120; DE LA MAZA (2017), pp. 111-131; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN (2021), pp.17-25; CALAHORRANO (2021), pp. 4-33; PARRA y RAVETLLAT (2019), pp. 215-248; AEDO (2023), pp. 741-768; entre otros.

101 PARRA y RAVETLLAT (2019), p. 218.

102 Ley Nº20.584, de 2012.

El deber de seguridad consiste en “garantizarle [al paciente] el resguardo de su integridad, por la vía de emplear, en la ejecución de la prestación principal [del médico], elementos que resulten aptos, de modo de no causarle daños o empeorar su estado de salud”¹⁰³. En otras palabras, se traduce en que el prestador de la salud le asegura al paciente que se le darán todos los cuidados necesarios para mantener su integridad física y psíquica durante todo el transcurso del procedimiento y hasta el fin de su tratamiento¹⁰⁴. Su asiento normativo se encuentra en el artículo 4° de la Ley N°20.584¹⁰⁵, precepto que introduce la obligación legal de seguridad a favor del paciente para todo tipo de prestaciones médicas¹⁰⁶.

Por su parte, el deber de información en materia médica tiene su reconocimiento legal en el artículo 8° de la Ley N°20.584¹⁰⁷, que señala que “[t]oda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos (...)”. En relación a su contenido, Brantt indica que “en virtud de este deber el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para que pueda decidir lo que quiera y crea conveniente”¹⁰⁸. Es de vital importancia el conocimiento sobre los riesgos típicos de un tratamiento o procedimiento médico determinado¹⁰⁹, puesto que, ante la ocurrencia de un riesgo debidamente informado, el médico se podrá exonerar de responsabilidad¹¹⁰. Esto último se relaciona con el consentimiento informado.

¿Rompen estos deberes accesorios con la lógica y estructura comprendidas en el Código Civil?

103 BRANTT (2008), p. 520.

104 Ibid., p. 512

105 Ley N°20.584, de 2012.

106 PIZARRO (2014), p. 831.

107 Ley N°20.584, de 2012.

108 BRANTT (2008), p. 514.

109 Ibid., p. 515.

110 Ibid., p. 519.

Un principio rector en el derecho es la buena fe¹¹¹, tanto en su variante subjetiva como en la objetiva. En este caso, nos interesa la segunda. El art. 1546 del Código Civil consagra en nuestro ordenamiento jurídico el *principio de buena fe contractual* o buena fe objetiva. Esta norma prescribe que los contratos se deben ejecutar de buena fe y, por consiguiente, no solo obligan a lo que ellos expresan¹¹², sino que además “a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Entre las diversas manifestaciones que se le reconoce a este principio, se alude a su labor integradora, en virtud de la cual el intérprete incorpora al contrato deberes de conducta implícitos, lo que, a fin de cuentas, se traduce en una ampliación del contenido contractual más allá de lo dispuesto por las partes en razón de su autonomía de la voluntad¹¹³.

En tal sentido, previo a la entrada en vigencia de la Ley N°20.584¹¹⁴, la doctrina entendía que estos deberes accesorios del médico le eran de igual forma exigibles en función de la labor integradora del principio de buena fe. Así lo afirma Brantt, quien señala que

es posible sostener que, de la propia prestación principal del contrato [médico], a partir del artículo 1546 del *Código Civil*, y teniendo como fundamento último la buena fe objetiva, conjuntamente con la de emplear todos los medios conducentes al mejoramiento de la salud del paciente, el médico asume también los deberes de informar a este último sobre los procedimientos a seguir y los riesgos implícitos en ellos –deber de información–, y de garantizarle que se le darán todos los cuidados necesarios para mantener su integridad física y síquica hasta el fin del tratamiento –deber de protección o seguridad–¹¹⁵.

111 LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 428.

112 Ibid., p. 434.

113 BUSTOS (2023), p. 72.

114 Ley N°20.584, de 2012.

115 BRANTT (2008), pp. 511-512. En este mismo sentido, en relación al deber de seguridad, PIZARRO (2014), p. 831; y respecto del deber de información, PIZARRO (2017), pp. 41-42, quien señala que “La ley N°20.584 reconoce un deber que, si bien no aparecía en términos formales asumido por el legislador, nadie dudaba de su existencia en toda relación entre un médico y su paciente, bastando recurrido a la buena fe en su función integradora [sic]”.

En tales términos, es dable concluir, preliminarmente a lo menos, que estos deberes accesorios incorporados por la Ley N°20.584¹¹⁶, sin perjuicio de tener como base la desigualdad existente en la relación médico-paciente, no desconocen la propia lógica del Código Civil, porque incluso ignorando su consagración legal expresa mediante dicha ley¹¹⁷, se puede arribar a la misma conclusión, esto es, que al médico le asiste un deber de seguridad e información para con el paciente, cuyo fundamento se encuentra en la buena fe objetiva en su faz integradora, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 1546 del Código Civil.

b) Consentimiento informado

El *consentimiento informado* “puede definirse como ‘la declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención’”¹¹⁸. Se trata entonces de un derecho del paciente de ser debidamente informado sobre los riesgos típicos del procedimiento médico al cual debe someterse, con el fin de poder adoptar una decisión libre acerca de su realización.

Su consagración normativa se encuentra en los artículos 8° y siguientes de la Ley N°20.584¹¹⁹. El artículo 14° regula esta figura y dispone, en su inciso primero, que “[t]oda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”¹²⁰. Mientras que el artículo 10° de aquella ley¹²¹ se refiere al contenido mínimo de la información.

116 Ley N°20.584, de 2012.

117 Ley N°20.584, de 2012.

118 BRANTT (2008), p. 513.

119 Ley N°20.584, de 2012.

120 Ley N°20.584, de 2012.

121 Ley N°20.584, de 2012.

El fundamento del consentimiento informado se encuentra en la concreción de las libertades constitucionales, particularmente aquellas que reconocen su dignidad y su autodeterminación¹²². La autodeterminación consiste en la posibilidad que tienen las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino mediante la toma de decisiones¹²³. Estas ideas se vinculan con los principios de la tradición liberal del mundo accidental¹²⁴. Este es, además, el mensaje que queda de la historia fidedigna de la Ley N°20.584¹²⁵, en que se pone énfasis en la dignidad y autodeterminación de las personas¹²⁶.

Ahora bien, como se mencionó, nuestro Código Civil descansa en distintos principios generales del Derecho; entre ellos, la ya mencionada buena fe. Luego, existen otros principios que cimentan los postulados del Código Civil y cuya aplicación se expande a todo el derecho. Al respecto, cobra especial relevancia, para estos efectos, el principio de la autonomía de la voluntad¹²⁷. En cuanto a su fundamento filosófico, la autonomía de la voluntad reposa en la afirmación de la libertad natural del hombre, promovida por el racionalismo de los tiempos modernos¹²⁸. En tal sentido, la lógica del código plantea que el individuo es libre para consentir y obligarse contractualmente; en consecuencia, tiene derecho a autovalerse por sí mismo y adoptar sus propias decisiones sin ser coartado en ello. Estas ideas van estrechamente vinculadas con los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, que propagan la libertad, dignidad, autodeterminación, integridad, etc. (principalmente, arts. 1 y 19 N°s 1 y 2 de la Constitución Política).

122 HERNÁNDEZ y CHAHUÁN (2021), p. 18.

123 DE LA MAZA (2017), p. 113.

124 Ibid.

125 Ley N°20.584, de 2012.

126 DE LA MAZA (2017), pp. 113-114.

127 Sobre un estudio detallado sobre los fundamentos de la autonomía de la voluntad, véase: LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 247 y ss.

128 Ibid., p. 251.

En este contexto, el consentimiento informado, que se encuentra consagrado en la Ley N°20.584¹²⁹, constituye una manifestación que no rompe con la lógica propia del Código Civil. En efecto, dicha ley¹³⁰ prevé expresamente que ante la infracción del deber de información que tenga por consecuencia que el paciente no pueda prestar su consentimiento de forma informada, es decir, atendiendo a todas las eventualidades y peligros que puedan acontecer durante su tratamiento, y de ello se siga la materialización de un riesgo típico no informado, el médico será responsable¹³¹. Sin embargo, esta previsión normativa no se aleja de la estructura del Código Civil, en tanto aquel cuerpo legal descansa en los mismos principios y fundamentos bajo los cuales la figura del consentimiento informado fue creada.

4. ¿ES LA LEY N°20.584 UN CASO DE DESCODIFICACIÓN MATERIAL?

Tras todo el análisis presentado, cabe hacerse cargo de la interrogante inicial planteada, es decir, ¿la responsabilidad civil médica es un caso de descodificación material?

Habrá que comenzar señalando que la doctrina, en referencia a la responsabilidad civil médica, ha reconocido expresamente que el Código Civil, de creación a mediados del siglo XX, resulta un “instrumento normativo insatisfactorio para una adecuada respuesta a las interrogantes que plantea la realidad en su actual configuración”¹³². Esto se debe a los constantes avances de la ciencia y de la tecnología, que generan innumerables tipos de conflictos de índole jurídica que al momento de la creación del código eran inimaginables.

129 Ley N°20.584, de 2012.

130 Ley N°20.584, de 2012.

131 BRANTT (2008), p. 519.

132 VIDAL (2018), p. 3.

Para hacer frente a este panorama, el legislador ha adoptado la técnica de legislar mediante leyes extravagantes, entre ellas, aquellas referidas a la responsabilidad que se genera en la relación entre el médico y el paciente durante la ejecución de la prestación médica, sea o no contractual. En tal contexto, se han dictado las leyes N°19.966¹³³, N°19.496¹³⁴—en lo que resulten aplicables al ámbito médico—, y, a nuestro juicio, la más relevante en la materia, la Ley N°20.584¹³⁵; y el pronóstico es que esta situación solo irá en aumento.

La dictación de la Ley N°20.584¹³⁶ confirma que el Código Civil carece de una regulación comprensiva de los derechos de los pacientes de forma sistemática¹³⁷. Esta normativa, reconociendo este vacío legal, introduce una serie de deberes y obligaciones específicos a cargo del médico —deber de seguridad y de información—, así como derechos de titularidad exclusiva de los pacientes —entre ellos, el consentimiento informado—.

Conforme a lo dicho, podemos afirmar que efectivamente se ha creado un microsistema jurídico en los términos de Irti, en el sentido de que el régimen de responsabilidad civil médica, que se construye a raíz de distintas leyes especiales, cuenta con sus propios principios y una lógica autónoma¹³⁸, recurriendo al Código Civil en aquellos casos en que las leyes especiales que la regulan omiten hacer referencia a algún aspecto en particular.

Las leyes especiales, según este autor, son aquellas normas que atienden a la regulación de instituciones desconocidas por el sistema del código, o que disciplinan de un modo diferente particulares categorías de relaciones o principios ya enunciados en el código¹³⁹. En este caso, estaríamos frente al primer supuesto, al tratarse de un tema no previsto expresamente en el

133 Ley N°19.966, de 2004.

134 Ley N°19.496 de 1997.

135 Ley N°20.584, de 2012.

136 Ley N°20.584, de 2012.

137 PIZARRO (2014), p. 827.

138 IRTI (1997), pp. 37-39.

139 Ibid., pp. 21 y 93-94.

Código Civil, esto es, la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos o de los daños ocasionados en ejecución de una prestación médica, y cuyos destinatarios son dos sujetos en particular, el prestador de la salud y el paciente.

En función de este panorama, nos encontramos frente a un caso de descodificación según Irti, es decir, la proliferación de leyes especiales que trasladan al Código Civil del centro del sistema de fuentes hacia un carácter más bien residual, cuya labor es resolver los casos no previstos en las leyes especiales.

Sin embargo, como se aclaró previamente, la *verdadera* descodificación, según Alejandro Guzmán, es la de carácter material, que es aquella que se lleva a cabo mediante la dictación de leyes de derecho singular. El elemento que distingue al derecho singular es su ruptura con la lógica plasmada en el Código Civil. En función del análisis efectuado sobre la Ley N°20.584¹⁴⁰ y las conclusiones arribadas a su respecto, los principios y la *ratio* de su articulado no alteran la lógica de generalidad del sistema jurídico previsto en el código¹⁴¹.

Un estudio de los derechos y obligaciones que introduce aquella ley¹⁴² permite concluir que sus fundamentos últimos se condicen con la estructura y la lógica del Código Civil. Los deberes accesorios del médico de informar al paciente y de seguridad o protección son conductas exigidas a este profesional en función del principio de buena fe objetiva, cuya consagración normativa se encuentra en el art. 1546 del Código Civil, y cuya aplicación se proyecta a todo el Derecho de Contratos.

En cuanto al consentimiento informado, se trata de un derecho del paciente que descansa en las ideas de dignidad de las personas y en su autodeterminación, y que concretiza el contenido de los derechos fundamentales de los

140 Ley N°20.584, de 2012.

141 En este mismo sentido: VIDAL (2018), pp. 4-5.

142 Ley N°20.584, de 2012.

que son titulares todos los sujetos; esta razón de ser se condice plenamente con los fundamentos ius filosóficos de los principios generales del Derecho, en particular, de la autonomía de la voluntad. En dicho sentido, tampoco es posible afirmar un quebrantamiento de la lógica del Código Civil.

En tales términos, a este fenómeno lo podemos catalogar como un caso de descodificación formal, en razón de que el legislador se limita a alterar la técnica de la codificación, mas no quiebra ni desconoce la *ratio* del sistema, sino que se integra en él y lo amplía¹⁴³.

5. CONCLUSIÓN

El régimen de responsabilidad civil médica no tiene una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea que revisemos las leyes especiales que se han dictado a su respecto o el propio articulado del Código Civil. La construcción de su estatuto ha sido una labor de unificación de leyes, jurisprudencia y doctrina, lo cual permite concluir que estamos frente a un microsistema jurídico, en el sentido de contar con su propia lógica y principios autónomos.

Sin embargo, de aquella última afirmación no se sigue que estemos frente a un caso de descodificación material, en los términos de Alejandro Guzmán, sino que las leyes que regulan la responsabilidad civil médica vienen a complementar lo dispuesto en el Código Civil y se entienden aplicables al ámbito médico.

En función de aquello, se puede concluir que el régimen de la responsabilidad civil médica no opera como una verdadera descodificación, en un sentido material, sino que solamente en su variante formal. Así las cosas, se reconoce la existencia de leyes especiales aplicables al ámbito del derecho médico, con figuras propias y lógicas autónomas que tienen como eje central

143 GUZMÁN (1993), p. 49.

una relación asimétrica entre dos sujetos particulares –prestador de la salud y paciente–, pero dicha normativa no rompe con la *ratio* del Código Civil, sino más bien lo complementa y la integra.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AEDO, Cristian (2023): “El deber de información del médico ¿contenido de obligación o criterio de responsabilidad? Especial referencia al consentimiento hipotético”, en: PINOCHET, Ruperto (dir.): Estudios de Derecho Civil XVI. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 741–768.

BARRIENTOS, Francisca (2018): “¿Cómo se insertan los servicios médicos en el ámbito de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores?”, en: Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso (N°73), pp. 133-152.

BRANTT, María Graciela (2008): “Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 505-527.

BRANTT, María Graciela y MEJÍAS, Claudia (2018): “El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos”, en: Revista Ius et Praxis (Vol. 24, N°3), pp. 583-618.

BUSTOS, María Magdalena (2023): Interpretación de contratos. Y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual (Valencia, Tirant Lo Blanch).

CALAHORRANO, Edison (2021): “El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de salud. Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno”, en: Estudios Constitucionales (Vol. 19, N°1), pp. 4-33.

CORRAL, Hernán (2007): “La descodificación del derecho civil en Chile”, en: GUZMÁN, Alejandro (edit.), El Código Civil de Chile 1855-2005. Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 640-651.

DE LA MAZA, Iñigo (2010): “Consentimiento informado, una visión panorámica”, en: Revista Ius et Praxis (Vol. 16, N°2), pp. 89-120.

DE LA MAZA, Iñigo (2017): “Consentimiento informado, un poco de realismo”, en: Revista de Derecho (Valdivia) (Vol. 30, N°2), pp. 111-131.

DE LA MAZA, Iñigo y CORTEZ, Hernán (2021): “La Ley 19.496 como un supuesto de descodificación material y su relación con las leyes especiales a las que alude el artículo 2 bis”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N°56), pp. 115-143.

FIGUEROA, Gonzalo (2005): “Codificación, descodificación, recodificación del derecho civil”, en: Cuadernos de análisis jurídicos. Colección de Derecho Privado, II: De la codificación a la descodificación, pp. 101-116.

GUZMÁN, Alejandro (1977): La fijación del derecho: contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

GUZMÁN, Alejandro (1985): “Codex”, en: Revista De Estudios Histórico-Jurídicos (Vol. 10), pp. 107-144.

GUZMÁN, Alejandro (1993): “Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil en Chile”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Vol. 90, N°2), pp. 39-62.

HERNÁNDEZ, Gabriel y CHAHUÁN, Felipe (2021): “Consentimiento informado en las prestaciones de salud”, en: *Acta Bioethica* (Vol. 27, N°1), pp. 17-25.

IRTI, Natalino (1997): *La época de la descodificación* (Traducc. Luis Rojo Ajuria) (Barcelona, JM Bosch Editores).

LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017): *Contratos. Parte General*, sexta edición (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

MOMBERG, Rodrigo (2013): “Artículo 2° de la Ley N°19.496”, en: BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentario a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 66-76.

PARRA, Darío y RAVETLLAT, Isaac (2019): “El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud”, en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 25, N° 3), pp. 215-248.

PIZARRO, Carlos (2014): “El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, N°3), pp. 825-843.

PIZARRO, Carlos (2017): *La responsabilidad civil médica* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

VIDAL, Álvaro (2018): *La responsabilidad civil médica* (Santiago de Chile, DER Ediciones).

WEGNER, Veronika (2017): “La descodificación del derecho civil en Chile a la luz de las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”, en: *Latin American Studies* (Vol. 1), pp. 137-157.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial*, 07 de marzo de 1997.

Ley N°19.966, que establece un régimen de garantías en salud. *Diario Oficial*, 03 de septiembre de 2004.

Ley N°20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial*, 24 de abril de 2012.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA¹

ECONOMIC COMPENSATION AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF THE WEAKER SPOUSE: REFLECTIONS IN LIGHT OF SUPREME COURT CASE LAW

Alejandra Illanes Valdés*

Constanza Astudillo Meza**

Resumen:

El presente trabajo examina críticamente la compensación económica prevista en la Ley N°19.947, a más de veinte años de la entrada en vigor de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, con el objeto de evaluar su aptitud para operar como instrumento de protección del cónyuge más débil. Aunque esta institución fue concebida como una de las principales manifestaciones del principio protector consagrado en el art. 3 de la NLMC, su configuración normativa y su aplicación práctica evidencian límites relevantes. Para desarrollar esta tesis, el artículo revisa, en primer lugar, la noción de cónyuge más débil y los presupuestos de procedencia previstos en el art. 61, destacando que el

¹ Art. recibido el 27 de marzo de 2026 y aceptado el 21 de junio de 2026.

* Máster en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.  0009-0007-2244-1519. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alejandra.illanes@pucv.cl.

** Doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesora de Derecho Civil de la Universidad Católica del Norte, Chile.  0000-0001-9796-3492. Dirección postal: Avenida Angamos 0610, Antofagasta. Correo electrónico: castudillo02@ucn.cl.

menoscabo compensable se encuentra vinculado a la postergación laboral o lucrativa derivada del cuidado de los hijos o del hogar común. Luego, se analizan diversos nudos críticos que inciden en su eficacia, especialmente las dificultades probatorias, la situación de las trabajadoras de doble jornada, la suficiencia del control judicial sobre los acuerdos y los problemas derivados de su aplicación al Acuerdo de Unión Civil. Especial atención se dedica a la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de cuantificación, en la que se advierte el empleo de fórmulas orientadas a otorgar certeza, pero que pueden reducir la ponderación integral de los criterios previstos en el art. 62 de la NLMC y conducir a una moderación significativa del monto reconocido. Sobre esta base, se concluye que la compensación económica conserva una función protectora relevante, pero opera actualmente como una herramienta de alcance limitado, cuya eficacia exige una valoración judicial más robusta del menoscabo y una corrección de los vacíos normativos que afectan su aplicación.

Palabras clave:

Compensación económica, Protección al cónyuge más débil, Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ruptura matrimonial.

Abstract:

This article critically examines economic compensation under Law No. 19.947, more than twenty years after the entry into force of the New Civil Marriage Act, in order to assess its capacity to operate as an instrument for the protection of the weaker spouse. Although this institution was conceived as one of the main expressions of the protective principle enshrined in Article 3 of the New Civil Marriage Act, its statutory design and practical application reveal significant limitations. To develop this thesis, the article first reviews the notion of the weaker spouse and the requirements set forth in Article 61, emphasizing that compensable economic detriment is linked to occupational or income-related postponement arising from the care of children or the common household. It then analyzes several critical issues affecting its effectiveness, particularly evidentiary difficulties, the situa-

tion of double-shift female workers, the sufficiency of judicial oversight of agreements, and the problems arising from its application to Civil Union Agreements. Special attention is devoted to recent Supreme Court case law on quantification, where the use of formulas aimed at providing certainty can be observed, but which may reduce the comprehensive assessment of the criteria established in Article 62 of the New Civil Marriage Act and lead to a significant moderation of the amount awarded. On this basis, the article concludes that economic compensation retains a relevant protective function, but currently operates as a tool of limited scope, whose effectiveness requires a more robust judicial assessment of economic detriment and the correction of the regulatory gaps affecting its application.

Keywords:

Economic compensation, Protection of the weaker spouse, New civil marriage act, Marital breakdown.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N°19.947, que estableció la NLMC, consagró por primera vez en términos expresos el principio de protección del cónyuge más débil. La manifestación más visible de este principio se proyectó en la figura de la compensación económica, concebida para resguardar al cónyuge que, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía, quedando en una situación de menoscabo al momento de enfrentar la vida separada.

Sin embargo, la incorporación de esta institución al derecho chileno no estuvo acompañada de una elaboración suficientemente precisa acerca de su fundamento, naturaleza y finalidad. Esa indeterminación, perceptible ya en la discusión parlamentaria de la NLMC, se proyectó en los debates doctrinales y jurisprudenciales surgidos durante sus primeros años de vigencia, especialmente en torno a su cuantificación. En efecto, pese a que el art. 62

contempla una enumeración no taxativa de criterios orientados a su determinación, la práctica judicial temprana puso de relieve la ausencia de parámetros uniformes para fijar su monto y, con ello, la dificultad de traducir en términos concretos la finalidad protectora que justificaba su establecimiento.

Con todo, el problema no parece agotarse en la denominada *pesadilla de la cuantificación*. A más de veinte años de la entrada en vigor de la NLMC, la cuestión ya no radica únicamente en cómo cuantificar la compensación económica, sino, más profundamente, en si la institución, tal como ha sido comprendida y aplicada, conserva aptitud real para cumplir la función de tutela que se le atribuyó. Dicho de otro modo, si la compensación económica fue presentada como la principal contrapartida protectora frente a la admisión del divorcio vincular y, con ello, como una de las piezas centrales del nuevo equilibrio matrimonial diseñado por la Ley N°19.947, resulta legítimo preguntarse si esa promesa normativa se ha cumplido efectivamente en la práctica.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo sostiene que en el escenario actual subsisten nudos críticos que afectan de manera relevante el rol de la compensación económica como instrumento de protección del cónyuge más débil. Tales dificultades no solo se manifiestan en la determinación de su monto, sino también en sus presupuestos de procedencia, en las barreras de acceso y prueba, en la suficiencia del control judicial sobre los acuerdos y en ciertos problemas derivados de su proyección al AUC.

2. LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL EN LA NLMC

Coincidimos con quienes sostienen que la idea de proteger al cónyuge que se encuentra en una posición de mayor debilidad económica en el contexto de la relación matrimonial no constituye una innovación originaria de la Ley

Nº19.947². Para constatarlo, basta considerar, entre otros antecedentes, las sucesivas reformas introducidas al Código Civil con el propósito de mejorar y reforzar la protección de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal³. Sin perjuicio de ello, puede afirmarse que es el legislador de la NLMC quien consagra expresamente este principio, particularmente en su art. 3, al establecer que: “las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”.

Tal como lo ha puesto de relieve la doctrina nacional⁴, una vez consagrado este principio, el legislador no definió qué debe entenderse por cónyuge más débil. No obstante, con el transcurso del tiempo, parece haberse asentado la idea de que dicha categoría corresponde al cónyuge que, al término del matrimonio —ya sea por nulidad o divorcio—, queda en una situación de desmedro económico en relación con el otro⁵. La disposición citada, así como aquellas que reiteran este principio y el correlativo deber judicial de velar por su protección, se encuentran formuladas en términos neutros, en cuanto permiten admitir que la situación de debilidad, en el caso concreto, puede recaer tanto en el hombre como en la mujer. Esta constatación adquiere

2 De hecho, Riveros sostiene que la existencia de un régimen patrimonial en el matrimonio, implica sin duda alguna la protección del cónyuge más débil. Así lo establece expresamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, al indicar en su considerando séptimo: “... *por lo que a la mujer corresponde por concepto de gananciales el cincuenta por ciento del haber de la sociedad conyugal, siendo este un importante correctivo establecido por la ley desde los inicios de vigencia del Código Civil que reconoce el trabajo realizado en el cuidado de los hijos y del hogar común por las mujeres, en la mayoría de los casos*”. Véase: RIVEROS (2012), p. 419.

3 “No se trata de un principio creado por la Ley de Matrimonio Civil, pues ya estaba consagrado en el Código Civil, por ejemplo, en las normas relativas a los bienes familiares (arts. 141 a 149); en las disposiciones de la sociedad conyugal destinadas a proteger a la mujer (especialmente en lo que se refiere a las limitaciones a la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establecidas en el art. 1749, en las normas que favorecen a la mujer para el pago de las recompensas que se le adeuden, al liquidarse la sociedad conyugal, según lo dispuesto en el art. 1773, y en el beneficio de emolumento que opera a favor de la mujer, consagrado en el art. 1777); y en aquellas que se consagran en el crédito de participación en los gananciales, al término de dicho régimen (arts. 1792-20 al 1792-26). Lo mismo ocurre con las normas de alimentos, tanto del Código Civil (arts. 321 al 337) como de la Ley 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias)”. Véase: LEPIN (2013), p. 522.

4 Véase: LEPIN (2013), p. 517; RIVEROS (2018), p. 12.

5 LEPIN (2014), p. 42.

especial relevancia a propósito de la Ley N°21.400, que reconoce el acceso igualitario al matrimonio para parejas del mismo sexo, en la medida en que la distinción entre marido y mujer pierde sentido, lo que evita dificultades interpretativas al momento de aplicar el estatuto que regula la compensación económica.

Con todo, y como se examinará con mayor profundidad más adelante, la aplicación práctica de esta institución a lo largo de estos años ha demostrado que, en nuestro medio, dicha situación de debilidad recae predominantemente en las mujeres. Son ellas quienes, en términos comparativos, se ven con mayor frecuencia compelidas a recurrir a aquellos instrumentos concebidos para la tutela de sus intereses y, en particular, a solicitar judicialmente compensación económica⁶.

La explicación de este fenómeno se sitúa fuera del plano estrictamente jurídico y se vincula de manera directa con los modos y condiciones de vida predominantes en nuestra sociedad, que se reproducen también en la familia

6 El paso del tiempo ha demostrado que la preocupación del legislador al momento de la discusión parlamentaria era absolutamente fundada. “En las actas de la NLMC, existe registro de que la preocupación de los legisladores al regular el divorcio vincular era la situación en que quedaban la mujer y los hijos al momento del término del matrimonio. Especial interés expresaron por la desigualdad en las condiciones económicas y el poder de negociación de éstos al momento de la ruptura. Así, la diputada señorita Saa señaló durante el debate que ‘en el caso de la nulidad, el matrimonio termina, pero las mujeres y los hijos no tienen fuerza para negociar las condiciones en que quedan. En la práctica la nulidad somete al cónyuge más débil al poder económico del otro. Esto significa que, mediante el dinero, el cónyuge más fuerte podrá lograr una nulidad favorable amenazando, por ejemplo, con dejar de pagar la alimentación, la vivienda, la salud y los colegios. El resultado es que el cónyuge más débil se ve obligado a aceptar las condiciones de quien tiene el dinero. Agrega que la realidad indica que la mayoría de los cónyuges más débiles son mujeres, porque el 65 por ciento de ellas no tiene trabajo remunerado y muchas han dedicado su vida a atender el hogar, a los hijos y al marido. Por lo tanto, no tienen asegurada por sí mismas la atención en caso de enfermedad, de invalidez o vejez, o su propia mantención, mientras que los maridos, en su mayoría, perciben una remuneración por su trabajo y financian su previsión con el dinero de la sociedad conyugal’”. Véase: LEPIN (2012), p.6.

matrimonial chilena. En este contexto, se observa una realidad marcada por una participación laboral femenina que apenas supera el 50%⁷ y por brechas salariales cercanas al 27%⁸.

Ahora bien, aunque —como se señaló en la introducción— la manifestación más evidente de la protección del cónyuge más débil en el marco de la NLMC es la compensación económica⁹, conviene precisar que el influjo de este principio no se agota en dicha institución. En efecto, existen otros mecanismos orientados igualmente a la tutela de ese interés, tanto dentro de la propia NLMC como fuera de ella, así podemos mencionar: la cláusula de dureza prevista en el divorcio unilateral, los bienes familiares, y la homologación de los acuerdos regulatorios.

3. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE MÁS DÉBIL. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

Partiendo de la premisa de que el cónyuge más débil —particularmente aquel cuya situación busca atender la NLMC— es quien, ante una hipótesis de crisis o ruptura matrimonial, se encuentra en una posición de desventaja frente al otro para enfrentar la vida separada, resulta claro que la compensación económica está llamada a operar como su principal mecanismo de protección. En este sentido, Domínguez sostiene:

7 A partir de algunos datos disponibles en el sitio web de la Subcomisión de Estadísticas de Género (<https://www.estadisticasdegenero.cl/>), el Instituto Nacional de Estadísticas dio cuenta de que, a partir de un análisis de la Encuesta Nacional de Empleo (ENE) del último trimestre calendario del año 2022 (octubre a diciembre), se obtuvo que la tasa de participación laboral de los hombres fue 70,2% y la de las mujeres 50,8%, develando que la mitad de las mujeres no participa del mercado laboral. En este sentido, se destacó que el principal motivo por el cual no participan tiene que ver con razones familiares permanentes.

8 CORVERA (2021), p. 3.

9 No obstante, BARCIA y RIVEROS, afirman que esta figura se funda en un principio aún más fundamental y global, como es el principio de la protección de la familia. Véase: BARCIA y RIVEROS (2011), p. 259.

La única forma de entender esta figura es como la forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene. En efecto, es indudable que esta normativa, al introducir el divorcio vincular unilateral, privó al cónyuge más débil que se opone a él de todo poder de negociación. En efecto, este (más bien está en la mayoría de los casos) ya no dispone de medios para oponerse al divorcio unilateral, de suerte que no tiene modo de evitar la pérdida de todos los derechos que provenían de su relación conyugal¹⁰.

Siguiendo este planteamiento, puede afirmarse, al menos en un plano teórico, que sin cónyuge más débil no hay compensación económica, y que esta existe precisamente porque existe aquel¹¹. Con todo, es importante precisar que al legislador no le basta la sola existencia de un cónyuge en situación de debilidad para estimar procedente esta institución, pues establece exigencias específicas tanto en lo que respecta al origen de esa debilidad como al origen y extensión del menoscabo.

Debe señalarse, además, que, aunque se ha discutido si los supuestos de procedencia de la compensación económica se encuentran contenidos exclusivamente en el art. 61 de la NLMC o si resultan de la aplicación conjunta

10 DOMÍNGUEZ (2005), p. 5.

11 Es importante dejar sentado que la afirmación sólo puede hacerse en el plano teórico, dado que la compensación económica puede ser fijada no sólo por resolución judicial, sino que también de común acuerdo. En este último supuesto, la exigencia de que existan efectivamente un cónyuge más débil y la extensión de esa debilidad pueden ser absolutamente indiferentes a la hora de convenir una compensación o, incluso, renunciar a ella.

Comentando la hipótesis del art. 63 de la NLMC, esto es, del acuerdo de compensación económica, Barrientos afirma que en esta disposición “no se han fijado mayores parámetros limitadores de la autonomía de los cónyuges para determinar la compensación económica y su monto, de manera que, en principio, no aparece restringida por las causas remotas concretas del menoscabo reconocidas en el art. 61 de la LMC, y así parece que comienza a entenderlo la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, como puede verse en el siguiente considerando de la sentencia de 6 de septiembre de 2007 pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel [Rol N° 1.286-2007]: ‘Esta Corte estima que procede aprobar el acuerdo acompañado por las partes, suscrito con fecha 6 de junio del año en curso, atendido lo expuesto precedentemente, teniendo especialmente en consideración, que la compensación económica tiene un carácter patrimonial, que admite incluso la renuncia de las partes a ella, lo que permite a contrario sensu colegir que su otorgamiento por el demandado reconvencional constituye una opción libre para concederla y en ese contexto se armoniza con los principios del derecho de familia por sobre la norma estricta del art. 61 de la Ley de Matrimonio Civil’”. Véase: BARRIENTOS (2007), p. 25.

de los arts. 61 y 62, en este trabajo nos inclinamos por la primera postura, tradicional y mayoritariamente acogida por la jurisprudencia¹². Conforme a ella, los presupuestos de procedencia se encuentran enunciados en el art. 61, sin perjuicio de que, tanto para evaluar la existencia del menoscabo como para determinar su extensión, el intérprete deba necesariamente acudir también al art. 62 de la NLMC.

Tomando como base el art. 61 de la NLMC, los supuestos de procedencia de la compensación económica son:

- Que durante la vigencia del matrimonio uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común.
- Que no haya desarrollado una actividad remunerada o lucrativa, o lo haya hecho en menor medida de lo que quería y podía.
- Que haya sufrido menoscabo económico.

Se trata de elementos que, si bien son distinguibles, deben hallarse causalmente vinculados, pues, aun concurriendo las condiciones de vida descritas, la compensación solo procederá en la medida en que, al término de la relación matrimonial, el cónyuge postergado en favor de los hijos y/o del hogar común se encuentre efectivamente en una situación de menoscabo. A su turno, dicho menoscabo económico solo será susceptible de compensación cuando constituya una consecuencia directa de las condiciones de vida desarrolladas durante el matrimonio, caracterizadas por la existencia de un cónyuge dedicado preferentemente —en relación con el otro— al cuidado

12 En este sentido podemos mencionar las sentencias de la Excelentísima Corte Suprema: Rol N°1563-2016, de 24 de agosto de 2016 y recientemente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N°400-2024, de 17 de junio de 2024.

de los hijos y/o del hogar común y que, como resultado de ello, no haya desarrollado una actividad lucrativa o lo haya hecho en menor medida de lo que quería y podía¹³.

La necesaria vinculación entre los supuestos contenidos en la norma citada representa, por sí sola, una limitación para quien, pese a ser o estimarse el cónyuge más débil al momento del término del matrimonio, no puede reconducir esa situación de desventaja a la hipótesis específica prevista en el art. 61, esto es, al hecho de no haber desarrollado una actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que quería y podía.

Ello es relevante porque, si de lo que se trataba era de dotar de eficacia al estatuto protector del matrimonio en favor del cónyuge más débil, habría sido razonable considerar también otras hipótesis que, con el tiempo, han adquirido creciente visibilidad, como ocurre con el denominado cónyuge trabajador de “doble jornada”¹⁴ o con aquel que se ve afectado por una enfermedad o por una situación incapacitante, por mencionar solo algunas.

De este modo, puede advertirse que la compensación económica prevista en la NLMC protege únicamente a un espectro determinado de cónyuges más débiles, cuestión que resulta especialmente relevante para los litigantes al momento de evaluar la viabilidad concreta de las acciones que se deducen ante los tribunales de justicia.

13 En este sentido, Vidal puntualiza que los supuestos enunciados no sólo deben estar causalmente vinculados, sino que además deben presentarse en hipótesis de nulidad o divorcio. Al respecto, señala que: “De la correcta lectura del art. 61 de la LMC, aparece que la causa inmediata o próxima del menoscabo económico, es el divorcio o la declaración de nulidad. Entonces, persigue compensar el menoscabo que produce el término del matrimonio y cuyas consecuencias negativas se materializarán en el futuro, tras la ruptura matrimonial. Si no hay divorcio o nulidad, por mucho que hubieren concurrido las circunstancias del art. 61, esto es, que el cónyuge se haya postergado profesional o laboralmente por dedicarse a la familia, no habrá menoscabo y, consiguientemente, no nacerá el derecho a la compensación”. Tras ello, añade que: “Seguidamente, cuando se decreta el divorcio o la nulidad, la sola concurrencia de las condiciones de los números i) y ii), que anteceden, no hacen nacer automáticamente el derecho legal a la compensación, se requiere que tal divorcio o nulidad causen menoscabo económico al cónyuge, y así lo acredite el cónyuge que se pretende acreedor”. Véase: VIDAL (2008), p. 297.

14 GUERRERO (2006), p. 63.

4. NUDOS CRÍTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA FIGURA

Habiendo transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigencia de la NLMC como indicábamos en la introducción, observamos la existencia de algunos nudos críticos en la aplicación de la compensación económica, que nos hacen cuestionar su aptitud real para proteger al cónyuge más débil y que la alejan, en este sentido, de los objetivos tenidos en vista por los legisladores al momento de consagrarla.

4.1. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva

Aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestro propio ordenamiento interno proclaman la igualdad de derechos para hombres y mujeres, bien sabemos que una cosa es la igualdad de *iure* y otra la de facto, siendo esta última la clave para que ambos gocen en la práctica de los mismos derechos¹⁵.

En efecto, tal como hace presente el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su Observación General N°16 (2005):

La igualdad sustantiva entre hombre y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el art. 3, los Estados Parte deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres¹⁶.

15 La Observación General N°16 (2005) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas referido a cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, señala a estos respectos que: “La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra manera tratan a hombres y mujeres de manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir que no se mantengan, sino que se alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos”. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (2005), pp. 3-4.

16 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (2005), p. 4.

Lo anterior resulta fundamental cuando tenemos en cuenta que, en su mayoría, la condición de cónyuge más débil, por ende, de demandante de compensación, corresponde a la mujer; más aún, cuando la desigualdad afecta el acceso a la justicia y, en definitiva, la tutela judicial efectiva¹⁷. Lo anterior podría tener justificación en la diferencia de género en los trabajos domésticos y de cuidado no remunerado, donde cifras de Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y Ministerio de Desarrollo Social y Familia de Chile revelan que un 20,5% de los hombres encuestados reportaba realizar trabajos domésticos y/o de cuidado, esta cifra ascendía a un 67,4% en el caso de las mujeres.

A nivel internacional el problema se encuentra perfectamente reconocido. En este sentido, vale la pena analizar lo dispuesto en la Recomendación General N°33 que, a partir de la consideración de que el derecho de acceso a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos, formula propuestas concretas que debieran ser asumidas por los Estados a fin de proteger a las mujeres¹⁸.

En el caso chileno, esta distancia entre igualdad formal e igualdad sustantiva adquiere relevancia para la compensación económica en la medida en que su ejercicio depende, normalmente, de la posibilidad de contar con asesoría jurídica oportuna, formular adecuadamente la pretensión, rendir prueba suficiente sobre el menoscabo y obtener el cumplimiento efectivo de lo resuelto. Por ello, más que un problema autónomo de acceso a la justicia,

17 Entendemos el derecho a la tutela judicial efectiva, “como aquel que se le reconoce a toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener, por el debido cauce procesal, una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones deducidas respecto de sus derechos o legítimos intereses, esto es, que ‘cualesquiera situaciones jurídicas relevantes pueda ser, llegado el caso, defendidas ante un genuino órgano jurisdiccional, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia’; posee un contenido amplio, integrado por un complejo sistema de garantías para el ciudadano que se despliegan en tres momentos distintos: al acceder a la jurisdicción, durante el proceso y en la ejecución de la sentencia”. Véase: MARCHECO (2020), p. 94.

18 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (2015), p. 3.

se trata aquí de una dificultad instrumental: las barreras procesales y probatorias pueden incidir directamente en la posibilidad de que la compensación económica cumpla su función de protección al cónyuge más débil.

4.2. Supuesto de procedencia limitado

Tal como indicamos al referirnos a los supuestos de procedencia de la compensación económica, si bien existió en algún momento discusión acerca de la posibilidad de demandar compensación en hipótesis en que el menoscabo tuviera un origen distinto del consignado en el art. 61 de la NLMC, en la práctica, la interpretación restringida es la que mayormente se ha impuesto.

Lo anterior implica que el origen del menoscabo debe estar ligado necesariamente a la falta de actividad remunerada o lucrativa, derivada -a su turno- de la dedicación preferente al cuidado de los hijos o del hogar común.

Si bien podríamos dar diversos ejemplos de menoscabos que a nuestro juicio pudieran haber ameritado igualmente una compensación, como aquellos vinculados a la salud del demandante, existe en la actualidad una situación que muy probablemente era menos relevante al momento de la discusión parlamentaria que dio origen a la regulación en comento, pero que, con el correr del tiempo, ha alcanzado una mayor notoriedad y que, en nuestro concepto debería ser atendida. Nos referimos, en concreto, a la hipótesis del cónyuge más débil que el profesor Guerrero denomina trabajador de *doble jornada*. Ese que, en palabras del autor citado “trabaja con igual intensidad y dedicación que sus colegas solteras y, conforme con una visión moderna, cumple esforzadamente todos los roles: madre, cónyuge y trabajadora, lo que hoy se denomina ‘trabaja doble jornada’: ocho horas en su trabajo y las restantes preocupada de los hijos y del hogar común”¹⁹. Creemos que esta

19 GUERRERO (2006), p. 63. Comentando esta situación, el autor señala que: “Se produce el contrasentido que en este caso hubiese sido más conveniente para la cónyuge derechamente no trabajar [si su marido tenía un ingreso que permitiera sustentar el gasto familiar y cuenta con un patrimonio más significativo que el de ella], lo que demuestra que el legislador exageró en su protección a la cónyuge más débil, ya que en este caso no deja la mujer de ser el cónyuge más

hipótesis exige una precisión. La trabajadora de doble jornada no queda necesariamente excluida de la compensación económica, pues podría haber desarrollado una actividad remunerada “en menor medida de lo que quería y podía”. El problema radica, más bien, en la dificultad de probar y valorar judicialmente ese menor desarrollo laboral asociado al cuidado. Esta dificultad no es meramente hipotética: entre las personas ocupadas con disponibilidad para trabajar más horas, el cuidado de personas dependientes explica dicha imposibilidad en un 4,9 % de las mujeres, frente a un 0,6 % de los hombres²⁰. Ello demuestra que las labores de cuidado pueden limitar efectivamente la intensidad del trabajo remunerado, aun cuando la persona no haya abandonado completamente el mercado laboral. En este sentido, la pandemia visibilizó con particular intensidad la realidad de mujeres que compatibilizan trabajo remunerado, maternidad y labores de cuidado, mientras que la postpandemia evidenció un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en Latinoamérica²¹.

4.3. Cuantía

Es importante dejar sentado que hablar con propiedad de criterios jurisprudenciales en la cuantificación de la compensación económica nos resulta imposible, considerando que, cuando se establecen judicialmente, en su mayoría se fijan en primera instancia y que los fallos que dictan a estos respectos los tribunales de familia tienen naturaleza reservada.

Sin embargo, y a pesar de que la Corte Suprema, por regla general, no valoriza compensaciones, ni aún en aquellos casos en que acoge los recursos extraordinarios de que conoce, en los últimos años ha comenzado a apreciarse que sí lo ha hecho aplicando una fórmula matemática, que desarrollamos

débil. El legislador, probablemente considerando la realidad mayoritaria de matrimonios chilenos, en que la cónyuge no trabaja por cuidar de los hijos y el hogar común termina desconociendo la nueva visión de la mujer chilena, la mujer trabajadora que comparte roles con su marido. Entonces, el legislador parece olvidar el supuesto de la mujer-madre-trabajadora, trabajadora de ‘doble jornada’, que se ve afectada por un desequilibrio económico al momento del divorcio”.
20 MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2023), p.15.

21 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2021).

posteriormente. Concretamente, esta forma de cuantificación se utiliza cuando “no existe prueba fehaciente para la determinación de la cuantía de la compensación económica”²². En este sentido la Corte ha empleado una fórmula que, si bien contribuye a la anhelada certeza, tiene, en nuestro concepto, al menos dos reparos: uno estrictamente jurídico, pues prescinde en gran medida de los criterios fijados en el art. 62 de la NLMC, y otro práctico, consistente en una rebaja sustantiva de su monto.

La fórmula referida se aplica de la siguiente manera:

En primer lugar, se determina cuánto habría obtenido el cónyuge demandante de haber realizado una actividad remunerada o lucrativa o de haberlo hecho en la medida que quería y podía. Establecido el referido monto, se valoriza el menoscabo y la consiguiente compensación en una suma cercana al veinte por ciento de este: diez por ciento por concepto de cotizaciones previsionales y un porcentaje adicional por ahorro, de hasta un diez por ciento²³. Es decir, “la fórmula considera los meses de laguna

22 LATHROP (2025), p.357.

23 Dejamos sentado que el veinte por ciento mencionado es meramente referencial, pues al diez por ciento de la remuneración que habría percibido el cónyuge de haber trabajado o de haberlo hecho en la medida que quería y podía por concepto de cotizaciones previsionales, que es una constante en los fallos, se suma, por regla general, un monto variable de entre un diez y un cinco por ciento, que se atribuye normalmente a lo que el cónyuge habría podido ahorrar de haber percibido una remuneración.

En este último rango se ubica la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en los autos Rol N°104.692-2023: “Que se tendrá presente, de manera prudencial, que ejerciendo un oficio la demandante reconvenional podría haber obtenido durante los 132 meses de vida en común una remuneración de \$460.000, correspondiente al ingreso mínimo mensual, de cuya suma, igual a \$ 60.720.000, resulta razonable calcular un porcentaje de diez por ciento por concepto de cotizaciones y otro cinco por ciento para fines de ahorro, pues el resto, lo probable es que habría sido destinado para solventar sus gastos personales y los del hogar; razón por la que sería posible fijar la compensación reclamada en una suma de \$9.108.000, que equivale a 22,4 ingresos mínimos, que deberá ser pagada mediante setenta (70) cuotas mensuales, de \$130.114 cada una, equivalentes a 0,32 de un ingreso mínimo mensual remuneracional, dentro de los cinco primeros días de cada mes a contar de la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada; para cuyo efecto la demandante reconvenional deberá abrir una cuenta de ahorro en el Banco Estado. De acuerdo a lo que prescribe el inciso segundo del art. 66 de la Ley N°19.947, y por no haberse ofrecido garantías para su efectivo y oportuno pago, cada cuota se considerará alimentos para los efectos de su cumplimiento”.

previsional durante la vida en común, multiplicados por el ingreso mínimo remuneracional vigente al momento de fallar, estimándose como valor a pagar un 10% y, generalmente, un 20%, de tal resultado”²⁴.

En esta dirección, la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha dieciséis de septiembre de 2024, en autos Rol N° 133.294-2023 nos permite ilustrar la fórmula de cálculo enunciada.

Dicha causa se inicia ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago que, mediante sentencia de fecha seis de diciembre de 2021, acogió la demanda de compensación económica, fijándola en la suma de mil UTM que el demandado debía pagar dentro del plazo máximo de un año contado desde la sentencia.

Apelada la referida sentencia, la I. Corte de Apelaciones de Santiago revocó en dicha parte el fallo apelado, por estimar que no concurrían los presupuestos para acceder a la demanda reconventional de compensación económica. En contra del referido fallo, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

En el fallo del máximo tribunal, este estimó que con el mérito de la prueba rendida se ha acreditado que la recurrente ha sufrido un menoscabo económico que debe ser compensado, al verificarse los presupuestos establecidos en el art. 61 de la Ley 19.947.

En lo tocante a la valorización de la compensación, señala el considerando cuarto del fallo:

Que, para efectos de determinar la cuantía de la compensación económica que se decretará, se considerará que de la prueba rendida no es posible colegir antecedentes útiles para determinar si la demandante reconventional efectivamente dejó de publicar pudiendo hacerlo, o de asumir cargos de

24 LATHROP (2025), p. 357.

mayor responsabilidad, o de atender a más pacientes, siendo el único dato objetivo que su jornada laboral de 33 horas asciende a \$1.889.139, por lo que el valor de una de 44 horas es de \$2.518.852, de modo que para efectos de hacer un cálculo del menoscabo, se estimará que de haber trabajado en jornada completa luego de su regreso al país y durante el período de los cinco años que duró la convivencia y en que tuvo a sus tres hijos, habría obtenido una remuneración equivalente a \$2.518.852, por lo que durante dicha época dejó de percibir \$37.782.780, siendo razonable estimar un 10% por cotizaciones previsionales y un porcentaje similar en ahorro personal, pues el resto, lo probable es que habría sido destinado para solventar sus gastos personales y los del hogar; razón por la que es posible fijar de manera prudencial y sobre la base de esos parámetros, la compensación reclamada en la suma de \$7.556.556. Se ha de tener presente, además, que se trata de una cónyuge joven y calificada profesionalmente, sin enfermedades e inserta en el mundo laboral, factores que han de sopesarse a la luz de lo dispuesto en el art. 62 de la ley 19.947²⁵.

Tal como enunciáramos precedentemente, si bien la sola existencia de una fórmula de cálculo, reproducida en términos más o menos similares en diversos fallos de la Excma. Corte Suprema²⁶, aporta a la certeza, tiene en nuestro concepto dos reparos importantes:

a) Tendencia a desentender de los criterios del art. 62 de la NLMC

El art. 62 en comento fija los requisitos que deberán observarse tanto para determinar la existencia del menoscabo económico como para la fijación de su cuantía.

Dispone el inciso primero que:

25 Corte Suprema, Rol N°133.294-2023, de 16 de septiembre de 2024.

26 En este sentido: Excelentísima Corte Suprema: Rol N°47.081-2024, de 22 de octubre de 2024 y, Rol N°104.692-2023, de 03 de julio de 2024.

Para determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación, se considerará, especialmente, la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios previsionales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Desde luego, esta crítica debe formularse con una precisión: los factores del art. 62 de la NLMC solo pueden ser considerados por el tribunal en la medida en que hayan sido oportunamente introducidos al debate y cuenten con respaldo probatorio suficiente. Por ello, no se sostiene aquí que la Corte Suprema deba ponderar elementos ajenos a la discusión procesal, sino que la tendencia a concentrar la cuantificación en variables objetivas —como la duración de la vida en común, las lagunas previsionales o una remuneración de referencia— puede reducir, en la práctica, la densidad argumentativa exigible para valorar integralmente el menoscabo económico.

Si aplicamos la fórmula en comento a un caso en concreto, ello implica que los únicos factores que realmente se contabilizan son:

- La duración de la vida en común, pues el análisis de circunscribe a ese plazo.

- La cualificación profesional, para los efectos de valorizar cuánto habría percibido de haber trabajado efectivamente o de haberlo hecho en la medida que quería; lo que permite, a lo menos fijar un piso equivalente al sueldo mínimo.

- Y la situación en materia de beneficios previsionales, para el sólo efecto de establecer en qué periodos, durante la convivencia matrimonial, el demandante de compensación no trabajó o trabajó menos.

Que lo anterior, si bien simplifica enormemente la cuantificación de una compensación, pasa por alto factores que estimamos de suma relevancia. La prescindencia de la situación patrimonial o de las posibilidades de acceso al mercado laboral, son un claro ejemplo.

En efecto, bajo la consideración de la situación patrimonial, no debiera pasarse por alto que no es lo mismo discutir una compensación entre cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal que entre aquellos casados bajo separación total de bienes o, incluso, bajo régimen de participación en los gananciales.

La posibilidad de acceso al mercado laboral, por su parte, en los hechos marca una diferencia y ello debiera verse reflejado en la sentencia. No es lo mismo discutir una compensación económica de una mujer de treinta y cinco años que una de cincuenta o sesenta, ni aun en el caso de tratarse de mujeres con la misma duración de la convivencia, niveles de ingreso y lagunas previsionales equivalentes.

Que el texto legal, contrastado con su aplicación práctica, en el modelo de cálculo simplificado que se viene comentando, coloca a los litigantes en la legítima disyuntiva de determinar hasta dónde avanzar en el esfuerzo probatorio, considerando los altos costos asociados que ello puede conllevar. En este escenario, salvo para intentar forzar un acuerdo, cabe cuestionar la razonabilidad de invertir en una pericia social o en una contable, por ejemplo, cuando discutimos acerca de la compensación de un cónyuge que no tiene mayor cualificación profesional.

En efecto, el certificado de matrimonio contrastado con la declaración de testigos permite establecer el período de convivencia conyugal; el certificado de cotizaciones previsionales permite establecer las lagunas, y de éste colegir el período en que el demandante no trabajó o lo hizo en menor medida de lo que quería; a eso le sumamos la información pública acerca del ingreso mínimo y podríamos tener todos los ingredientes para resolver, como en el

caso comentado: número de meses en que no trabajó en la medida que quería y podía, durante el período de convivencia conyugal, multiplicado por el ingreso mínimo. Determinado este valor, que refleja la pérdida, calculamos el veinte, el quince o el diez por ciento y fijamos la compensación²⁷.

Para ello, no hemos necesitado otra cosa que la prueba documental. Sin embargo, debemos reconocer que difícilmente nos atreveríamos a enfrentar un juicio de dicha naturaleza aportando solo esta clase de prueba.

b) Tendencia a la moderación del *quantum*

Tal como señaláramos, la aplicación inicial de la figura de la compensación económica en nuestro país dio lugar a una discusión doctrinal relevante en torno a su naturaleza, fundamento y función, cuestiones que resultaban decisivas para avanzar hacia su cuantificación. En este punto, y sin pretender formular una afirmación concluyente, existen antecedentes para sostener que, con el transcurso del tiempo, la práctica judicial ha tendido a reconocer compensaciones de menor cuantía y, además, frecuentemente fraccionadas en numerosas cuotas. En esa línea, González ha sostenido que “Las cifras son insuficientes y generalmente fraccionadas en una gran cantidad cuotas”²⁸, agregando que la tendencia sería decreciente. Ello permite, al menos, advertir una percepción fundada en orden a que la determinación del *quantum* se ha ido conteniendo progresivamente.

Esta evolución puede comprenderse, al menos en parte, a la luz de la progresiva decantación jurisprudencial del concepto de menoscabo económico. En efecto, una comprensión más precisa de este último ha debido apartarse de aquellas aproximaciones iniciales que tendían a identificarlo con la totalidad de lo que el cónyuge acreedor dejó de percibir durante el matrimonio o con la pérdida íntegra de una oportunidad económica.

27 Véase las sentencias: Excelentísima Corte Suprema Rol N°104.692-2023, de 03 de julio de 2024; N°133.294-2023, de 16 de septiembre de 2024; N°868-2025, de 13 de marzo de 2026.

28 GONZÁLEZ, (s.f.).

Desde esta perspectiva, resulta atendible la crítica formulada por Vidal a ciertas decisiones en las que montos particularmente elevados parecían asociarse, al menos en parte, a una comprensión errada o superficial del menoscabo, entendido “simplemente como aquello que dejó de ganar o dejó de obtener el cónyuge que aparece situado en la posición de acreedor del derecho de compensación económica (art. 61 LMC), ni menos como la simple pérdida de una oportunidad de obtener”²⁹.

En términos concordantes con lo anterior, puede compartirse la idea de que la compensación económica no debe identificarse con el monto exacto de la pérdida. Como sostiene Vidal:

La compensación económica no cubre lo que ese cónyuge dejó de percibir por haberse dedicado a la familia, ni la oportunidad de percibirlo; sino que la compensación económica representa una suma de dinero que permita remediar la disparidad o carencia que causa el término del matrimonio, y así evitar el empeoramiento o consecuencias nocivas de esa disparidad o carencia en el futuro³⁰.

Desde esta perspectiva, la compensación debe permitir al acreedor enfrentar la vida separada y avanzar, en la medida de lo posible, hacia un estatus económico autónomo. Con todo, una cosa es descartar una comprensión puramente resarcitoria de la institución y otra, distinta, admitir una reducción del *quantum* que termine por desdibujar su función tutelar. En este sentido, valorar la compensación en un veinte, quince o diez por ciento del monto que podría estimarse representativo de la pérdida suscita dudas acerca de su coherencia con la finalidad de protección del cónyuge más débil. Más aún, una disminución de esa magnitud puede operar, en la práctica, como un incentivo para aceptar acuerdos en condiciones de negociación desventajosas.

4.4. La justicia de los acuerdos sobre compensación económica

²⁹ VIDAL (2008), p. 305.

³⁰ VIDAL (2008), p. 299.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 63 y 64 de la NLMC, los primeros llamados a determinar la procedencia de la compensación económica, cuantificarla y fijar su modalidad de pago son los propios cónyuges, quedando la intervención judicial en un plano subsidiario, esto es, para el caso de no existir acuerdo. En lo que respecta a este último, el art. 63 dispone que deberá constar “en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación del tribunal”. Si bien la norma no precisa la naturaleza de dicha intervención judicial, ni establece expresamente los parámetros que el juez debe considerar al momento de otorgar su aprobación, estimamos que, para los efectos de este trabajo, aquella debe interpretarse a la luz del deber de protección del cónyuge más débil consagrado en el art. 3 de la NLMC. Desde esta perspectiva, la aprobación judicial no podría entenderse como una actuación meramente formal, sino como una instancia de control orientada a verificar que el acuerdo no desatienda la finalidad tutelar que informa la institución. Con todo, una vez más parece necesario distinguir entre el plano teórico y la dimensión práctica, a fin de precisar nuestros reparos en torno a la forma en que opera la intervención judicial en la aprobación de los acuerdos sobre compensación económica. En el plano teórico, coincidimos con lo sostenido por Vidal y Silva, en orden a que, al aprobar el acuerdo de compensación, el juez está llamado a pronunciarse sobre su contenido y a apreciar su suficiencia. En este sentido, señalan:

En aquella labor el juez debe resguardar el interés del cónyuge más débil, en términos que el acuerdo al que las partes arribaron efectivamente reconozca o establezca, a favor del cónyuge beneficiario, una compensación económica que cumpla con su cometido u objeto, es decir, que le permita corregir la carencia de medios económicos a causa de la terminación del matrimonio y, así, prevenir un empeoramiento futuro al rehacer su vida separada, pudiendo alcanzar una situación autónoma, todo según los criterios que establece el artículo 62 de la LMC³¹.

31 VIDAL y SILVA (2024), p. 20.

Lamentablemente, esta construcción teórica se debilita en la práctica, desde el momento en que el juez carece, por regla general, de información suficiente para juzgar la aptitud concreta del acuerdo en orden a resguardar el interés del cónyuge más débil. En este punto, compartimos las aprensiones formuladas por Lepin, quien advirtió que

por una razón de orden práctico, si el juez no ha recibido prueba sobre la compensación, si no dispone de ningún antecedente: ¿cómo puede ponderar quién es el más débil?, ¿cómo puede analizar si el acuerdo protege suficientemente al más débil?, ¿cómo podría estar en condiciones de establecer garantías o seguridades para el pago de las cuotas?³²

Si esta problemática se examina en el contexto del divorcio de común acuerdo, especialmente a la luz de la tramitación expedita incorporada por el art. 64 bis de la Ley N°19.968, en el año 2021, la dificultad se vuelve todavía más evidente. En dicho escenario, el juez no dispone de antecedentes suficientes para fiscalizar el acuerdo sobre compensación económica ni cuenta, al menos en términos reales, con una oportunidad procesal idónea para requerirlos. De este modo, la aptitud efectiva del acuerdo para proteger al cónyuge más débil queda, en buena medida, entregada al poder negociador de las partes.

Aunque podría pensarse que, fuera del contexto del divorcio de común acuerdo, la aprobación judicial se desarrolla en condiciones más favorables, estimamos que dicha conclusión no resulta convincente. En atención a la dinámica actual de la justicia de familia, caracterizada por un amplio reconocimiento de la autonomía de las partes y por la ausencia de reglas que orienten o impulsen al juez a exigir antecedentes de referencia, la judicatura

32 LEPIN (2012), p. 16.

carece, en términos generales, de herramientas suficientes para velar, al aprobar un acuerdo de compensación económica, por la protección efectiva del cónyuge más débil³³.

4.5. La compensación económica en el contexto del AUC y sus propios problemas

El art. 27 de la Ley N°20.830 extiende la aplicación de la compensación económica al Acuerdo de Unión Civil que termina por mutuo acuerdo, voluntad unilateral o nulidad, estableciendo al efecto que: “esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los arts. 62 a 66 de la ley N°19.947”. Esta remisión permite proyectar, en buena medida, los nudos críticos antes advertidos al examinar la aptitud concreta de la compensación económica para resguardar, ahora, al conviviente más débil.

Con todo, a ello debe añadirse la existencia de una serie de problemas prácticos que la doctrina nacional ha puesto de relieve³⁴ en relación con el AUC y que inciden también en el funcionamiento de la compensación económica. Entre ellos, parecen especialmente relevantes los siguientes:

- El derecho a demandar compensación económica se regula sólo en la hipótesis de terminación del AUC por voluntad unilateral.

A pesar de que la compensación económica resulta aplicable a las hipótesis de término del AUC por nulidad, mutuo acuerdo o voluntad unilateral, el legislador solo ha regulado expresamente la oportunidad para demandarla en esta última hipótesis.

33 La misma aprehensión que podía darse a la hora de juzgar la intervención judicial en la aprobación de las transacciones de alimentos futuros ha tendido a aminorarse a partir de la reforma introducida a la Ley 14.908 por medio de la Ley 21.389, al introducir por medio del art. 11 una serie de exigencias para ello, las que incluyen, entre otros, el cumplimiento de deberes de información a las partes, como requisito indispensable de su aprobación.

34 En este sentido: LATHROP (2016), pp. 8 y ss. y RIVEROS SILVA (2015) s/p y RODRÍGUEZ (2018), pp. 175-177.

Ello no genera mayores dificultades en el caso de la nulidad, toda vez que cabe extender a su respecto la regla del art. 64 de la NLMC, que impone la carga de demandar *in limine litis* y obliga al juez a informar sobre este derecho en caso de que los convivientes no lo hubieren ejercido en la demanda, en un escrito complementario o por vía reconvenzional.

Distinta es la situación cuando el AUC termina de común acuerdo. En este supuesto, surge la duda acerca de las consecuencias de no haberse pactado compensación económica en la escritura pública que formaliza el término de la unión. En particular, cabe preguntarse si aquella podría convenirse con posterioridad o, en términos más complejos, si sería admisible demandarla luego de practicada la subinscripción. A su vez, si se estimara procedente esta última alternativa, también sería necesario determinar si resultaría aplicable el plazo previsto en el art. 27 para el caso de término unilateral.

- El plazo para demandar compensación económica en el evento que este termine por voluntad unilateral se computa desde el término del AUC, haya sido notificado el otro cónyuge o no.

El art. 27, en su inciso tercero, establece que la notificación de la voluntad de poner término al AUC deberá contener mención de la existencia del derecho a demandar compensación económica, así como constancia de la fecha en que fue subinscrita la terminación, y agrega: “En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el art. 6”.

El problema que plantea este precepto radica en que la omisión de la notificación exigida por la norma no afecta el término del AUC ni suspende el plazo para demandar compensación³⁵, el cual comienza a correr, en todo caso, desde la subinscripción de la escritura pública o del acta que contiene la voluntad unilateral del conviviente ante el Registro Civil.

Lo anterior puede traer como consecuencia que el derecho a demandar caduque sin que el conviviente desahuciado haya tenido una oportunidad real de ejercerlo. Esta dificultad ya ha sido advertida por LATHROP³⁶, quien observa que, al no constituir la notificación un trámite esencial para el término del AUC, su omisión puede incidir directamente en el ejercicio oportuno de la compensación económica. De este modo, consideramos que una interpretación coherente con la compensación económica como mecanismo de protección al más débil permite sostener que la falta de notificación no impide el término del AUC, pero no debiera producir el efecto adicional de hacer correr íntegramente el plazo para solicitar la compensación económica contra quien desconocía dicho término. En consecuencia, dicho plazo debiera computarse desde la notificación o, al menos, desde el conocimiento cierto del término unilateral del AUC.

35 El art. 26 letra e de la Ley 20.830 establece que el AUC podrá terminar: “Por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles, que deberá constar por escritura pública o acta otorgada ante oficial del Registro Civil. / En cualquiera de estos casos, deberá notificarse al otro conviviente civil, mediante gestión voluntaria ante el tribunal con competencia en materias de familia, en la que podrá comparecer personalmente. / La notificación deberá practicarse por medio de receptor judicial, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la subinscripción de la referida escritura o acta, al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, efectuada en el registro especial que establece el art. 6º”. Y agrega: “La falta de notificación no afectará el término del acuerdo de unión civil, pero hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pueda ocasionar al otro contratante. Quedará relevado de esta obligación si el miembro de la pareja a quien debe notificarse se encuentra desaparecido, o se ignora su paradero o ha dejado de estar en comunicación con los suyos. En todo caso, no podrá alegarse ignorancia transcurridos tres meses de efectuada la subinscripción a que se refiere el inciso precedente”.

36 LATHROP (2016), p. 9.

- La Ley 20.830 no contiene remisión expresa a la posibilidad de establecer el pago de la compensación mediante el traspaso de fondos previsionales del deudor.

La Ley N°20.255 incorporó a nuestro ordenamiento la posibilidad de satisfacer la compensación económica mediante el traspaso de fondos previsionales. En efecto, el art. 80 de dicho cuerpo legal dispone:

Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el art. 62 de la ley N°19.947, sobre Matrimonio Civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley N°3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir ésta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto. Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.

La Ley N°20.830 hace aplicables al AUC los arts. 62 a 66 de la Ley de Matrimonio Civil, entre los cuales se regulan la determinación del monto y la forma de pago de la compensación económica. Sin embargo, no incorporó la modalidad de pago relativa al traspaso de los fondos de AFP. De ello se sigue que, en una interpretación estricta del precepto, el traspaso de hasta el 50% de los fondos previsionales del conviviente deudor quedaría excluido como forma de pago de la compensación económica entre convivientes civiles.

5. CONCLUSIONES

La NLMC consagró expresamente en el derecho chileno el principio de protección del cónyuge más débil y proyectó su manifestación más visible en la compensación económica, concebida como instrumento de tutela del cónyuge que, al término del matrimonio, queda en una situación de desme-

dro económico como consecuencia de haberse dedicado preferentemente al cuidado de los hijos o del hogar común. Aunque esta noción se encuentra formulada en términos neutros, el análisis del contexto chileno permite advertir que dicha situación afecta predominantemente a las mujeres, en estrecha relación con la persistencia de brechas de participación laboral, distribución de cuidados y remuneración.

Con todo, la compensación económica prevista en la NLMC protege solo a un espectro determinado de cónyuges más débiles. En efecto, el art. 61 restringe el menoscabo compensable a aquel que deriva de la falta de desarrollo de una actividad remunerada o de su ejercicio en menor medida de lo que se quería y podía, por dedicación al cuidado de los hijos o del hogar común. De este modo, quedan fuera otras hipótesis de vulnerabilidad económica surgidas de la vida matrimonial que, aun pudiendo comprometer de manera significativa la autonomía futura del cónyuge afectado, no encuadran en el supuesto legal previsto por el legislador.

A esta limitación normativa se añaden diversos nudos críticos que debilitan la aptitud real de la compensación económica para cumplir la función de tutela que se le atribuye. Entre ellos, destacan las barreras que afectan la tutela judicial efectiva de quienes la demandan, especialmente en el acceso a defensa letrada, en la posibilidad de reunir prueba suficiente para acreditar el menoscabo y en la ejecución efectiva de lo resuelto. A ello se suma una práctica jurisdiccional que, en no pocos casos, tiende a fijar cuantías más reducidas, circunstancia que suscita dudas acerca de la efectiva correspondencia entre el monto reconocido y la finalidad protectora de la institución.

Del mismo modo, la revisión de los acuerdos sobre compensación económica permite advertir que la intervención judicial llamada a aprobarlos no siempre opera, en la práctica, como un verdadero control de suficiencia orientado a resguardar al cónyuge más débil. La ausencia de antecedentes de contraste y, especialmente, las dinámicas procesales más expeditas dificultan un examen sustantivo de la justicia del acuerdo, con el consiguiente

riesgo de que la aprobación judicial se reduzca a una revisión de intensidad limitada, insuficiente para asegurar que la autonomía negocial no se ejerza en condiciones materiales de desigualdad. Estas insuficiencias también se proyectan sobre el AUC en cuyo ámbito la aplicación de la compensación económica presenta vacíos relevantes que no parecen resolverse adecuadamente mediante la sola remisión del art. 27 de la Ley N°20.830 a las disposiciones de la Ley N°19.947.

En consecuencia, y a más de veinte años de la entrada en vigor de la NLMC, la revisión de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema permite advertir que la búsqueda de certeza en la cuantificación no debiera traducirse en una aplicación excesivamente simplificada de fórmulas de cálculo que reduzcan la ponderación de los factores previstos en el art. 62 de la NLMC. Del mismo modo, los vacíos advertidos en la aplicación de la compensación económica al AUC muestran la necesidad de una interpretación coherente con la finalidad protectora de la institución, especialmente cuando el plazo para solicitarla puede correr contra quien no ha tenido conocimiento efectivo del término unilateral de la unión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARCIA LEHMAN, Rodrigo y RIVEROS FERRADA, Carolina (2011): “El carácter extrapatrimonial de la compensación económica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 38, N°2), pp. 249-278.

BARRIENTOS, Javier (2007): “La compensación económica como ‘derecho’ de uno de los cónyuges y ‘obligación’ correlativa del otro. De sus caracteres”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°9), pp. 9-44. Disponible en: <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/341> [Fecha de última consulta: 10.01.2026].

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2021): “La pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región”, en: CEPAL. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral> [Fecha de última consulta: 08.01.2026].

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (2015): Recomendación general N°33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2015/es/133599> [Fecha de última consulta: 12.12.2025].

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (2005): Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N°16 (2005): La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cescr/2005/es/33346> [Fecha de última consulta: 11.12.2025].

CORVERA, María Teresa (2021): “Participación laboral femenina y recuperación pospandemia. Minuta N° 25-21 del 26/04/2021 del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones”, en: Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=79551 [Fecha de última consulta: 11.12.2025].

DEL PICÓ, Jorge (2010): Derecho Matrimonial Chileno (Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing).

DOMÍNGUEZ, Carmen (1999): “La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Nº26-1), pp. 87-103. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77142> [Fecha de última consulta: 20.01.2026].

DOMÍNGUEZ, Carmen (2005): “La compensación económica en la ley de matrimonio civil”, en: *Seminario del Colegio de Abogados de Chile*. pp. 3-28. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2614008> [Fecha de última consulta: 20.01.2026].

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: *Estudios Constitucionales* (Nº11-2), pp. 229-282. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007> [Fecha de última consulta: 11.01.2026].

GONZÁLEZ, Joel (s.f.): “Profesor Joel González: La compensación económica tras la ley de divorcio en Chile”, en: *Derecho UC*. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/12971-profesor-joel-gonzalez-la-compensacion-economica-tras-la-ley-de-divorcio-en-chile> [Fecha de última consulta: 27.03.2026].

GUERRERO, José Luis (2006): “La compensación económica en la ley de matrimonio civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº27-2), pp. 55-94. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620140002> [Fecha de última consulta: 12.01.2026].

LAMPERT, María Pilar (2023): “Datos estadísticos sobre nupcialidad y regímenes patrimoniales en Chile. Asesoría técnica parlamentaria”, en: Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=81596 [Fecha de última consulta: 10.01.2026].

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2016): “Acuerdo de Unión Civil: Regulación y problemas prácticos”, en: Academia Judicial de Chile: Descripción y problemas prácticos de la Ley 20.830. pp. 1-12. Disponible en: https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Ley_20830_Introd.pdf [Fecha de última consulta: 10.01.2026].

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2025): “Líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en materias de Derecho de Familia”, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción (Vol. 93, N°258), pp. 353-363. Disponible en: <https://doi.org/10.29393/RD258-12LJLF10012> [Fecha de última consulta: 07.06.2026].

LEPIN, Cristián (2012): “La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica”, en: *Ius et Praxis* (N°18-1), pp. 3-36. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100002> [Fecha de última consulta: 09.01.2026].

LEPIN, Cristián (2013): “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno derecho de familia”, en: *Revista Chilena de Derecho* (N°40-2), pp. 513-548. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200007> [Fecha de última consulta: 08.01.2026].

LEPIN, Cristián (2014): “Los nuevos principios del derecho de familia”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°23), pp. 9-55. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001> [Fecha de última consulta: 08.01.2026].

MARCHECO, Benjamín (2020): “La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana”, en: Estudios Constitucionales (N°18-1), pp. 91-142. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100091> [Fecha de última consulta: 08.01.2026].

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2023): Estudio de diagnóstico de género en la economía chilena. Unidad de Estudios, División Política Comercial e Industrial. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2026/03/estudio-de-diagnostico-de-genero-de-la-economia-chilena.pdf> [Fecha de última consulta: 07.06.2026].

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE CHILE (2022): Resumen ejecutivo. Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ). Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/597/articles-285476_r_ejecutivo_vo_institucional.pdf [Fecha de última consulta: 21.01.2026].

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO; INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS y MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA DE CHILE (2021): Trabajo Doméstico y de Cuidados No Remunerado en el Propio Hogar. Disponible en: https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/covid19/Resultados_TDCNR_COVID_IV.pdf [Fecha de última consulta: 06.01.2026].

RIVEROS FERRADA, Carolina (2012): “La relevancia del régimen patrimonial de los cónyuges para efectos de la determinación de la compensación económica”, en: Revista de Derecho (Vol. 19, N°1), pp. 417-430. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000100013> [Fecha de última consulta: 20.01.2026].

RIVEROS FERRADA, Carolina (2018): La compensación económica (Santiago, DER Ediciones).

RIVEROS SILVA, Cristian (2015): “La compensación económica en el AUC: más dudas que certezas”, en: *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904183&Path=/0D/CB/> [Fecha de última consulta: 20.01.2026].

RODRÍGUEZ, María Sara (2018): “El acuerdo de unión civil en Chile. Aciertos y desaciertos”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 24, N°2), pp. 139-182. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200139> [Fecha de última consulta: 20.03.2026].

VIDAL, Álvaro (2008): “La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N°31-2), pp. 289-321. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200007> [Fecha de última consulta: 09.01.2026].

VIDAL, Álvaro (2015): “La pesadilla de la cuantificación de la compensación económica: fundamentos y justificación”, en: *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904017&Path=/0D/CB/> [Fecha de última consulta: 21.01.2026].

VIDAL, Álvaro y SILVA, Óscar (2024): “La regulación convencional anticipada de la compensación económica y las facultades del juez de familia”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (N°15-1), pp. 1-28. Disponible en: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V15N1-art353> [Fecha de última consulta: 20.01.2026].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N°14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Diario Oficial, 5 de octubre de 1962.

Ley N°19.947, establece nueva ley de matrimonio civil. Diario Oficial, 17 de mayo de 2004.

Ley N°19.968, crea los tribunales de familia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.

Ley N°20.255, establece la reforma previsional. Diario Oficial, 17 de marzo de 2008.

Ley N°20.830, crea el acuerdo de unión civil. Diario Oficial, 21 de abril de 2015.

Ley N°21.389, crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el sistema de pago de las pensiones de alimentos. Diario Oficial, 18 de noviembre de 2021.

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.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 26 de enero de 2007, rol N°676-2006.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha 6 de septiembre de 2007, rol N°1.286-2007.

Corte Suprema, sentencia de fecha 24 de agosto de 2016, rol N°1.563-2016.

Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de septiembre de 2020, rol N°37.036-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de enero de 2023, rol N°15.048-2022.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 17 de junio de 2024, rol N°400-2024.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de julio de 2024, rol N°19.598-2020.

Corte Suprema, sentencia de fecha 3 de julio de 2024, rol N°104.692-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2024, rol N°133.294-2023.

Corte Suprema, sentencia de fecha 22 de octubre de 2024, rol N°47.081-2024.

Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de marzo de 2026, rol N°868-2025.

Declaración de autoría:

Alejandra Illanes Valdés: (Autora principal): Conceptualización, diseño metodológico, obtención de datos, selección, curación de datos (depuración, organización y estructuración de la matriz de datos), análisis formal, investigación, redacción – borrador original, y revisión y edición.

Constanza Astudillo Meza: (Autora de correspondencia): Conceptualización, obtención de datos, selección, curación de datos (depuración, organización y estructuración de la matriz de datos), análisis formal, investigación, redacción – borrador original, y revisión y edición.

INTERVENCIONES CONDUCTUALES EN SALUD PÚBLICA: MARCO REGULATORIO DE SUFICIENCIA Y EQUIDAD PARA EL DERECHO CHILENO¹

BEHAVIORAL INTERVENTIONS IN PUBLIC HEALTH: A REGULATORY FRAMEWORK OF SUFFICIENCY AND EQUITY FOR CHILEAN LAW

Fernando Ramos-Zaga*

Resumen

La creciente utilización de intervenciones conductuales en políticas sanitarias, especialmente en sistemas marcados por desigualdades estructurales, ha reabierto el debate sobre los límites normativos del poder persuasivo del Estado. El objetivo del artículo es analizar los criterios normativos y jurídicos que determinan la legitimidad del uso de técnicas de *nudging* en políticas sanitarias, evaluando su compatibilidad con el estándar de suficiencia sanitaria, la equidad distributiva y la autonomía frente a la manipulación conductual. Los resultados muestran que la legitimidad del *nudging* exige su anclaje en el umbral de funcionamiento normal y en la protección del rango de oportunidades, así como su sometimiento a estándares jurídicos de necesidad instrumental, proporcionalidad, transparencia, equidad y control jurisdiccional, estableciendo además la prioridad del *boosting* como expresión de mínima intrusión. Se concluye que el *nudging* solo es justificable cuando

¹ Artículo recibido el 30 de septiembre de 2025 y aceptado el 21 de junio de 2026.

* Doctorando en Gestión Pública y Gobernabilidad, Escuela de Posgrado, Universidad César Vallejo, Perú.  0000-0001-6301-9460. Dirección postal: Av. Alfredo Mendiola 6232, Los Olivos, Lima, Perú. Correo electrónico: fernandozaga@gmail.com.

opera como mecanismo de habilitación de la agencia dentro de un marco regulatorio robusto que prevenga la manipulación y la profundización de desigualdades sanitarias.

Palabras clave:

Políticas sanitarias, Suficiencia sanitaria, Funcionamiento normal, Autonomía, Dignidad.

Abstract

The growing use of behavioral interventions in health policy, particularly within systems marked by structural inequalities, has reignited the debate over the normative limits of the State's persuasive power. This article analyzes the normative and legal criteria that determine the legitimacy of nudging techniques in health policy, assessing their compatibility with the standard of health sufficiency, distributive equity, and autonomy in the face of behavioral manipulation. The findings indicate that the legitimacy of nudging requires its grounding in the threshold of normal functioning and the protection of individuals' range of opportunities, as well as its subjection to legal standards of instrumental necessity, proportionality, transparency, equity, and judicial review. The analysis further establishes the normative priority of boosting as an expression of minimal intrusion upon deliberative autonomy. It is concluded that nudging is justifiable only when it operates as a mechanism that enables agency within a robust regulatory framework capable of preventing manipulation and the deepening of health inequalities.

Keywords:

Health policy, Health sufficiency, Normal functioning, Autonomy, Dignity.

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas de salud pública enfrentan crecientes dificultades para modificar conductas asociadas a enfermedades crónicas no transmisibles, cuya prevalencia se distribuye de manera desigual según el nivel socioeco-

nómico y el entorno regulatorio. En este contexto, las técnicas de *nudging* han adquirido centralidad como instrumentos de bajo costo y alta escalabilidad para orientar decisiones individuales sin recurrir a prohibiciones ni a incentivos económicos directos². Sin embargo, su expansión en ámbitos como la alimentación, la donación de órganos o la prevención de enfermedades metabólicas ha reactivado interrogantes normativos relativos a su legitimidad, particularmente cuando las intervenciones se dirigen a poblaciones estructuralmente vulnerables³.

Desde el punto de vista teórico, el *nudging* se apoya en dos presupuestos centrales: la no neutralidad del contexto decisorio y la racionalidad limitada de los agentes⁴. La arquitectura de elección configura inevitablemente las condiciones bajo las cuales se adoptan decisiones, activando heurísticos y sesgos cognitivos identificados por la psicología conductual⁵. Sobre esta base, el paternalismo libertario sostiene que es posible orientar conductas preservando la libertad formal de elección⁶. No obstante, las críticas han subrayado que la intervención sobre procesos cognitivos puede comprometer dimensiones sustantivas de la autonomía y, en ciertos casos, afectar la dignidad del destinatario⁷.

Pese al desarrollo conceptual y empírico del campo, persiste una brecha relevante en la articulación entre la justificación distributiva de las políticas sanitarias y los límites ético-jurídicos de las intervenciones conductuales. La literatura ha analizado extensamente la eficacia de los nudges y su compatibilidad abstracta con la autonomía, pero con menor frecuencia ha integrado estos debates con un estándar sustantivo de justicia sanitaria que permita

2 THALER y SUNSTEIN (2008), pp. 4-6.

3 OCDE (2019), pp. 21-23.

4 SUNSTEIN (2014), pp. 17-19; SIMON (1955), pp. 99-101.

5 TVERSKY y KAHNEMAN (1974), pp. 1124-1127; KAHNEMAN (2011), pp. 20-24.

6 SUNSTEIN (2014), pp. 52-55.

7 HAUSMAN y WELCH (2010), pp. 126-128; WALDRON (2014).

distinguir entre necesidades y preferencias en salud⁸. Asimismo, la traducción de tales criterios a marcos regulatorios específicos, especialmente en sistemas sanitarios segmentados, continúa siendo insuficientemente explorada⁹.

La investigación se justifica, por tanto, en la necesidad de evaluar la legitimidad del *nudging* no solo en términos de resultados conductuales, sino a la luz de un estándar normativo que delimite las obligaciones estatales en salud. El modelo de suficiencia sanitaria propuesto por Daniels ofrece un umbral operativo basado en la protección del funcionamiento normal y del rango de oportunidades de los ciudadanos¹⁰. Integrar este enfoque con las exigencias de autonomía, proporcionalidad y equidad permite superar aproximaciones que reducen la discusión a una tensión binaria entre eficacia y libertad formal.

Las implicaciones prácticas de este análisis son significativas para el diseño institucional. La evidencia muestra que los efectos de las intervenciones conductuales pueden variar según el nivel educativo y socioeconómico, e incluso generar resultados distributivamente ambiguos¹¹. De igual modo, experiencias regulatorias en materia de etiquetado alimentario han evidenciado impactos diferenciados entre grupos poblacionales¹². Tales hallazgos sugieren la necesidad de incorporar evaluaciones de impacto en equidad y mecanismos de rendición de cuentas que permitan monitorear efectos no previstos, incluidos fenómenos de desplazamiento conductual¹³.

El debate adquiere particular relevancia frente a desafíos contemporáneos asociados a la digitalización de los entornos de decisión y al uso de intervenciones personalizadas mediadas algorítmicamente. La emergencia de hypernudges plantea riesgos adicionales de opacidad y asimetría cognitiva

8 DANIELS (2008), pp. 29-33.

9 ALEMANNO y SPINA (2014), pp. 431-434.

10 DANIELS (2001), pp. 2-4; DANIELS (2008), pp. 36-39.

11 GOYDER et al. (2016), pp. 133-135; STUBER et al. (2022), pp. 4-6.

12 TAILLIE et al. (2020), pp. 8-10.

13 APPELUIIS et al. (2025), pp. 3-5.

entre regulador y destinatario¹⁴. En paralelo, organismos internacionales han promovido la institucionalización de unidades conductuales en el sector público, ampliando el alcance de estas herramientas en la gobernanza sanitaria¹⁵. La expansión de tales dispositivos exige marcos normativos capaces de equilibrar innovación regulatoria y garantías democráticas.

En este contexto, el objetivo general del artículo es analizar los criterios normativos y jurídicos que determinan la legitimidad del uso de técnicas de *nudging* en las políticas sanitarias, evaluando su compatibilidad con el estándar de suficiencia sanitaria, las exigencias de equidad distributiva y las garantías de autonomía frente a la manipulación conductual. La contribución consiste en integrar la reconstrucción epistemológica y taxonómica del con el modelo danielsiano de justicia sanitaria y en proponer estándares jurídicos operativos que orienten su aplicación en sistemas de salud con desigualdades estructurales. Con ello se busca ofrecer un marco analítico que permita evaluar cada intervención conductual de manera contextualizada, evitando tanto su aceptación acrítica como su rechazo categórico.

2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS Y CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DEL *NUDGING* EN POLÍTICAS PÚBLICAS

La intervención conductual en políticas públicas descansa sobre un conjunto de presupuestos epistemológicos cuya articulación precisa resulta indispensable para cualquier análisis normativo posterior. El concepto de nudge, tal como fue formulado originalmente, designa cualquier aspecto de la arquitectura de elección que altera el comportamiento de las personas de manera predecible sin prohibir ninguna opción ni modificar de forma significativa los incentivos económicos¹⁶. Esta definición, aparentemente sencilla, condensa tres elementos estructurales que requieren desagregación analítica: la noción de arquitectura de elección como condición ontológica

14 YEUNG (2017), pp. 120-123.

15 OCDE (2024), pp. 15-18.

16 THALER y SUNSTEIN (2008), p. 6.

de toda decisión, la operación sobre mecanismos cognitivos específicos y la preservación formal del conjunto de alternativas disponibles para el agente decisor.

En ese marco conceptual, el primer presupuesto teórico del *nudging* es la tesis de la no neutralidad del contexto decisorio. Toda situación en la que un individuo debe elegir entre alternativas está configurada por un entorno que incluye la disposición física o informativa de las opciones, la existencia de una alternativa por defecto, el orden de presentación y la saliencia relativa de cada elemento. No existe, en sentido estricto, un diseño neutral del entorno de decisión; cualquier configuración favorece determinados resultados sobre otros¹⁷. Esta observación, que podría parecer trivial, constituye en realidad el fundamento epistemológico que distingue al *nudging* de la mera inacción estatal: si el entorno decisorio siempre está diseñado por alguien, la pregunta relevante no es si intervenir en la arquitectura de elección, sino cómo hacerlo y con qué criterios. La arquitectura de elección se refiere, en términos operativos, al diseño de las diferentes formas en que se presentan las opciones y al impacto que dicha presentación ejerce sobre la toma de decisiones¹⁸.

Junto con esta premisa ontológica del contexto decisorio, el segundo presupuesto es de naturaleza psicológica y se articula en torno a la teoría del procesamiento dual de la cognición humana. La distinción entre el Sistema 1, rápido, automático, heurístico y emocionalmente cargado, y el Sistema 2, lento, deliberativo, analítico y controlado, proporciona la base empírica sobre la cual se construye la lógica de la intervención conductual¹⁹. Los seres humanos recurren de forma sistemática a atajos cognitivos, heurísticos, que, si bien resultan adaptativos en contextos de incertidumbre, producen desviaciones predecibles y recurrentes respecto de lo que un modelo de racionalidad completa prescribiría. Estos sesgos cognitivos incluyen, entre

17 SUNSTEIN (2014), pp. 18-20.

18 ALEMANNIO y SPINA (2014), p. 432.

19 KAHNEMAN (2011), pp. 20-30.

otros, el sesgo de statu quo, el efecto de anclaje, la aversión a la pérdida, el sesgo de disponibilidad y el efecto de encuadre²⁰. El programa de investigación iniciado con la identificación de heurísticos y sesgos ha generado un cuerpo de evidencia suficientemente robusto como para sostener que la racionalidad humana es limitada (*bounded rationality*), no en el sentido de que los agentes sean irracionales, sino en el de que sus capacidades cognitivas operan bajo restricciones de atención, memoria y procesamiento que condicionan sistemáticamente sus elecciones²¹.

A partir de este trasfondo psicológico, el *nudging* opera mediante la manipulación deliberada de elementos del entorno decisorio que activan o desactivan determinados mecanismos cognitivos. No se trata de proporcionar nueva información ni de alterar la estructura de incentivos, operaciones propias de otros instrumentos regulatorios, sino de reorganizar la presentación de las opciones existentes para que el comportamiento resultante se ajuste a un objetivo predeterminado por el arquitecto de la decisión. Esta lógica operativa ha sido descrita como un moldear (*shaping*) que utiliza las limitaciones en la toma de decisiones humana para orientar las elecciones hacia una alternativa específica²². La distinción es relevante porque permite separar conceptualmente al *nudging* de tres categorías regulatorias adyacentes con las que frecuentemente se confunde.

Esa necesidad de delimitación conceptual aparece con claridad cuando se examina la relación del *nudging* con la coacción regulatoria, mandatos y prohibiciones. El *nudging* se distingue de estas formas de intervención en que no elimina ninguna alternativa del conjunto de opciones disponible ni impone sanciones jurídicas por la elección de una opción determinada. Mientras que una prohibición de venta de ciertos productos alimenticios restringe directamente la libertad negativa del agente, un *nudge* que reubica esos productos en una posición menos visible del estante preserva

20 TVERSKY y KAHNEMAN (1974), pp. 1124-1131.

21 SIMON (1955), pp. 99-104.

22 HAUSMAN y WELCH (2010), pp. 124-126.

formalmente el acceso a todas las alternativas²³. Esta preservación formal del conjunto de elección es lo que permite a los defensores del paternalismo libertario sostener que el *nudging* no constituye una restricción de la libertad en sentido jurídico relevante.

En una dirección distinta, aunque igualmente necesaria para precisar la categoría, el *nudging* se diferencia de los incentivos económicos, impuestos, subsidios, transferencias condicionadas, en que no modifica la estructura de costes y beneficios asociada a cada alternativa. Un impuesto al azúcar incrementa el precio relativo de los productos azucarados, alterando el cálculo racional del consumidor; un *nudge* informativo que coloca una etiqueta de advertencia en el mismo producto opera sobre la saliencia cognitiva de la información nutricional sin modificar el precio²⁴. La distinción no es meramente formal, sino que afecta a la estructura de legitimación de cada instrumento: los incentivos económicos presuponen un agente racional que responde a señales de precio, mientras que el *nudging* presupone un agente cognitivamente limitado que responde a señales de contexto.

Algo similar ocurre cuando se lo compara con la provisión de información, categoría con la que el *nudging* mantiene una frontera particularmente porosa. La provisión de información, en su formulación canónica, busca corregir asimetrías informativas proporcionando datos relevantes que el agente puede incorporar a su proceso deliberativo. El *nudge* informativo, en cambio, no se limita a proporcionar datos, sino que organiza la presentación de esos datos de modo que active sesgos cognitivos específicos, como el efecto de encuadre o el sesgo de saliencia, para orientar la conducta²⁵. La diferencia entre informar al consumidor de que un producto contiene 30 gramos de azúcar por porción y advertirle mediante un sello negro octogonal con la leyenda *alto en azúcares* ilustra esta distinción: ambos proporcionan

23 HANSEN et al. (2016), pp. 239-241.

24 THALER y SUNSTEIN (2008), pp. 5-8.

25 SCHMIDT y ENGELEN (2020), pp. 3-5.

información, pero el segundo opera adicionalmente sobre mecanismos de aversión a la pérdida y de saliencia visual que exceden la mera corrección de asimetrías informativas.

Una vez delimitadas estas fronteras conceptuales, la taxonomía de las intervenciones *nudge* requiere categorías analíticas estables que permitan clasificar las diferentes modalidades según su mecanismo de operación sobre la cognición del agente. Una primera clasificación, ampliamente aceptada en la literatura, distingue entre *nudges* de tipo 1 y *nudges* de tipo 2. Los *nudges* de tipo 1 operan directamente sobre el Sistema 1 de procesamiento cognitivo, activando respuestas automáticas, irreflexivas y emocionalmente mediadas; los *nudges* de tipo 2, en cambio, buscan activar el Sistema 2, promoviendo la deliberación consciente y el razonamiento analítico del agente²⁶. Esta distinción tiene consecuencias operativas directas: un cambio en la opción por defecto, como la inscripción automática en un programa de donación de órganos con posibilidad de exclusión, opera predominantemente sobre el sesgo de statu quo del Sistema 1, mientras que una advertencia informativa detallada en el etiquetado de alimentos busca activar el procesamiento deliberativo del Sistema 2²⁷.

Dentro de ese mismo esfuerzo clasificatorio, una segunda taxonomía, de mayor granularidad operativa, clasifica las intervenciones según la naturaleza del mecanismo utilizado. Las opciones por defecto (*defaults*) constituyen la modalidad más estudiada y consisten en la preasignación de una alternativa que se aplica automáticamente si el agente no realiza una acción afirmativa de exclusión (*opt-out*). Su eficacia descansa sobre la combinación del sesgo de statu quo, la inercia decisional y la percepción implícita de la opción por defecto como recomendación del diseñador²⁸. Los reencuadres (*framing*) alteran la presentación de información idéntica para activar diferentes evaluaciones cognitivas; presentar una tasa de supervivencia del 90% en lugar

26 SAGHAI (2013), pp. 488-490.

27 HANSEN et al. (2016), pp. 242-244.

28 JOHNSON y GOLDSTEIN (2003), pp. 1338-1339.

de una tasa de mortalidad del 10% modifica sustancialmente las preferencias de los pacientes sin alterar el contenido informativo²⁹. Las simplificaciones reducen la carga cognitiva del agente mediante la eliminación de obstáculos burocráticos, la clarificación de formularios o la reducción del número de opciones a evaluar. Las normas sociales informan al agente sobre el comportamiento prevalente en su grupo de referencia, activando mecanismos de conformidad social y presión normativa implícita³⁰. Las modificaciones arquitectónicas del entorno físico reorganizan la disposición espacial de las opciones, como la ubicación de alimentos saludables a la altura de los ojos en comedores escolares, para alterar la probabilidad de selección sin modificar la disponibilidad³¹.

A estas clasificaciones basadas en el mecanismo de influencia, se añade una tercera dimensión taxonómica especialmente relevante para el análisis de la personalización. Esta distingue entre *nudges* universales, diseñados para aplicarse de manera uniforme a toda la población objetivo, y *nudges* personalizados, que ajustan tanto el resultado buscado como el método de influencia a las características individuales del destinatario. La personalización puede operar sobre dos ejes independientes: la personalización de la elección (*choice personalization*), que utiliza datos de heterogeneidad para determinar el resultado óptimo hacia el cual orientar a un individuo específico, y la personalización de la entrega (*delivery personalization*), que identifica el método de influencia más eficaz para cada persona en función de sus características cognitivas³². Esta distinción adquiere relevancia práctica en el contexto de las plataformas digitales de compra de alimentos, donde la arquitectura de elección puede ajustarse algorítmicamente en tiempo real, configurando lo que se ha denominado *hypernudge*: una intervención dinámica, opaca y algorítmicamente mediada que opera sobre el entorno informativo del usuario de forma imperceptible³³.

29 TVERSKY y KAHNEMAN (1981), pp. 453-455.

30 CIALDINI y GOLDSTEIN (2004), pp. 594-598.

31 WANSINK (2004), pp. 457-460.

32 MILLS (2020), pp. 2-4.

33 YEUNG (2017), pp. 122-126.

En contraste con esta lógica de intervención sobre el entorno decisorio, resulta necesario distinguir al *nudging* del *boosting*, una categoría de intervención conductual que comparte con aquel el objetivo de mejorar las decisiones individuales, pero que difiere radicalmente en su mecanismo operativo. Mientras que el *nudging* modifica el entorno externo de decisión asumiendo que el repertorio cognitivo del agente es relativamente fijo, el *boosting* interviene sobre las competencias internas del agente, sus habilidades de razonamiento, su alfabetización estadística, su capacidad de autorregulación, con el objetivo de empoderar su capacidad decisoria autónoma³⁴. La diferencia no es meramente técnica: el *boosting* requiere la cooperación activa y consciente del individuo, es necesariamente transparente y sus efectos persisten tras la retirada de la intervención, precisamente porque modifican el repertorio de competencias del agente y no meramente su entorno³⁵. Esta distinción resulta analíticamente indispensable para evaluar, en secciones posteriores, las condiciones bajo las cuales la intervención conductual estatal se mantiene dentro del ámbito de la habilitación de la agencia o traspasa la frontera de la manipulación.

Desde esta reconstrucción conceptual, la cartografía conceptual trazada en esta sección permite establecer, con la precisión requerida por el análisis jurídico, que el *nudging* constituye una categoría regulatoria diferenciada que no se reduce a la coacción, los incentivos económicos ni la provisión de información, pero que comparte con cada una de estas categorías elementos de frontera cuya delimitación exige un examen caso por caso. Sus modalidades operativas son heterogéneas, desde opciones por defecto que explotan la inercia del Sistema 1 hasta advertencias informativas que buscan activar la deliberación del Sistema 2, y esta heterogeneidad interna tiene consecuencias directas para cualquier evaluación normativa que pretenda ir más allá de un juicio global sobre el *nudging* como categoría unitaria.

34 HERTWIG y GRÜNE-YANOFF (2017), pp. 975-978.

35 HERZOG y HERTWIG (2025), pp. 855-860.

La reconstrucción epistemológica y la clasificación funcional del *nudging* realizadas en esta sección han permitido delimitar con precisión su estructura conceptual, sus mecanismos cognitivos y sus diferencias respecto de otros instrumentos regulatorios. Sin embargo, la clarificación descriptiva y taxonómica no resuelve aún la cuestión decisiva relativa a los fines legítimos que pueden justificar su empleo en el ámbito sanitario. En consecuencia, la sección siguiente introduce el estándar sustantivo de suficiencia sanitaria como criterio normativo para determinar cuándo una intervención conductual puede inscribirse dentro de las obligaciones de justicia del sistema de salud y cuándo excede dicho marco justificatorio.

3. EL ESTÁNDAR DE SUFICIENCIA SANITARIA Y LA PROTECCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO NORMAL

La evaluación de la legitimidad de cualquier intervención en política sanitaria requiere un patrón sustantivo de referencia que determine qué objetivos de salud constituyen obligaciones de justicia y cuáles exceden dicho umbral. El modelo de suficientismo sanitario más influyente en la filosofía política contemporánea fue desarrollado a partir de la premisa de que la salud posee una importancia moral excepcional porque protege el funcionamiento normal del individuo, el cual, a su vez, constituye el sustrato necesario para preservar el rango de oportunidades abiertas a los ciudadanos en una sociedad dada³⁶. Esta articulación entre salud, funcionamiento normal y oportunidad proporciona el marco normativo dentro del cual deben evaluarse las políticas sanitarias, incluidas aquellas que operan sobre la arquitectura de elección.

Dentro de esta arquitectura normativa, el punto de partida del modelo danielsiano es una pregunta de justicia distributiva: qué se deben mutuamente los miembros de una sociedad para promover y proteger la salud poblacional, y para asistir a las personas cuando se encuentran enfermas o discapacitadas³⁷. La respuesta a esta pregunta exige, en primer lugar, establecer por qué la

36 DANIELS (2008), pp. 29-32.

37 Ibid., p. 29.

salud merece un tratamiento normativo diferenciado respecto de otros bienes sociales. A diferencia de los modelos utilitaristas que subsumen la salud dentro de la función general de bienestar, o de los modelos libertarios que la tratan como una mercancía sujeta a las reglas del intercambio voluntario, el enfoque danielsiano sostiene que la atención sanitaria es especial porque proteger la salud equivale a proteger la oportunidad³⁸. La salud, entendida como el funcionamiento normal de la especie, no es equivalente al bienestar subjetivo ni a la felicidad, sino que designa la ausencia de patología, comprendida como cualquier desviación de la organización funcional natural de un miembro típico de la especie³⁹.

En ese contexto conceptual, el concepto de funcionamiento normal de la especie opera como un umbral normativo cuya función es distinguir entre necesidades sanitarias y preferencias sanitarias. Las necesidades de salud son aquellas requeridas para mantener, restaurar o proporcionar equivalentes funcionales al funcionamiento normal, e incluyen la nutrición adecuada, la vivienda segura, los servicios médicos y el apoyo social necesario para la recuperación funcional⁴⁰. Las preferencias sanitarias, en cambio, designan intervenciones que exceden el umbral de funcionamiento normal, como ciertos procedimientos de cirugía estética o de mejora biomédica, y cuya provisión no puede reclamarse como una obligación de justicia. Esta distinción entre necesidad y preferencia es crucial para delimitar la extensión de las obligaciones estatales en salud, puesto que las necesidades son objetivamente adscribibles a partir de criterios biomédicos y no dependen de las preferencias subjetivas del individuo⁴¹.

Precisamente a partir de ese umbral funcional, la conexión entre funcionamiento normal y justicia distributiva se establece a través del concepto de rango de oportunidad normal. Este concepto designa el conjunto de planes de vida que las personas razonables probablemente desarrollarían para sí

38 DANIELS (2001), pp. 2-5.

39 DANIELS (2008), pp. 36-38.

40 Ibid., pp. 37-40.

41 Ibid., pp. 40-42.

mismas en una sociedad dada, teniendo en cuenta sus talentos y habilidades⁴². La pérdida de función asociada a la enfermedad y la discapacidad reduce este rango de oportunidades en comparación con lo que estaría disponible para el individuo en condiciones de salud plena. Dado que la igualdad de oportunidades es un principio fundamental de la justicia en las sociedades democráticas, la protección del funcionamiento normal se convierte en una exigencia de justicia y no meramente en un objetivo de política social⁴³. El argumento no descansa sobre una concepción particular del bien, sino sobre la premisa rawlsiana de que las instituciones sociales deben garantizar las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan perseguir sus propias concepciones del bien en condiciones de equidad.

Esta conexión con la igualdad de oportunidades conduce directamente a la fundamentación rawlsiana del modelo danielsiano, que merece una reconstrucción precisa. La teoría de la justicia como equidad establece que la estructura básica de la sociedad, el sistema público de reglas que define los derechos, deberes y la distribución de las ventajas sociales, es el sujeto primario de la justicia⁴⁴. Dentro de esta estructura, el principio de justa igualdad de oportunidades exige que las personas con talentos y motivaciones similares tengan las mismas perspectivas de éxito independientemente de su clase social de origen. La contribución específica de Daniels consiste en integrar la salud dentro del índice de bienes sociales primarios de Rawls, argumentando que las instituciones sanitarias deben regirse por el mismo principio de justa igualdad de oportunidades que gobierna el acceso a las posiciones sociales⁴⁵. Esta extensión es coherente con la lógica rawlsiana porque las necesidades de salud, independientemente de cómo surjan, interfieren con la capacidad de los individuos para funcionar como ciudadanos libres e iguales⁴⁶.

42 Ibid., pp. 43-45.

43 DANIELS (2001), pp. 6-8.

44 RAWLS (1999), pp. 6-10.

45 DANIELS (2008), pp. 55-58.

46 Ibid., pp. 58-60.

Sin embargo, el alcance del modelo suficientista se extiende más allá de esta base institucional, pues no se limita a la provisión de servicios médicos. Una de las contribuciones más significativas del enfoque danielsiano es la ampliación del concepto de atención sanitaria para incluir todos los factores socialmente controlables que afectan la salud poblacional y su distribución. La atención médica es la ambulancia que espera al pie del precipicio: una intervención de rescate necesaria, pero insuficiente si no se abordan los determinantes sociales que configuran las condiciones en las que las personas nacen, crecen, trabajan y envejecen⁴⁷. La evidencia epidemiológica acumulada durante más de un siglo y medio demuestra que las posibilidades de vida y muerte están modeladas por la clase social, de modo que cada incremento en la jerarquía socioeconómica se asocia con mejores resultados de salud que el peldaño inferior⁴⁸. Este gradiente socioeconómico en salud persiste incluso en países con sistemas sanitarios universales, lo que indica que la equidad en el acceso a servicios médicos es una condición necesaria pero no suficiente para la equidad en salud⁴⁹.

Bajo esta ampliación del campo de análisis, los determinantes sociales de la salud, educación, ingresos, condiciones laborales, cohesión social, entorno físico, constituyen el campo ampliado de la justicia sanitaria. La tesis central es que la justicia social en general es buena para la salud poblacional, y que una distribución justa de estos determinantes conduce necesariamente a una distribución más equitativa de los resultados de salud⁵⁰. Las desigualdades en salud son injustas, constituyen inequidades, cuando resultan de una distribución injusta de los factores socialmente controlables que afectan la salud de la población⁵¹. Esta definición tiene consecuencias operativas directas: no toda desigualdad en salud es una inequidad, pero toda desigualdad que derive de una distribución injusta de los determinantes sociales sí lo es, y genera una obligación de corrección por parte de las instituciones responsables.

47 Ibid., pp. 79-82.

48 MARMOT (2005), pp. 1099-1101.

49 DANIELS (2001), pp. 10-12.

50 DANIELS (2008), pp. 82-85.

51 Ibid., pp. 85-87.

Ahora bien, incluso dentro de este marco sustantivo ampliado, los principios de justicia sanitaria resultan necesarios pero insuficientes para resolver los conflictos específicos de asignación de recursos que todo sistema de salud enfrenta. Los principios generales resultan demasiado indeterminados para resolver disputas razonables sobre priorización, cobertura y racionamiento⁵². Esta indeterminación no es un defecto del modelo, sino una consecuencia estructural de la complejidad de las decisiones sanitarias: la pregunta de cuánta prioridad otorgar a los pacientes más graves frente a beneficios menores para un número mayor de personas no puede resolverse deductivamente desde ningún principio general. Para abordar este problema, el modelo danielsiano introduce un componente procedimental: el marco de Rendición de Cuentas por la Razonabilidad (*Accountability for Reasonableness*, A4R), compuesto por cuatro condiciones acumulativas⁵³.

En ese marco procedimental, la condición de publicidad exige que las decisiones sobre los límites para satisfacer las necesidades de salud, y sus fundamentos, sean accesibles al público. La condición de relevancia requiere que los fundamentos invocados apelen a evidencias, razones y principios aceptados como pertinentes por personas dispuestas a encontrar términos de cooperación mutuamente justificables. La condición de revisión y apelación establece mecanismos para impugnar y revisar las decisiones adoptadas a la luz de nuevas evidencias o argumentos. Y la condición de regulación garantiza que las tres condiciones anteriores sean efectivamente aplicadas mediante mecanismos institucionales de supervisión⁵⁴. Este marco procedimental no pretende sustituir los principios sustantivos, sino complementarlos en aquellos ámbitos donde la indeterminación principal exige un proceso deliberativo legítimo para generar decisiones que puedan ser aceptadas como justas incluso por quienes resultan perjudicadas por ellas.

52 Ibid., pp. 103-106.

53 Ibid., pp. 117-120.

54 Ibid., pp. 118-121.

La lógica de este complemento procedimental se comprende mejor cuando se examina la relación entre justicia procedimental y justicia sustantiva en el ámbito sanitario. La justicia procedimental pura se obtiene cuando no existe un criterio independiente para determinar el resultado correcto, de modo que la justicia del resultado depende enteramente de la justicia del procedimiento seguido⁵⁵. El papel del principio de justa igualdad de oportunidades, en este esquema, es precisamente asegurar que el sistema de cooperación constituya un régimen de justicia procedimental pura, donde los resultados puedan considerarse legítimos en virtud de la equidad del proceso que los generó⁵⁶. El marco A4R de Daniels transpone esta lógica al ámbito sanitario: las decisiones de racionamiento son legítimas no porque produzcan un resultado predeterminado como correcto, sino porque emergen de un proceso que cumple condiciones de publicidad, relevancia, revisión y regulación institucional⁵⁷.

La operatividad práctica de este umbral suficientista puede ilustrarse con el caso de la obesidad como problema de salud pública. La obesidad constituye una desviación del funcionamiento normal de la especie que reduce el rango de oportunidades disponibles para los individuos afectados, tanto por sus efectos directos sobre la morbilidad y la mortalidad como por sus consecuencias sobre la capacidad laboral, la movilidad y la participación social⁵⁸. Sin embargo, la distribución de la obesidad no es aleatoria: está fuertemente condicionada por determinantes sociales, ingreso, educación, acceso a alimentos saludables, entorno urbano, que configuran lo que se ha denominado un gradiente socioeconómico de la obesidad, donde la prevalencia aumenta a medida que desciende la posición social⁵⁹. En Chile, la tasa de obesidad adulta supera el tercio de la población y la prevalencia en niños ha aumentado sostenidamente, pasando del 16 % en 2009 a más del 26 % en

55 RAWLS (1999), pp. 74-77.

56 Ibid., pp. 76-78.

57 DANIELS (2008), pp. 120-123.

58 OCDE (2019), pp. 25-30.

59 Ibid., pp. 32-35.

2022, configurando un problema de salud pública que no puede reducirse a factores conductuales individuales sin considerar los determinantes estructurales que lo condicionan⁶⁰.

Desde la perspectiva normativa que este ejemplo pone de relieve, las políticas destinadas a abordar la obesidad constituyen obligaciones de justicia cuando están orientadas a restaurar o proteger el umbral de funcionamiento normal en poblaciones situadas por debajo de dicho umbral. Desde la perspectiva del suficientismo danielsiano, esta obligación se extiende no solo a la provisión de servicios médicos de tratamiento, sino a la modificación de los factores socialmente controlables que perpetúan la epidemia de obesidad: la regulación del entorno alimentario, la provisión de información nutricional adecuada, el diseño urbano que facilite la actividad física y la corrección de las desigualdades socioeconómicas que condicionan el acceso diferencial a dietas saludables. El sistema sanitario tiene, en consecuencia, la obligación de promover el funcionamiento normal distribuyendo adecuadamente los factores socialmente controlables que afectan la salud poblacional⁶¹.

Con todo, el modelo suficientista impone también límites a la extensión de las obligaciones estatales. Las intervenciones que superan el umbral de funcionamiento normal, aquellas dirigidas a optimizar el rendimiento o satisfacer preferencias que no constituyen necesidades sanitarias, no generan obligaciones de justicia y deben evaluarse conforme a criterios diferentes. Esta delimitación es particularmente relevante para el análisis de las intervenciones conductuales: un *nudge* orientado a reducir el consumo de azúcar en poblaciones con alta prevalencia de diabetes tipo 2 opera dentro del ámbito de la justicia sanitaria; un *nudge* orientado a promover una estética corporal determinada en poblaciones sanas excede dicho ámbito. La distinción entre necesidad y preferencia, lejos de ser una abstracción filosófica, constituye

60 TAILLIE et al. (2024), pp. 3-5.

61 DANIELS (2008), pp. 140-143.

el criterio operativo fundamental para determinar cuándo la intervención estatal en la arquitectura de elección sanitaria puede reclamarse como una exigencia de justicia y cuándo excede los límites de la obligación pública.

El análisis del suficientismo sanitario ha establecido el umbral distributivo a partir del cual la protección del funcionamiento normal configura una obligación de justicia para las instituciones sanitarias. No obstante, la legitimidad de una política no se agota en la corrección de sus fines, pues una intervención orientada a restaurar el rango de oportunidades puede resultar inadmisibles si compromete indebidamente la autonomía de los destinatarios. Por tal motivo, la sección siguiente examina el límite normativo entre habilitación de la agencia y manipulación conductual, incorporando las categorías de autonomía y dignidad como condiciones independientes de legitimidad.

4. AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y LÍMITES NORMATIVOS DE LA INTERVENCIÓN CONDUCTUAL

Si la sección precedente ha establecido el patrón sustantivo de justicia sanitaria desde el cual evaluar la legitimidad distributiva de las políticas de salud, la presente sección aborda una cuestión normativa distinta y complementaria: la determinación del límite a partir del cual las intervenciones en la arquitectura de elección dejan de constituir mecanismos de habilitación de la agencia individual y pasan a configurar formas de manipulación incompatibles con la autonomía y la dignidad del ciudadano. La relevancia de este análisis radica en que una intervención puede ser distributivamente justa, orientada a restaurar el umbral de funcionamiento normal en poblaciones vulnerables, y, sin embargo, normativamente ilegítima si opera mediante mecanismos que anulan o subvierten la capacidad deliberativa del individuo cuyo comportamiento pretende orientar.

Bajo esta perspectiva, la noción de autonomía que opera como bien protegido en este análisis no se reduce a la libertad negativa, la ausencia de interferencia externa en las elecciones del agente, sino que incorpora

una dimensión sustantiva que exige que el individuo sea efectivamente el autor de sus propias decisiones, actuando de conformidad con sus valores, convicciones y razones reflexivamente asumidas⁶². Esta concepción de la autonomía como autogobierno racional tiene consecuencias directas para la evaluación de las intervenciones conductuales: no basta con que el nudge preserve formalmente el conjunto de opciones disponibles; es necesario, además, que no subvierta los procesos cognitivos mediante los cuales el agente delibera, evalúa y selecciona entre esas opciones. La autonomía requiere que los individuos comprendan las influencias que operan sobre sus elecciones y retengan el control voluntario sobre las mismas⁶³.

En torno a este concepto sustantivo de autonomía, el debate sobre la compatibilidad entre *nudging* y autonomía puede ordenarse en torno a tres posiciones teóricas principales. La primera, defendida por los proponentes del paternalismo libertario, sostiene que las intervenciones conductuales no comprometen la autonomía porque preservan la libertad formal de elección: el individuo siempre puede rechazar la opción por defecto, ignorar la advertencia informativa o resistir la señal de norma social⁶⁴. La segunda posición, formulada desde la filosofía moral, cuestiona esta defensa sosteniendo que la intervención sobre sesgos cognitivos constituye una forma de influencia que elude la deliberación racional del agente y, por tanto, vulnera su autonomía en un sentido normativamente relevante⁶⁵. La tercera posición, más radical, caracteriza las intervenciones conductuales más intrusivas como una afrenta a la dignidad humana, en la medida en que tratan a los ciudadanos como objetos de ingeniería conductual antes que como sujetos de deliberación racional⁶⁶.

Entre estas posiciones teóricas, la tensión puede resolverse, al menos parcialmente, mediante la identificación de gradaciones de intrusión sobre la deliberación individual. No todas las intervenciones conductuales operan

62 RAZ (1986), pp. 369-373.

63 SHANG et al. (2025), pp. 4-6.

64 SUNSTEIN (2014), pp. 115-118.

65 HAUSMAN y WELCH (2010), pp. 128-132.

66 WALDRON (2014).

con la misma profundidad sobre los procesos cognitivos del agente, y esta heterogeneidad debe traducirse en un tratamiento normativo diferenciado. La distinción entre *nudges* de tipo 1, que operan sobre el Sistema 1 de procesamiento automático, y *nudges* de tipo 2, que buscan activar el Sistema 2 de procesamiento deliberativo, resulta aquí especialmente relevante⁶⁷. Un nudge informativo que presenta datos nutricionales en un formato comprensible busca facilitar la deliberación consciente del agente; una opción por defecto que inscribe automáticamente a todos los ciudadanos en un programa sanitario y requiere una acción afirmativa para la exclusión opera predominantemente sobre la inercia y el sesgo de statu quo, eludiendo parcialmente el proceso deliberativo.

Sin embargo, la distinción entre tipo 1 y tipo 2 es insuficiente por sí sola para trazar la frontera normativa entre habilitación y manipulación. Es necesario incorporar una categoría analítica adicional: la opacidad del mecanismo de influencia. La manipulación puede definirse como la influencia ejercida sobre otro individuo que elude su capacidad de razonar, ya sea explotando elementos no racionales de su psicología o actuando de forma no visible para el sujeto⁶⁸. Esta definición permite distinguir entre intervenciones transparentes, cuyo mecanismo de influencia es perceptible y resistible por el agente, e intervenciones opacas, cuyo mecanismo opera por debajo del umbral de consciencia del individuo y, por tanto, no puede ser sometido a escrutinio deliberativo.

Aun así, la transparencia del mecanismo de influencia no equivale a la mera divulgación de la existencia del nudge. Informar al ciudadano de que la cafetería del hospital ha reorganizado la disposición de los alimentos para facilitar la elección saludable cumple un requisito formal de transparencia, pero no resuelve la cuestión sustantiva de si el mecanismo utilizado, la explotación del sesgo de disponibilidad mediante la ubicación preferente, respeta o subvierte la deliberación del agente. La transparencia normativa-

67 SAGHAI (2013), pp. 489-491.

68 BUSCH et al. (2021), pp. 1142-1144.

mente relevante exige no solo que el ciudadano pueda conocer la existencia de la intervención, sino que pueda comprender su mecanismo de operación y resistirlo si así lo decide⁶⁹. Esta exigencia de resistibilidad es lo que distingue a la influencia legítima de la manipulación: una intervención que opera de forma tan sutil que el agente no puede detectarla ni, en consecuencia, oponerse a ella, trasciende los límites de la habilitación de la agencia independientemente de la bondad de sus fines.

Cuando estos criterios se aplican a las distintas modalidades de intervención, la evaluación normativa genera un espectro de intrusión que puede ordenarse de menor a mayor compromiso de la autonomía deliberativa. En el extremo de menor intrusión se sitúan las advertencias informativas diseñadas para activar la deliberación consciente del agente, como las etiquetas nutricionales que presentan información en formatos comprensibles, que operan como facilitadores de la agencia y resultan difícilmente objetables desde la perspectiva de la autonomía. Desde una posición intermedia se encuentran las opciones por defecto, cuya evaluación normativa depende críticamente de la facilidad y el coste de la exclusión: una opción por defecto con un mecanismo de opt-out sencillo y claramente comunicado preserva un grado razonable de agencia; una opción por defecto con mecanismos de exclusión opacos, burocráticos o deliberadamente costosos se aproxima a la coacción encubierta. En el extremo de mayor intrusión se sitúan las intervenciones que explotan sesgos emocionales profundos, como el miedo, la vergüenza o la culpa, sin proporcionar información que permita al agente evaluar racionalmente la señal, así como los *hypernudges* algorítmicos que personalizan la intervención de forma dinámica e imperceptible para el individuo⁷⁰.

A esta evaluación centrada en la autonomía, la cuestión de la dignidad añade una dimensión normativa que excede el análisis de la autonomía individual. Incluso cuando una intervención conductual no pueda demostrarse manipuladora en el sentido técnico descrito, porque su mecanismo es

69 COHEN (2013), pp. 5-7.

70 YEUNG (2017), pp. 126-130.

transparente y resistible, puede resultar incompatible con la dignidad si trata sistemáticamente a los ciudadanos como sujetos de ingeniería conductual antes que como agentes de deliberación racional⁷¹. Esta objeción tiene un alcance más amplio que la crítica basada en la autonomía individual: no se refiere a los efectos de una intervención concreta sobre un agente concreto, sino a la relación estructural que se establece entre el Estado y los ciudadanos cuando la política pública se diseña predominantemente sobre la premisa de que los individuos son incapaces de tomar decisiones adecuadas por sí mismos. El riesgo identificado es el de una infantilización institucionalizada que erosiona progresivamente la cultura de la deliberación democrática al sustituirla por una gestión tecnocrática del comportamiento.

La preocupación por esta dimensión estructural de la dignidad se intensifica cuando se consideran los efectos agregados de la intervención conductual sobre la esfera pública. Las intervenciones aisladas pueden parecer inocuas, pero su acumulación configura un entorno regulatorio en el que la relación entre el ciudadano y el Estado se define progresivamente por la asimetría cognitiva: el Estado diseña, el ciudadano responde. Esta dinámica resulta especialmente problemática cuando los mecanismos de intervención operan sin la participación ni el conocimiento de los ciudadanos afectados, configurando lo que puede denominarse un déficit de agencia colectiva que no es reducible a la vulneración de la autonomía de ningún individuo particular, sino que afecta a la calidad deliberativa del proceso democrático en su conjunto⁷².

Frente a estas preocupaciones, una respuesta parcial proviene del enfoque del boosting, que propone intervenir no sobre el entorno externo de decisión sino sobre las competencias internas del agente. La potenciación de las competencias ciudadanas, la alfabetización estadística, la capacidad de autorregulación, el razonamiento sobre riesgos, respeta por definición la autonomía del individuo porque requiere su cooperación activa y consciente,

71 WALDRON (2014).

72 OCDE (2024), pp. 22-25.

y sus efectos persisten incluso tras la retirada de la intervención precisamente porque han modificado el repertorio cognitivo del agente⁷³. La evidencia empírica disponible muestra que las intervenciones de boosting pueden ser tan eficaces como los nudges en contextos específicos, como la higiene hospitalaria, con la ventaja añadida de que sus efectos se mantienen estables en el tiempo mientras que los del nudge tienden a desvanecerse una vez retirado el estímulo⁷⁴. Este hallazgo sugiere que la prioridad normativa debería otorgarse a las intervenciones que empoderan la agencia del ciudadano y que el recurso al nudge debería reservarse para aquellos contextos en los que el boosting resulta inviable o insuficiente.

Con todo, la alternativa entre *nudging* y *boosting* no debe formularse como una disyunción excluyente. La complejidad de los problemas de salud pública exige un repertorio diversificado de instrumentos, y la elección entre ellos debe estar gobernada por un principio de proporcionalidad que minimice la intrusión sobre la autonomía deliberativa del agente en función de la gravedad de la amenaza para el funcionamiento normal y de la eficacia comparativa de las alternativas disponibles. Este principio de proporcionalidad establece que las intervenciones más intrusivas sobre la deliberación individual, las que operan sobre sesgos automáticos del Sistema 1 de forma opaca, solo se justifican cuando las alternativas menos intrusivas, información transparente, boosting de competencias, activación del Sistema 2, resultan insuficientes para proteger el umbral de funcionamiento normal⁷⁵. La carga de la justificación recae, en este esquema, sobre quien propone la intervención más intrusiva, y no sobre quien la resiste.

En este punto, la dimensión de equidad en la protección de la autonomía merece una consideración específica. Los ciudadanos no son cognitivamente homogéneos: su capacidad para detectar, comprender y resistir las intervenciones conductuales varía en función de factores educativos, culturales y

73 HERZOG y HERTWIG (2025), pp. 860-865.

74 VAN ROEKEL et al. (2021), pp. 8-12.

75 SCHMIDT y ENGELEN (2020), pp. 8-10.

socioeconómicos que reproducen, en el ámbito cognitivo, las desigualdades estructurales presentes en otros ámbitos de la vida social. La evidencia empírica muestra que las intervenciones conductuales pueden tener efectos diferenciales según el nivel socioeconómico del destinatario: en ciertos contextos, los nudges informativos resultan eficaces para las poblaciones de áreas desfavorecidas pero generan efectos adversos en las de mayor nivel socioeconómico, posiblemente por mecanismos de reactivancia psicológica⁷⁶. Y a la inversa, las intervenciones que requieren procesamiento deliberativo activo pueden resultar menos accesibles para poblaciones con menores niveles de alfabetización sanitaria, reproduciendo la dinámica documentada según la cual las intervenciones conductuales pueden exacerbar las desigualdades en salud si su diseño no contempla las diferencias en la aceptación inicial entre grupos sociales⁷⁷.

Desde esta constatación empírica, la heterogeneidad en la vulnerabilidad cognitiva frente a las intervenciones conductuales plantea un problema normativo específico para la protección de la autonomía: si el estándar de resistibilidad se fija en función de un agente idealizado, educado, informado, cognitivamente competente, las intervenciones que resultan resistentes para ese agente pueden ser manipulativas para los grupos más vulnerables. La exigencia de equidad en la protección de la autonomía requiere, por tanto, que el estándar de transparencia y resistibilidad se evalúe no desde la perspectiva del ciudadano medio, sino desde la del ciudadano más vulnerable al mecanismo de influencia utilizado. Este criterio, análogo al del consumidor medio en el derecho de la competencia pero ajustado a la baja para proteger a los más vulnerables, introduce una exigencia adicional en el diseño de las intervenciones conductuales: la obligación de realizar evaluaciones de impacto diferencial que identifiquen y corrijan los efectos asimétricos de la intervención sobre la autonomía de diferentes grupos poblacionales.

76 STUBER et al. (2022), pp. 5-7.

77 GOYDER et al. (2016), pp. 134-136.

La delimitación del umbral entre influencia legítima y manipulación ha permitido precisar las condiciones éticas bajo las cuales el *nudging* puede considerarse compatible con la autonomía y la dignidad ciudadana. Sin embargo, la consistencia normativa de estos criterios exige su traducción en estándares jurídicos operativos capaces de orientar la actuación administrativa y someterla a control institucional. En consecuencia, la sección siguiente desarrolla un marco regulatorio para el derecho público chileno que articula los principios de necesidad, proporcionalidad, transparencia, equidad y control jurisdiccional como garantías estructurales frente al ejercicio del poder conductual estatal.

5. CRITERIOS JURÍDICOS PARA EL DISEÑO Y CONTROL DE INTERVENCIONES CONDUCTUALES EN SALUD PÚBLICA

La traducción de los principios sustantivos establecidos en las secciones precedentes a un marco regulatorio operativo exige la identificación de estándares jurídicos aplicables al diseño, implementación y evaluación de las intervenciones conductuales en el derecho público sanitario. El caso chileno presenta características institucionales que hacen especialmente urgente esta tarea: un sistema sanitario mixto público-privado, articulado entre el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y las Instituciones de Salud Previsional (Isapres), cuyo acceso desigual condiciona estructuralmente la eficacia y la equidad de cualquier intervención en la arquitectura de elección⁷⁸. A ello se añade una experiencia regulatoria pionera en materia de etiquetado alimentario, la Ley N°20.606 de 2012⁷⁹, que constituye un laboratorio institucional relevante para evaluar las condiciones de legitimidad de las intervenciones conductuales en el ámbito sanitario.

Planteado este contexto institucional, el primer estándar jurídico que debe gobernar el uso del *nudging* en políticas sanitarias es el de necesidad instrumental, entendido como la exigencia de que la intervención conductual

78 ZÚÑIGA FAJURI (2011), pp. 74-76.

79 Ley N°20.606, de 2012.

sea requerida para la protección o el restablecimiento del umbral de funcionamiento normal de la especie en la población destinataria. Este estándar opera como un filtro de admisibilidad que excluye del ámbito de la obligación estatal aquellas intervenciones que, aunque pudieran producir efectos beneficiosos sobre el bienestar individual, no están dirigidas a abordar una necesidad sanitaria objetivamente identificable. La distinción danielsiana entre necesidad y preferencia sanitaria se traduce, en términos jurídicos, en la exigencia de que toda intervención conductual en el ámbito de la salud pública esté respaldada por evidencia epidemiológica que demuestre la existencia de un déficit de funcionamiento normal en la población objetivo y la conexión causal entre dicho déficit y el comportamiento que la intervención pretende modificar⁸⁰.

De esta premisa se sigue, además, que la exigencia de necesidad instrumental no se satisface con la mera invocación de un objetivo sanitario genérico. La regulación basada en evidencia exige que el diseño de la intervención identifique con precisión el sesgo cognitivo o la barrera conductual específica que obstaculiza la adopción del comportamiento saludable, y que la modalidad de nudge seleccionada sea la adecuada para operar sobre dicho mecanismo. La institucionalización de esta exigencia puede articularse mediante la incorporación obligatoria de evaluaciones de impacto conductual (*behavioural impact assessments*) en el proceso de diseño regulatorio, análogas a las evaluaciones de impacto regulatorio existentes pero ampliadas para incluir los efectos previsibles de la intervención sobre los procesos cognitivos de los destinatarios⁸¹. El desarrollo de principios de buenas prácticas para la integración de la ciencia conductual en las políticas públicas, tal como los formulados recientemente por organismos internacionales, proporciona marcos de referencia para la operacionalización de estas evaluaciones⁸².

80 ALEMANNI y SPINA (2014), pp. 440-443.

81 Ibid., pp. 444-447.

82 OCDE (2024), pp. 28-32.

En un plano distinto de análisis, el segundo estándar es el de proporcionalidad, que en el contexto del *nudging* sanitario adquiere un contenido específico articulado en tres subexigencias. La adecuación requiere que la intervención conductual seleccionada sea objetivamente idónea para alcanzar el fin sanitario perseguido, lo que implica la existencia de evidencia empírica sobre la eficacia de la modalidad de *nudge* en contextos comparables al de aplicación. La necesidad en sentido estricto exige que no exista una alternativa menos intrusiva sobre la autonomía deliberativa del agente que permita alcanzar el mismo objetivo con eficacia comparable; esta subexigencia obliga a considerar prioritariamente las intervenciones de *boosting* y las medidas informativas transparentes antes de recurrir a *nudges* que operan sobre el Sistema 1 de forma automática. La proporcionalidad en sentido estricto requiere un balance razonable entre la intensidad de la intervención sobre la autonomía y la gravedad del problema sanitario que pretende abordar; intervenciones altamente intrusivas solo se justifican ante amenazas severas al funcionamiento normal, mientras que riesgos sanitarios menores deben abordarse con mecanismos de menor intensidad⁸³.

Derivada de esta exigencia de proporcionalidad, la aplicación del test tiene una implicación institucional directa: la necesidad de establecer una escala graduada de intervenciones conductuales, ordenada de menor a mayor intrusión sobre la autonomía, que opere como marco de referencia para el regulador. Esta escala, que puede denominarse escalera de intervención conductual (*intervention ladder*), situaría en su nivel inferior la provisión de información y el *boosting* de competencias, en un nivel intermedio las advertencias informativas con elementos de saliencia y las modificaciones del entorno físico, y en su nivel superior las opciones por defecto y las intervenciones personalizadas algorítmicamente⁸⁴. El regulador sanitario debería justificar explícitamente cada ascenso en la escalera, demostrando que los niveles inferiores resultan insuficientes para abordar el problema sanitario identificado. Este modelo escalonado es coherente con la práctica regulatoria

83 SCHMIDT y ENGELN (2020), pp. 9-12.

84 NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS (2007), pp. 41-44.

del derecho sanitario chileno, donde la Ley N°20.606 ya implementó una gradación implícita al combinar etiquetas informativas, restricciones de marketing y prohibiciones de venta en espacios escolares⁸⁵.

Conectada con estas exigencias, el tercer estándar es el de transparencia institucional, cuyo contenido excede la mera publicidad formal de la existencia de la intervención. La transparencia normativamente adecuada en el contexto del *nudging* sanitario comprende tres dimensiones. La transparencia de diseño exige que los fundamentos científicos, los mecanismos cognitivos activados y los objetivos perseguidos por la intervención sean públicamente accesibles y comprensibles para los ciudadanos destinatarios. La transparencia de implementación requiere que los actores institucionales responsables del diseño y la ejecución de la intervención estén claramente identificados y sujetos a obligaciones de rendición de cuentas. La transparencia de resultados impone la obligación de evaluar y publicar los efectos de la intervención, incluidos sus efectos diferenciales por grupo socioeconómico y los eventuales efectos de desplazamiento o *crowding-out* sobre comportamientos prosociales no directamente intervenidos⁸⁶.

Ligada a esta dimensión institucional, la exigencia de transparencia se vincula directamente con la condición de publicidad del marco A4R de Daniels, transpuesta al ámbito específico de las intervenciones conductuales. Las decisiones sobre el diseño de la arquitectura de elección en políticas sanitarias constituyen decisiones de establecimiento de límites que deben satisfacer los mismos requisitos de publicidad, relevancia y revisión que gobiernan las decisiones de racionamiento sanitario⁸⁷. El carácter *sui generis* e informal del poder conductual no debería constituir una justificación para mantener las intervenciones públicas persuasivas fuera del escrutinio democrático⁸⁸. Esta exigencia resulta especialmente pertinente en el contexto de la creciente digitalización de los sistemas de salud, donde las intervencio-

85 Ley N°20.606, de 2012.

86 ALEMANNIO y SPINA (2014), pp. 448-451.

87 DANIELS (2008), pp. 118-120.

88 ALEMANNIO y SPINA (2014), p. 450.

nes algorítmicas pueden operar de forma dinámica, personalizada y opaca, configurando entornos de decisión cuyo diseño escapa tanto al conocimiento como al control de los ciudadanos afectados.

Paralelamente, el cuarto estándar es el de equidad distributiva en el diseño, que requiere la incorporación de salvaguardas específicas para evitar que la intervención conductual reproduzca o profundice las desigualdades sanitarias preexistentes. La evidencia empírica disponible sobre los efectos diferenciales del *nudging* según el nivel socioeconómico justifica esta exigencia con particular contundencia. La experiencia chilena del etiquetado de alimentos ha mostrado que, si bien las reducciones en las compras de productos de alto contenido calórico fueron estadísticamente significativas a nivel poblacional, los hogares con menor educación presentaban niveles basales más altos de consumo de productos azucarados, de modo que reducciones absolutas similares podían traducirse en un aumento de las disparidades relativas entre grupos socioeconómicos⁸⁹. Esta paradoja distributiva, donde una intervención universalmente eficaz puede aumentar las desigualdades relativas, exige que el diseño regulatorio incorpore evaluaciones de impacto en equidad (*equity impact assessments*) que identifiquen *ex ante* los efectos diferenciales previsibles y establezcan mecanismos de corrección.

Consideradas estas asimetrías estructurales, la salvaguarda de equidad distributiva tiene implicaciones específicas para el sistema sanitario chileno, donde la segmentación entre Fonasa e Isapres configura poblaciones con perfiles socioeconómicos, niveles de alfabetización sanitaria y capacidades cognitivas de resistencia a las intervenciones conductuales sustancialmente diferentes. Las intervenciones que operan eficazmente sobre la arquitectura de elección en el contexto de supermercados de alta gama frecuentados por la población adscrita a Isapres pueden resultar ineficaces o contraproducentes en los entornos de compra accesibles a la población de menores recursos atendida por Fonasa. La exigencia de equidad distributiva obliga, en consecuencia, a diseñar intervenciones diferenciadas que consideren la

89 TAILLIE et al. (2020), pp. 10-13.

heterogeneidad de la población destinataria, evitando el enfoque de talla única cuyas limitaciones han sido documentadas de forma consistente en la literatura conductual⁹⁰.

A la luz de estas exigencias sustantivas, el quinto estándar es el de control jurisdiccional efectivo, que aborda la cuestión de la revisión judicial de las intervenciones conductuales en el ámbito sanitario. La revisión judicial tradicional, centrada en la legalidad procedimental de los actos administrativos formales, resulta estructuralmente inadecuada para controlar intervenciones que operan mediante la persuasión, el diseño de entornos y la activación de sesgos cognitivos⁹¹. El control jurisdiccional del *nudging* sanitario requiere una adaptación de los criterios de revisión que permita evaluar no solo la conformidad formal del acto administrativo con la ley habilitante, sino también la calidad, el contexto y el efecto de cambio de comportamiento de facto provocado por las actividades administrativas⁹². Esta adaptación implica que los tribunales deben estar en condiciones de evaluar la evidencia conductual que sustenta la intervención, la proporcionalidad de su diseño respecto de la intrusión sobre la autonomía, y la adecuación de las salvaguardas de equidad incorporadas.

En el plano institucional chileno, el control jurisdiccional de las intervenciones conductuales sanitarias puede articularse a través de varios mecanismos existentes que requieren, no obstante, una adaptación interpretativa. La acción de protección constitucional, regulada en el art. 20 de la Constitución Política de la República, ofrece un recurso para la impugnación de intervenciones conductuales que vulneren derechos fundamentales, particularmente el derecho a la integridad psíquica, la libertad personal y la igualdad ante la ley, aunque su eficacia dependerá de la disposición de los tribunales a reconocer que la manipulación conductual puede constituir una afectación de estos derechos aun en ausencia de coacción formal. La

90 MILLS (2020), pp. 5-7.

91 ALEMANNIO y SPINA (2014), pp. 452-454.

92 Ibid., p. 453.

jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida en que se desarrolle en el ordenamiento chileno, debería incorporar criterios de revisión específicos para las actuaciones administrativas de naturaleza conductual, atendiendo no solo a su conformidad con la potestad habilitante sino a su adecuación con los estándares de necesidad, proporcionalidad y transparencia antes descritos.

Considerados conjuntamente, la articulación de estos cinco estándares, necesidad instrumental, proporcionalidad, transparencia institucional, equidad distributiva y control jurisdiccional, configura un marco regulatorio que traduce los principios normativos de suficiencia sanitaria, protección de la autonomía y justicia distributiva a categorías jurídicas operativas susceptibles de aplicación y revisión institucional. La implementación de este marco requiere, como condición institucional previa, el establecimiento de un órgano regulador con competencia específica en ciencia conductual aplicada a la salud pública, dotado de independencia funcional respecto de los intereses de la industria alimentaria y farmacéutica, y sujeto a las obligaciones de rendición de cuentas que impone el marco A4R danielsiano. La experiencia comparada muestra que más de 200 organismos públicos de base conductual operan actualmente en los países de la OCDE⁹³, lo que proporciona modelos institucionales de referencia, aunque ninguno de ellos ha resuelto satisfactoriamente la integración de los estándares de equidad distributiva y control jurisdiccional que el contexto de desigualdad estructural chileno exige.

Especial atención requiere, en este contexto, la obligación de evaluar y publicar los resultados de las intervenciones conductuales, incluidos sus efectos de desplazamiento sobre comportamientos no directamente intervenidos. La evidencia sobre los efectos de *crowding-out* en el ámbito de la donación de órganos, donde la adopción de sistemas de *opt-out* condujo a una disminución significativa de las tasas de donantes vivos sin un aumento proporcional de las tasas de donantes fallecidos⁹⁴, ilustra un riesgo estructural que el marco regulatorio debe anticipar y monitorizar. La obligación de eva-

93 OCDE (2024), pp. 15-17.

94 APPELUIS et al. (2025), pp. 5-8.

luación *ex post* no se limita a verificar si la intervención alcanzó su objetivo primario, sino que se extiende a la identificación de efectos sistémicos no previstos que puedan comprometer la eficacia global de la política sanitaria o producir consecuencias distributivas adversas.

Igualmente relevante resulta, en el diseño institucional, la incorporación de mecanismos de participación ciudadana en el desarrollo de las intervenciones conductuales. La asimetría documentada entre la capacidad técnica creciente de los organismos conductuales y las posibilidades de los ciudadanos de conocer, participar y contestar las intervenciones constituye un déficit de legitimidad democrática que no puede resolverse únicamente mediante la transparencia pasiva⁹⁵. La participación ciudadana activa en el diseño de la arquitectura de elección sanitaria, mediante consejos ciudadanos, procesos deliberativos estructurados y mecanismos de consulta permanente, constituye una condición de legitimidad adicional que conecta el control técnico con la soberanía democrática.

Por añadidura, el marco regulatorio propuesto incorpora una cláusula de prioridad del *boosting* sobre el *nudging* como expresión del principio de mínima intrusión sobre la autonomía. Antes de recurrir a intervenciones que operan sobre los sesgos cognitivos del Sistema 1, el regulador sanitario debería agotar las posibilidades de empoderar las competencias decisorias de la población mediante intervenciones de *boosting*, alfabetización sanitaria, capacitación en razonamiento sobre riesgos, fortalecimiento de la autorregulación, cuyos efectos no solo son más respetuosos de la autonomía individual sino también más sostenibles en el tiempo⁹⁶. El recurso al *nudge* quedaría reservado, en este esquema, para aquellos contextos en los que la urgencia del problema sanitario, la gravedad de la amenaza al funcionamiento normal o la inviabilidad demostrada del *boosting* justifiquen la

95 OCDE (2024), pp. 35-38.

96 HERZOG y HERTWIG (2025), pp. 870-875.

adopción de mecanismos de mayor intrusión cognitiva, siempre sujetos a los estándares de proporcionalidad, transparencia y control jurisdiccional previamente establecidos.

Por consiguiente, el marco regulatorio aquí formulado no pretende legitimar ni deslegitimar el *nudging* como categoría unitaria, sino proporcionar al derecho público chileno los instrumentos jurídicos necesarios para evaluar cada intervención conductual en el ámbito sanitario conforme a estándares de necesidad, proporcionalidad, transparencia, equidad y control jurisdiccional que garanticen su compatibilidad con los principios constitucionales de autonomía, dignidad y justicia distributiva. La implementación de este marco constituye, simultáneamente, una exigencia de justicia sanitaria, en la medida en que permite optimizar la eficacia de las políticas de salud pública, y una garantía de constitucionalidad, en la medida en que somete el ejercicio del poder conductual del Estado a las mismas condiciones de legitimidad que rigen para cualquier otra forma de poder público.

6. CONCLUSIONES

La articulación de un marco normativo para la intervención conductual en salud pública no representa una mera adición técnica al derecho sanitario, sino una reconfiguración necesaria de la relación entre el Estado regulador y la autonomía ciudadana. En consecuencia, se observa una necesidad imperativa de trascender la dicotomía simplista entre la eficacia técnica de los acicates y la libertad formal de elección, proponiendo en su lugar una integración sistémica donde la ciencia del comportamiento se someta a los estándares clásicos de justicia distributiva y legitimidad democrática. Desde esta posición, se sostiene que la arquitectura de elección, al ser una condición ontológica inevitable de cualquier entorno de decisión, debe ser gestionada bajo criterios de transparencia y responsabilidad institucional, evitando que el poder de persuasión estatal opere fuera del radar del escrutinio público.

En ese marco analítico, la principal innovación radica en el acoplamiento del estándar de funcionamiento normal de la especie con la arquitectura de las decisiones individuales. Se propone que el suficientismo sanitario de Norman Daniels no solo define qué servicios deben proveerse, sino que actúa como el umbral de justicia que legitima o invalida el uso de técnicas de *nudging*. Bajo tal premisa, la protección del rango de oportunidad normal de los ciudadanos justifica intervenciones conductuales siempre que aquellas se orienten a restaurar capacidades funcionales afectadas por determinantes sociales injustos. Dicha síntesis conceptual permite distinguir con nitidez entre la habilitación de la agencia, donde el Estado actúa para corregir sesgos que impiden al individuo alcanzar su propio umbral funcional, y la manipulación conductual, que trataría al ciudadano como un mero objeto de ingeniería social.

Desde una perspectiva institucional, la traducción de tales principios al contexto jurídico exige la implementación de un “test de legitimidad conductual” estructurado en criterios de necesidad instrumental, proporcionalidad y transparencia. Se considera que, en sistemas sanitarios complejos y fragmentados como el chileno, las intervenciones conductuales deben estar gobernadas por una “escalera de intervención” que otorgue prioridad normativa al *boosting* sobre el *nudging*. Tal jerarquía no solo responde a una exigencia ética de respeto por la autonomía deliberativa, sino también a una eficacia práctica documentada, donde el empoderamiento de competencias internas del agente muestra una mayor persistencia temporal que la mera modificación de estímulos externos. Asimismo, la equidad distributiva debe constituir un estándar verificable mediante evaluaciones de impacto que prevengan la profundización de brechas sanitarias derivadas de la heterogeneidad en la vulnerabilidad cognitiva de la población.

La agenda de investigación debería expandirse hacia la evaluación longitudinal de los efectos acumulativos que el entorno regulatorio conductual ejerce sobre la cultura de la deliberación democrática. Resulta preocupante la posibilidad de una “infantilización” progresiva del sujeto de derecho si

las políticas de salud pública se centran exclusivamente en la explotación de sesgos del Sistema 1. Se impone profundizar en el estudio de los *hyper-nudges* algorítmicos y su impacto en la opacidad deliberativa, así como en los mecanismos de *crowding-out* que podrían erosionar la motivación social intrínseca frente a arquitecturas de elección excesivamente directivas. El desafío futuro no reside únicamente en facilitar decisiones saludables, sino en asegurar que continúen siendo decisiones auténticamente ciudadanas.

En términos normativos más amplios, el despliegue del poder conductual del Estado reabre la cuestión relativa a los límites de la benevolencia gubernamental. Si bien el Estado tiene la obligación moral de no permitir que el infortunio biológico engendre injusticia social, dicha obligación no debe cumplirse a costa de la integridad psíquica o la dignidad del individuo. La legitimidad del *nudging* en salud pública no se encontrará en su capacidad para modelar súbditos sanos, sino en su potencial para fortalecer a ciudadanos autónomos. Una sociedad justa no es aquella que decide por sus miembros de manera opaca, sino aquella que diseña sus instituciones para que cada persona, con independencia de su origen socioeconómico, pueda ejercer plenamente su agencia racional en la configuración de su propio plan de vida.

DECLARACIÓN DE USO DE IA

Para el presente artículo se usó el modelo de lenguaje de gran escala GPT-5.2 de OpenAI, con el objetivo de identificar y corregir posibles errores de redacción y ortografía. La instrucción aplicada fue: *detecta y corrige todos los errores de redacción y ortografía*. Una vez obtenida la respuesta del sistema, el texto resultante fue revisado para asegurar que el contenido final conservara el tono e intención del borrador original.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMANNO, Alberto y SPINA, Alessandro (2014): “Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioral Regulation”, en: *International Journal of Constitutional Law* (Vol. 12, N° 2), pp. 429-456. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mou033> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

APPELUI, Lisann; BRANDMAIER, Andreas M.; DALLACKER, Mattea y HERTWIG, Ralph (2025): “Opt-out Defaults Do Not Increase Organ Donation Rates”, en: *Public Health* (November 2024, N°236), pp. 436-440. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.puhe.2024.08.009> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

BUSCH, Jacob; MADSEN, Emilie Kirstine; FAGE-BUTLER, Antoinette Mary; KJÆR, Marianne y LEDDERER, Loni (2021): “Dilemmas of Nudging in Public Health: An Ethical Analysis of a Danish Pamphlet”, en: *Health Promotion International* (Vol. 36, N° 4), pp. 1140-1150. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/heapro/daaa146> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

CIALDINI, Robert B. y GOLDSTEIN, Noah J. (2004): “Social Influence: Compliance and Conformity”, en: *Annual Review of Psychology* (Vol. 55), pp. 591-621. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.55.090902.142015> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

COHEN, Shlomo (2013): “Nudging and Informed Consent”, en: *The American Journal of Bioethics* (Vol. 13, N° 6), pp. 3-11. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15265161.2013.781704> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

DANIELS, Norman (2001): “Justice, Health, and Healthcare”, en: *The American Journal of Bioethics* (Vol. 1, N° 2), pp. 2-16. Disponible en: <https://doi.org/10.1162/152651601300168834> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

DANIELS, Norman (2008): *Just Health: Meeting Health Needs Fairly* (Cambridge, Cambridge University Press).

GOYDER, E. C.; MAHESWARAN, R. y READ, S. (2016): “Associations between Neighbourhood Environmental Factors and the Uptake and Effectiveness of a Brief Intervention to Increase Physical Activity: Findings from Deprived Urban Communities in an English City”, en: *Journal of Public Health* (Vol. 39, N° 1), pp. 132-138. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/pubmed/fdv213> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

HANSEN, Pelle Guldberg; SKOV, Laurits Rohden y SKOV, Katrine Lund (2016): “Making Healthy Choices Easier: Regulation versus Nudging”, en: *Annual Review of Public Health* (Vol. 37), pp. 237-251. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev-publhealth-032315-021537> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

HAUSMAN, Daniel M. y WELCH, Brynn (2010): “Debate: To Nudge or Not to Nudge”, en: *Journal of Political Philosophy* (Vol. 18, N° 2), pp. 123-136. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

HERTWIG, Ralph y GRÜNE-YANOFF, Till (2017): “Nudging and Boosting: Steering or Empowering Good Decisions”, en: *Perspectives on Psychological Science* (Vol. 12, N° 6), pp. 973-986. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1745691617702496> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

HERZOG, Stefan M. y HERTWIG, Ralph (2025): “Boosting: Empowering Citizens with Behavioral Science”, en: *Annual Review of Psychology* (Vol. 76), pp. 851-881. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-020924-124753> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

JOHNSON, Eric J. y GOLDSTEIN, Daniel (2003): “Do Defaults Save Lives?”, en: *Science* (Vol. 302, N° 5649), pp. 1338-1339. Disponible en: <https://doi.org/10.1126/science.1091721> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

KAHNEMAN, Daniel (2011): *Thinking, Fast and Slow* (Nueva York, Farrar, Straus and Giroux).

MARMOT, Michael (2005): “Social Determinants of Health Inequalities”, en: *The Lancet* (Vol. 365, N° 9464), pp. 1099-1104. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(05\)71146-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(05)71146-6) [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

MILLS, Stuart (2020): “Personalized Nudging”, en: *Behavioural Public Policy*, pp. 1-10. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/bpp.2020.7> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS (2007): *Public Health: Ethical Issues* (Londres, Nuffield Council on Bioethics).

OCDE (2019): *The Heavy Burden of Obesity: The Economics of Prevention* (París, OECD Health Policy Studies). Disponible en: <https://doi.org/10.1787/67450d67-en> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

OCDE (2024): *LOGIC: Good Practice Principles for Mainstreaming Behavioural Public Policy* (París, OECD). Disponible en: <https://doi.org/10.1787/6cb52de2-en> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

RAWLS, John (1999): *A Theory of Justice*, edición revisada (Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press).

RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom* (Oxford, Oxford University Press).

SAGHAI, Yashar (2013): “Salvaging the Concept of Nudge”, en: *Journal of Medical Ethics* (Vol. 39, N° 8), pp. 487-493. Disponible en: <https://doi.org/10.1136/medethics-2012-100727> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

SCHMIDT, Andreas T. y ENGELN, Bart (2020): “The Ethics of Nudging: An Overview”, en: *Philosophy Compass* (Vol. 15, N° 4), e12658. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/phc3.12658> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

SHANG, Huijing; XIONG, Lingfang; CHEN, Kefan; TIAN, Renqiong; TU, Jing y SHANG, Xianhui (2025): “Ethical Dimensions of Healthcare Nudges: A PRISMA-ScR-Guided Scoping Review and Framework for Responsible Behavioral Governance”, en: *Frontiers in Public Health* (Vol. 13), 1716466. Disponible en: <https://doi.org/10.3389/fpubh.2025.1716466> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

SIMON, Herbert A. (1955): “A Behavioral Model of Rational Choice”, en: *The Quarterly Journal of Economics* (Vol. 69, N° 1), pp. 99-118. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1884852> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

STUBER, Josine M.; BEULENS, Joline W. J.; LAKERVELD, Jeroen; KIEVITSBOSCH, Loes W. y MACKENBACH, Joreintje D. (2022): “Nudging Customers towards Healthier Food and Beverage Purchases in a Real-Life Online Supermarket: A Multi-Arm Randomized Controlled Trial”, en: *BMC Medicine* (Vol. 20, N° 10). Disponible en: <https://doi.org/10.1186/s12916-021-02205-z> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

SUNSTEIN, Cass R. (2014): *Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism* (New Haven, Yale University Press).

TAILLIE, Lindsey Smith; BERCHOLZ, Marcela; POPKIN, Barry; REBOLLEDO, Natalia; REYES, Marcela y CORVALÁN, Camila (2024): “Decreases in Purchases of Energy, Sodium, Sugar, and Saturated Fat 3

Years after Implementation of the Chilean Food Labeling and Marketing Law: An Interrupted Time Series Analysis”, en: PLOS Medicine (Vol. 21, N° 9), e1004463. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1004463> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

TAILLIE, Lindsey Smith; RIVERA, Juan; POPKIN, Barry; NG, Shu Wen y CORVALÁN, Camila (2020): “An Evaluation of Chile’s Law of Food Labeling and Advertising on Sugar-Sweetened Beverage Purchases from 2015 to 2017”, en: PLOS Medicine (Vol. 17, N° 2), e1003042. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1003042> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. (2008): *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (New Haven, Yale University Press).

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel (1974): “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, en: Science (Vol. 185, N° 4157), pp. 1124-1131. Disponible en: <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel (1981): “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, en: Science (Vol. 211, N° 4481), pp. 453-458. Disponible en: <https://doi.org/10.1126/science.7455683> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

VAN ROEKEL, Henrico; REINHARD, Joanne y GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan (2021): “Improving Hand Hygiene in Hospitals: Comparing the Effect of a Nudge and a Boost on Protocol Compliance”, en: Behavioural Public Policy, pp. 1-23. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/bpp.2021.15> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

WALDRON, Jeremy (2014): “It’s All for Your Own Good”, en: New York Review of Books. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/> [Fecha de última consulta: 27.06.2026].

WANSINK, Brian (2004): “Environmental Factors That Increase the Food Intake and Consumption Volume of Unknowing Consumers”, en: Annual Review of Nutrition (Vol. 24), pp. 455-479. Disponible en: <https://doi.org/10.1146/annurev.nutr.24.012003.132140> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

YEUNG, Karen (2017): “‘Hypernudge’: Big Data as a Mode of Regulation by Design”, en: Information, Communication & Society (Vol. 20, Nº 1), pp. 118-136. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2016.1186713> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2011): “Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos”, en: Acta Bioethica (Vol. 17, Nº 1), pp. 73-84. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100008> [Fecha de última consulta: 12.03.2026].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley Nº20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, Diario Oficial, 06 de julio de 2012.

LOS DERECHOS POLÍTICOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CHILENOS RECIENTES¹

THE POLITICAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES IN THE RECENT CHILEAN CONSTITUTIONAL PROCESSES

Hugo Tórtora Aravena*

Resumen:

El trabajo aborda la forma en que los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas fueron recogidos por los Proyectos chilenos de Nueva Constitución de los años 2022 y 2023. Para realizar este análisis, primeramente, se ensaya un concepto de derechos políticos colectivos de los pueblos, con especial énfasis en aquellos cuyos titulares son los pueblos indígenas. Entre otros insumos conceptuales, se consideran para este propósito, las nociones de libre determinación y de democracia comunitaria. A continuación, se analiza de qué manera aquellos derechos son garantizados por las Constituciones que integran el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador (Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009), para luego comparar esas experiencias con las propuestas chilenas. Finalmente, se concluye que,

¹ Artículo recibido el 05 de junio de 2025 y aceptado el 17 de septiembre de 2025.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valparaíso. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Talca. Académico asociado, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.  0000-0002-8831-915X. Dirección postal: Av. Uno Norte 3041, Viña del Mar. Correo electrónico: hugotortora@gmail.com.

aun cuando la primera de estas propuestas protegía de mejor manera estos derechos, incluso la segunda resultó ser más protectora que la regulación constitucional actualmente vigente en Chile.

Palabras clave:

Derechos políticos colectivos, Libre determinación de los pueblos, Democracia comunitaria, Nuevo constitucionalismo latinoamericano, Procesos constitucionales chilenos.

Abstract:

This paper addresses how the collective political rights of Indigenous peoples were incorporated into the Chilean New Constitutional Projects of 2022 and 2023. To conduct this analysis, it first examines a concept of collective political rights of peoples, with special emphasis on those held by Indigenous peoples. Among other conceptual inputs, the notions of self-determination and community democracy are considered for this purpose. It then analyzes how these rights are guaranteed by the Constitutions that comprise the New Decolonizing Latin American Constitutionalism (Ecuador in 2008 and Bolivia in 2009), and then compares these experiences with the Chilean proposals. Finally, it concludes that, although the first of these proposals better protected these rights, the second was even more protective than the constitutional regulation currently in force in Chile.

Keywords:

Collective political rights, Self-determination of peoples, Community democracy, New latin american constitutionalism, Chilean constitutional processes.

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

La Constitución chilena vigente, hasta la inclusión de las bases institucionales y fundamentales del art. 154 en 2023 –y que analizaremos en el presente trabajo– no hacía referencia explícita alguna al reconocimiento

de los derechos políticos y culturales de los pueblos indígenas. Más allá de la trascendencia jurídica de las referidas bases, cuyo efecto práctico es discutible², la omisión a estos derechos es contradictoria con su protección internacional y con el derecho comparado.

El objetivo de esta investigación es analizar los eventuales avances y diferencias existentes en los proyectos constitucionales chilenos de 2022 y 2023 en materia de reconocimiento de derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas, utilizando como paradigma y baremo de comparación, lo dispuesto en las constituciones que integran el movimiento conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. Para abordar dicho objetivo, se indagará, previamente, el concepto de derechos políticos colectivos, considerando dos aspectos relevantes para su comprensión, como son la libre determinación de los pueblos y la noción de democracia comunitaria. Posteriormente, se revisarán ambos proyectos constitucionales, a la luz de los criterios antes señalados.

En principio, este trabajo podría identificarse como una investigación dogmática, en atención a que utiliza como objeto de estudio a las “fuentes formales del derecho” (y aspiraciones de fuentes formales, como sucede como los proyectos constitucionales)³. Sin embargo, el análisis de dichas fuentes se realiza teniendo como referencia, determinados principios y valores vinculados con los derechos humanos –específicamente los derechos políticos colectivos– garantizados en instrumentos internacionales y en Constituciones latinoamericanas. Por ese motivo, se optará por un *método axiológico en los estudios dogmáticos*, esto es, una revisión valorativa y no meramente exegética de los textos en cuestión⁴.

2 HENRÍQUEZ (2024).

3 FERNÁNDEZ et al. (2024), pp. 127-128.

4 CORRAL (2008), pp. 82-85.

En este sentido, la ruta que sigue el documento es, primeramente, definir qué es lo que se debe entender por derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas, revisando el concepto de derechos colectivos, en general, y su concreción política en dos ideas fundamentales, como son la libre determinación de los pueblos y la democracia comunitaria. A continuación, se demostrará la factibilidad de garantizarlos constitucionalmente, tal como sucede, al menos, con las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009)⁵.

Finalmente, se estudiará la inclusión o exclusión de estos principios en los proyectos constitucionales chilenos del último lustro, y las posibles razones de ello.

La originalidad del presente trabajo queda reforzada, en primer lugar, porque la cercanía histórica de los procesos constitucionales chilenos ha dificultado, aún, el desarrollo completo de su análisis comparativo. Pero, además, la introducción en el análisis de este fenómeno, del derecho internacional de los derechos humanos y del nuevo constitucionalismo latinoamericano aportan un enfoque novedoso de análisis que pretende ser un aporte al estudio del momento histórico referido y al debate futuro.

2. LOS DERECHOS POLÍTICOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Una mirada *prima facie* de los derechos políticos los reduce exclusivamente a derechos de participación que poseen ciertas personas (los *ciudadanos*), por medio de los cuales pueden intervenir en las decisiones políticas del Estado. Solo a manera de referencia, López Guerra señala que, además de aquellos derechos de libertad que se identifican por su carácter negativo o de defensa frente a los poderes públicos, también hay otros –de dimensión activa o positiva– dirigidos a la participación en la adopción de las deci-

5 Se hace presente que, por razones de extensión y por no tratarse del objeto central de este trabajo, no es posible desarrollar la implementación y aplicación de las constituciones latinoamericanas mencionadas.

siones dentro de la comunidad. Agrega que, mediante esta intervención, el ciudadano deja de quedar sujeto a la voluntad del poder, sino que pasa a ser su autor (o co-autor) y, como tal, miembro del poder político⁶.

Desde esta perspectiva, los derechos políticos no son concebidos como derechos universales, toda vez que su titularidad recae solo en los ciudadanos, esto es, en los sujetos dotados de la capacidad suficiente para poder definir asuntos públicos de interés general, correspondiéndole a cada ordenamiento constitucional establecer los requisitos específicos para ostentar dicha condición.

Sin embargo, esta mirada individual de los derechos políticos, aun cuando no es errada, es –al menos– incompleta, toda vez que también es posible reconocer la existencia de otros *sujetos políticos*, distintos a los ciudadanos que, a diferencia de estos, son de naturaleza colectiva, y cuyos intereses no son necesariamente los mismos. Estos sujetos son los pueblos en general y, más específicamente, los pueblos indígenas. Ambos son sujetos de *derechos políticos colectivos*, los cuales deben ser garantizados por el Estado, lo mismo que sucede con los derechos políticos individuales.

Para referirnos particularmente a los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas, se hará una revisión previa de tres nociones claves, como son las de los derechos colectivos, el derecho a la libre determinación de los pueblos y la democracia comunitaria.

2.1. Los derechos colectivos

La tarea de definir los derechos colectivos no es pacífica. El jurista mexicano Juan Antonio Cruz Parcero sistematiza sus diferentes conceptos, agrupándolos en dos categorías principales. En primer lugar, los derechos colectivos pueden ser entendidos como aquellos cuyos titulares son comunidades o grupos, como podrían serlo, en sus palabras, los derechos de “los

6 LÓPEZ GUERRA (1994), p. 107.

pueblos indios”. También pueden ser entendidos como tales, aquellos que persiguen fines o bienes colectivos, y no meramente individuales, como sucede con “el derecho a la autodeterminación de los pueblos”⁷.

Desde otra perspectiva, Will Kymlicka alude a otras formas de entender los derechos colectivos. El autor parte de la idea que ambas concepciones aluden a diferentes tipos de reivindicaciones: las de un grupo contra sus miembros, y las de un grupo en contra de la sociedad a la que pertenece. En definitiva, las dos concepciones buscan proteger a un grupo, ya sea de los disensos internos o de las decisiones externas⁸.

Para efectos de este trabajo, y teniendo presente que los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas tienen como objeto principal, resistirse al sometimiento de una organización hegemónica, se preferirá la interpretación de los derechos colectivos como aquellos cuya titularidad recae en grupos humanos, especialmente, en grupos postergados que por su particular condición de desventaja requieren de un trato jurídico especial.

En cuanto a su origen histórico, no parece apropiada la postura de algunos autores que aluden a los derechos colectivos como derechos “de tercera generación”, argumentando que su reconocimiento internacional es posterior a los derechos civiles, políticos y sociales, esto es, a los derechos de primera y segunda generación. En rigor, si se revisa la historia del constitucionalismo, puede advertirse que, desde sus albores, se han planteado derechos de “los pueblos” y no solo de las personas.

7 CRUZ PARCERO (1998), pp. 95-115.

8 KYMLICKA (1992), pp. 140-142.

Así, por ejemplo, James Madison decía a comienzos del Siglo XIX que, si bien todos los poderes públicos tienen, de acuerdo con la Constitución, un derecho inalienable e inembargable a reformar o cambiar el gobierno, el pueblo siempre tendrá el derecho, conforme a los postulados de la soberanía popular, a modificar dicha Constitución⁹.

Lo que sí parece correcto es reconocer la importancia que han ido adquiriendo estos derechos desde una perspectiva contrahegemónica, destinada a desafiar fenómenos de sometimiento. De allí que López Calera sostenga que “en un mundo profundamente individualista, hablar de derechos colectivos no tiene buena prensa (...) La hegemonía ideológica del individualismo no permite muchas alegrías en torno a los derechos colectivos”¹⁰. A través de ellos se intenta subvertir aquel lenguaje tradicional en materia de derechos, integrando a los grupos tradicionalmente postergados al sistema constitucional, como sujetos plenos de derechos.

2.2. La libre determinación como derecho político colectivo de los pueblos indígenas

Dentro de los distintos derechos colectivos que reconoce el ordenamiento internacional y el derecho comparado, deben destacarse algunos de naturaleza política y, dentro de ellos, el derecho a la libre determinación de los pueblos.

Para algunos autores, como Marco Aparicio, no hay mayor diferencia entre este derecho y el de la autodeterminación, ya que, para él, la libre determinación comporta, “la posibilidad de los pueblos de *autodeterminar* su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo”¹¹. Para otra parte de la doctrina, como para Drnas de Clément, la diferencia es solo de enfoque, ya que mientras la autodeterminación se refiere a que cada

9 La referencia a James Madison se encuentra en: FRITZ (1997), pp. 317-318.

10 LÓPEZ CALERA (2000), p. 13.

11 APARICIO (2006), p. 409.

nación (o minoría étnica) tiene derecho a independizarse como Estado, la libre determinación tiene que ver con el derecho de cada pueblo a decidir su propio destino, sin que ello signifique asumir una forma estatal¹².

Para efectos de este trabajo, siguiendo la línea de Aparicio, no se hará diferencia entre libre determinación y autodeterminación.

El jurista y teólogo vizcaíno José A. De Obieta desarma conceptualmente la libre determinación, para distinguir los cuatro derechos que la componen¹³. El primero es la *autoafirmación*, que es aquel derecho por el cual un grupo humano se proclama a sí mismo como pueblo o nación. En segundo lugar, la *autodefinición*, que tiene un componente personal, ya que consiste en el derecho de cada pueblo de decidir quiénes son los miembros que pertenecerán a él. La *autodelimitación*, por su parte, supone que todo pueblo necesita de un espacio físico para poder existir, por lo que es a él a quien le corresponde determinar los límites de su territorio. Finalmente, el derecho a la *autodisposición* se refiere a la facultad que debe reconocerse a cada pueblo para establecer sus autoridades, en búsqueda del logro de sus propios fines.

De Obieta argumenta, además, que cuando un pueblo somete a otro, e impide su autodeterminación, se está en presencia de un acto de colonialismo, que debe ser considerado como una “denegación de derechos fundamentales”. Este sometimiento colonial, al cual califica como “absolutamente condenable en sí”, se da en igual medida, ya sea que se trate de una dominación extranjera sobre otro país o del predominio de un pueblo o grupo étnico sobre los demás que componen un mismo Estado. En el primer caso, estaremos frente a un caso de un colonialismo externo; en el segundo, de un caso de colonialismo interno¹⁴.

12 DRNAS DE CLEMENT (2018), p. 2.

13 DE OBIETA (1989), pp. 64-78.

14 Ibid.

Tal como lo demuestra Aguilar¹⁵, este derecho está recogido en diferentes instrumentos internacionales, partiendo por la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 2 establece como objetivo de la Organización “fomentar entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

También destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual, en su art. 1.1. dispone que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”¹⁶. Es cierto que dicho texto no hace referencia explícita a los pueblos indígenas, pero tampoco los excluye, por lo que es razonable sostener que se refiere tanto a los pueblos preestatales como a los que se constituyen junto con el surgimiento del Estado-nación. Salvador Millaleo lo aclara indicando que el derecho a la autodeterminación no es exclusivo para “las naciones con Estados y a los pueblos colonizados”, sino que también les pertenece a los pueblos indígenas¹⁷.

En este sentido, aun cuando no es un tratado, también debiera destacarse como norma de *soft law* y configuradora de costumbre y de *ius cogens*, el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, el cual establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación”, agregando que, como consecuencia de este derecho, “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Por último, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no se pronuncia expresamente sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pero incorpora el derecho a la consulta y a la participación en las decisiones estatales (arts. 6 y 7).

15 AGUILAR (2007), pp. 410-454.

16 La misma disposición está contenida en el art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

17 MILLALEO (2020), p. 957.

Finalmente, es importante destacar que, en ningún caso, el derecho a la libre determinación debe confundirse —ni mucho menos, caricaturizarse— con la idea de *crear un Estado dentro de otro Estado*. Más bien, se plantea la necesidad de que sea el Estado quien garantice este derecho, alejado de prácticas de colonialismo interno, que no hace más que vulnerar los derechos colectivos de los pueblos¹⁸.

2.3. La democracia comunitaria

Como se ha venido señalando, la democracia tradicional, en cualquiera de sus formas (representativa, participativa, deliberativa)¹⁹, se fundó en el requerimiento de canalizar, a través de los derechos políticos individuales, las necesidades e intereses de los ciudadanos. Sin embargo, en la medida que se incrementó la preocupación por los derechos políticos colectivos, se hizo imprescindible construir otro tipo de democracia, que fuera capaz de abocarse, en igual medida, a las demandas de grupos o colectivos.

En este segundo caso, se habla de una democracia comunitaria, la cual es necesaria para procesar los intereses propios de los grupos que componen la sociedad, precisamente en el ejercicio de sus derechos políticos colectivos. Esta idea recoge la convicción de que los colectivos *son democráticamente relevantes*, por lo que, por una parte, sus ideales deben ser considerados por el Estado y, por la otra, ellos mismos deben actuar conforme a criterios de democracia interna.

Dicho ello, es posible constatar que la comprensión de la democracia comunitaria admite, al menos, dos concepciones, las cuales parecen no ser contradictorias, a pesar de provenir de matrices ideológicas diferentes: una de carácter liberal, y otra de naturaleza decolonial.

18 CANIUQUEO (2021), pp. 2010-2014.

19 BAÑOS (2006), pp. 46-56.

Desde un punto de vista liberal, será Ronald Dworkin quien en su trabajo “Liberalismo, Constitución y Democracia”²⁰ explique que una democracia requiere siempre de algún tipo de acción colectiva, ya que ella se define como un gobierno que, bajo los postulados de Lincoln, debe ser ejercido *por el pueblo*. De allí, por ejemplo, que jamás un ciudadano podrá elegir por sí mismo a los gobernantes, sino que lo hace el pueblo al cual pertenece.

Sin embargo –agregará el autor– no existe una única forma de acción colectiva, ya que ella puede operar de forma estadística o comunitaria. En la primera, no hay necesariamente una conciencia de actuar como grupo, sino que se consigue a través de la suma de decisiones individuales expresadas en el voto, y por medio de la regla de la mayoría.

En la segunda, esto es, en la acción comunitaria, es el pueblo quien “como tal” toma sus propias decisiones y no los ciudadanos individuales, siguiendo de alguna forma, la idea de Rousseau en torno a la concreción de la voluntad general. Lo importante, en este caso, es que se actúe de manera integrada y no monolítica, vale decir, que se respete la individualidad de los miembros de la colectividad, y no de forma totalitaria. En la acción comunitaria, lo relevante no es el sufragio ni ningún otro mecanismo estructural de decisión, sino que podría operar, por ejemplo, consensuando ideales comunes que sirvan como límites a la decisión mayoritaria.

Desde una postura decolonial, la democracia comunitaria aparece como una alternativa a la democracia representativa, y se refiere a las particulares formas de tomar decisiones al interior de algunas comunidades, tales como los barrios, los gremios o las comunidades indígenas. Este método de resolver está ligado con formas asociativas o asambleístas, con la justicia indígena y la organización de actividades rituales y festivas, pudiendo operar tanto para decidir cuestiones locales, como para incidir en asuntos nacionales²¹.

20 DWORKIN (2003), pp. 52-71.

21 MADRID (2022), pp. 1-17.

En este sentido, la democracia comunitaria puede ser útil para acordar, por ejemplo, cuestiones importantes para cada pueblo o comunidad, sus normas y procedimientos, como también para elegir a las personas que los representarán en las entidades de decisión estatal. Nuestra posición es que ambas miradas, la liberal y la decolonial, no son estrictamente excluyentes, y que pueden operar perfectamente de manera complementaria.

De esta forma, desde la vereda liberal, es interesante observar que no todo se resuelve por la suma aritmética de los sufragios, sino que también existen consciencias colectivas que merecen ser consideradas. Aun así, parece necesario complementar la tesis de Dworkin, para quien no sería necesario establecer mecanismos estructurales que permitan expresar, con incidencia, las voluntades generales. La experiencia ha demostrado, tal como se revisará más adelante, que existen herramientas constitucionales que permiten encauzar políticamente las legítimas pretensiones de los pueblos que componen el Estado, especialmente en sociedades multiculturales, como sucede con las sociedades latinoamericanas.

Desde la vereda decolonial, por su parte, es importante asegurar a los colectivos, la posibilidad de articular, por sí mismos, sus decisiones a través de los propios mecanismos democráticos que ellos determinen, coherentes con sus particulares tradiciones y costumbres, y no mediante la imposición forzada de procedimientos ajenos.

Desde un enfoque de derechos humanos, es posible aseverar que la democracia comunitaria ha de considerar ambos aspectos. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 5 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas del año 2007, según la cual estos pueblos “tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

3. LOS DERECHOS POLÍTICOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DESCOLONIZADOR

Un modelo que se ha ocupado seriamente de los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas es el denominado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, más específicamente el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador” (NCLAD)²².

Para desarrollar esta idea, se definirá al NCLAD como aquel fenómeno surgido en la primera década del presente siglo en algunos países latinoamericanos, como reacción al colonialismo, y cuyo objetivo principal es garantizar derechos políticos y culturales de naturaleza colectiva, a través de herramientas tales como el establecimiento de estados plurinacionales, el reconocimiento del buen vivir, y la positivación de diferentes derechos individuales y colectivos en clave contrahegemónica²³.

Aun cuando, al referirse al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, una cantidad importante de autores incluyen a las Constituciones de Colombia (1991) y Venezuela (1999), el carácter descolonizador se encuentra con claridad en las Cartas de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009)²⁴. Por dicha razón, al referirnos al NCLAD, haremos referencia exclusivamente a estos dos últimos ordenamientos.

Precisamente, uno de los rasgos que caracterizan al NCLAD es la consideración de los pueblos indígenas como colectivos dotados de derechos políticos.

22 Entre otros trabajos, es posible encontrar esta terminología en: BALDI (2013) y TÓRTORA (2021).

23 TÓRTORA (2021), p. 3.

24 Sobre la delimitación de las Constituciones que forman parte del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano véase: YÁÑEZ y MILA (2021).

Como primer rasgo distintivo, destaca la consideración de ambos Estados como Estados Plurinacionales²⁵. Este modelo da noticia del espíritu refundacional y descolonizador que inspira a ambas constituciones.

Al respecto, se debe precisar que la plurinacionalidad es aquel modelo de organización política y social que supone la convivencia respetuosa, y sin subordinación, de las diferentes pueblos, naciones o culturas que componen un determinado Estado²⁶. En ningún caso este principio pretende destruir al Estado, sino que reconoce el derecho de cada pueblo de coexistir en un plano de igualdad y de no sometimiento con los demás. Como lo detalla Raquel Irigoyen, la plurinacionalidad así entendida representa el grado más avanzado de las posibilidades existentes en el plano del pluralismo²⁷.

La plurinacionalidad no solo funciona como un diseño de distribución de competencias y de poderes entre el Estado central y los diversos pueblos que lo componen, sino que también impacta en la comprensión de los derechos políticos colectivos. Esto, por cuanto se trata de un modelo que encierra la voluntad política de permitir a las naciones construir y participar en un gobierno común, que reconozca las diferencias culturales y las incorpore en las instituciones, aclara Luis Tapia. El mismo autor agregará que la plurinacionalidad involucrará dos cosas: la voluntad de organizar dicho gobierno común, reconociendo diferentes culturas, identidades y sujetos; y el establecimiento de relaciones de complementariedad y reciprocidad no sólo dentro de los miembros de una misma cultura, sino que, también entre colectividades de diferentes culturas²⁸.

25 Art. 1 inciso primero CPE: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. Art. 1 CPB: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

26 En relación con la definición de plurinacionalidad, se sugiere revisar: OYARZO (2021), pp. 11-44.

27 YRIGOYEN (2004), p. 172.

28 TAPIA (2017), p. 145.

Congruentes con la plurinacionalidad, se reconoce a los pueblos originarios, el derecho a la consulta indígena. Este, si bien ya está recogido por el art. 6 del Convenio 169 de OIT, son las Constituciones de Ecuador y de Bolivia las primeras latinoamericanas en incorporarlo de manera explícita²⁹. Es así como, tanto el art. 57 de la CPE como el art. 30 de la CPB establecen el derecho de los pueblos originarios a ser consultados ante decisiones estatales que pudiesen afectarles³⁰.

Bolivia, además de la plurinacionalidad, incorpora un mecanismo adicional de democracia comunitaria, que permite canalizar de manera efectiva los intereses colectivos de los pueblos indígenas, como son los escaños reservados en su órgano legislativo, esto es, en la Asamblea Legislativa Plurinacional (arts. 146 y 147 CPB).

Esto último no está presente en Ecuador, cuya Constitución no hace referencia a escaños reservados. Sobre este particular, se ha señalado que en este ordenamiento no se establece “con claridad el derecho de participación colectiva de los pueblos indígenas”. Por lo mismo, no es posible apreciar cambios sustanciales ni en la estructura, ni en la representación y el diseño de los órganos principales del Estado en miras a adaptarse al modelo plurinacional. Cuando más, se ha contratado personal administrativo de origen indígena y se ha incorporado una justicia indígena, pero ello es insuficiente para la toma de las decisiones políticas generales³¹.

29 SCHILLING-VACAFLOR (2010), p. 46.

30 Art. 57 CPE: Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 17 Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Art. 30.II CPB: En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

31 MALDONADO y JIJÓN (2011), pp. 198-203.

Más allá de los arreglos institucionales incorporados en la estructura constitucional de Ecuador y Bolivia, es necesario mencionar que ambas constituciones reconocen explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Esta era una demanda que, de alguna forma, se arrastraba de los comienzos de la vida republicana, exigiendo mayores espacios de decisión a los pueblos. “Las demandas de autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, presentes con fuerza desde mediados de los años 80 en algunos países de América Latina, han interpelado las relaciones coloniales de poder vigentes a lo interno de los Estados-nación”, explica Pablo Ortiz³².

Siendo rigurosos, la recepción de este derecho en la CPE es acotada, toda vez que asegura “autodeterminación” exclusivamente a los “pueblos con aislamiento voluntario” (art. 57).

La CPB, en cambio, es mucho más explícita. De hecho, en su Preámbulo, se hace referencia a una Bolivia “comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”. Será el art. 2 el que lo proclame explícitamente al establecer que: “[d]ada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado”.

Como consecuencia de la libre determinación, la Constitución boliviana avanza hacia la autonomía. Estos dos conceptos están íntimamente ligados, tal como lo explica Javier Rupíerez. Para este autor, la libre determinación puede asumir diferentes formas, en particular externas e internas. Las formas externas son aquellas que operan cuando un pueblo que, perteneciendo a un Estado, decide separarse de él, ya sea para convertirse en un nuevo Estado, solo o junto con otros pueblos. Las formas internas consisten en la decisión de un pueblo de seguir permaneciendo al Estado donde se ubica, siempre

32 ORTIZ (2005), p. 251.

que este lo reconozca como pueblo y le garantice sus derechos, pactando con ellos la forma de ejercerlos. La versión externa corresponde a la soberanía, y la segunda a la autonomía³³.

De esta forma, la autonomía es una de las formas de ejercer el derecho a la libre determinación, y es aquella por la cual han optado los pueblos originarios en ciertos países. Su delimitación conceptual no es simple.

Para ello, hay que tener presente que el art. 2 de la CPB señala que la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consiste “en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

A su vez, el art. 289 define esta autonomía como “el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

Como se observa, tal como lo señala De la Varga, la autonomía jurídicamente representa “una identidad que se supone otorga autenticidad a los pueblos originarios y la distingue de la soberanía como un ‘derecho’ reservado a los Estados-nación”. Agrega que ella es invocada para demandar que las instituciones nacionales e internacionales reconozcan el estatus histórico de pueblos originarios y el derecho a definir sus propias fórmulas de autoridad, justicia y realización espiritual y cultural³⁴.

Por último, para terminar de aclarar la idea de autonomía, se hace imprescindible distinguirla de lo que son las *autonomías* (en plural). Estas últimas corresponden a niveles subnacionales de gobiernos locales, los que podrán

33 RUIPÉREZ (1995), pp. 49-76.

34 DE LA VARGA (2013), p. 378.

establecerse, siempre que concurren ciertos requisitos constitucionales. En lo que importa a este trabajo, se debe aclarar que las autonomías no tienen exclusivamente una fundamentación étnica, basada en la preexistencia de comunidades prehispánicas, sino a factores territoriales que, unidos a decisiones voluntarias de sus habitantes, deciden organizarse de este modo.

Ecuador, que no reconoce la autonomía de los pueblos indígenas de modo general, sí contempla autonomías, bajo las denominaciones de *gobiernos autónomos descentralizados* y *regímenes especiales*. Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana, y en ningún caso darán lugar a secesión del territorio nacional, según lo establece el art. 238 de la CPE. La misma disposición señala cuáles serán estos gobiernos, ninguno de los cuales, sin embargo, tiene connotación indígena, sino puramente de ordenación territorial: juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

A su vez, la CPB crea las autonomías indígena originario campesinas que son “los territorios indígena originario campesinos, y los municipios y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley” (art. 291.I). Estas autonomías se unen a las autonomías departamentales, regionales y municipales (arts. 278, 281 y 284, respectivamente), todas las cuales contribuyen a moldear aquella declaración del art. 1, que señala que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional, que, entre otras características, declara que es *con autonomías*.

Para su conformación la CPB no establece procedimientos formales, sino que sólo se requerirá de la voluntad expresada de su población en consulta, en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible (art. 293.I).

En definitiva, como se aprecia, la cuestión relativa a los derechos políticos de los pueblos indígenas en ambas constituciones representa un eje fundamental, que se desprende del carácter plurinacional de ambas regulaciones y que se expresa a través de la libre determinación, los escaños reservados, el derecho a la consulta y las autonomías territoriales, entre otras manifestaciones.

4. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL CHILENA DE 2022

La Constitución Política de la República de Chile (CPCH) del año 1980, y modificada en múltiples ocasiones, no reconoce de manera explícita a los pueblos indígenas u originarios, ni mucho menos sus derechos colectivos. Cuando más, la referencia al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados en tratados internacionales que formula el art. 5 podría reconducir a las normas establecidas en el PIDCP, el Convenio 169 de la OIT y en algunos otros documentos que, sin ser tratados, son manifestación de acuerdos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

No obstante ello, la pretensión de reconocimiento constitucional ha tomado muchos años en este país, sin que se haya podido concretar hasta el momento³⁵.

Como es de público conocimiento, entre los años 2019 y 2022 en Chile se gestó un proyecto de nueva Constitución, el cual fue consecuencia inmediata de las movilizaciones sociales de octubre de 2019, conocidas popularmente como *el estallido social*. Estas manifestaciones convocaron a millones de personas en todo el territorio y fueron interpretadas por parte de la doctrina como un verdadero momento constituyente en términos de Ackerman³⁶.

35 Sobre el particular, véanse: MILLALEO (2019), AYLWIN (2021), DONOSO (2021), FUENTES (2022).

36 ACKERMAN (1999).

Este proceso se inicia con el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, suscrito el día 15 de noviembre de 2019³⁷, donde la mayor parte de los partidos políticos de representación parlamentaria pactaron un procedimiento para redactar una nueva Constitución. Este acuerdo se materializa jurídicamente en dos reformas constitucionales aprobadas en diciembre de 2019 (N°21.200) y marzo de 2020 (N°21.216).

En un primer plebiscito, tenido lugar el 25 de octubre de 2020, la ciudadanía aprobó la idea de una nueva Constitución y, además, dispuso que sería redactada por una Convención Constitucional, compuesta por 155 miembros elegidos en votación popular, paritaria (esto es, compuesta por mismo número de hombres y mujeres) y con escaños reservados a pueblos indígenas. Estos últimos ascendieron a 17 cupos, correspondientes aproximadamente al 11% del total de la Convención, que era levemente inferior a la población indígena del país, esto es, un 12,8% según el último Censo de 2017.

La inclusión de representantes indígenas fue fundamental para que el Proyecto elaborado por la Convención tuviese un alto contenido destinado al resguardo de los derechos de los pueblos originarios. Adicionalmente, el Reglamento de la Convención, redactado por ella misma, estableció que en cada Comisión Temática debía haber entre uno a tres representantes de escaños reservados, de modo que ellos no solo se pronunciaran sobre aspectos relativos a los pueblos indígenas, sino que su voz fuera importante en la redacción de todo el proyecto constitucional³⁸.

De la lectura del texto propuesto, es notable la incidencia del NCLAD, en cada uno de los puntos analizados anteriormente, toda vez que, al igual que en Ecuador y Bolivia, se recogen la plurinacionalidad, la consulta indígena, los escaños reservados, la libre determinación y las autonomías territoriales. Revisemos cada uno de estos puntos.

37 El texto del Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución puede obtenerse desde el siguiente enlace: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

38 Art. 70 del Reglamento General de la Convención Constitucional.

4.1. La plurinacionalidad en el proyecto de 2022

El muy breve preámbulo del Proyecto de 2022 señalaba “[n]osotras y nosotros, el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones, nos otorgamos libremente esta Constitución, acordada en un proceso participativo, paritario y democrático”. Por primera vez, una Constitución declaraba que Chile estaba compuesto por diferentes naciones, abandonando el paradigma monocultural/mononacional presente durante toda su historia institucional.

Sin embargo, la declaración más significativa se encuentra en el art. 1.1. del proyecto, el cual señalaba que “Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico”. La novedad no pasaba solo por el hecho de reconocer la existencia de un Estado social y democrático —fórmula que tampoco había sido reconocida en la historia constitucional chilena³⁹— sino que, también, por el reconocimiento explícito de la plurinacionalidad como principio fundante del Estado.

La relevancia de la plurinacionalidad no pasaba solo por la formulación de un nuevo modelo estatal, sino que también, como lo afirma Marimán, representa una garantía para evitar prácticas intencionadas aberrantes “contra la vida y la naturaleza humana”⁴⁰, que ya se habían ejecutado contra la población indígena en Chile.

En conexión con la plurinacionalidad, es importante destacar que se disponía que Chile “reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado” (art. 5.1) y se compromete con “el respeto y la promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional de los derechos humanos” (art. 14.1).

39 VIERA y GARCÍA-OCAMPO (2024)

40 MARIMÁN (2021), p. 96.

Adicionalmente, el art. 11 reconoce y promueve el diálogo entre las diversas cosmovisiones de los pueblos y naciones que conviven en el país. Este diálogo no solo debía ser *intercultural, horizontal y transversal*, sino además, basado en la dignidad y respeto recíprocos. La referencia a las cosmovisiones es importante, pues, tal como lo señala Amaru, es un concepto que permite distinguir la cultura indígena de la europea⁴¹.

Como veremos más adelante, sin embargo, estas notas relativas a la plurinacionalidad terminaron siendo uno de los puntos decisivos para el rechazo final del proyecto.

4.2. La consulta indígena en el proyecto de 2022

El art. 66 del Proyecto señalaba expresamente que los pueblos y naciones indígenas tenían “el derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen”, agregando que el Estado debía asegurar la participación efectiva, a través de sus instituciones representativas, conforme a criterios de libertad, representatividad, procedimientos apropiados, información y buena fe. Resulta importante destacar que esta disposición se ubicaba en el Capítulo II sobre *Derechos fundamentales y garantías*, lo que significaba que la consulta no era solo una forma de tomar decisiones, sino que, por sobre todo, se le consideraba un derecho fundamental, siguiendo la línea propuesta por el derecho internacional.

Una polémica norma se incorporó en el art. 191 del Proyecto, ya que –a propósito de la participación en las entidades territoriales en el Estado Regional– se establecía que los pueblos y naciones indígenas no solo debían ser consultados, sino que además “otorgarán el consentimiento libre, previo e informado” para aquellos asuntos que pudiesen afectar sus derechos reconocidos en la Constitución.

41 AMARU (2012), pp. 5-62.

La discusión en torno a este artículo pasó en torno a la extensión que debía dársele al consentimiento indígena⁴². Para algunos, esta regla operaba como un poder de veto, donde un 12% podía someter al otro 88% de la población, primando de este modo por sobre la voluntad de una inmensa mayoría⁴³. Para otro sector, en cambio, sólo aplicaba a cuestiones propias a la participación en el Estado Regional, vale decir, para asuntos locales, sin pretensiones de generalidad⁴⁴. El asunto no quedó del todo claro en el texto, por lo que, probablemente, en caso de haber sido aprobado, las dificultades derivadas de su aplicación deberían haber sido resueltas democráticamente por el órgano legislativo o, judicialmente, por la Corte Constitucional.

4.3. Escaños reservados en el Proyecto de 2022

Ya se abordó anteriormente la relación entre la democracia comunitaria y los escaños reservados en los órganos principales del Estado. Sobre el particular, es importante indicar que el proyecto en análisis preveía aquel tipo de democracia, ya que en su art. 151.1 se disponía que “[e]n Chile, la democracia se ejerce en forma directa, participativa, comunitaria y representativa”.

En esa línea, el art. 162 estableció una regla trascendente en la materia, al disponer que en todos los órganos colegiados de representación popular debían establecerse “escaños reservados para los pueblos y naciones indígenas”. Estos operarían en órganos nacionales, regionales y comunales, y su número se establecería por ley en proporción a la población indígena del respectivo territorio electoral. Aun así, se dispusieron reglas específicas respecto de algunos órganos.

42 ROMÁN (2022).

43 THOMAS (2022).

44 CONTESSE (2022).

Tal fue el caso de ambas ramas del Poder Legislativo, esto es, del Congreso de Diputados y Diputadas y la Cámara de las Regiones, a los cuales se les denominó como *órganos plurinacionales* y se dispuso la existencia de escaños reservados. A pesar de que el proyecto no fijó su número, mandató al legislador para que regulara este y otros asuntos relacionados⁴⁵.

Además, se estableció integración plurinacional del Consejo de Justicia y de una eventual futura Asamblea Constituyente. Respecto del primero de ellos, dos de sus diecisiete miembros debían ser elegidos por los pueblos y naciones indígenas, de conformidad a lo que estableciera la propia Constitución y la ley (art. 344), mientras que la Asamblea debía contemplar, dentro de su integración, escaños reservados para los mismos pueblos y naciones (art. 387).

4.4. El derecho a la libre determinación en el Proyecto de 2022

La libre determinación de los pueblos y naciones indígenas era considerada tanto un principio como un derecho. En la primera de estas funciones, ella queda recogida en el Capítulo I sobre “Principios y disposiciones generales”, por lo que podría haber servido como un insumo fundamental para la interpretación del resto de la Constitución. En concreto lo que allí se estableció era que el Estado debía respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas, conforme a lo indicado en el art. 5.3.

Como derecho fundamental, por su parte, el art. 34 aseguraba que, en virtud de su libre determinación, los pueblos indígenas debían gozar del derecho al pleno ejercicio de todos sus derechos, tanto individuales como colectivos. Luego, se mencionaban algunos de estos derechos, de manera ejemplar, como sucedía con el derecho al autogobierno, a su cultura, al patrimonio y al reconocimiento de sus tierras, entre otros.

45 Arts. 252 y 254 del Proyecto.

Aun cuando la consagración constitucional de este derecho significaba la concreción de mandatos de derecho internacional, y resolvían graves problemas de exclusión de los pueblos indígenas chilenos, no fue bien recibida por toda la doctrina nacional. Así por ejemplo, Jaime Arancibia sostuvo en un medio de prensa que estos derechos destruían la igualdad ante la ley, ya que constituían “un privilegio desde el momento en que se trata de bienes, garantías y poder de veto que no han sido reconocidos del mismo modo para el resto de los chilenos mestizos”⁴⁶.

4.5. Las autonomías territoriales en el Proyecto de 2022

De acuerdo con el proyecto, el Estado de Chile se organizaría territorialmente “en entidades territoriales autónomas y territorios especiales”, siendo las primeras, las comunas autónomas, las regiones autónomas y las autonomías territoriales indígenas. Todas ellas gozarían de autonomía, tanto a nivel político, administrativo como financiero, y gozarían de personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 187).

Uno de los inconvenientes de este tópico fue que la configuración de las autonomías territoriales indígenas no quedó del todo perfilada en el proyecto constitucional, delegando muchos de sus contenidos a la ley.

En efecto, el proyecto se limitó a definir las como aquellas entidades territoriales “dotada[s] de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, donde los pueblos y naciones indígenas ejercen derechos de autonomía en coordinación con las demás entidades territoriales” (art. 234). Nótese en esta disposición cómo se ratifica lo que se mencionaba previamente en este mismo trabajo: la distinción entre autonomía y autonomías.

Por su parte, se entregaba al legislador la determinación de una serie de elementos importantes. Por ejemplo, la ley debía establecer el procedimiento participativo, consultado, oportuno, eficiente y transparente para la

46 ÁVILA (2022).

creación de las autonomías, el cual siempre debía iniciarse a requerimiento de los pueblos y naciones indígenas interesados (art. 234). Además, debía establecer las competencias de estas autonomías, tanto las exclusivas como las compartidas con otras entidades territoriales (art. 235).

A pesar de que las autonomías, nuevamente, permitían el desarrollo de la libre determinación, y que ya habían sido reconocidas en otros ordenamientos, como los del NCLAD, también encontraron resistencia, sobre todo en los sectores más conservadores en Chile. Y es que, efectivamente, la falta de claridad de los contornos conceptuales y competenciales de estas entidades territoriales, sumado a lo novedoso que resultaba para el país esta fórmula, generó desconfianza en algunos círculos.

Así se explica, por ejemplo, que, para el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el proyecto “no queda[ba] claro hasta dónde podrían llegar sus atribuciones y qué límites tienen”⁴⁷, advirtiendo, en definitiva, que se trataba de una autonomía *con límites difusos*.

4.6. La suerte del Proyecto de 2022

Finalmente, el Proyecto de 2022 fue sometido a plebiscito el día 4 de septiembre del mismo año. En esa ocasión, a diferencia del plebiscito de 2020, el voto era obligatorio, y la opción “rechazo” alcanzó el 61,89% de los sufragios válidamente emitidos.

Muchas fueron las razones que significaron el fracaso de la propuesta de la Convención. Sin embargo, hay dos que importan para este trabajo. En primer lugar, un 13% consideró su razón principal que la nueva Constitución “iba a generar división entre los chilenos”⁴⁸, mientras que un 8% lo hizo “por la plurinacionalidad”⁴⁹.

47 CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2022), p. 2.

48 CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2022), pp. 28-34.

49 Ibid.

La opción de división entre los chilenos apuntaba, principalmente a la polarización de la discusión, y también a temas indígenas tales como la autonomía, la justicia especial y la plurinacionalidad, aun cuando esta última aparece como una opción de rechazo en sí misma⁵⁰.

Augusto Varas afirma que la propuesta de 2022 adquirió, en definitiva, una perspectiva identitaria con carácter decolonial, emulando a la Constitución ecuatoriana. La plurinacionalidad, afirma el autor, fue entendida como una amenaza para la seguridad de los no indígenas, y tampoco fue lo suficientemente aceptada por la población mapuche, donde la propuesta solo habría cuajado en su élite, pero no en su pueblo⁵¹.

Aun cuando no sea posible asegurar que el Proyecto fue rechazado solo por la consideración de derechos colectivos de los pueblos indígenas ni por la plurinacionalidad, es posible constatar que, ante un plebiscito donde las opciones son apenas dos, este factor pudo haber sido definitorio. A pesar de ello, parecen oportunas las reflexiones de Elisa Loncón, primera presidenta de la Convención Constitucional, para quien todavía es necesario que Chile debata sobre la plurinacionalidad, argumentando que “los pueblos seguimos siendo naciones, nosotros siempre hemos estado acá”⁵².

5. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL CHILENA DE 2023

Una vez rechazado el proyecto de la Convención Constitucional, habían quedado claras dos cosas para Chile: que una inmensa mayoría había optado por crear una nueva Constitución, pero que la oferta de nuevo texto no había satisfecho las expectativas de la ciudadanía.

50 MASCAREÑO et al. (2022), pp. 15-19.

51 VARAS (2024), pp. 66-80.

52 CAMBIO 21 (2022).

De esta forma, se procedió a diseñar un segundo proceso constitucional, esta vez mucho más contenido y limitado, tanto en el procedimiento como en el contenido, el cual quedó regulado por la Reforma Constitucional N°21.533 del año 2023.

Desde lo procedimental, esta vez se optó por un itinerario compuesto por tres instancias. Primero, operó una Comisión Experta, paritaria, compuesta por 24 personas, designadas por el Senado y la Cámara de Diputados, que elaboró un anteproyecto de nueva Constitución. Con este documento, trabajó el Consejo Constitucional, también paritario, integrado por 50 personas elegidas por votación popular, quien tuvo a su cargo la redacción de la propuesta constitucional a ser presentada a la ciudadanía. Finalmente, el proceso cerró con un plebiscito, a través del cual, los ciudadanos debieron decidir si estaban a favor o en contra del texto ofrecido.

Cabe hacer notar que ni la Comisión Experta ni el Consejo Constitucional contó con escaños reservados para pueblos indígenas. Sin embargo, la Reforma Constitucional contempló la posibilidad que, a los cincuenta miembros originales del Consejo, se agregaran uno o más representantes de estos pueblos. Para ello, la suma de los votos obtenidos en la circunscripción especial indígena debía contar con, al menos, el 1,5% de los votos obtenidos en las demás circunscripciones (art. 144 CPCH). En el caso específico, efectivamente fue elegido un consejero indígena, representante al pueblo mapuche, el abogado Alihuén Antileo Navarrete⁵³. Si bien ello debería haber significado un Consejo Constitucional compuesto por 51 personas, uno de los miembros elegidos no asumió el cargo, atendida una anterior denuncia en su contra por abuso sexual⁵⁴.

53 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023a).

54 RADIO COOPERATIVA (2023).

En cuanto al contenido, la ya mencionada Reforma N°21.533 estableció 12 “bases institucionales y fundamentales” (art. 154, inciso primero, CP-CH)⁵⁵, las cuales debían, necesariamente, formar parte de la nueva propuesta constitucional. En caso de que el texto o las propuestas de normas aprobadas por alguna de las comisiones o por el plenario del Consejo Constitucional o la Comisión Experta, no cumpliera con este requisito de contenido, un determinado quórum de ambas instancias podía recurrir al Comité Técnico de Admisibilidad, compuesto por 14 abogados y abogadas, de integración paritaria, nombrados por la Cámara de Diputados y el Senado.

55 Art. 154 (inciso primero).- La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales: **(1)** Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo; **(2)** El Estado de Chile es unitario y descentralizado; **(3)** La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos; **(4)** La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas; **(5)** Chile es un Estado social y democrático con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público; **(6)** Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas; **(7)** Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí; a) Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público; b) Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas; c) Poder Legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular; **(8)** Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, Justicia Electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República; **(9)** Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros; **(10)** Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile; **(11)** La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia; **(12)** Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad.

Como veremos a continuación, el texto final fue incapaz de profundizar seriamente en lo relativo a los derechos políticos colectivos de los pueblos indígenas, demostrando un importante retroceso en relación con la propuesta del año anterior. En principio, se pueden sostener, al menos, tres principales factores que incidieron en ello.

Primero, hubo una baja representación de pueblos originarios en los órganos competentes, derivado de la inexistencia de escaños reservados y la elección de un solo consejero constitucional en la circunscripción especial indígena. En segundo término, el fracaso del anterior proceso generó cierta desconfianza en torno a las temáticas relativas a los derechos de los pueblos indígenas. Y, por último, los límites establecidos en las bases institucionales del art. 154 CPOCH significaron un detrimento a las aspiraciones de los pueblos indígenas. Expliquemos mejor este último punto.

Aun cuando el texto de la Constitución de 1980 no reconocía a los pueblos originarios, y las bases institucionales establecían que el segundo proyecto constitucional debía hacerlo, es evidente que los términos establecidos en ellas redujeron notablemente el nivel de protección y autonomía que brindaba la primera propuesta constitucional.

Efectivamente, las bases sostuvieron una suerte de umbrales mínimos y máximos de protección. El umbral mínimo se refería a que la nueva Constitución debía reconocer “a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena” y que el Estado debía respetar y promover “sus derechos y culturas”. Esto, sin dudas, es un avance respecto de la Constitución del ’80. El problema estaba, sin embargo, en los umbrales máximos, ya que las bases sostuvieron que la nueva Carta debía considerar a la nación chilena como “una e indivisible”, lo que pasaba a ser un dique infranqueable a las posibilidades de un modelo plurinacional.

Además, desde un punto de vista simbólico, las bases limitaron los emblemas nacionales solo “a la bandera, el escudo y el himno nacional”. Con esto, se impedía que se reconocieran los símbolos propios de los pueblos originarios, tal como ocurre, por ejemplo, con las Constituciones de Bolivia (arts. 6.I.; 30.II.9 y 108.13) y Ecuador (art. 57.19), y también con el proyecto chileno de 2022, el cual disponía, en su art. 13 que, además de los emblemas nacionales (bandera, escudo e himno), el Estado reconocería a los “símbolos y emblemas de los pueblos y naciones indígenas”.

De esta forma, el reducido espacio brindado por las bases a los órganos redactores del proyecto, sumado a la baja representación indígena y al poco interés por estas materias, hizo que el nuevo proyecto poco avanzara en el reconocimiento de derechos políticos colectivos.

En concreto, las referencias a los pueblos indígenas solo tienen que ver con su reconocimiento genérico y con la delegación al legislador para la concreción de algunos de sus derechos políticos. Revisemos esta afirmación en las próximas páginas.

5.1. El reconocimiento genérico de los pueblos indígenas

Profundamente determinado por las bases institucionales, el art. 5° del proyecto dispuso que la Constitución “reconoc[ía] a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible”, agregando que el Estado debía respetar y promover “sus derechos individuales y colectivos garantizados por esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Aun cuando la propuesta pretendía mejorar la situación de la CPCH, la cual ignoraba por completo a los pueblos originarios, no es menos cierto que eliminaba toda referencia a la plurinacionalidad y a los mecanismos de participación colectiva. Aún así, debe destacarse la referencia a los derechos

colectivos de los pueblos garantizados en tratados internacionales, lo cual habría permitido haber disputado, al menos, el derecho a la libre determinación antes estudiado.

El diseño de la propuesta de 2023 se alejaba del modelo plurinacional recogido en el NCLAD, y se acerca más al del reconocimiento. Este último, según Torrens, busca ensalzar la diferencia como factor positivo, visibilizando a las minorías y posibilitando la disposición de mayores recursos materiales⁵⁶.

Sin embargo, el reconocimiento no hace más que conservar la relación vertical y jerárquica existente entre la cultura estatal hegemónica y las culturas indígenas, impidiendo que se desplieguen verdaderos espacios de integración democrática entre todas ellas.

5.2. Remisión a la ley

El proyecto de 2023 no dispuso una fórmula específica de participación de los pueblos originarios, como tampoco contempló el derecho a la consulta, ni los escaños reservados. A pesar de ello, debe dejarse constancia que en su art. 51, junto con señalar que el Congreso Nacional sería bicameral, se dispuso lo siguiente: “la ley podrá establecer mecanismos para promover la participación de los pueblos indígenas en el Congreso Nacional”.

La gran dificultad de la disposición señalada es que aludía a la participación indígena en términos meramente facultativos para el legislador, lo cual en ningún caso garantizaba la existencia de mecanismos concretos de representación.

5.3. La suerte del proyecto de 2023

⁵⁶ TORRENS (2012), p. 400.

El proyecto constitucional de 2023 fue sometido a un plebiscito nacional, nuevamente con voto obligatorio, el día 17 de diciembre del mismo año. Esta vez, la propuesta volvió a ser rechazada por la ciudadanía, predominando el voto “en contra” con un 55,76% de los sufragios válidamente emitidos⁵⁷.

A diferencia del caso anterior, como el contenido relativo a los derechos colectivos de los pueblos es escaso, no es posible atribuir a ese factor el fracaso de la propuesta. Por cierto, su ausencia tampoco sirve para validar el proyecto anterior. Nuevamente el ofrecimiento no se ajustaba del todo a los intereses contingentes de una ciudadanía.

Como lo advierten Martínez y Fuentes-Contreras, no es del todo evidente el motivo por el cual terminó rechazándose esta propuesta, y las causas son variadas. Incluso se alude a una cierta “fatiga democrática”, resultado de tener que ir a votar 10 veces en 1.148 días, mientras que no era posible a la ciudadanía percibir una real voluntad de llegar a acuerdos por parte de los representantes⁵⁸.

El caso es que haber, virtualmente, omitido a los derechos de los pueblos originarios, representó un retroceso importante en esta propuesta, distanciándose de las exigencias jurídicas y políticas derivadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Aun así, una herencia importante de este segundo proceso, serán las bases institucionales incorporadas a la Constitución de 1980, entre las cuales, está el reconocimiento de los pueblos originarios y de sus derechos colectivos. El efecto jurídico de las mismas, sin embargo, está pendiente de resolver⁵⁹.

57 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023b).

58 MARTÍNEZ y FUENTES-CONTRERAS (2024), pp. 157-173.

59 Un completo análisis de ambos proyectos constitucionales, y que se sugiere revisar, en: GARCÍA (2025).

6. CONCLUSIONES

El Estado de Chile y, particularmente, su devenir constitucional mantiene una *deuda histórica* con los pueblos indígenas que habitan su territorio.

Desde una perspectiva política, la historia de exclusión se remonta a los albores de la república. Recién en 1989 el entonces candidato a la Presidencia, Patricio Aylwin se reunió con representantes de los pueblos indígenas, sellando el Acuerdo de Nueva Imperial, por el cual se adquirió el compromiso de reconocer a estos pueblos, valorizando su cultura y su carácter de pueblos integrantes de “nuestra nacionalidad”⁶⁰. Como consecuencia de estos esfuerzos, se avanzó más tarde en la creación de la Comisión Especial de Pueblos Indígenas en 1990, la aprobación de la Ley N°19.253 (Ley Indígena) y se estableció la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en 1993⁶¹. Todo ello, por cierto, a pesar de la reticencia de sectores políticos e intelectuales vinculados a sectores conservadores⁶².

No obstante ello, el reconocimiento constitucional no ha podido concretarse, a pesar de variados intentos⁶³. En términos jurídicos, esta insuficiencia normativa puede interpretarse incluso, como una infracción del Estado de Chile al deber de promover “el ejercicio del derecho de libre determinación”, contemplado en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La experiencia comparada, sin embargo, ha demostrado que es posible constitucionalizar estos derechos, lo cual puede apreciarse concretamente en las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), en el contexto de lo que se conoce como “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”. El despliegue de principios tales como la plurinacional-

60 ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL (1989).

61 ROMÁN (2014), pp. 128-132.

62 MILLACURA (2013), pp. 198-215.

63 ROMERO (2014), pp. 139-149.

lidad, la libre determinación y la democracia comunitaria se incorporó de manera coherente en los textos constitucionales, a pesar de la resistencia de los sectores más conservadores⁶⁴.

El caso es que los dos proyectos constitucionales surgidos a partir de la crisis de octubre de 2019 en Chile intentaron, con diferentes énfasis, recoger la exigencia política y jurídica de garantizar constitucionalmente los derechos políticos de los pueblos originarios. La intensidad política posterior al estallido social, los escaños reservados de la Convención Constitucional y el influjo ideológico del nuevo constitucionalismo latinoamericano significó un impacto decisivo en el contenido altamente protector de estos derechos en el proyecto del año 2022. En cambio, luego de su fracaso, el proyecto de 2023, nacido al alero de órganos menos representativos de la diversidad cultural del país y con una imagen colectiva muy debilitada de la plurinacionalidad, fue más pobre que la propuesta anterior, aunque notablemente más apropiado que el actual texto constitucional en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Conforme a lo desarrollado en este trabajo, se hace imprescindible seguir insistiendo en el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos, en especial aquellos de naturaleza política. Esto por cuanto es una exigencia jurídica del derecho internacional, hay antecedentes comparados que demuestran la posibilidad de hacerlo, y es un compromiso que se ha adquirido con las comunidades desde hace muchas décadas.

Mientras ello no ocurra, sin embargo, se hace necesario prestar mayor atención a las doce bases institucionales y fundamentales, que se incorporaron en el nuevo art. 154 de la Constitución Política, particularmente al numeral cuarto, que se refiere al reconocimiento de los pueblos indígenas (aunque sea como “parte de la nación chilena, que es una e indivisible”) y al deber del Estado de respetar y promover “sus derechos y culturas”.

64 BURBANO DE LARA (2015), pp. 23-24.

Lo anterior, por cuanto, con independencia de cuál haya sido la finalidad primaria de esa disposición, el caso es que actualmente el reconocimiento de los pueblos indígenas, de sus derechos y culturas, es un principio que actualmente forma parte del articulado permanente del actual texto constitucional. Esto podría significar, eventualmente, poder utilizarlo como un dispositivo útil para una interpretación axiológica y sistemática del resto del articulado constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACKERMAN, Bruce (1999): *La política del diálogo liberal* (Barcelona, Gedisa).

ACUERDO DE NUEVA IMPERIAL (1989): Acta de Compromiso suscrita entre las organizaciones indígenas y Patricio Aylwin Azócar, candidato a la Presidencia de la República por la Concertación de Partidos por la Democracia. Disponible en: https://www.conadi.gob.cl/storage/image/repositorio-historico/2.-Acuerdo-NuevaImperial_1dic1989.pdf [Fecha de última consulta: 26.06.2026].

AGUILAR, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena* (Santiago, Librotecnia).

AMARU, Jym Qhapaq (2012): *Cosmovisión Andina, Inka Pachaqaway* (Lima, Pachayachachiq Investigación y Estudios Inkásicos).

APARICIO, Marco (2006): “El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación”, en: BERRAONDO, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos* (Bilbao, Universidad de Deusto Bilbao), pp. 399-421.

ÁVILA, Mauricio (2022): “¿La declaración de Estado plurinacional genera privilegios para los pueblos indígenas?”. Disponible en: <https://www.ciper-chile.cl/2022/08/03/la-declaracion-de-estado-plurinacional-genera-privilegios-para-los-pueblos-indigenas/>. [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

AYLWIN, José (2021): “Los derechos de pueblos indígenas en la nueva Constitución”, en: CONTRERAS, Valentina; SILVA, Vicente; CASLA, Koldo; CISTERNA, Pedro; DELGADO, Verónica y SEPÚLVEDA, Magdalena. *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional* (Santiago, Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Tomo IV), pp. 42-49.

BALDI, César (2013): “Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”, en: *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (Curitiba, N°9, enero-junio 2013), pp. 51-72.

BAÑOS, Jessica (2006): “Teorías de la democracia: debates actuales”, en: *Revista Andamios* (Vol. 2, N°4), pp. 35-58.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023a): *Resultados del Plebiscito Constitucional de 2023*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/portal/noticias?id=resultados-del-plebiscito-constitucional-2023> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023b): Alihuén Antileo Navarrete. *Ficha biográfica*. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/proceso_constitucional/consejo_constitucional/ficha/Alihu%C3%A9n_Antileo_Navarrete [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

BURBANO DE LARA, Felipe (2015): “Todo por la patria. Refundación y retorno del estado en las revoluciones bolivarianas”, en: Revista Íconos, Revista de Ciencias Sociales, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito (Número 52, mayo 2015), pp. 19-41.

CAMBIO 21 (2022). Elisa Loncón a dos meses del triunfo del Rechazo: “Esta democracia está mutilada”. Disponible en: <https://cambio21.cl/politica/elisa-loncon-a-dos-meses-del-triunfo-del-rechazo-esta-democracia-est-casi-mutilada-6365a14ecd49b00aad533805> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

CANIUQUEO HUIRCAPÁN, Sergio (2021): “Estado, pueblo mapuche y plurinacionalidad: la lucha por la autodeterminación. De la dictadura de Pinochet a la actualidad”, en: Revista de Derecho Público (Número especial, marzo), pp. 207-230.

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS (2022). Estudio Nacional de Opinión Pública, Encuesta CEP 88 (Noviembre – Diciembre 2022). Disponible en: https://static.cepchile.cl/uploads/cepchile/2023/01/CEP88_PPT_ANE-XOS_CRUCES-1.pdf [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2022). Autonomías territoriales indígenas y estado regional. Disponible en: https://politicaspUBLICAS.uc.cl/web/content/uploads/2022/03/Minuta-ATI-y-Estado-regional_VF.pdf [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

CONTESSE, Jorge (2022): Consulta y consentimiento indígena. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/consulta-y-consentimiento-indigena/L6W5UZ6CSJGCTJHVQAZTPUKNSM/> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

CORRAL, Hernán (2008): Cómo hacer una tesis en Derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica. (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CRUZ PARCERO, Juan Antonio (1998): “Sobre el concepto de derechos colectivos”, en: *Revista internacional de filosofía política*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid (Nº12, 1998), pp. 95-115.

DE LA VARGA, Aitana (2013): “Autonomía Indígena: Del reconocimiento formal a la ejecución material”, en PIGRAU, Antoni (editor): *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 371-414.

DE OBIETA CHALBAUD, José (1989): *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, 1ª. edición, 3ª. reimpresión (Madrid, Tecnos).

DONOSO, Sebastian (2021): “Pueblos indígenas y Constitución: caminos para un nuevo pacto”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo (Año XXII, Nº43), pp. 273-299.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2018): “Libre determinación vs autodeterminación de los pueblos situación de los catalanes y de los mapuches”, en: *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/2019/04/04/libre-determinacion-vs-autodeterminacion-de-los-pueblos-situacion-de-los-catalanes-y-de-los-mapuches-2/> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

DWORKIN, Ronald (2003): *Liberalismo, Constitución y Democracia* (Traduc. MONTERO, Julio y STOLARZ, Alfredo) (Buenos Aires, La isla de la luna).

FERNÁNDEZ, Héctor; MARTÍNEZ, Victoria; ROJAS, Hugo y VIVALDI, Lieta (2024): *Cómo escribir ensayos. Manual de investigación jurídica y socio-jurídica* (Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado).

FRITZ, Christian (1997): “Alternative visions of american constitutionalism: Popular sovereignty and the early american constitutional debate”, en: *Hastings Constitutional Law Quarterly*, University of California (Vol. 24, Winter, N°2), pp. 287-357.

FUENTES, Claudio (2022): “Pueblos indígenas y cambio constitucional: Diálogo desigual e indiferencia”, en: DE CEA, Maite y DE LA MAZA, Francisca (editoras): *Participación indígena e interculturalidad. Estudios de casos del sur y centro de Chile* (Santiago, CIIR y PEHUÉN), pp. 135-166.

GARCÍA, Gonzalo (2025): *El postconstitucionalismo chileno. Una radiografía del estado actual de la Constitución* (Santiago de Chile, DER Ediciones).

HENRÍQUEZ, Miriam (2024). *Reforma y ¿mutación? constitucional*. Columna en *El Mercurio Legal* de fecha 16 de enero de 2024. Disponible en: https://derecho.uahurtado.cl/web2021/wp-content/uploads/2024/01/COLUMNA_Reforma-y-mutacion-constitucional_El-Mercurio-Legal_16.01.2024.pdf [Fecha de última consulta: 24.03.2025].

KYMLICKA, Will (1992): “The rights of minority cultures: reply to Kukathas”, en: *Political Theory* (Vol. 20, N°1, Feb), pp. 140-146.

LÓPEZ CALERA, Nicolás (2000): *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos* (Barcelona, Ariel).

LÓPEZ GUERRA, Luis (1994): *Introducción al Derecho Constitucional* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

MADRID, Andrea (2022): “Construyendo una democracia más sustantiva e integral en Ecuador: ¿y si aprendemos de la democracia comunitaria?”, en: *Revista Antropologías del Sur*, Universidad Academia de Humanismo Cristiano (Año 9, N°18), pp. 1-17.

MALDONADO, Luis y JIJÓN, Víctor Hugo (2011): “Participación política y ejercicio de derechos en los pueblos indígenas del Ecuador”, en: CAJIAS DE LA VEGA, Beatriz (editora): Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina (La Paz, Konrad Adenauer Stiftung), pp. 171-214.

MARIMÁN QUEMENADO, Pablo (2021): “Pueblo Mapuche y Estado Nación: hacia el fin de una relación forzada y colonial”, en: Revista Anales (Séptima Serie, N°19), pp. 83-104.

MARTÍNEZ, José Ignacio y FUENTES-CONTRERAS, Édgar (2024): “Pautas para entender los procesos constitucionales de Chile. A propósito de las dos propuestas de constitución política para la República de Chile en 2022 y 2023 rechazadas por la ciudadanía”, en: Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad” (N°27), pp. 157-173.

MASCAREÑO, Aldo; ROZAS, Juan; LANG, Benjamín y HENRÍQUEZ, Pablo (2022). Apruebo y rechazo en septiembre 2022. Expectativas, decepciones y horizontes comunes para el nuevo proceso constitucional (Santiago, Centro de Estudios Públicos).

MILLACURA SALAS, Claudio (2013): “El debate público acerca de la condición del mapuche”, en: Revista de Historia Social y de las Mentalidades (Vol. 17, N°1), pp. 197-225.

MILLALEO, Salvador (2019): “¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas”, en: Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia (Vol XXXII, N°1, junio), pp. 29-50.

MILLALEO, Salvador (2020): “Derechos colectivos políticos de los pueblos indígenas”, en: CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (editores), Curso de derechos fundamentales (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 949-984.

ORTIZ, Pablo (2005): “Autodeterminación de los pueblos indígenas. Implicancias epistemológicas y políticas de su propuesta”, en: Walsh, Catherine (editora), *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas* (Quito, Abya Yala y Universidad Andina Simón Bolívar), pp. 251-276.

OYARZO, Cristina (2021): “Plurinacionalidad en la Constitución de Bolivia: ¿una nación capturada por el Estado”, en: Hyrbis, *Revista de Filosofía* (Vol 12, N° especial “Procesos constituyentes latinoamericanos”), pp. 11-44.

RADIO COOPERATIVA (2023): “Ni asumido, ni renunciado, el fallido constituyente Aldo Sanhueza se fue de Chile”, disponible en: <https://cooperativa.cl/noticias/pais/politica/constitucion/ni-asumido-ni-renunciado-el-fallido-constituyente-aldo-sanhueza-se-fue/2023-06-09/110556.html> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

ROMÁN GARCÍA, Andrés (2014): “Hacia el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile”, en: *Revista de Derechos Fundamentales* (N°11), pp. 15-162.

ROMÁN, Cecilia (2022). “El alcance y la discusión sobre el consentimiento indígena del artículo 191: ¿Se necesitaría para poner un negocio?”. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/07/12/1066652/alcance-consentimiento-indigena-proyecto-constitucion.html> [Fecha de última consulta: 19.03.2025].

RUPIÉREZ, Javier (1995): *Constitución y autodeterminación* (Madrid, Tecnos).

ROMERO CORDERO, Cristián (2014): “Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile”, en: *Revista de Derecho Público* (Número especial, marzo), pp. 137-147.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut (2010): “Free, Prior and Informed Consent: Legal Norms and Legal Realities in Bolivia and Ecuador”, en: BARRERA, Ana; NOLTE, Detlef Y SCHILLING-VACAFLOR, Almut (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?* (Hamburg, Giga), pp. 46-47.

TAPIA, Luis (2017): “Consideraciones sobre el Estado Plurinacional”, en: GOSÁLVEZ, Gonzalo y DULON, Jorge (coords.), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio* (La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia), pp. 135-168.

THOMAS, Carlos (2022): Sobre consentimiento indígena. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2022/08/12/cartas-consentimiento-indigena/> [Fecha de última consulta: 20.03.2025].

TORRENS, Xavier (2012), “Multiculturalismo”, en: MELLÓN, Antón Mellón (ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos* (Madrid, Tecnos), pp. 388-396.

TÓRTORA, Hugo (2021): “El ‘Buen Vivir’ y los derechos culturales de naturaleza colectiva en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Coquimbo) (Vol 28, pp. 1-36). Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v28/0718-9753-rducn-28-15.pdf> [Fecha de última consulta: 20.03.2025].

VARAS, Augusto (2024): *Las Constituciones del miedo* (Chile, 2019. 2023) (Santiago de Chile, Catalonia).

VIERA, Christian y GARCÍA-OCAMPO, Gonzalo (2024): “El largo camino hacia la democracia: el neoliberalismo autoritario en la Constitución Económica chilena”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad del Externado, Colombia (N°58, enero-abril), pp. 389-422.

YÁÑEZ, Karla y MILA, Frank (2021): “Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en: Foro, Revista de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador (N°35, enero-junio, 2021), pp. 145-167.

YRIGOYEN, Raquel (2004): “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, En Revista El Otro Derecho, International Law Students Association, Bogotá (N°30, junio), pp. 171-195.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Carta de las Naciones Unidas, aprobada el día 26 de junio de 1945.

Constitución Política de la República de Ecuador, publicada el 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, publicada el 7 de febrero de 2009.

Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado el día 27 de junio de 1989. Promulgado en Chile el día 2 de octubre de 2008; y publicado el día 14 de octubre del mismo año.

Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el día 13 de septiembre de 2007.

Decreto Supremo N°100, que fija el Texto Refundido de la Constitución Política de la República de Chile, publicado el día 22 de septiembre de 2005.

Ley de Reforma Constitucional N°21.200, publicada el día 24 de diciembre de 2019.

Ley de Reforma Constitucional N°21.216, publicada el día 24 de marzo de 2020.

Ley de Reforma Constitucional N°21.533, publicada el día 17 de enero de 2023.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el día 16 de noviembre de 1966. Promulgado en Chile el día 30 de abril de 1976; y publicado el día 29 de abril de 1989.

Reglamento General de la Convención Constitucional, 29 de septiembre de 2021.

EL RIESGO E IMPLICANCIA QUE PUEDEN LLEGAR A TENER LOS SESGOS COGNITIVOS DURANTE LA LABOR PERICIAL Y METAPERICIAL¹

THE RISK AND IMPLICATION THAT COGNITIVE BIAS-ES CAN HAVE DURING EXPERT AND METHA EXPERT WORK

Cristián Cáceres Muñoz*

Resumen:

La hipótesis propuesta busca determinar y responder si los sesgos cognitivos pueden llegar a influir en el experto o experta a tal punto de controlar y dirigir su actividad pericial o metapericial, habida consideración de que estos errores sistemáticos en el procesamiento de la información actúan desde el subconsciente, y ambas labores de experticia en el ámbito de un proceso judicial son el antecedente para constituirse en una prueba *ex post*. Así, la hipótesis que se plantea es que aquel control cognitivo orienta equivocadamente al perito generando conclusiones erróneas en sus informes, los que pueden dar pie a una sentencia con un alto grado de no verdad. La presente investigación no es un estudio experimental, sino más bien responde a una reflexión desde el integrativismo triailista, pues es posible acceder al fenómeno como objeto de estudio a través de una comprensión

¹ Artículo recibido el 06 de septiembre de 2025 y aceptado el 30 de marzo de 2026.

* Doctorando en Derecho, U. Nacional de Rosario, Argentina. Magister en Derecho Procesal, U. Central. Académico Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas, Concepción, Chile.  0000-0002-9325-0513. Dirección postal: Freire 249, Oficina 101, Concepción, Chile. Correo electrónico: abogado@ccabogado.cl.

socio-normo-axiológica, para dar plausibilidad a la conjetura planteada. En tanto la premisa de que el riesgo del razonamiento, no solo del perito o de la perita, sino que el del propio justiciante que haya sido impactado por la presencia de sesgos cognitivos que hayan guiado la labor pericial o metapericial, puede efectivamente ser determinado por el derecho en la medida de la afectación del valor justicia, mientras que la implicancia se relaciona con el grado de dicha afectación en los agentes del sistema. Así, como se verá, al reconocer el valor de la justicia, de la honestidad, de la transparencia, de la imparcialidad, entre otros, el perito o perita, debería a lo menos preguntarse si lo que observa, como material de trabajo se define por lo que ese objeto de pericia es, o por lo que su acervo subjetivo le ordena creer y aseverar, o por lo que la ciencia, arte u oficio le dicta conforme modelos y principios, y todo lo anterior, resumido en la forma en cómo afectará cada una de estas posibilidades a la conclusión que arribe.

Palabras clave:

Sesgos cognitivos, Labor pericial, Labor metapericial, Perito, Trialismo.

Abstract:

The proposed hypothesis seeks to determine and answer, whether cognitive biases can influence the expert to the point of controlling and directing his or her expert or meta-expert activity, given that these systematic errors in information processing act from the subconscious, and both expert work within the scope of a judicial process are the antecedent that constitutes *ex post* evidence. Thus, the hypothesis posed is that such cognitive control misguides the expert, generating erroneous conclusions in his or her reports, which can lead to a judgment with a high degree of untruth. This research is not an experimental study, but rather responds to a reflection from the trialist conception of law, since it is possible to access the phenomenon as an object of study through a socio-normo-axiological understanding, to give plausibility to the posed conjecture. While the premise that the risk of reasoning, not only of the expert, but also of the judge himself who has been impacted by the presence of cognitive biases that have guided the expert

or meta-expert work, can effectively be determined by law to the extent of the affectation of the value of justice, while the implication is related to the degree of said affectation in the agents of the system. Thus, as will be seen, by recognizing the value of justice, honesty, transparency, impartiality, among others, the expert should at least ask himself if what he observes, as working material, is defined by what that object of expertise is, or by what his subjective knowledge orders him to believe and assert, or by what science, art or profession dictates according to models and principles, and all of the above, summarized in the way in which each of these possibilities will affect the conclusion he arrives at.

Keywords:

Cognitive biases, Expert work, Meta-expertise work, Expert, Trialism.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho, como ciencia social, no debe ser tratado como una estructura rígida que sólo busca juzgar o simplificarlo bajo la máxima de *dar a cada quien lo que es suyo o lo que le corresponde*. Sino que debe presentarse como una construcción integradora que abarca desde los aspectos tratados por la ley y el valor que se percibe bajo lo que entendemos por *justicia* y como estos reflectan su proyección en los ciudadanos, es decir, en lo social. Por lo que el derecho no sólo es propiedad de juristas o letrados; de códigos u otros textos normativos, sino que pertenece a todas y a cada una de las personas que conforman una determinada dimensión socio-geográfica, en tanto se ordenan conforme sus necesidades y prioridades.

Así, a diferencia del planteamiento *Kelseano*, doctrina que se caracteriza por querer “obtener un conocimiento orientado hacia el derecho”² excluyendo todo aquello que no le pertenezca. La concepción integrativista del derecho

2 KELSEN (1991), p. 16.

permite reconocer que las personas lo construimos desde dimensiones distintas, pero colindantes: ciencias, técnicas, doctrinas, dogmas, etc. En un determinado territorio que consideramos como nuestro.

En este espacio físico y social, construimos y tomamos una serie de decisiones colectivas, que podemos asimilarlas al concepto de lo político –constante donde se define quién manda, qué es justo y cómo se ordena la convivencia humana– captado por el valor que la ciudadanía otorga a dicho signifiante y en donde descansa el bien común. Es precisamente este marco de vida que hemos decidido regular donde el derecho encuentra, finalmente, su razón de ser, pues “hay necesidad del derecho”³ para concretar la búsqueda y establecimiento de todo aquello que nos permita vivir de forma ordenada, si consideramos que, de alguna forma, las sociedades nos autorregulamos por normatividades.

Así, la solución de controversias entregadas al sentenciador, es decir, los litigios o causas judiciales, por ejemplo, son un tipo particular de sub-sistema dentro de la gran dimensión que el derecho abarca. En tanto son regulados y ordenados por normas, principios jurídicos y procedimientos, y cuya finalidad es mantener organizado y vigente el bien común, mediante el reparto de potencia e impotencias que genera la administración de justicia. La primera, es decir, la potencia, es el beneficio que recibe quien obtiene el juicio, la segunda, se refiere al perjuicio de quien lo pierde.

Ahora bien, en los hechos, al interior de un procedimiento judicial, donde cohabitan ciertas actividades desplegadas por agentes con conocimientos muy particulares que impactan en la decisión final del justiciante –la que debería ser justa– podemos advertir y además prevenir la injerencia que llegarán a tener ciertos errores en el levantamiento de información, si aquellos no son advertidos.

3 COTTA (2005), p. 73.

Lo anterior se explica desde una certidumbre, bajo la noción de que el experto, es decir, el perito o perita, jamás podrá realizar su labor pericial sin estar completamente aislado y desligado de sus emociones, pensamientos, ideas y de todo aquello que revista caracteres de subjetivismo, pues por *su naturaleza humana*, le es inherente formarse juicios *a priori* de aquello que se le presenta a sus ojos, independientemente de que su trabajo lo realice, o trate de realizarlo con la mayor objetividad en cuanto a la aplicación de las reglas de su ciencia, arte u oficio. De ahí que, cuando estos expertos son capaces de cribar ambas posiciones, es decir, lograr reconocer lo que piensa o siente advirtiendo su postura frente al problema, y al mismo tiempo encierra este subjetivismo para dejar fluir el caudal de su sabiduría y que sea ésta en definitiva la herramienta justa y precisa a utilizar en su labor pericial o metapericial, podemos advertir y reconocer a un profesional serio, confiable y comprometido no sólo deontológicamente con su profesión u oficio. Pero, para completar el cuadro, él o ella debe reconocerse como un agente que aportará una clase determinada de reparto⁴ con el que al mismo tiempo adjudicará algo que afecte positiva o negativamente a las partes litigantes, en tanto su informe o declaración impacte de tal forma que sea recogida en la sentencia y dicha valoración se considere esencial para acoger o no la demanda en favor de alguna de las partes, o se acuse o absuelva en favor del imputado o del querrellado. Engranajes que quedan contenidos en “un documento normativo”⁵, el cual denominamos sentencia.

Ahora bien, por qué es de vital importancia lo planteado. Porque sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos mecanismos que actúan al interior de una persona; en el inconsciente del individuo más específicamente, y que lo dirigen sin que éste se dé cuenta de aquello. Así, los sesgos cognitivos afloran rápidamente gobernando el actuar de la persona. Y en el caso del

4 En la concepción trialista del mundo jurídico, Goldschmidt nos informa que los repartos pueden ser de dos clases: Autoritarios, donde el repartidor lo lleva a ejecución sin preocuparse por la conformidad o disconformidad de los demás protagonistas, por ejemplo, una ordenanza, una norma, un documento mediante el cual adjudique una potencia o una impotencia; y Autónomos, aquellos que se caracterizan porque no interviene una coacción directa y los repartidores de potencias e impotencias están de acuerdo con que el reparto se cumpla.

5 AGUILÓ (2000), p. 105.

experto forense, lo pueden llevar a transgredir su labor o actividad pericial por el mero hecho de tener una concepción preconcebida de la cual no puede rehuir ni escapar si no es hábil para reconocerla.

En lo descrito anteriormente descansa esta investigación de orden cualitativo, pues lo que se pretende, desde una mirada reflexiva y amparado bajo el integrativismo trialista del mundo jurídico, es que la hipótesis propuesta plantea que todas las personas, incluso los peritos expertos en ciertas materias, se ven expuestos a sesgos, los cuales son inevitables, lo que constituye un riesgo a la hora de formular sus conclusiones en los informes periciales y metapericiales. Considerando que ambas labores de experticia son el antecedente para constituirse en una prueba *ex post*, que pueden dar pie a una sentencia con un alto grado de no verdad.

La presente investigación no es un estudio experimental, sino más bien, un levantamiento de información bajo un modelo cualitativo, mediante el cual se presenta una reflexión, tomando elementos centrales del trialismo jurídico, pues es posible acceder al fenómeno como objeto de estudio a través de su comprensión socio-normo-axiológica, tratando de responder cuál sería el efecto riesgoso que produciría para el valor *justicia* aquella labor técnico-científica influenciada por sesgos cognitivos que posteriormente se utilizará como medio de prueba.

2. APROXIMACIÓN EPISTÉMICA A LA PERICIA Y METAPERICIA

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, ha venido reiterando durante el último tiempo que las actuaciones del perito en el litigio respectivo son “gestiones procesales indispensables para la prosecución del juicio hasta la dictación de la sentencia definitiva”⁶. Dentro de aquellas, se encuentran dos labores esenciales y que son las que sirven de sustento para dar forma a lo que se pretende en este artículo. Por eso, antes de abordar directamente el fenómeno que nos reúne, primero es necesario entender y comprender el

6 Corte Suprema, Rol N°66.590-2022, de 07 de febrero de 2023.

significado de los dos conceptos o significantes, cuyas labores descritas por ellos pueden verse infectados por sesgos cognitivos no advertidos. Se trata de la pericia y la metapericia. Representativos que describen actividades realizadas por personas que dominan una ciencia, arte u oficio y que ponen sus conocimientos para esclarecer un hecho de conocimiento judicial o extrajudicial.

Este pequeño alcance epistemológico, tiene como finalidad conceder una mayor comprensión y entendimiento a ciertos vocablos que pueden sonar algo toscos u oscuros si no se definen correctamente. Por tanto, entiendo que es un deber de este articulista, dotar de un sentido de coherencia a la palabra encargada de soportar el contenido sustancial de aquella, puesto que “el lenguaje es usado primordialmente como logos semánticos, es decir, como medio de expresión con intención comunicativa”⁷ pero además lleva implícito querer demostrar el que algo es lo que es. Y ese es justamente nuestro punto de inicio, evitar el oscurantismo de los significados que se presentarán.

2.1. Pericia

Como forma de dar respuesta al planteamiento anterior, diremos que la pericia es una construcción que guarda un sentido determinado.

Se ha dicho de ella que es un “órgano de prueba”⁸. No obstante, en términos estrictos y coadyuvado por una pertinente lingüística jurídica, podemos señalar que se trata de un signifiante, es decir, una representación mental de una actividad que se relaciona directamente con este concepto. De esta forma, la pericia, lo que hace es describir una actividad o labor denominado *peritaje*, y éste corresponde a una acción desplegada por un perito o perita, donde, apoyado por el dominio en las reglas de su ciencia, arte u oficio, efectúa un análisis y estudio para verificar un hecho del cual se duda y que,

7 GAVIÑO (2009), p. 83.

8 LÓPEZ-PUIGCERVER (1951), p. 44.

tanto en sede judicial como extrajudicial, se requiere conocer para lograr un pronunciamiento por parte de aquella persona a quien se le ha confiado dirimir un asunto o negocio dentro de su competencia.

Se desprende entonces que dicha actividad pasará a transformarse en lo que se conoce usualmente con el nombre de prueba pericial en la sede judicial respectiva.

En palabras sencillas, la pericia, como sustento *ex ante* prueba pericial, en sede judicial, evidencia una labor; una actividad cuya finalidad sirve al justiciante para poder llegar a comprender un objeto o asunto dudoso que, por su naturaleza está fuera su acervo cultural, por tanto, del dominio y de la praxis de este funcionario público. Hacia ese horizonte se dirige el peritaje –significado en la pericia– y arribará contenido en un informe o declaración oral, los que, a su vez, soportarán un dictamen emanado de aquel experto que desplegó su actividad pericial, bajo el rótulo de conclusiones arribadas, construidas éstas, a partir de una opinión objetiva de orden técnico o científico de aquel.

2.2. Metapericia

Por su parte la metapericia, igualmente se configura como un significativo lingüístico. En sí, “es una abstracción, es decir, una conceptualización que se construye a partir de una actividad especial o particular en el ámbito de la investigación forense”⁹, y que para este caso se denomina metaperitaje. Este corresponde a una revisión lógica y epistémica practicada a un informe pericial, para establecer si aquel adolece o no de errores en la aplicación metodológica o del protocolo utilizado; en la rigurosidad técnica empleada o si se advierten sesgos cognitivos que hayan podido influir en la labor pericial desplegada. En términos sencillos, se trata de una crítica lógica

9 CÁCERES (2025a), p. 192.

y razonada efectuada por un perito que domina las mismas reglas de la ciencia, arte u oficio que posee aquel experto que construyó y confeccionó el informe revisado.

Bajo una conceptualización de orden epistemológico, se ha dicho que la metapericia no es una pericia que tenga como objeto de su encargo el mismo que caracteriza a la pericia original, sino la “fiabilidad de las pericias que se hubiese realizado previamente”¹⁰, en tanto, coadyuva al juez para dar entendimiento respecto de aquellas materias tratadas en peritajes donde sólo el perito conoce los fundamentos de su ciencia, pues de no ser así, se arriesgaría la naturaleza de la metapericia, perdiendo su objetivo, y de paso, enfrentaría al juez a recibir un dictamen pericial que puede venir maculado con errores que el sentenciador no podría captar.

3. HEURÍSTICA EN LA LABOR PERICIAL Y METAPERICIAL

Walter Lippmann, ya 1922, ponía de manifiesto las limitaciones de la racionalidad para abordar lo irracional, y la participación de la intuición en la adopción de decisiones. Señalaba que “existe una dificultad inherente en usar el método de la razón para lidiar con un mundo irracional”¹¹. Ahora bien, si tomamos este argumento, podemos admitir que existe una diferenciación entre lo racional y aquello que no lo es, y en todas las personas, en particular, en los expertos o peritos funcionan ambos aspectos al momento de enfrentar su labor pericial o metapericial conforme el objeto de estudio. Lo racional, como actividad consciente, se haya en aquello que no es difícil de entender, o mejor dicho con otras palabras, atañe a la *virtud de entender*. En esta dimensión, la inteligencia responde a una consciencia despejada y orientada hacia una finalidad, la de resolver un asunto (muchas veces litigioso) donde solo el perito o perita posee las cualidades y habilidades cognoscitivas para desentrañar aquello.

¹⁰ SOBA (2023), p. 216.

¹¹ LIPPMANN (2004), p. 139.

Por su parte el aspecto irracional, se encarta en lo que denominamos *lo sensitivo*, es decir, por más obvio que parezca, es aquello relativo a las sensaciones. En definitiva, lo que percibimos por medio de nuestros órganos y la forma en cómo lo percibido es capaz de provocar estímulos mediatos o inmediatos, y cuyas interpretaciones vienen a ser un reflejo de cómo sentimos esos impactos y de qué forma los apreciamos.

Podemos considerar entonces, lo racional e irracional, a “ambos como procesos clave de carácter cognitivo para la interpretación del mundo en el que nos encontramos inmersos los individuos”¹².

El perito o perita no escapa a lo anteriormente descrito al realizar una labor pericial y especialmente una metapericial, pues durante la aplicación de su técnica, sea lógica, epistémica o de carácter científica, para responder al objeto de pericia o para averiguar si el peritaje realizado se encuentra conforme a su estructura formal y fundamental, puede recurrir a parámetros o protocolos simplificadores de selección y procesamiento de la información que lo conviden a una ejecución tan simple, que lo impulse a concluir erróneamente. Ergo, se debe considerar que, aun cuando “los heurísticos pueden proporcionar atajos eficientes en el procesamiento de información, en ocasiones conducen a errores severos y sistemáticos”¹³, pues debemos considerar que las personas en un alto porcentaje se “apoyan en un número limitado de heurísticos que simplifican la complejidad de las tareas”¹⁴, en tanto mediante ellos se accede a una multiplicidad de modelos en torno a la reflexión sobre los procesos que se utilizan como la inducción o la deducción, y en la forma en cómo se razona, justamente puede habitar el error.

Para tratar de comprender lo señalado, diremos que el heurístico se basa en manifestar o plantear derechamente un supuesto, especulación o sospecha respecto de algo. Es decir, una acción desplegada que se asienta en “la ra-

12 URRÁ et al. (2011), p. 391.

13 TVERSKY y KAHNEMAN (1974), p. 1124.

14 FARÍÑA et al. (2002), p. 39.

cionalidad de los agentes y la elaboración de estrategias”¹⁵ para un correcto abordaje. En la labor pericial o metapericial, planteamos este enfoque como la forma de abordar, dictaminar o concluir respecto del *objeto de pericia o metapericia*. Por cuanto aquellos corresponden al elemento sobre el cual recae la duda, lo que exige fundamentar lógicamente tanto el rechazo de su apariencia o estado actual, como la validación de su naturaleza auténtica.

La justificación de tales resultados proviene del acervo cultural y del *logos*¹⁶ del experto en tanto “la función del perito forense es evaluar una prueba a la vez: ¿Coinciden estas huellas dactilares? ¿Se disparó esta bala con esta arma?”¹⁷. Preguntas que encierran el objeto de pericia como pilar fundamental de la investigación pericial, cuyo abordaje debe ser ejecutado captando de forma correcta la realidad, percibiéndola con la mayor fidelidad posible y no interpretándola *a priori*.

De esta manera, no es del todo incorrecto sostener que en el perito o en la perita puede existir perfectamente una adjudicación *ex ante* durante el proceso de su labor o actividad respecto al diagnóstico que realice *ex post* del objeto de pericia. Es decir, en este proceso de investigación y análisis con el que busca comprender la hipótesis que se le asigna, es factible que opere *a posteriori* un razonamiento preconcebido si él o ella considera, por ejemplo, que su experiencia es más que significativa para resolver el problema, o da por sentado de ante mano la conclusión a la que arribará sin llegar a realizar una correcta y acabada labor pericial o metapericial, bajo el silogismo de que asume la probabilidad de que algo, simplemente, es o no es, basándose en el historial de casos similares en proporción directa a otros objetos de pericia ya trabajados por él o ella, o casos universales ya resueltos por otros.

15 CAMPI et al. (2015), p. 231.

16 Entendiéndolo como un principio racional o un discurso que da razón de las cosas. Ver en: DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA.

17 CHARMAN (2013), p. 56.

Por ejemplo, en la caligrafía forense, los cuerpos escriturarios con *notable* inclinación dextroversa (o hacia la derecha), es decir, “aquellos donde el ángulo de inclinación del eje literal se orienta a la derecha en relación con la línea de sustentación”¹⁸, tienden a ser construidos por personas que escriben con la mano izquierda. Por tanto, en el primer encuentro con dichas muestras, el experto puede asumir la probabilidad de que aquellas efectivamente fueron construidas por un individuo que utilice esa extremidad superior y desplegar su investigación conforme una idea preconcebida sin percatarse si quiera que está siendo guiado por un mecanismo mental que lo puede llevar al error de dictaminar sobre aquella idea instalada, y por lo mismo dejar de observar elementos de relevancia que pueden advertirle que en realidad se trata de una imitación construida con la mano diestra.

El perito al utilizar procesos, sean estos de orden inductivo o deductivos, saca del reposo determinados mecanismos mentales “involuntarios la mayoría de ellos, que permiten acercarlo”¹⁹ al objeto de pericia. Estos mecanismos o funciones cognitivas le permiten tomar decisiones una vez procesada la información. Cuando existen ciertos tipos de errores que desvían el razonamiento y perjudican la toma de decisiones, hablamos de la aparición de sesgos cognitivos.

Por tanto, la intuición del perito debe ser prudente, es decir, debe saber reconocerla porque al hacerlo, tanto su experiencia, como su capacidad reflexiva y todo el caudal de conocimiento en su ciencia, arte u oficio, se conjugan en una sola actuación donde el dictamen entregado no solo debe ser correcto, pues puede perfectamente cumplir con esta exigencia solo sujetándose a la formalidad que exige la norma pertinente, sino que además acertado, es decir, cumplir con requisitos de fondo, de manera que la ciencia, el arte u el oficio sean los adecuados, oportunos y que se encuentren vigentes en sus virtudes metodológicas.

18 VELÁSQUEZ (2004), p. 703.

19 WAINSTEIN (2009), p. 1637.

4. LOS SESGOS COGNITIVOS

Mucho tiempo ha transcurrido desde que Tversky y Kahneman nos plantearan los significantes heurístico y sesgos cognitivos. Estos autores, a inicios de la década del ochenta, pudieron demostrar que los seres humanos no utilizamos en nuestras estimaciones probabilísticas ningún sistema normativo, más bien, “nos apoyamos en técnicas de indagación bastante simples que permiten arribar a una resolución rápida”²⁰ de nuestras labores, lo que en no pocas oportunidades nos lleva a hacernos creer que algo no es verdad o, todo lo contrario. Pero cómo podemos ser engañados por nosotros mismos. Los seres humanos tendemos a pensar de una manera orientada, sesgada, con la finalidad de favorecer nuestra propia imagen o el concepto que tengamos de nosotros como persona, o respecto de otros; incluso podemos llegar a repetir un mismo error varias veces sin siquiera percatarnos de aquello. O también, puede existir una intencionalidad predefinida y sesgada en busca de algún rédito, tal como lo demuestra una sentencia al indicar que “el informe pericial efectuado por el señor (...), y que se encuentra guardado en custodia carece para este Tribunal de valor probatorio toda vez que el propio perito ha reconocido que al momento de su confección tenía un interés patrimonial en la resulta de este juicio”²¹ mediante un contrato de prestación de servicios a honorarios, donde él mismo estipuló ciertos valores a recibir, en directa relación con la cuantía que obtuviera la parte que solicitó la prueba pericial.

Lo increíble de este comportamiento es que podemos “no ser conscientes de la influencia de estos sesgos en nuestros juicios, incluso si éstos son fruto de un análisis exhaustivo de la realidad”²². Y en esta realidad, la ciencia y la tecnología de alguna forma juegan un rol importante, sobre todo si somos de aquellos que consideran a la prueba pericial o metapericial encartada bajo esos ribetes. Como el perito, para poder desarrollar su labor necesita de insu-
mos no es descabellado sostener la premisa de que “las tecnologías facilitan

20 TVERSKY y KAHNEMAN (1983), p. 294.

21 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2166-2010, de 10 de marzo de 2011.

22 CONCHA et al. (2012), p. 116.

el trabajo de recopilación de datos y aumentan la cantidad de información disponible, aumentando la presión sobre las capacidades cognitivas”²³ de estos expertos, porque como tal, los peritos o peritas deben exponer conclusiones o dictámenes a partir de los datos recogidos durante el curso de su labor o actividad pericial, aunque aquellos no sean muchos como para abrumar el trabajo, sí influyen directamente en la toma de decisión final de estos individuos.

Lo anterior, por una parte, porque por otra, al final del camino del litigio, el sistema “obliga a un no experto —el juez— a confiar en un experto”²⁴ para la correcta aplicación de la justicia, la cual puede verse contaminada con errores de procesamiento respecto de los datos obtenidos en la labor pericial o metapericial.

La doctrina especializada nos informa que “todo proceso de investigación está sujeto a la posibilidad de tener errores de medición que pueden impactar la validez de los resultados”²⁵, y estos errores son interesantes sobre todo cuando pueden producirse durante la actividad o labor ejecutada por el perito al estudiar o examinar el objeto de pericia o metapericia.

Los errores a los que hacemos mención se denominan sesgos cognitivos y deben entenderse como ciertas limitaciones que poseemos los seres humanos al momento de procesar la información que levantamos, lo que “en muchas ocasiones lleva a un análisis tendencioso de la misma”²⁶, es decir, de forma arbitraria podemos llegar a manifestar una determinada posición respecto al objeto o al sujeto que nos impacta, adecuando dicha información “sobre la percepción y el juicio que nos formemos en situaciones de riesgo e incertidumbre”²⁷.

23 PAYÁ-SANTOS (2017), p. 66.

24 NIEVA-FENOLL (2025), p. 385.

25 ZAMORA-MACORRA et al. (2022), p. 130.

26 CONCHA et al. (2012), p. 116.

27 URRÁ et al. (2011), p. 396.

El sesgo es un tipo especial de error que ocurre con cierta frecuencia o regularidad sin que muchas veces nos demos cuenta. Son tan variados conforme el espectro humano. Los hay de confirmación, de anclaje, de accesibilidad, de representatividad, de disponibilidad, de frecuencia de base, de optimismo comparativo, ilusión de validez, etc. Existen tantos como comportamientos humanos haya.

5. RIESGOS E IMPLICANCIAS

El riesgo y la implicancia que los sesgos cognitivos pueden llegar a tener en la labor pericial y metapericial se traduce o se ve reflejado, mejor dicho, en el grado de incidencia o preponderancia de éstos para guiar al experto forense, y que son advertidos principalmente, en la conclusión o dictamen evacuado en el respectivo informe y su directa relación con las actividades o labores antes mencionadas y, de forma consecuencial, unido a las repercusiones para el sistema judicial. Pues la imparcialidad subjetiva juega un rol de importancia al interior del perito, donde su ánimo puede guiar incluso su actividad predisponiéndolo de una determinada manera. Es sabido que el perito debe ser independiente e imparcial de las partes como al mismo tiempo del tribunal. No obstante, ambos principios deontológicos comienzan a erosionarse desde el instante mismo en que el experto toma contacto con aquella de las partes que necesita de su sabiduría para proveerse de una prueba pericial o metapericial, contacto que no necesariamente deba ser físico. Por ejemplo, la empatía surge de un sentimiento o identificación con alguien. Y perito puede ser guiado por aquella. En tanto la contaminación circundante a la necesidad del peritaje o metaperitaje de alguna u otra forma penetra vía los sentidos y sensaciones del perito. Ergo, para los que nos desempeñamos en ambas dimensiones –la pericial y la abogacía– no nos es ajeno que existen algunos aspectos delicados con los cuales la parte litigante inunda de información *ex ante* documento final o declaración del experto. Como relatar la necesidad de dicha prueba; exaltar al perito conforme sus habilidades; augurar un grave detrimento si no se obtiene el juicio,

o contaminarlo con aspectos negativos de la contraria, entre muchos otros elementos que de alguna forma u otra son recepcionados por el consciente y subconsciente del experto forense.

Pero también existe un grado de autopolución, es decir, aquella que proviene de las creencias, sensaciones y sentimientos que alberga el propio perito o perita.

Cuando aquello sucede, el experto (a) necesita tomar ciertas directrices conforme la cantidad de datos percibidos y “la información que se tiene sobre los hechos a decidir es sumamente importante y en este sentido se pueden tomar decisiones bajo certeza, bajo completa ignorancia o con cierto riesgo”²⁸.

Este último rasgo es el que nos interesa, el concerniente a los sesgos, pues el perito puede llegar a tomar una “decisión en función de aquello que recuerda que tuvo éxito en otras oportunidades”²⁹, como elegir un método o protocolo apropiado, pero inadecuado para el caso concreto que tiene a su haber en esta oportunidad. Esta representatividad o heurístico de representatividad, tiene base en la experiencia acumulada del experto lo que conlleva el riesgo de una excesiva simplificación de su labor inherente, convidándolo a dictaminar casi por costumbre, evitando realizar ciertas actividades periciales en el entendido de que no hacen falta o simplemente no se justifican en el caso concreto.

Sin embargo, el bagaje o experiencia acumulada, en algunos casos sí es asertiva, sobre todo cuando el experto reconoce sus límites y asienta su juicio en datos objetivos más que en la *experienciología*. Tal como lo de muestran los siguientes dos casos que se presentan.

28 CORTADA DE KOHAN (2006), p. 56.

29 NIEVA-FENOLL (2025), p. 386.

En una causa civil, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel tuvo a su haber varios peritajes inclinándose por uno en especial que a juicio de los justiciantes fue “más detallado y aparece revestido de imparcialidad y veracidad, donde sus aseveraciones se encuentran apoyadas por documentación pertinente”³⁰. Es decir, el hecho objetivo de haber utilizado parámetros propios de la ciencia que profesa el perito y la ausencia de contradicciones en su informe permite a los jueces darle pleno valor a esa prueba pericial. Pues no advirtieron razonamientos basados en sesgos o creencias *a priori*.

A continuación, en una causa penal, interrogado un perito durante el juicio oral, si en la pericia se obtuvo evidencia material a examinar indicó “que la experiencia que tiene él como perito balístico en que realizando pruebas con armas de fuego convencional la generalidad es que en este caso se haya arribado a una distancia estimativa de diez metros (...) lo que se busca replicar de manera experimental es un posible proceso de disparo”³¹. En el caso en comento, esta declaración pericial, unida al cúmulo de pruebas restantes, no dejó duda alguna a los jueces respecto de la calidad de autor en los hechos de que se trata al acusado. Pues el perito, si bien reconoce que su experiencia le es primordial, también indicó en estrados que debió asirse de ciertos elementos de orden técnico para poder dar crédito a la praxis. En otras palabras, controló lo que sabe mediante ejercicios fácticos con los cuales pudo comprobar su hipótesis de trabajo pericial.

No obstante, los casos propuestos, debe considerarse que jamás debe confiarse cien por ciento en la experiencia acumulada; sí, se puede “utilizar la experiencia como apoyo”³², sin embargo, la advertencia radica en que puede gozar de una con un alto porcentaje de factores erróneos de los cuales no se ha percatado, en tanto aquella posee sus propias “limitaciones como fuente de verdad, pues su influjo depende de lo que uno es”³³; de lo que el perito o perita es.

30 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°936-2008, de 27 de octubre de 2008.

31 Corte Suprema, Rol N°5051-2025, de 19 de mayo de 2025.

32 CÁCERES (2025a), p. 31.

33 DÁVILA (2006), p. 182.

El perito(a), amparado bajo esta representatividad heurística, fácilmente puede dirigir su actividad basado en prejuicios nacidos a raíz de la experiencia acumulada si de manera inconsciente se ha dejado motivar e influenciar por procesos comunicativos externos que vengan a reforzar su praxis. Así, por ejemplo, mediante el siguiente razonamiento jurisprudencial podemos comprender lo antes expuesto. Nuestra máxima judicatura indicó:

Que para este tribunal la pericia psicológica recién referida resultó insuficiente para que se entendiera que se encontraba justificado algún consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, desde que para empezar, el perito se basó únicamente en los dichos del acusado, realizando tan solo un acto de fe al confiar en lo que el peritado le indica, lo cual ciertamente aparece como insuficiente habida cuenta que solo lo entrevistó una pura ocasión en su domicilio, y si bien le aplicó un test de Roschard, ello no resulta ser infalible en la medida que, por ejemplo, el perito señaló al tribunal que el acusado presentaba una ausencia de historial criminógeno, pero sin embargo ello se contrapone a que el peritado Olivares Antivilio, incluso antes de la fecha de los hechos de esta causa (y por ende antes de que el perito lo entrevistara) ya contaba en su contra con una condena por el delito de robo con violencia e intimidación de fecha 3 de marzo de 2023, todo lo cual evidentemente hace restar credibilidad a la conclusiones que expresó el psicólogo en estrados³⁴.

Básicamente, el profesional experto asumió que el relato del individuo estudiado era efectivo y real porque se adecúa con lo que él pensaba de antemano respecto del comportamiento del sujeto. Por esa razón, confió ciegamente en la narración del acusado.

Esta confianza depositada e injustificada o *ilusión de validez*, se produce por una buena coincidencia entre el resultado predicho y la información de entrada que manejaba el perito, lo que indudablemente llevó a ratificar un sesgo anclado en su cognición.

34 Corte Suprema, Rol N°11259-2024, de 28 de mayo de 2025.

Otro aspecto de suma relevancia y que puede generar riesgos en la labor pericial o metapericial aparece cuando se advierte una *sobrestimación de la frecuencia* de los casos sometidos al conocimiento del experto. Es decir, la estrategia utilizada por el perito puede conducirlo a realizar su actividad llegando a concluir que tal o cual cosa es o no es, en base a lo que evoca con mayor facilidad. Vemos que el heurístico “se centra únicamente en las estrategias que, en ese momento, se entienden como las más relevantes”³⁵.

Para dar entendimiento a lo anterior, lo ejemplificaré de la siguiente forma. En la grafoscopia forense, el perito podría llegar a dictaminar que una firma de fácil factura es sencilla de igualar por memorización solo porque en la mayoría de los casos por él estudiados así lo ha observado, ocultando de paso el incentivo a averiguar si se trata de una imitación servil, es decir “aquella en que el falsario, colocando el modelo frente a él, lo copia servilmente”³⁶ o una falsificación calcando la firma por imitación libre.

Ahora bien, es perfectamente plausible preguntarse si sometido al contrainterrogatorio, la habilidad del justiciante o de la asistencia letrada es tan robusta como para permitir sacar a la luz el *sesgo de anclaje*, y en ese caso, podrá el perito (si se da cuenta de su error) desdecirse del dictamen al que arribó. Aquello sería contraproducente con la pretensión de la parte que presentó esa pericial o metapericial.

Este tipo de sesgo, el de anclaje, aparece cuando el rango de ciertos principios de la ciencia, arte u oficio se aferran en el perito, predominando aquellos por sobre el resultado obtenido, o acomodando el resultado obtenido a dichos principios rectores. O también, cuando una hipótesis inicial (objeto de pericia o metapericia) sirve como anclaje, proporcionando un punto de partida sobre el que realizar las estimaciones finales, es decir, existe una imposibilidad de cambiar de idea una vez que se ha formulado la representación mental inicial.

35 FARIÑA et al. (2002), p. 39.

36 DEL PICCHIA (2006), p. 285.

Por ejemplo, al valorizar el trabajo pericial el perito puede aferrarse de manera excesiva a un dato específico expuesto por el contexto del peritaje al momento de evacuar su dictamen o conclusión, pudiendo incluso llegar a negociar sus honorarios utilizando además el *sesgo de sobreconfianza*. En términos sencillos *yo cobro esta suma de dinero porque sé que soy el mejor perito*.

6. PREOCUPACIÓN POR LOS SESGOS COGNITIVOS: ¿QUÉ DICE LA EVIDENCIA COMPARADA?

Si bien, gran parte de las investigaciones hispanoamericanas se han orientado a estudiar la aparición de sesgos cognitivos en la labor desplegada por el que imparte justicia³⁷, pues se ha dicho que el sistema descansa en una “auténtica fe por la intuición del juez”³⁸, han sido los estudios comparados anglosajones, específicamente, norteamericanos los que han mostrado cierto el interés por averiguar si en el perito también confluyen sesgos que puedan de algún modo dirigir su trabajo.

El área pericial-forense no está ajena a estos errores en la interpretación de datos, sobre todo porque el perito debe levantar información y aplicar la batería de conocimientos que detenta para dictaminar conforme su labor efectuada. La investigación y los datos empíricos han venido evidenciando que, por mucho que exista en una persona un acto volitivo de buena fe, la mente humana es absolutamente capaz de inducirla a actuar de forma contraria a lo que su formación, experiencia, buen juicio y moral dictarían. De esta forma “cuando tales influencias se producen en el ámbito de la ciencia

37 Al respecto, interesante son los artículos de NIEVA-FENOLL (2025), SANCHO GARGALLO (2024), SMALARZ et al. (2016). En ellos los autores plantean la forma en como ciertos sesgos cognitivos influyen o pueden llegar a influir en las decisiones judiciales o en la apreciación de la evidencia forense.

38 NIEVA-FENOLL (2025), p. 385.

forense, donde se depende de la ciencia para responder a preguntas de interés para nuestro sistema legal”³⁹, los probables efectos son innegables, en cuanto se visualizan como errores para el sistema de justicia.

Respecto de esas influencias, Leonard Butt al comentar un artículo de los autores Saul M. Kassir, Itiel E. Dror y Jeff Kukucka⁴⁰, nos dice tajantemente que el sesgo es solo uno de los muchos factores que influyen en el fracaso de la investigación judicial. Sin perjuicio de aquello, no deja de ser importante tal efecto, en tanto la investigación judicial debe tener como finalidad arribar a la verdad.

Esta situación, por lo menos en Estados Unidos, viene generando interés desde hace ya bastantes años, es decir, la forma en “cómo los sesgos cognitivos pueden influir en la toma de decisiones en ciencias forenses”⁴¹ es un problema que levanta suspicacia en la administración de justicia. Por tal razón, el año 2005, el congreso norteamericano encargó un estudio a la Academia Nacional de Ciencias con la finalidad de realizar un diagnóstico a las actuaciones de peritos y a la calidad de las ciencias forenses que transitan por los estrados. El resultado se conoce con el nombre de NAS Report 2009 y en él se entregan una serie de recomendaciones en virtud de las falencias detectadas, entre ellas, los sesgos cognitivos.

En nuestro barrio sudamericano, en Colombia específicamente, el legislador ha mostrado preocupación ante la posible existencia de sesgos en el actuar del perito durante su labor, permitiendo a las partes litigantes poder contradecir el dictamen del perito. A mi juicio, algo de suma importancia y es por ello que lo destaco, es que aquellas “*podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas*”⁴² (énfasis

39 BUTT (2013), p. 59.

40 Ibid.

41 COOPER y METERKO (2019), p. 36.

42 Código de Procedimiento Civil (Colombia), decretos números 1400 y 2019, de 1970, art. 238 N°4.

añadido). La objeción por error grave es aquel derivado de una observación equivocada del objeto de pericia, es decir, cuando el perito evacúa “un dictamen o conclusión a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo”⁴³.

7. LOS SESGOS COGNITIVOS VISTOS DESDE EL INTEGRATIVISMO TRIALISTA

El ser humano y dentro de éste la persona que contiene al perito o perita es un ser imperfecto, porque aun cuando su inteligencia sea superior a la media, no deja de ser limitada, en tanto “lleva dentro de sí, el deseo de poseer la verdad; pero le cuesta gran esfuerzo llegar a ella”⁴⁴, lo que es evidente sobre todo cuando claudica sin esfuerzo ante determinados sesgos cognitivos.

Podemos concordar que el perito o la perita en tanto persona cuando realiza un acto determinado, para estos efectos, su labor pericial o meta-pericial, “no sólo realiza el acto concreto, pues todos los demás actos se relacionan, sino que también están vinculados formando un todo organizado del ser personal”⁴⁵ en tanto, experto que es, todos sus actos conforman su naturaleza de ser humano y de realizar una labor que lo legitime como profesional dentro del aparato judicial; al interior del proceso. Una premisa elocuente que nos describe un sistema; un tipo de organización tal, donde cada subsistema permite el desarrollo y despliegue de actos que van desde los más simples hasta los más complejos. Por ello, y con muy justa razón,

43 La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia ha indicado que el error grave al cual se refiere el artículo 238.4 del Código de Procedimiento Civil es aquel derivado de una observación equivocada del objeto del dictamen, lo cual ocurre cuando se estudian materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; o cuando se altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, es decir, cuando el perito rinde su dictamen a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo. Ahora, de la norma procesal se infiere claramente que el presupuesto necesario para la formulación de la objeción por error grave es que éste haya sido determinante en las conclusiones del dictamen.

44 PORRÚA (2005), p. 216.

45 SANTAMARÍA (2009), p. 74.

siguiendo esa misma línea argumental, se ha escrito que la persona es sin duda “el tema central del derecho”⁴⁶, entendido éste como otro gran sistema que contiene lo que conocemos como fenómenos jurídicos.

Como el objeto central de este trabajo puede ser considerado por este articulista justamente como un tipo de *fenómeno jurídico*, en tanto dichos heurísticos y sesgos pueden llegar a tener un rol importante en la toma de decisiones del juez y especialmente en los peritos, Goldschmidt, fundador del trialismo sostenía que los elementos del fenómeno jurídico —el derecho— “pueden designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia”⁴⁷. Y como los sesgos cognitivos formalizan un reparto, se ubican en la primera de las tres: en la conducta representada en la dimensión sociológica.

Hoy en día, la visión integrativista del mundo jurídico que sostiene el trialismo resume lo anterior. Esta comprensión se erige sobre tres pilares fundamentales: una dimensión sociológica que se asienta en nuestra realidad que construimos como sociedad. Aquí encontramos los repartos y adjudicaciones. Los primeros, ejecutados por personas determinadas; los segundos, provienen de la naturaleza. Luego, el segundo pilar es la denominada dimensión normo (lógica), que tiene y posee un carácter direccionador mediante la captación lógica de repartos proyectados. Y finalmente, una *dikelógica*, asentada en la forma en como la justicia, valor y conjunto de valores; valora justamente a las otras dos anteriores.

Bajo el sentido concreto de la idea anterior, el perito se integra en el fenómeno jurídico que se toma este artículo y no basta que, como un tipo de persona determinable que construye parte de la sociedad en que vivimos (visión sociológica), para actuar en juicio, deba cumplir con lo que la ley establece, es decir, estar inscrito en un listado público y formal que le autorice para su nombramiento y posterior ejecución de su labor pericial dentro del procedimiento pertinente, o que la ley mandate al justiciante para admitirlo

46 FERNÁNDEZ (2001), p. 289.

47 GOLDSCHMIDT (1987), p. 8.

previo acompañamiento de los pergaminos que avalen sus conocimientos. Sino que, además, hay que colacionar el hecho de que el experto o la experta debe ejecutar y ajustar su labor pericial conforme la normatividad existente (visión normo (lógica)), lo que lo lleva obligatoriamente a respetar principios de las reglas de su ciencia arte u oficio, debiendo exiliar cualquier atisbo de subjetividad, conminándose además a asumir, incluso, la obligatoriedad de ser capaz de advertir sus propios errores al momento de captar, reflexionar y comprender la realidad observada en su labor pericial o metapericial. Como se verá más adelante, razonar respecto de las captaciones lógicas en torno a sesgos cognitivos que puedan influir en su toma de decisiones.

Es decir, reflexionar si lo que está pensando es congruente con los principios que gobiernan su sabiduría pericial. Si no lo son, por mucho que la intensidad de aquella idea instalada trate de comprimir al sustento técnico-científico, debe desprenderse de ella porque, como experto forense, es un actor social cuya intervención en el proceso es autorizada por la normas respectiva y de dicha actuación se construirá una sentencia o reparto formal que *per se*, debe ser justa.

Habíamos señalado que el perito debe ejecutar y ajustar su labor pericial conforme la normatividad existente. En razón de aquello podemos aseverar que “cuando la normatividad se cumple, tiene la jerarquía muy importante de su exactitud”⁴⁸ y este último carácter construye la autorización para que una persona determinada actúe desde lo pericial coadyuvando con una verdad correcta y certera. En otras palabras, aquel deber de fidelidad al trabajo se impone en tanto norma; en tanto veracidad de lo que el perito debe respetar.

El derecho, al detentar un carácter integrador, tiene esa capacidad para prevenir de manera lógica y ordenada, no la aparición de los sesgos cognitivos en estos agentes del sistema judicial, sino que su representación formal y final en el resultado que arroje la labor pericial o metapericial descrita en el respectivo informe o en la declaración del perito o perita.

48 CIURO (2019), p. 84.

Lo anterior se explica mediante el siguiente razonamiento. El experto forense, al ser un tercero ajeno al litigio y que de alguna u otra forma auxilia a quien debe impartir justicia, tiene que ser consciente de su ubicación espacio-temporal y de la importancia de su participación, pero también ser consciente de un aspecto axiológico que debe primar en él, el que se relaciona justamente con aquel valor de lo llamado *justo*, puesto que la justicia “sólo tiene sentido dentro de la sociedad y para su realización es necesario un orden de conductas que encarna y realiza el Estado”⁴⁹ junto a los ciudadanos.

Esta noción, es la misma que el perito ayuda a construir desde su espacio y “tiene que ver con un presente que se ha de asumir en forma consciente y responsable”⁵⁰ donde estos dos últimos aspectos son claves. Ergo, la conciencia clara, limpia y sin sesgos permite una captación lógica no solo de lo que el objeto de pericia o metapericia le ofrece, sino que también del medio ambiente donde se inserta y se desenvuelve. Y la responsabilidad, por su parte, a su vez revela la sensatez para el correcto actuar.

Luego, más allá de las normas que gobiernan la ciencia, arte u oficio que profese el experto o experta, el derecho se impone por sobre la labor pericial o metapericial desplegada, desde otra normatividad, una de tipo formal, llámese leyes, decretos, etcétera, que inunda al *alter ego* (perito-perita) y al ser humano que lo contiene con valores útiles y serviles que están afuera de su ser. Por tanto, podemos afirmar que la persona que se desenvuelve en esta dualidad (constituida en un solo cuerpo) está constantemente accionando de alguna u otra forma dentro de la dimensión del derecho, donde “la interacción dinámica es posible en tanto el ser humano es el único ser que vivencia o sensibiliza valores”⁵¹ junto con crear normas jurídicas para autorregularse. Así, al dar comprensión a los valores que el derecho visibiliza, el perito debe ajustar su trabajo con miras a evitar los disvalores, donde los sesgos cognitivos y heurísticos pueden contribuir a estos.

49 DACAL (2005), p. 133.

50 RIVERA (1993), p. 192.

51 FERNÁNDEZ (2002), p. 21.

Desde el integrativismo trialista, es posible afirmar que cuando un perito o perita (repartidores pues generan una adjudicación) realiza o ejecuta su labor pericial o metapericial guiado por sesgos cognitivos de los cuales no se ha percatado, fijando además un error proveniente desde aquellos en el instrumento evacuado o en su declaración, genera *a priori* una *potencia* para aquella de las partes litigantes que hace suya esa prueba. Sin embargo, el defecto provocado por el o los sesgos contenidos en el experto, inevitablemente la perjudicará; es decir repartirá en definitiva una *impotencia* para ese litigante, pues de ser advertido tales errores, ya no le será útil aquel medio de prueba y hasta quizás, no obtenga el juicio al no poder acreditar su hipótesis por esa deficiencia.

Vemos que ambas adjudicaciones las podemos considerar como “repartos y distribuciones que se influyen de manera recíproca”⁵² en quienes las detentan o reciben, es decir, *recipiendarios* o, en este caso, partes del litigio. Personas que reciben un beneficio o un perjuicio desde el reparto.

Pero también el perito es adjudicatario de un reparto, como ya se mencionó palabras atrás, el que viene dado por la propia ley. Es esta quien le endosa a ciertas y determinadas personas hábiles en su inteligencia, la responsabilidad de esclarecer un hecho de la causa, puesto que “gracias a sus conocimientos, actúan como fuente de consulta para la resolución de conflictos”⁵³. De esta forma el perito o la perita también es un componente esencial operando en este sistema signado como proceso al interior del derecho, y a su vez miembro de un subsistema denominado derecho pericial, toda vez que es evidente la circunstancia de tener que ceñirse a ciertas responsabilidades y obligaciones dentro de su labor encomendada, abarcando esferas incluso más allá de la propia ley, como valores y roles sociales, pero no por eso distantes, en el sentido de que se entrelazan como círculos que ocupan espacios dimensionales en otros similares.

52 CIURO (2019), p. 37.

53 CÁCERES (2025b), p. 37.

Estas responsabilidades y obligaciones se relacionan con aspectos axiológicos y sociales, donde el valor de lo que podamos asumir que ocurrirá, es decir, cuando el justiciante se pronuncie finalmente, adquiere gran relevancia dadas las anomalías que pueda revestir las labores periciales y metapericiales guiadas por sesgos cognitivos y como ellas influirán finalmente en la decisión del juez.

Esta conjetura funcional, materializada en una especie de vaticinio o presagio de lo que se sentenciará, sirve para presentar la comprensión de ciertos valores que deben estar presentes en el perito o perita de forma que no pueda trastocarlos. Sinceridad, transparencia, imparcialidad o el valor de la reflexión, entre otros, pueden aislar a los heurísticos.

Junto a lo anterior, debe estar presente, la consciencia de darse cuenta de qué es lo que sabe, cómo lo sabe, y dónde y cómo aplicar lo que sabe. Aspectos que también caen o se configuran bajo la estructura normoexistente, pues la norma “capta la conjetura, y describe el reparto con caracteres de fidelidad y exactitud”⁵⁴ para luego integrarla de una forma conveniente, esperando en lo posible que el trabajo pericial, haya sido en realidad, de utilidad, al momento de conocer el reparto formal del juez.

Pero además, esa conjetura, por antonomasia, trae inserta en su núcleo la noción de que no existe un ordenamiento legal que modele el trabajo pericial o metapericial en forma precisa, pues queda siempre al arbitrio de la praxis. O si existe, dicha norma no es del todo operativa o funcional. De manera que el perito o la perita pueda ser consciente del hecho que, apartarse de ciertas normatividades que le informen como operar bajo sesgos cognitivos para que estos no fluyan e incidan en él, invalidarán sus actividades periciales, y por consiguiente, pueden llegar a adjudicar una impotencia nefasta en el receptor: la parte litigante y finalmente, también en el proceso. Esta normatividad a la que nos referimos no es la ley del legislador en forma excluyente,

54 CIURO (2000), p. 9.

más bien responde a normas de orden moral, éticas y deontológicas y otros valores como el de la responsabilidad y el valor de ser consecuente, las que deberían ser operativas.

Es necesario sí asumir y asentir que la no existencia de una norma jurídica que regule la actividad o labor pericial de forma minuciosa o detallista en ningún caso surte de impedimento para aquellos ejercicios o trabajos, pues existen otras normas que sí los regulan, las que provienen del propio acervo cultural, técnico y científico del o la experta.

No obstante, lo argumentado hasta el momento, hay que tener presente y no obviar el hecho de que para establecer esta conjetura acerca de los riesgos e implicancias que pueden llegar a tener los sesgos cognitivos en la labor pericial y metapericial, hay que determinar el modo o la forma en cómo se presentan en la realidad, es decir, hay que analizar en profundidad el razonamiento del perito o perita (los repartidores) y la manera en que, cómo dicho proceso reflexivo, se integra mediante el “reparto hablado”⁵⁵ al razonamiento de un *no experto* en esa ciencia, arte u oficio, pero que en definitiva es llamado a resolver el asunto o negocio sometido a su competencia: el juez. En el entendido de que este último es el máximo repartidor de potencias e impotencias en el procedimiento judicial.

Este trabajo para captar el razonamiento del perito o perita no es privativo de la asistencia letrada o del juez. Sin duda, ellos son los primeros obligados y cuya responsabilidad radica en comprender los fundamentos y principios de aquella ciencia, arte u oficio para determinar en qué punto empiezan a manifestarse los heurísticos, y en qué momento son los sesgos cognitivos los que instrumentalizan al profesional forense. Sino que, además, el propio experto, perito o perita, debe no solo entender su trabajo; debe comprenderlo desde el derecho. Es aquí donde radica una parte importante a cerca de la comprensión integrativista del trialismo jurídico que deben poseer estos

55 DACAL (2005), p. 139.

agentes del sistema como eje controlador para evitar que estas actividades periciales contaminadas sean transferidas a la sentencia conculcando el reparto final de justicia.

Pero hay otro aspecto que tiene una gravitación de suma importancia. Como ya se mencionó, el primer obligado es el propio experto o experta quien debe lograr una captación lógica de aquellos sesgos que pueden inferir en su trabajo. Es decir, debe posicionarse de manera tal que pueda observar la forma en como recibe la información, como la procesa y que elementos pueden disgregar su análisis objetivo, y si los mismos toman posición por sobre las propiedades de su ser y de su praxis. Puesto que la persona y su *alter ego* (el perito o la perita) los podemos describir como seres reales, eficientes y efectivos en sus labores, lo que no implica que abduquen ante errores de los que no logran percatarse. Y ese proceder debe valorarse como algo que es, y “este algo es el material estimativo del valor justicia, que se aplica tanto a entes ideales, como a la imperfecta realidad constituida por las cosas, que en el Derecho son las conductas”⁵⁶.

8. CONCLUSIONES

El estudio y análisis de una realidad particular encargada a expertos, puede verse influenciada por sesgos cognitivos, lo cuales, incluso pueden llegar a convertirse en repartidores de impotencia en la producción y desarrollo de la labor pericial y metapericial si el experto no se da cuenta que es gobernado por ellos, específicamente advertidos al momento de evacuar conclusiones equivocadas enraizadas en una defectuosa percepción de la realidad ordenada estudiar y evaluar a su inteligencia. Esto durará hasta cuando un modelamiento cognitivo le permita reconocerlos y ajustar su levante de información conforme la objetividad de su ciencia, arte u oficio e interpretarla en directa relación con aquellos. Vale decir, erradicar lo que

56 GALATI (2021), p. 27.

piensa de lo que observa; exiliar un prejuicio del juicio nacido a la luz de los datos recabados y solo trabajar con las herramientas mentales que le proveen su ciencia, arte u oficio.

El fundamento de lo anterior descansa en una conjetura acerca del riesgo y la implicancia que los sesgos cognitivos pueden llegar a tener en la labor pericial y metapericial, y como las conclusiones de ellas arribadas y encartadas en un documento o declaración, influyen en el justiciante, pudiendo llegar a desvaluar lo que entendemos por *justicia*. Fundamentalmente por repercusiones en el sistema judicial o, en otras palabras, que la impotencia repartida por el perito o la perita pueda crear desajustes en la estructura de un determinado razonamiento final.

Siguiendo estas últimas reflexiones mencionadas, estimo que tomar elementos centrales en los cuales descansa el integrativismo trialista, son una excelente herramienta para controlar la presencia de sesgos cognitivos en la medida en que el perito o perita pueda lograr, por una parte, reconocer aspectos normativos y su esencia valórica, y cómo aquellos aspectos axiológicos le permiten de alguna forma ubicar y advertir ciertos heurísticos. Y, por otra, que dichos sesgos pueden llegar a tener cierto grado de incidencia en su labor o actividad, en tanto el perito actúa como repartidor y adjudicante. Esto es esencial, porque estos expertos son un tipo de persona determinada, dado el grado de especialidad y conocimiento que posee frente a otros. Aquello le permite ser un actor relevante de la realidad social; en su versión realidad judicial. En tanto existen normas que permiten o autorizan para que dicha relevancia sea efectiva. Y del trabajo o labor pericial ejecutada, habrá una reflexión final que tienda a construir el valor justicia.

De esta forma, la problemática planteada en este artículo sí puede ser abordada bajo este paradigma integrador del derecho. Pero para aquello, el perito o perita, no debe estar ajeno a dicha estructura o pilar. Ergo, le es obligatorio no solo conocer el espacio jurídico y judicial en el que se desenvuelve, sino también reconocer su ambiente social, pues es un actor

de suma importancia en el proceso judicial y en la vida diaria del cual se extraen ciertos valores. Eso, por una parte. Por otra, también estos soportes del trialismo sirven de ayuda a la asistencia letrada o al juez para captar aquel razonamiento del perito o perita. En tanto que, sin duda, estos agentes son los primeros obligados en sede judicial, y cuya responsabilidad radica en comprender los fundamentos y principios de aquella ciencia, arte u oficio para determinar en qué punto empieza a hablar el subconsciente del experto cuando ha abandonado la objetividad y así evitar el florecimiento de un *desvalor* en lo que llamamos justo.

Entonces, por una parte, la normatividad compele al perito o perita a respetar ciertas estructuras no sólo nacidas a la luz de la ley, sino que también aquellas normas morales, sociales e incluso religiosas que pueden llegar a modelar el trabajo o labor pericial o metapericial, como asimismo de igual forma se imponen para el resto de los agentes receptores.

Al mismo tiempo, por otra, el perito o perita debe saber reconocer valores actuales y futuros que puedan ser captados producto de su actividad, estos últimos específicamente mediante una conjetura de tipo funcional y preventiva. Porque reconocer axiológicamente permite bajar la tensión y ayudar a regular y controlar aquellos sesgos que influyen y tienden a aflorar por sí solos de forma independiente a su contenedor. Es decir, al reconocer el valor de la justicia, de la honestidad, de la transparencia, de la imparcialidad, entre otros, el perito o perita, debería a lo menos preguntarse si lo que observa, como material de trabajo se define por lo que ese objeto de pericia es, o por lo que su acervo subjetivo le ordena creer y aseverar, o por lo que la ciencia, arte u oficio le dirige conforme modelos y principios, para decantar en la forma en cómo afectará cada una de estas posibilidades a su reflexión conclusiva manifestada en el reparto que efectuará. Lo anterior, no razonando vía empatizar con alguna de las partes, percibiendo cómo ellas podrían verse afectadas, sino, tomando en consideración la estabilidad del sistema de justicia y la manera en que puede llegar a una desvalorización de este tipo de valor; el valor justicia.

En ese espacio que separa estos procesos reflexivos debe estar presente un aspecto de norma, la consciencia del valor que la integra y el mismo hecho que viene de lo social. Es decir, debe poder ser capaz de comprender la captación lógica y determinar cómo la norma que permite desarrollar, no solo su trabajo o labor pericial o metapericial, y que le autoriza al mismo tiempo acceder a su participación en el procedimiento, posee una estructura tal, que concede ajustar el reparto que él formalice mediante la lógica con estructuras para la captación de esa realidad.

Por esta razón, resulta imperativo que el perito o perita advierta si posee sesgos cognitivos que interfieran en la recolección de información durante su labor pericial o metapericial. Al emitir un dictamen, el experto no hace más que suministrar un hecho que ya existe en la realidad. Sin embargo, si dicha entrega está contaminada por una percepción distorsionada, el error pasaría inadvertido para el propio autor y se trasladaría al razonamiento del juez como una conclusión honesta, pero con un alto contenido de falsedad sesgada.

Finalmente, el riesgo de que el razonamiento —no solo del perito, sino del propio juzgador— se vea impactado por sesgos cognitivos, debe ser ponderado por el derecho en función de la afectación al valor justicia. La relevancia de esta implicancia radica, precisamente, en el grado de distorsión que dichos sesgos provocan en la toma de decisiones de estos agentes del sistema.

Dado que una de las cuestiones fundamentales del Derecho es determinar quiénes son los receptores de potencias e impotencias, el experto forense debe captar axiológicamente el sentido de su labor pericial o metapericial como un agente más del sistema. Esto le permite prever si su intervención se transformará en un reparto maculado, dependiendo de si el tenor de su labor se vea afectado por distorsiones en la percepción, y no respecto de si alguna de las partes saldrá beneficiada o no, pues esta cuestión de fondo le atañe al sentenciador. Si no más bien de determinar, conforme las propiedades del

ser de su trabajo, si aquella se reviste o no de elementos anómalos nacidos a la luz de un error en el procesamiento de la información recabada. Y ese es un riesgo que puede ser controlado para evitar la implicancia, es decir, la consecuencia o relación que pueda llegar a catalizarse.

Como corolario, los sesgos cognitivos sí pueden entorpecer u oscurecer la labor del perito y ser transferidos de forma indebida a una sentencia bajo la atenta mirada del justiciante si éste tampoco sabe reconocerlos.

Algunas sugerencias que bien pueden ser de aporte serían, por ejemplo, que el Estado capacitara a los peritos, especialmente a los judiciales, en áreas de las ciencias sociales y psicológicas. Así como también desarrollar un programa de selección y acreditación de peritos más moderno y acorde a nuestros tiempos que permita contar con profesionales con una mejor capacitación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILÓ REGLA, Josep (2000): Teoría general de las fuentes del derecho (Barcelona, Editorial Ariel S.A).

BUTT, Leonard (2013): “The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions -Commentary by a forensic examiner”, en: Journal of Applied Research in Memory and Cognition (Vol. 2, N°1), pp. 59–60.

CÁCERES MUÑOZ, Cristián (2025a): “La metapericia, el metaperitaje y la prueba metapericial en la jurisprudencia nacional y comparada, cómo comprenderlos para una decisión racional y justa”, en: Revista de Derecho Universidad de Concepción, 2025 (N°258), pp. 187-214.

CÁCERES MUÑOZ, Cristián (2025b): “Aspectos relevantes de la prueba metapericial (caligráfica)”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción* (Nº46), pp. 14-38.

CÁCERES MUÑOZ, Cristián (2025c): *Labor pericial y metapericial del perito* (Santiago de Chile, Editorial Hammurabi).

CAMPI MAYORGA, Ida; CAMPI MAYORGA, Julieta y DE LUCAS COLOMA, Luis (2015): “El Método Heurístico como recurso en la resolución de problemas en la Educación”, en: *Uniandes Episteme. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación* (Vol. 2, Nº3), pp. 236-241.

CHARMAN, Steve (2013): “The forensic confirmation bias: A problem of evidence integration, not just evidence evaluation”, en: *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* (Vol. 2, Nº1), pp. 56–58.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2000): *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas, metodología jurídica* (Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas).

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2019): *Una teoría trialista del mundo jurídico* (Rosario, Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario).

CONCHA, Daniela; BILBAO, María; GALLARDO, Ismael; PAEZ, Darío y FRESNO, Andrés (2012): “Sesgos cognitivos y su relación con el bienestar subjetivo”, en: *Salud y Sociedad* (Vol. 3, Nº2), pp. 115-129.

COOPER, Glinda y METERKO Vanessa (2019): “Cognitive bias research in forensic science: A systematic review”, en: *Forensic Science International* (Vol. 297), pp. 35-46.

CORTADA DE KOHAN, Nuria (2006): “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, en: Revista de Psicología (Vol. 2 N°3), pp. 55-69.

COTTA, Sergio (2005): ¿Qué es el derecho? (Madrid, Ediciones Rialp).

DACAL ALONSO, José (2005): La idea de justicia en Werner Goldschmidt (México, Universidad La Salle).

DÁVILA NEWMAN, Gladys (2006): “El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales”, en: Laurus (Vol. 12), pp. 180-205.

DEL PICCHIA, José (2006): Tratado de documentoscopia: La falsedad documental (Buenos Aires, Ediciones La Rocca).

FARIÑA, Francisca; ARCE Ramón y NOVO Mercedes (2002): “Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales”, en: Psicothema (Vol. 14, N°1), pp. 39-46.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2001): “¿Qué es ser «persona» para el Derecho?”, en: Derecho PUCP, (N°54), pp. 289-333.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2002): “Apuntes sobre el daño a la persona”, en: IUS ET VERITAS (Vol. 13, N°25), pp. 14-38.

GALATI, Elvio (2021): La teoría trialista del mundo jurídico (Buenos Aires, Editorial Teseo).

GAVIÑO, Victoriano (2009): “Delimitación de conceptos lingüísticos. Definición descripción de la finalidad”, en: Energeia (N°1), pp. 81-96.

GOLDSCHMIDT, Werner (1987): Introducción filosófica al Derecho (Buenos Aires, Ediciones De Palma).

KELSEN, Hans (1991): *Teoría pura del derecho* (Ciudad de México, Editorial Porrúa).

LÓPEZ-PUIGCERVER, C. V. (1951): “Naturaleza jurídica de la pericia”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. 4), pp. 43-70.

LIPPMANN, Walter (2004): *Public Opinion, The Project Gutenberg*. Disponible en: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/51002133/lippman_Public_Opinion-libre.pdf?1482338301=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DPublic_Opinion_Welcome_To_The_World_of_F.pdf&Expires=1769717686&Signature=NQydyJuoVUF9MviRVAgS7ynvMQN7jDmNF6e211oYZewrUuPz8hWeqrAErb8ZTPFhIqcyq1naKgm-6vOqxygVFYyYh7s5uKZCPX69zcVNV0aDpKvGuie5sORSB476LDK7I-Y2ienPwiLdojwdG5CVGdF2QImOJxmC5E7asoNUhdF5pICdGBpoVQbfSjZ75k57LIzJob1IHap5BWYbJvLyJD18SF9Zr~SreBe5PzokHmeIZ-BUajN92WRhAkZ-MOOvKEDDjd8lNxCIWqMhsVTLlFjaAjC-pB-Fjo2N85yIedJQs5taswj8iciNzo23-ggls4PRquVp7PtaZHNWIEC-zS~IT-g__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA [Fecha de última consulta: 30.01.2026].

NIEVA-FENOLL, Jordi (2025): “Los sesgos cognitivos y la prueba: huyendo de la intuición del juez”, en: *InDret* (Nº1), pp. 382-405.

PAYÁ-SANTOS, Claudio (2017): “Sesgos cognitivos en el análisis de inteligencia”, en: *Estudios en Seguridad y Defensa* (Vol. 12, Nº23), pp. 63-80.

PORRÚA PÉREZ, Francisco (2005): *Teoría del estado* (Ciudad de México, Editorial Porrúa).

RIVERA, Luis (1993): *Desde el trialismo de Herrera Figueroa* (Buenos Aires, Editorial Plus Ultra).

SANCHO GARGALLO, Ignacio (2024): *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento* (Madrid, Tirant Lo Blanch).

SANTAMARÍA VELASCO, Freddy (2009): “La persona: valor y amor en la filosofía de Max Scheler”, en: *Análisis. Revista Colombiana de Humanidades* (Nº 74), pp. 71-94.

SMALARZ, Laura; MANDON, Stephanie; YANG, Yueran; GUYLL, Max; y BUCK, Sarah (2016): “The perfect match: Do Criminal Stereotype Bias Forensic Evidence Analysis”, en: *Law and Human Behavior* (Vol. 40 Nº4), pp. 420-429.

SOBA, Ignacio (2023): “Prueba y perspectiva de género: tres cuestiones controversiales”, en: *Revista Eletrônica de Direito Processual* (Vol. 24, Nº1), pp. 205-218.

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel (1983): “Extensional vs. intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment”, en: *Psychological Review* (Vol. 90, Nº4), pp. 293-315.

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel (1974): “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, en: *Science* (Vol. 185, Nº4157), pp. 1124-1131.

URRA URBIETA, José; MEDINA LORZA, Aida y ACOSTA NARANJO, Alejandro, (2011): “Heurísticos y sesgos cognitivos en la dirección de empresas: un meta-análisis”, en: *Revista Venezolana de Gerencia* (Vol.16, Nº55), pp. 390-419.

VELÁSQUEZ POSADA, Luis (2004): *Falsedad Documental y Laboratorio Forense*, (Buenos Aires, Ediciones La Rocca).

WAINSTEIN, Eduardo (2009): “Algunos problemas del razonamiento médico en el proceso de diagnóstico. Papel de algunas heurísticas y posibles soluciones”, en: *Rev. méd. Chile* (Vol. 137, N°12), pp. 1636-1641.

ZAMORA-MACORRA, Mireya; BARRÓN-ALVAREZ, Iván y ASTUDILLO-GARCÍA, Claudia (2022): “Principales sesgos en la investigación epidemiológica en salud ocupacional”, en: *Salud de los Trabajadores*, (Vol. 30, N°2), pp. 129-138.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código de Procedimiento Civil (Colombia), decretos números 1400 y 2019, de 1970.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 27 de octubre de 2008, rol N°936-2008.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de marzo de 2011, rol N°2166-2010.

Corte Suprema, sentencia de 07 de febrero de 2023, rol N°66.590-2022.

Corte Suprema, sentencia de 19 de mayo de 2025, rol N°5051-2025.

Corte Suprema, sentencia de 28 de mayo de 2025, rol N°11259-2024.

RECENSIÓN. BANFI DEL RÍO, C. (2023) RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CLIMÁTICOS EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO. VALENCIA, TIRANT LO BLANCH¹

Camilo Arancibia Hurtado*

El libro que reseño a continuación pone al centro del debate una cuestión apremiante: los efectos del cambio climático en nuestras vidas, específicamente, los daños climáticos. La pregunta general que se hace el autor es la siguiente: ¿qué rol tiene el Derecho Privado frente este fenómeno? Y, en específico, ¿qué rol juega la responsabilidad extracontractual en él? Para lograr su cometido el autor realiza en cuatro apartados, esto es, una introducción y tres capítulos (amén de unas impresiones finales), algo que ha sido calificado como *una obra colosal, fruto de un esfuerzo titánico, desmesurado*, según señaló Albert Ruda en la presentación del libro; una obra *alucinante*, dice Enrique Barros en el prólogo a esta obra. Yo diría, una obra completamente necesaria e inusual dentro de nuestro medio jurídico, específicamente, en la dogmática civil. Digo necesaria porque en sus más de 1.000 páginas el profesor Banfi realiza un conjunto de operaciones teóricas que permiten entender a cabalidad el problema que como mundo enfrentamos. Pero inusual

¹ Artículo recibido el 27 de noviembre de 2025 y aceptado el 26 de abril de 2026.

* Doctor en Filosofía por la Universidad Autónoma de Barcelona. Magister en Derecho (mención Derecho Privado) por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil e integrante del Departamento de Ciencias Generales del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.  0000-0001-7484-3068. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo Electrónico: camilo.arancibia@uv.cl.

porque para ese cometido ensancha lo que conocemos como dogmática civil permitiendo en su nombre la entrada de la filosofía, la ciencia, la historia, la sociología, todo lo cual, enriquece el estudio que hoy comentamos.

En la introducción la primera operación que realiza el profesor Banfi, es la de proveernos de conceptos fundamentales para entender el problema y de una afirmación que a día de hoy es difícil de rebatir. En cuanto a los conceptos estos son los de clima, tiempo, impacto ambiental, causalidad, daño ambiental, para luego definir, en base a la Convención Marco de las Naciones Unidas, lo que se entenderá por cambio climático, esto es: “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”². Acá las palabras claves son *directa* e *indirectamente* porque ello nos ilumina el problema de causalidad que el autor aborda detalladamente más adelante y que se puede resumir en si acaso nuestra intervención en el mundo lo ha favorecido o no. Esta es una primera cuestión conceptual que fija el contenido.

En cuanto a la aseveración, el profesor Banfi es categórico. Mucho se ha hablado hoy acerca del cambio climático, pero existen algunos que todavía muestran escepticismo o franca negación del problema. Banfi parte de una tesis central. En la página 35 señala: “El cambio climático es una realidad dramática ineludible... El cambio climático está causando y continuará produciendo calentamiento global ...”³ En otras palabras, es un problema demostrado que el Derecho debe combatir, pues concierne a las bases que fijan las condiciones generales para la vida.

Con esta aseveración la pregunta que se abre es: ¿pueden las instituciones jurídicas hacer frente a ese fenómeno? Para intentar responder esa pregunta el autor nos señala que su propósito será, sin pretensión de completitud, describir “nociones, doctrinas e interpretaciones científicas, económicas, éticas, filosó-

2 BANFI (2023).

3 Ibid., p. 35.

ficas, políticas, sociológicas y fundamentalmente jurídicas, sobre el cambio climático”⁴. Y es que es verdad, el problema es tan complejo, desconocido, de contornos tan difusos, que se necesita un esfuerzo multidisciplinar para acometer el desafío de entenderlo. El profesor Banfi cree que la labor del Derecho, del Derecho privado y en particular de la responsabilidad extracontractual (entendida como sistema) es más bien limitado. La posibilidad que el Derecho Privado (mediante la responsabilidad civil) y el Derecho Público (mediante la responsabilidad ambiental) contribuyan a la mitigación y adaptación, depende de que en cada juicio se prueben todos los elementos de la responsabilidad, lo cual hasta el momento es una tarea cuesta arriba, por las razones que expondremos. Tanto así que, en punto a la mitigación, esto es, ayudar a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, las acciones más eficaces serían las preventivas del Código Civil, o sea, de los arts. 937 y 948 y la del 2.333 (acción por daño contingente).

Lo que me parece fascinante de la obra es que para poder dar debidamente cuenta de esta tesis, el autor se sumergió en lo más hondo del asunto y mediante esa inmersión, nos proveyó de diferentes herramientas teóricas. Veamos cómo procedió.

En el capítulo I, *Aspectos básicos del cambio climático*, que funciona como un diccionario de bolsillo del tema, el autor nos señala los orígenes históricos del cambio climático antropogénico, los fines y tareas fundamentales ante él y las cuestiones de ética, economía y normativas sobre el asunto que nos convoca. En este capítulo se da una mirada panorámica a las diferentes vías en que se puede fundar el esfuerzo de hacer frente al cambio climático. En ese sentido el autor se hace cargo de su mirada multidisciplinar y pone a disposición del lector sus agudas lecturas. Así, no es raro que comparezcan frente a nuestros ojos: Humboldt, Tyndall y Foote, Hans Jonas, Peter Singer, el Papa Francisco y la Laudato Si, Posner, etc.

4 Ibid., p.45.

Este capítulo sirve al lector para poder reflexionar sobre algunas preguntas que surgen. Una de ellas es, ¿cómo funciona el cambio climático? En las páginas 94 y 95 se señala: “Según la opinión científica mundial, por lejos dominante, plasmada en los sucesivos informes elaborados por el IPCC, las emisiones antropogénicas de GEI, particularmente dióxido de carbono y gas metano, causan calentamiento global; éste produce cambios climáticos y efectos adversos; y esos generan eventos meteorológicos extremos, catástrofes y desastres naturales, con consecuencias devastadoras”⁵. La cadena causal es larga y compleja.

Por lo anterior es que el profesor Banfi nos señala que el fenómeno del cambio climático es un fenómeno disruptivo para el Derecho. Lo es porque trastoca su manera de pensarse a sí mismo y lo excede por completo. Esto nos lleva a consideraciones acerca de cómo se produce hoy, cómo se consume, qué significa crecer económicamente, el trato humano al planeta y su flora y fauna, etc. Con todo, el autor constata que frente a la urgencia del fenómeno se produce lo que se conoce como la *paradoja de Giddens*, que afirma que como los peligros generados por el calentamiento global no son tangibles, inmediatos o visibles en el día a día, no se toman cartas en el asunto, pero cuando sea el momento de hacerlo será muy tarde. No hay sentido de emergencia, como diría Heidegger.

Las naciones más poderosas, nos cuenta el profesor Banfi, que serían las que están en mejor posición para hacerse cargo del problema, son las principales emisoras de gases de efecto invernadero y no tienen incentivos para reducirlos. A ello se le suma que, pese a que el cambio climático es un problema global, no existe una entidad legisladora de esas características con un alcance y autoridad jurisdiccional que pueda regular y dirimir las contiendas sobre el tema como querría, por ejemplo Luigi Ferrajoli, en su *Por una Constitución de la Tierra* de 2022. Siendo ese el panorama y como el problema no está siendo resuelto desde *arriba*, supraestados, las regulaciones han empezado desde *abajo*, en el Estado. Esto quiere decir que han

5 Ibid., pp. 94-95.

aumentado las regulaciones de emisiones de vehículos, se ha favorecido el uso de energías renovables y se han incrementado los estándares para las centrales de energía, entre otras medidas⁶. Aquí, entonces, se despliega el Derecho Privado.

En el capítulo II, *Funciones de la responsabilidad civil ante los riesgos y daños climáticos*, el autor nos provee de una completa descripción de lo que es la responsabilidad extracontractual como sistema y sus funciones asociadas. Si se mira a la responsabilidad extracontractual como sistema, esto es, como un “conjunto de principios y reglas según son aplicados por las diversas instituciones involucradas (principalmente por los tribunales de justicia, los juristas y los seguros), mediante argumentos políticos y de consecuencias económicas, sociales y políticas”⁷, se entenderá que ello excede con mucho la restitución del *statu quo ante* de la víctima, de manera que la responsabilidad extracontractual en los hechos “también desempeña funciones preventivas, distributivas, regulatorias y retributivas”⁸. Esta concepción de la responsabilidad es interesante pues se contrapone a la mirada meramente normativa que ve un hechor, una víctima y la reparación del daño que permite restaurar la justicia correctiva. En este caso, el fenómeno del cambio climático, permite iluminar otras zonas de ella que rebasan dicha función. Por ello el objetivo del capítulo es demostrar que la responsabilidad extracontractual, no sólo repara daños, sino que, entendida como sistema, “en los hechos permite prevenir daños; regular y distribuir socialmente los riesgos y daños; e incluso sancionar a quienes con dolo o culpa lata ejecutan las actividades o conductas que los generan”⁹.

El autor pasa revista detallada a la función resarcitoria, disuasoria de conductas ilícitas perjudiciales, sancionadora de ilícitos dolosos o sumamente imprudentes y distributiva, que vendría a ser una ampliación actualizada, nueva, y con un énfasis en el derecho anglosajón, de lo que es el estupendo

6 Ibid., p. 191.

7 Ibid.

8 Ibid., p. 251.

9 Ibid., p. 255.

apartado que sobre el particular ofrece el profesor Enrique Barros en su *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* del año 2007, que es el libro con el cual se tiene que comparar esta obra del profesor Banfi.

En diálogo con dicha obra en esta parte me interesa resaltar la preocupación de nuestro académico por los efectos que el cambio climático pueda tener en un país como Chile, expuesto a estos vaivenes de la naturaleza y de la acción del ser humano, y las implicancias de todo ello en relación con los litigios por daño climático. Cuando se analiza la función resarcitoria se señalan las tres visiones predominantes sobre la relación litigio y cambio climático. Unos optimistas que ven que se trata de juicios como otros; posiciones más moderadas que señalan la complejidad probatoria por el nexo causal y; perspectivas escépticas sobre la posibilidad que los litigios ayuden a combatir el cambio climático. Con cita a Barros se señala que la litigación no es un instrumento adecuado para enfrentar el fenómeno¹⁰. Prueba de ello serían los fallos de tribunales chilenos que rechazan acciones de daño ambiental, por la dificultad de la prueba de la causalidad específica. Así, por ejemplo, el caso de Pascua Lama que es muy ilustrativo de la de esta cuestión y que es bien desarrollado en la obra que comentamos (p. 351).

En el capítulo III, *Elementos de la responsabilidad civil por daño climático*, que es, en realidad, la mitad del libro, el profesor Banfi analiza el daño, la infracción al deber de cuidado y se detiene en el nexo causal que es el que me interesa comentar.

En cuanto a este último elemento el análisis es profundo y acabado, como pocas veces se ha visto en nuestra doctrina. El profesor Banfi parte por dar un recorrido por las principales teorías filosóficas sobre el tema, analizando en específico a sus grandes teóricos: Hart y Honoré, por ejemplo, para luego dar paso a una completa fundamentación sobre la causa adecuada y la próxima, tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional como internacional. Pero como venimos señalando desde hace ya un rato en esta recensión, la

¹⁰ Ibid., p. 348.

total complejidad del tema se manifiesta cuando el autor trata lo relativo a la causalidad genérica y la específica a propósito de la relación de causalidad entre las emisiones de los gases de efecto invernadero y los daños. Si recordamos los términos *directa e indirectamente*, entonces sabremos que puede existir un déficit probatorio e, incluso, epistémico a la hora de ponderar estos daños y su relación con la conducta humana. El autor señala que el análisis de la causalidad se impone pues, si la tomamos como causalidad genérica, nos preguntamos si la acción en cuestión “podría haber causado el supuesto daño”¹¹, pero si la miramos como causalidad específica, nos preguntamos, “si la acción en cuestión, más probablemente que no, causó realmente el presunto daño”¹². Ambas son cosas muy diferentes y en ellas se juega el aparato conceptual del Derecho Civil, su dogmática. En cuanto a la genérica si se mira desde lo fáctico, existe un continuo entre la emisión de gases, el calentamiento global, el cambio climático y los daños que se producen. En principio, entonces, un tribunal puede presumir la existencia de esta causalidad, mediante probabilidad estadística o máximas de la experiencia o, como en EE. UU. por medio de teorías científicas a evaluar mediante modelos, análisis estadístico, aceptados por la comunidad científica, etc.

El problema es la prueba de la causalidad específica. La pregunta central acá es “si las acciones o comportamientos del demandado fueron un elemento necesario en la producción del daño”¹³. Para esto, nos informa el autor, el estándar se acrecienta. Ante ello, en el derecho comparado y en el nacional se han ensayado algunas respuestas. Por ejemplo, se ha mirado la experiencia de los juicios por daños masivos o tóxicos, porque en ellos también se da causalidad múltiple, lo que impide aislar una sola causa como la necesaria para que se produzca un daño¹⁴. En estos casos se ha señalado que “la causa-

11 Ibid.

12 Ibid., p. 36.

13 Ibid., p. 891.

14 Ibid., p. 895.

lidad específica puede ser deducida del hecho que el demandado incrementó significativamente el riesgo del daño padecido por la víctima... en más del doble”¹⁵. La prueba de la negligencia sería la prueba de la causalidad.

Otra manera en que se puede enfocar el asunto es que un tribunal decida resarcir el daño señalando pérdida de chance o trasladando el *onus probandi* al demandado¹⁶. Un caso en ese sentido y, a propósito del 27F, se produjo en nuestro país. En juicios sobre responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio originados en el 27F, la Corte Suprema señaló, mediante presunciones judiciales, que existe relación de causalidad entre la acción u omisión culpable de quien canceló la alerta de tsunami, y la muerte de víctimas directas por ahogo en el maremoto, pese a que no se probó que las víctimas hubieran escuchado o no las alertas y qué decisión tomaron frente a ella. Se arguyó aquí que hubo pérdida de chance de sobrevivir, “de luchar dignamente por sus vidas”¹⁷. Las preguntas sobre justicia formal y justicia material toman la delantera.

El libro termina no con conclusiones sino con unas impresiones del autor que me parecen muy sintomáticas del estilo intelectual cauto que asume el profesor Banfi al momento de reflexionar sobre este asunto, porque me parece que estamos en un momento, en unas circunstancias históricas, donde no es necesario concluir algo, sino que, al contrario, plantear diversas preguntas, reflexiones, paradojas, que nos permitan tomar en serio el problema que enfrentamos.

Esta obra a causa de su erudición, trabajo, talento y didáctica, nos permite hoy analizar de mejor manera el fenómeno del cambio climático. Además revitaliza nuestra dogmática, permitiendo a los civilistas hacer uso de las más diversas disciplinas humanistas para poder estudiar un problema jurídico.

15 Ibid., p. 896.

16 Ibid., p. 911.

17 Ibid., p. 939.

Por último, y es cosa de abrir el libro en cualquiera de sus hojas, esta obra habilitará nuevos trabajos sobre el particular, pues su precisión científica y bibliografía es encomiable.

Sin duda, un aporte a la dogmática nacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BANFI, Cristián (2023): Responsabilidad Civil por Daños Climáticos en el Derecho Chileno y Comparado (Valencia, Tirant lo Blanch).

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.