

# 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



VALPARAÍSO  
Nº 81  
SEGUNDO SEMESTRE 2022

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES  
FACULTAD DE DERECHO

***DIRECTOR***

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI

***EDITORA JEFE***

PAMELA PRADO LÓPEZ

***SECRETARIA DE REDACCIÓN***

GENOVEVA ODDERSHEDE ROJAS

***COMITÉ EDITORIAL***

- Dra. Daniela Accatino, Universidad Austral de Chile (Chile)  
Dr. Rodrigo Coloma Correa, Universidad Alberto Hurtado (Chile)  
Dr. Hernán Corral, Universidad de Los Andes (Chile)  
Dr. Joaquín García-Huidobro Correa, Universidad de Los Andes (Chile)  
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá (España)  
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

## REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

Representante legal: Profesor Alberto Balbontín  
Retamales, Decano de la Facultad de Derecho.  
Director: Profesor Agustín Squella Narducci.  
Subdirector: Profesor Aldo Valle Acevedo.  
Dirección Postal: Av. Errázuriz 2120, casilla211-V,  
Valparaíso, Chile.

E-mail: [rcienciassociales@gmail.com](mailto:rcienciassociales@gmail.com)



## ÍNDICE

EDITORIAL .....	9
ESTUDIOS:	
IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI - LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA: <i>Lo indeseable de una aplicación estricta del artículo 1945 CC: una proposición de lege data.....</i>	13
MARIO OPAZO GONZÁLEZ - MARIANA ROJAS PEDRINI: <i>¿Qué queda del pago por cesión de bienes después de la entrada en vigencia de la ley n° 20.720?.....</i>	49
EDUARDO BOFILL CHÁVEZ: <i>La acusación constitucional a autoridades regionales y provinciales en la constitución del 80.....</i>	79
MARÍA LORENA ROSSEL CASTAGNETO: <i>Estándares interamericanos sobre el derecho del niño a ser oído en procesos judiciales.....</i>	111
ALEJANDRA ISABEL HERMOSILLA BESOÁIN - HUGO TÓRTORA ARAVENA: <i>La importancia de constitucionalizar la corresponsabilidad parental en Chile.....</i>	143
LAURA ALBORNOZ POLLMANN - RODRIGO BARCIA LEHMANN: <i>El neofeminismo, o los nuevos feminismos.....</i>	177
JAVIER VALLE SILVA: <i>La teoría del derecho de alejandro vergara: ¿local o general?.....</i>	215
NADIA BORIE MECKLENBURG - VÍCTOR GUERRA CORTÉS - PATRICIA SALINAS FIGUEROA: <i>Responsabilidad civil del estado por vulneración del derecho a la educación por la implementación deficiente de servicios de internet para la realización de clases telemáticas en pandemia.....</i>	237
CATALINA LAGOS TSCHORNE: <i>Recensión. GARGARELLA, Roberto – VIERA, Christian: El derecho como conversación entre iguales. EDEVAL, Valparaíso, 2020.....</i>	281
NORMAS EDITORIALES DE LA REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES....	289



## EDITORIAL

La Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, se remonta al año 1971. Desde aquellos años, la revista ha contribuido a la ciencia del derecho, no solo con sus números periódicos, sino a través de sus números misceláneos, entre los cuales destacan los dedicados a Jorge Millas, John Rawls y Carl Schmitt, entre otros.

Pues bien, habiendo transcurrido más de cincuenta años desde la publicación del primer número de la Revista de Ciencias Sociales, ésta comienza una nueva etapa, acorde a los tiempos que corren, con su indexación en el Catálogo SciELO. Se trata de un logro relevante, que implicó llevar a cabo un proceso de modernización y actualización de la misma, en que participaron no solo los miembros del comité académico y de los editores de sección, sino al que contribuyeron autores y revisores, quienes con su enorme generosidad contribuyeron a que la revista ingrese al selecto grupo de publicaciones indexadas.

Es así, que hoy la revista recibe trabajos en todas las áreas del Derecho, Filosofía Jurídica, y Sociología Jurídica, por lo que invitamos a los autores y autoras a enviar sus trabajos e investigaciones.

En el presente número, contamos con ocho artículos de investigación y una reseña. Como siempre, manifestamos nuestros agradecimientos a todas y todos los que colaboran para que la Revista de Ciencias Sociales se edite, especialmente a los autores chilenos y extranjeros que nos confían sus trabajos; a los miembros del Comité Editorial y Asesor; a los evaluadores externos que acreditan la calidad de los artículos publicados; y, por último, a la labor fundamental que cumplen los diseñadores, diagramadores, correctores de prueba y personal del taller de imprenta del sello EDEVAL.



**LO INDESEABLE DE UNA APLICACIÓN ESTRICTA  
DEL ARTÍCULO 1945 CC: UNA PROPOSICIÓN DE  
*LEGE DATA***

THE UNDESIRABLE OF A STRICT APPLICATION OF  
ARTICLE 1945 CC: A PROPOSITION OF LEGE DATA

Iñigo de la Maza Gazmuri<sup>1\*</sup>  
Lis Paula San Miguel Pradera<sup>\*\*</sup>

**Resumen:** Una interpretación estricta del artículo 1945 del Código Civil arriesga un resultado incompatible con la racionalidad subyacente del remedio indemnizatorio: un enriquecimiento que puede ir más allá de la compensación. Un sector de la doctrina ha ofrecido una interpretación flexible del precepto que evita este resultado. Si bien simpatizamos con el propósito, los argumentos no nos resultan del todo convincentes. Por eso, en este trabajo, ofrecemos un camino distinto, a través del artículo 6º de la Ley N°18.101 y las normas generales del remedio indemnizatorio.

**Palabras clave:** Arrendamiento; incumplimiento; interpretación; indemnización; lucro cesante.

---

1 Artículo recibido el 2 de noviembre y aceptado el 1 de diciembre de 2022.  
Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt regular N° 1221864.

\* Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, [inigo.delamaza@udp.cl](mailto:inigo.delamaza@udp.cl)

\*\* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, [lispaula@uam.es](mailto:lispaula@uam.es)

**Abstract:** A strict interpretation of article 1945 of the Civil Code risks an outcome at odds with the underlying rationality of compensatory damages: an enrichment beyond compensation. To overcome this interpretation some authors have provided a flexible interpretation which eludes it. We share the aim, but not the argument, so we offer an alternative based on article 6° of Act 18.101 and general norms on compensatory damages.

**Keywords:** Lease; breach of contract; interpretation; compensatory damages; loss of profit.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a analizar un precepto que permite al arrendador cobrar el importe de las rentas que se hubieran devengado hasta que el contrato hubiera terminado (por transcurso del plazo o por el desahucio), aunque el arrendatario no siga usando el bien: nos referimos al artículo 1945 del CC.

Nos interesa, en primer lugar, dar cuenta tanto de la configuración del supuesto de hecho de esta norma como de sus consecuencias jurídicas. El cumplimiento de esta tarea nos facilitará mostrar ciertos inconvenientes que, en nuestra opinión, puede producir una aplicación ceñida a la interpretación estricta del precepto<sup>2</sup>. A ello dedicaremos la primera parte del trabajo (apartados 1 y 2).

La detección de estos inconvenientes justifica aquello que nos interesa en la segunda parte, nos referimos a la fórmula que vamos a proponer para superar estos inconvenientes. Para llevar adelante esta tarea, daremos cuenta de la doctrina más reciente sobre la materia, la solución a la que ha llegado y nuestras dudas al respecto (apartado 3). A continuación, plantearemos una posible solución a través del artículo 6° de la Ley de Arrendamiento de

---

2 Empleamos la expresión “estricta” para significar que se trataría de reglas que no admiten excepciones.

Predios Urbanos (en adelante, Ley N°18.101) y las normas generales del remedio indemnizatorio (apartados 4 y 5). Como es habitual, ponemos fin a este trabajo con unas conclusiones (apartado 6).

## II. EL ARTÍCULO 1945 CC: SU SUPUESTO DE HECHO Y SU CONSECUENCIA JURÍDICA

### 1. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho del artículo 1945 CC está configurado por la unión de dos circunstancias. La primera de ellas es la existencia de una terminación anticipada del contrato y la segunda consiste en el hecho de que la misma se debe a culpa del arrendatario.

En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de 27 de diciembre de 2018 de la Corte Suprema<sup>3</sup> que considera que es correcta la aplicación del artículo 1945 CC en un caso de no pago de rentas por parte del arrendatario y terminación del contrato a instancias del arrendador<sup>4</sup>:

*“(...) Situación distinta se presenta en el caso que la convención no termina naturalmente, sino que, por mediar culpa de una de las partes, en el presente caso, del arrendatario, quien con su actuar negligente—no pago de las rentas—generó perjuicios a su contraparte (...)”* (Considerando noveno).

En una sentencia anterior, de 23 de junio de 2011<sup>5</sup>, la Corte Suprema afirma:

3 *Torres Mercado con Universidad la República*, Corte Suprema, rol n°24747-2018, 27 diciembre 2018.

4 El arrendador demanda el término del contrato por no pago de rentas, en un arrendamiento de predio urbano por un periodo de cinco años y el tribunal de primera instancia acoge la demanda y obliga al arrendatario al pago de todas las rentas que faltaban para la terminación del contrato. La Corte de Apelaciones confirma el fallo y la arrendataria deduce recurso de casación. Entre otros motivos, denuncia la infracción del artículo 1945 Código Civil y el artículo 6° de la Ley N°18.101.

5 *Inmobiliaria y Comercial Vegas Sur Limitada con Distribuidora y Comercializadora Gigante del Pacífico Limitada*, Corte Suprema, rol n°6866-2009, 23 de junio de 2011, considerando séptimo.

*“El contrato de arriendo celebrado entre las partes recayó en un bien raíz urbano para fines comerciales; que se pactó a plazo fijo; que la arrendataria desocupó materialmente el inmueble materia del arrendamiento antes de la fecha fijada para el término del contrato, procede concluir que en el caso en estudio se cumplen todos los presupuestos que considera el artículo 1945 del Código Civil (...)”.*

## *2. La consecuencia jurídica*

Tratándose del artículo 1945 CC, la consecuencia inicialmente prevista es que el arrendatario abone una indemnización de daños y perjuicios que incluye, entre otras partidas, el pago equivalente a la renta por el tiempo que reste de contrato hasta su finalización por desahucio o por cumplimiento del plazo. El considerando octavo del fallo de 19 de agosto de 2013 <sup>6</sup>reconoce claramente el carácter indemnizatorio que tiene el pago del importe de las rentas dejadas de percibir:

*“(...) conforme lo dispone el artículo 1945 del Código Civil si se pone término al contrato de arrendamiento por culpa del arrendatario, como ocurre en el caso sub lite, éste se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios, pagando las rentas correspondientes por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciándolo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o en que éste hubiera terminado sin desahucio”.*

Así también lo ha estimado la doctrina que no duda del carácter indemnizatorio del importe de las rentas, que es contemplado por el legislador como la primera y principal partida de esta indemnización, pero no la única<sup>7</sup>. Se trata, en nuestra opinión, de una forma de mensurar el lucro cesante por rentas dejadas de percibir.

6 *Balazs Mayanz con Universidad Iberoamericana*, Corte Suprema, rol n°4643-2003, 19 agosto 2013.

7 Ver, por ejemplo, FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo *“Criterios para limitar la obligación de pago de renta por el término anticipado del contrato de arrendamiento. Análisis del artículo 1945 del Código Civil chileno”*. En: Revista de Derecho, Universidad Católica de

Por último, advertimos que el legislador ha contemplado la posibilidad de que el arrendatario no haga frente al pago de la renta cuando se satisfagan los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 1945 Código Civil, cuyo tenor reproducimos a continuación:

“Podrá con todo eximirse de este pago proponiendo bajo su responsabilidad persona idónea que le substituya por el tiempo que falte, y prestando al efecto fianza u otra seguridad competente”.

Se trata de una regla que, según creemos, Bello toma de García Goyena<sup>8</sup>, pero que la adapta de una forma que torna su aplicación muy poco probable. Esta es, probablemente, la razón por la cual no se encuentran -o, al menos, nosotros no hemos sabido encontrar- sentencias que la apliquen<sup>9</sup>.

---

la Santísima Concepción, N°34 (2018). pp. 173-175, especialmente, p. 175.

8 Más adelante (apartado 3) revisaremos la forma en que consideraba las cosas GARCÍA GOYENA. Con todo, aquí podemos adelantar, que el autor español señala que su opinión sobre el tema se inspira en el artículo 1760 del Code y este en la Ley 51, título 2, libro 19 del Digesto, según la cual “deberá también reputarse daño o pérdida lo menos que el propietario saque del nuevo arriendo, porque en realidad esto pierde o tiene de menos, y daño es *quantum tum mihi habest, quantumque lucrari potui*. La ley 55, párrafo último dispone que *Locatori in id quod interest, indemnitas servetur*”. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, p.781.

9 Si bien, la sentencia de 23 de junio de 2011 de la Corte Suprema antes mencionada, hace referencia a esta posibilidad en su considerando sexto: “*Por su parte, el régimen común agrega que el arrendatario queda obligado al pago de la renta y por el período que falte hasta el día que desahuciado hubiere podido hacer cesar el arriendo, o en que el arriendo hubiere terminado sin desahucio, solo en el evento que dicha conclusión anticipada del contrato lo sea por su culpa, pudiendo eximirse de ese pago subarrendando bajo su responsabilidad y prestando garantía competente. (artículo 1945) (...)*”

### III. ALGUNOS INCONVENIENTES EN LA APLICACIÓN DE ESTE PRECEPTO

Una vez que hemos dado cuenta del contenido del artículo 1945 CC, corresponde ahora mostrar lo que, en nuestra opinión, constituyen inconvenientes de una cierta forma de aplicarlo que hemos denominado “estricta”.

Expondremos, en primer lugar, la forma en que mayoritariamente parecen haberlo comprendido los tribunales superiores de justicia y, en segundo lugar, mostraremos en qué punto nos parece inconveniente.

#### *1. La percepción de los tribunales*

Un reciente trabajo de Fuentes Guíñez realiza un cuidadoso estudio de sentencias de los tribunales superiores de justicia sobre la aplicación del artículo 1945 CC identificando, correctamente, en nuestra opinión, tres líneas jurisprudenciales<sup>10</sup>. De ahí que hagamos nuestros sus resultados.

La primera de las líneas que describe este autor lleva a cabo una interpretación literal del precepto y concede a favor del arrendador una indemnización que incluye el importe íntegro de las rentas por el tiempo que restaba de contrato. A esta línea corresponden las sentencias de la Corte Suprema de 21 de julio de 2008<sup>11</sup> y de 3 de marzo de 2015<sup>12</sup> -que, además, se pronuncian sobre la improcedencia de considerar que el artículo 6º de la Ley Nº18.101 prevalezca sobre lo previsto en el artículo 1945 CC- y la sentencia de la Corte Suprema 21 de abril de 2016<sup>13</sup>.

---

10 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit (n.7), pp. 161-166.

11 *Valenzuela Alfaro con Mercado Aced*, Corte Suprema, rol n°217-2007, de 21 de julio de 2008.

12 *Ingeniería, Construcción y Servicios MPT Limitada con Comercializadora de Productos de ferretería Industrial SERFECOM Limitada*, Corte Suprema 03 marzo 2015, rol. n°10.403-2014, de 3 de marzo de 2015.

13 Corte Suprema, Rol. N°566-2014, de 21 de abril de 2016.

La segunda línea jurisprudencial identificada por Fuentes Guíñez está formada por sentencias que, a pesar de concurrir el supuesto de hecho previsto en el artículo 1945 CC, excluyen o ignoran su aplicación; señala, este autor que aquí es posible encontrar múltiples argumentos y añade que:

“Tal vez el argumento más socorrido y en el que mayor empeño se ha puesto en esta orientación, es el de acudir a la confrontación de ley general versus ley especial y declarar que al ser el artículo 1945 del CC una norma de carácter general, no recibe aplicación en los arrendamientos en que existe legislación especial”<sup>14</sup>.

En este sentido cita una sentencia de la Corte Suprema de 28 de julio de 2009<sup>15</sup> que declaró que los artículos 1945 y 1955 CC no se aplican y ceden a favor de lo dispuesto en el artículo 11 inciso final del DL 993 de 1975, que ordena el pago de las rentas hasta la restitución del inmueble. Añade que otros fallos han empleado un razonamiento semejante para preferir la aplicación de los artículos 4º y 6º de la Ley N°18.101 sobre el artículo 1945 CC y, respecto de este último, cita una sentencia de la Corte Suprema de 8 de julio de 2009<sup>16</sup>.

En fin, en lo que concierne a la tercera línea, se compone de sentencias que aplican el artículo 1945 CC, pero que procuran atenuar el rigor de su aplicación literal. Así, por ejemplo, cita una sentencia de la Corte Suprema de 29 de octubre de 1936 que resolvió que en la determinación del monto de los perjuicios debía considerarse que, inmediatamente terminado el contrato de arrendamiento, el arrendador se hizo cargo del local, explotándolo. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema de 28 de julio de 2009<sup>17</sup> declaró que si, al poco tiempo de terminar el contrato de arrendamiento, se vende la cosa, el monto de la indemnización del artículo 1945 CC se limita hasta la fecha de la venta, pues este sería su lucro cesante. Según refiere el

---

14 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), p. 162.

15 *Reyes Aránguiz con Guíñez Ortega*, Corte Suprema, rol n°2041-2008, de 28 de julio de 2009.

16 *Atisha Atisha con Muñoz Miranda*, Corte Suprema, rol n°3713-2008, de 8 de julio de 2009.

17 Corte Suprema, cit. (n.15).

autor, otra sentencia que se incluye en esta línea es la de la Corte Suprema de 29 de septiembre de 2016<sup>18</sup> que consideró como antecedente para conferir la totalidad del monto solicitado el hecho de que el arrendador no había vuelto a arrendar el inmueble.

La última de las sentencias analizadas por el profesor Fuentes Guíñez es de fecha 29 de septiembre de 2016, una mirada a las sentencias posteriores de la Corte Suprema muestra nuevos pronunciamientos al respecto. Su examen permite ubicarlas en la primera línea jurisprudencial. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 27 de diciembre de 2018<sup>19</sup> citada anteriormente, que hace hincapié en el carácter indemnizatorio del artículo 1945 CC y considera que en el caso concreto los perjuicios están constituidos “por las rentas que dejó de percibir por todo el tiempo que debía regir la convención”<sup>20</sup>. A ello se ha añadido que esta partida indemnizatoria se corresponde con el *lucro cesante*<sup>21</sup>. Y, en alguna de ellas, se la llega a caracterizar como una “*cláusula penal*”, como sucede en la sentencia de la Corte Suprema de 20 de agosto de 2019<sup>22</sup>. La última sentencia de la Corte Suprema de la que hemos tenido conocimiento es de 9 de junio de 2021<sup>23</sup> y sigue considerando el precepto como indemnizatorio.

---

18 *López Paulus con Manzarraga Danovaro*, Corte Suprema, rol n°34042-2016, 29 de septiembre de 2016.

19 Corte Suprema, cit. (n.4).

20 En el mismo sentido, *Inversiones e Inmobiliaria Celimitada con Comercializadora Don Jorge y Compañía Limitada*, Corte Suprema, rol n°45626-2017, 5 julio 2018 y *Naranjo Valdés con Arellano Mamani*, Corte Suprema, rol n°42705-2017, 20 de agosto de 2019.

21 *Andrades Barrera con Feijoo Fuentes*, Corte Suprema, rol n°14748-2018, 27 de abril 2020.

22 “(...) cabe recordar que el artículo 1945 CC (...) contempla una cláusula penal legal, estableciendo, de antemano, la procedencia y monto de la indemnización que se sigue por el incumplimiento del contrato por culpa del arrendatario”. *Naranjo Valdés con Arellano Mamani*, Corte Suprema, rol n°42705-2017, 20 de agosto de 2019.

23 *Inversores Consultores e Inmobiliaria Elite Limitada con Fisco de Chile*, Corte Suprema, rol n°26856-2018, 09 junio 2021.

## 2. Una mirada en clave indemnizatoria

Según hemos indicado, la jurisprudencia predominante de la Corte Suprema aplica la consecuencia indemnizatoria prevista en el artículo 1945 CC sin los matices que nota Fuentes Guíñez que introduce la tercera línea jurisprudencial. Es respecto de esta jurisprudencia predominante que advertimos inconvenientes relacionados con la lógica indemnizatoria del precepto.

Un ejemplo puede contribuir a ilustrarlos. Se trata de un caso resuelto por el Tribunal Supremo español en la STS de 18 de marzo de 2010 del que nos valdremos para exponer dichos inconvenientes. Para su utilización en el caso del artículo 1945 CC, haremos ciertas adaptaciones: en 1953, las partes celebran un contrato de arrendamiento de un local comercial. Cuando todavía restan casi once años de contrato, el arrendatario deja de pagar las rentas y el arrendador reclama la resolución del contrato por incumplimiento, además de la indemnización de daños y perjuicios consistente en una cantidad equivalente al importe de las 131 mensualidades de renta que restaban por devengarse. El arrendatario se demora doce meses en restituir el bien arrendado<sup>24</sup>.

Asumiendo que el contrato termina por incumplimiento culpable del arrendatario, la pregunta que se plantea es: ¿a qué tiene derecho por concepto de indemnización de perjuicios el arrendador? La respuesta que provee el artículo 1945 CC coincide exactamente con la pretensión del arrendador, es decir, a las 131 mensualidades que restan del contrato, además de otros posibles daños.

---

24 Sentencia del Tribunal Supremo 186/2010 (Sala 1ª de lo Civil), de 18 de marzo (recurso 1593/2005). Dos prevenciones resultarán útiles. La primera de ellas es que no se trataba de un caso de no pago de rentas, sino de desalojo del bien anticipadamente. La segunda prevención es que debemos constatar que, en el derecho español, en esa situación, se aplicaba el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 1964 (LAU 64). Sobre este precepto ver apartado 3.2.2.

Para advertir el inconveniente que notamos en la aplicación del artículo 1945 CC en estos términos, hemos de recordar que no se discute su lógica indemnizatoria. Y, a continuación, debemos apuntar que la función indemnizatoria consiste en reparar el daño efectivamente causado y no en enriquecer al acreedor.<sup>25</sup> El artículo 1945 CC cuantifica esos daños, al menos (pues contempla otros posibles), en las rentas del tiempo que falte hasta que hubiera concluido el contrato. Según nos parece, no resulta correcto calificar jurídicamente la partida indemnizatoria prevista en este precepto como una “cláusula penal” tal y como lo ha entendido alguna sentencia<sup>26</sup> y algún autor.<sup>27</sup> La razón es que la cláusula penal es una estipulación de carácter convencional<sup>28</sup>, si el legislador ha establecido una indemnización por un importe superior al efectivamente padecido por el incumplimiento contractual se trata más bien de una indemnización legal tasada<sup>29</sup>. Esta indemnización está contemplando

25 Sobre el tema, ver MORALES MORENO, Antonio. *Incumplimiento de contrato y lucro cesante* (Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2010), p.188.

26 *Naranjo Valdés con Arellano Mamani*, Corte Suprema, rol n°42705-2017, 20 de agosto de 2019.

27 CORNEJO AGUILERA, Pablo, *El contrato de arrendamiento. Bienes raíces urbanos*, (2ª edición, Santiago, Der Ediciones, 2021), p. 124. “(...) en un contrato a plazo fijo, cuando el arrendamiento termine en forma anticipada por una causa imputable al arrendatario, éste tendrá la obligación de pagar las rentas que se hubieren devengado hasta la fecha pactada para la finalización de la relación. A diferencia de lo que ocurre en los restantes casos, en éste no existen circunstancias que aconsejen una solución similar a la aplicable en aquéllos donde no existe una oportuna restitución de la propiedad arrendada, toda vez que el incumplimiento contractual que se produzca ocurrirá en el período mismo de extensión del contrato, sin alterar los riesgos existentes, por lo cual quedará comprendida por la economía del contrato, de forma que entendemos que la cláusula penal no puede exceder del duplo de esa cantidad”; y, más tenuemente, CONTARDO que afirma que “es prácticamente una cláusula penal en caso de resolución”. CONTARDO, Juan. *Jornadas Nacionales de Derecho Civil XV*, ahora en, BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor; PIZARRO, Carlos (editores), *El ámbito de protección del contrato como mecanismo para determinar la aplicación del artículo 1945 del Código Civil y de la Ley N°18.101 en la terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas*, (Pucón, 2017), p. 448.

28 CORRAL TALCIANI, Hernán, *La cláusula penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), p.58.

29 En el ámbito del artículo 56 LAU 64 que prevé una indemnización similar a cargo del arrendatario que restituye anticipadamente el inmueble arrendado, así, ORDÁS, considera que consiste en una fijación *ex lege* de la indemnización de daños y perjuicios, predeterminada por la Ley y concretada en la renta que resta por pagar hasta la terminación del contrato. ORDÁS ALONSO, Marta, *Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento unilateral; cuantía de la indemnización: lucro cesante. Comentario a STS de 12 de noviembre de 2009 en Cuadernos civitas de Jurisprudencia Civil* (2010), p. 1558.

el lucro cesante como consecuencia de la terminación anticipada del contrato a causa del incumplimiento culpable del arrendatario. Sin embargo, como muestra nuestro ejemplo, esta indemnización que comprende la totalidad de las rentas pendientes de devengar puede resultar desproporcionada respecto del daño efectivamente ocasionado con la terminación anticipada. Así, no tiene en cuenta que, con la resolución, el arrendador recupera el bien y lo más verosímil será que vuelva a arrendarlo, algo muy probable en nuestro caso, en el que restaban casi 11 años de contrato (131 mensualidades). Por otra parte, al considerar la posibilidad de que el arrendador celebre un nuevo arrendamiento habrá que tenerse presente que, como ha señalado la doctrina, el artículo 1945 CC, aplicado en forma estricta, eximiría al arrendador de su carga de minimizar el daño causado por el incumplimiento<sup>30</sup>. Cuestión distinta es que el propio precepto contempla la posibilidad de eximir al arrendatario del pago de las rentas si, bajo su responsabilidad, aporta un nuevo arrendatario.

#### **IV. UNA PRIMERA PROPUESTA PARA EVITAR LA APLICACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 1945 CC**

Habiendo advertido los inconvenientes que puede generar una aplicación estricta del artículo 1945 CC, nos interesa ahora examinar dos caminos a través de los cuales resulta jurídicamente posible circunvalar dicha aplicación.

El primero de ellos consiste en una interpretación flexible del artículo 1945 CC, en clave indemnizatoria, que soluciona algunos de los inconvenientes planteados. El segundo camino, que es el que proponemos, asume que, en

---

En el mismo sentido, TORAL LARA, sostiene que, en el marco del artículo 56 LAU: “*en sentido estricto no nos encontrábamos ante una indemnización de daños y perjuicios, sino con una presunción ex lege de la existencia de perjuicio y con el establecimiento de una valoración objetiva y fija de tal perjuicio por la Ley (fijada en la totalidad de las rentas que quedasen por cumplir*”. TORAL, Estrella, *Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio. Comentario a la STS de 3 de octubre de 2017 en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2018), pp. 279 a 315.

30 Sobre las ideas de FUENTES GUÍÑEZ, ver apartado 2.

el ámbito de aplicación de la Ley N°18.101, existe una antinomia entre los artículos 1945 CC y 6° de la Ley N°18.101, y considera que la aplicación de este último se antepone a la del primero. Además, respecto del lucro cesante no cubierto por el artículo 6° de la Ley N°18.101 se aplican las reglas generales sobre la indemnización de daños y perjuicios.

### *1. Flexibilizar la interpretación del artículo 1945 CC: la opinión de Cornejo y Fuentes*

Aunque valoramos muy positivamente el intento de reinterpretar el artículo 1945 CC, flexibilizándolo, realizado por un sector de nuestra doctrina reciente, ciertas consideraciones metodológicas y sustantivas nos dificultan adherirnos a sus conclusiones.

En primer lugar, exponemos las opiniones, y luego presentamos nuestras dudas.

### *2. Las opiniones*

Los primeros pasos parece haberlos dado Cornejo Aguilera, quien apuntó que la regla indemnizatoria del artículo 1945 CC tiene dos excepciones: la prevista legalmente, cuando el arrendatario propone bajo su responsabilidad un nuevo arrendatario, y otra que literalmente describe así:

“La segunda excepción a esta regla de responsabilidad ha sido construida por la jurisprudencia que, buscando evitar un enriquecimiento injustificado a favor del arrendador por el incumplimiento del contrato, ha establecido que el cobro de las rentas por el tiempo que falte hasta la fecha en que hubiese podido ponérsele término al contrato, no es procedente si el arrendador ha podido celebrar nuevamente un contrato de arrendamiento respecto de la misma cosa”<sup>31</sup>.

---

31

CORNEJO AGUILERA, Pablo, cit. (n.27), p. 276.

Más recientemente, Fuentes Guíñez realiza una tarea de revisión del artículo 1945 CC para evitar ciertos casos en los que considera que su aplicación estricta impone a los arrendatarios una carga indemnizatoria desproporcionada, teniendo en cuenta que el arrendador obtiene una importante suma de dinero y recupera el bien para disponer de él<sup>32</sup>.

Su opinión se formula en los siguientes términos:

“(...) el artículo 1945 del CC es un supuesto específico para el contrato de arrendamiento de la resolución o terminación contractual regulado en términos generales en el artículo 1489 del CC. Como se sabe, la posibilidad de aplicar las normas generales de la responsabilidad contractual a los casos concretos que contempla el Código Civil es una consecuencia propia de la sistemática general que caracteriza a nuestros textos. (...) Luego, al no existir regla expresa en contrario, resultan plenamente aplicables las normas generales sobre responsabilidad contractual, y entre ellas, el artículo 1558 del CC, que regula los criterios de extensión del perjuicio, como son la previsibilidad del daño y la exigencia de ser éste una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento”<sup>33</sup>.

El autor construye esta opinión prestando atención a los precedentes del artículo 1945 CC para mostrar el sentido en que Bello se alejó de ellos, en la medida en que solo contempla una reducción de las rentas en el caso de que el arrendatario ofrezca, bajo su responsabilidad, un nuevo arrendatario<sup>34</sup>. A continuación, considera un precepto español, el artículo 56 LAU 1964 (derogado por la LAU 1994) que, aunque para un supuesto de hecho diferente (más próximo al del artículo 1955 CC), contempla unas consecuencias semejantes al artículo 1945 CC<sup>35</sup>. Este precepto ha sido objeto de una interpretación flexible por parte de los tribunales y la doctrina españoles, de tal manera

32 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), pp. 160-161.

33 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), pp. 176-177.

34 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), pp. 167-170.

35 Según este precepto: “*Durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito*”

que se reduce la indemnización en los casos en los que se ha celebrado un nuevo contrato de arrendamiento, e incluso, en los que era probable que eso hubiera sucedido<sup>36</sup>. Y, a partir de estos materiales, llega a la conclusión de que para completar lo previsto en el artículo 1945 CC puede acudir al artículo 1558 CC y delimitar la renta a pagar teniendo en cuenta el deber de evitar o mitigar el perjuicio que corresponde al arrendador<sup>37</sup>. Según este autor, el perjudicado “debe realizar todo lo que esté a su alcance para colocarse en la misma situación que estaría si el contrato se hubiese cumplido o el ilícito no se hubiese producido”<sup>38</sup>. Llega a la conclusión de que en el supuesto del artículo 1945 CC, el arrendador tiene derecho a la indemnización prevista en dicho precepto si no le hubiere resultado posible celebrar un nuevo contrato de arrendamiento que reemplace al terminado anticipadamente. En cambio, si no hubiese arrendado, pero según las circunstancias del caso concreto, se determina que podría haberlo hecho, la indemnización por rentas debe reducirse al tiempo que hubiese necesitado para celebrar un nuevo contrato. En el caso de que se celebre un nuevo arrendamiento, la indemnización se limita al tiempo en que el bien estuvo desocupado. Por último, contempla la posibilidad de que el arrendador utilice en su propio beneficio el bien arrendado, en cuyo caso la indemnización debe representar la diferencia entre la utilidad que significaba arrendarlo y la que reporta su uso por el propio arrendador<sup>39</sup>.

---

*al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir”.*

36 FUENTES GUÍÑEZ, cit. (n.7), p. 172.

37 FUENTES GUÍÑEZ, cit. (n.7), pp. 178-179.

38 FUENTES GUÍÑEZ, cit. (n.7), p. 180. [véase SOLER, Ana. *El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS)* en *Anuario de Derecho Civil* (1995), p. 960; MORALES, Antonio. *Incumplimiento de contrato y lucro cesante* (Cizur Menor-Navarra, Civitas, 2010), p. 180; RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma funcional* (Madrid, Marcial Pons, 2013), p. 257].

39 FUENTES GUÍÑEZ, cit. (n.7), p. 182.

### 3. Algunas dudas

Ambas proposiciones nos merecen ciertas dudas que nos dificultan adherirnos a ellas.

Ante todo, percibimos algún problema metodológico. Tratándose de la opinión de Cornejo, habrá que notar que justifica su segunda excepción a la regla indemnizatoria del artículo 1945 CC (consistente en el hecho de que el bien se haya vuelto a arrendar) en un desarrollo jurisprudencial y lo hace fundándose exclusivamente en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Según nos parece, aunque en el ámbito nacional la jurisprudencia no es una fuente del Derecho, un conjunto de sentencias de la Corte Suprema, mantenidas en el tiempo, resultan consistentes en la decisión que formulan y resulta extremadamente importante y suficiente como para justificar la interpretación de un determinado precepto. Sin embargo, no sucede lo mismo con una sola sentencia de Corte de Apelaciones. En nuestra opinión, este solo argumento no resulta suficientemente adecuado para justificar la flexibilización en la interpretación de una norma en el sentido en que lo hace Cornejo.

En el caso de Fuentes Guíñez, nuestro problema metodológico se encuentra en otro lugar. Y es que, como ya se ha visto, el autor justifica la procedencia de la carga de minimizar el daño en la naturaleza indemnizatoria del artículo 1945 CC. Respecto al carácter indemnizatorio del precepto, entendemos que el autor tiene toda la razón; sin embargo, de dicho carácter no necesariamente se desprende la consecuencia que él le apareja. La razón es la siguiente, se trata de una indemnización legalmente tasada<sup>40</sup>, es decir, de una indemnización que, por definición, renuncia a las vicisitudes de la

---

40 En este sentido, según nos parece, CONTARDO, Juan. *Jornadas Nacionales de Derecho Civil XV*, ahora en, BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor; PIZARRO, Carlos (editores), *El ámbito de protección del contrato como mecanismo para determinar la aplicación del artículo 1945 del Código Civil y de la Ley N°18.101 en la terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas*, (Pucón, 2017), p. 449.

realidad, reemplazándola por una suma determinada. Considerar las cosas como lo hace Fuentes Guíñez invierte la operación realizada por el legislador, reemplazando la suma fija por un retorno a la realidad, frustrando, de esta manera, la función de la indemnización legalmente tasada. Por otra parte, resulta muy poco probable que Bello haya ignorado la solución del *Code* o del Proyecto de García Goyena, que describimos de inmediato, y, por lo tanto, resulta plausible afirmar que eligió apartarse de ellas; la solución de Fuentes Guíñez lo trae de vuelta a ellas. Quizás esta operación se pueda justificar de alguna manera, pero, en nuestra opinión, el trabajo del autor no llega a conseguirlo.

Junto a estas dudas metodológicas, las opiniones de estos autores nos merecen otras de carácter sustantivo. Por lo que toca a Cornejo, habrá que recordar que entiende que existiría un supuesto de enriquecimiento sin causa. En nuestra opinión, el argumento no es del todo convincente pues la causa del enriquecimiento, simplemente, sería la ley, específicamente, lo dispuesto en el artículo 1945 CC; por otra parte, esta justificación para reducir la cuantía indemnizatoria no cubre los supuestos en los que el arrendador podría haber celebrado un nuevo contrato u obtener ganancias de la cosa de alguna otra manera razonable y no lo ha hecho.

En lo que concierne a Fuentes Guíñez, ante todo, es necesario advertir que, en el caso del derecho español, el autor acude a dos preceptos que merecen una consideración. Por lo que respecta al artículo 56 LAU, además de ser una norma especial, solo contempla los arrendamientos urbanos, su supuesto de hecho, como reconoce el propio autor, es exclusivamente el desalojo anticipado del bien por parte del arrendatario; por ello creemos que es importante mostrar cuál es la solución que ofrece el ordenamiento español precisamente para los casos de resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario. Esto nos lleva a mencionar otro de los preceptos tenidos en cuenta por Fuentes Guíñez, nos referimos al artículo 1480 Proyecto CC español 1851. Según este precepto:

*“Si se resolviese el contrato por falta del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie, hasta que se pueda celebrar otro, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario”<sup>41</sup>.*

Finalmente, el legislador español del Código civil de 1889 no consideró necesario incorporar en la regulación del contrato de arrendamiento de fincas rústicas y urbanas un precepto específico sobre la indemnización de daños en caso de resolución por incumplimiento del arrendatario. Es plausible concluir, como señaló el propio García Goyena, que la regla que contenía el Proyecto resultaba aplicable a todos los contratos bilaterales y, por tanto, no exclusiva de este contrato<sup>42</sup>. Según la normativa actual, y concretamente el artículo 1568 CC español, en los casos de resolución por incumplimiento del arrendatario (y del arrendador) se aplica las reglas generales sobre resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios (es decir los artículos 1124 y 1101 y siguientes del CC, respectivamente). Conforme a las reglas generales de la indemnización, el arrendador tendrá derecho a exigir, entre otros daños, el lucro cesante que habrá que calcular teniendo en cuenta las rentas que se deberían haber devengado en el futuro y el provecho que supone para el arrendador recuperar el bien arrendado, lo cual, normalmente, supondrá la aminoración de dicho lucro<sup>43</sup>.

41 Según reconoce García Goyena, tiene su precedente en el artículo 1760 CC francés: *“En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l’abus”*.

42 SAN MIGUEL PRADERA, Lis. *La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado en Anuario de Derecho civil, 2022-IV* (en prensa). “Este precepto realiza un cálculo del lucro cesante del arrendador mucho más aproximado que el del artículo 1945 CC puesto que aminora el daño teniendo en cuenta que, con la resolución por incumplimiento el arrendador obtiene la restitución del bien arrendado y puede disponer de él (normalmente, celebrando un nuevo arrendamiento). Además, no hace depender la reducción del lucro cesante a la efectiva celebración de un nuevo contrato, sino que el alcance de esta partida indemnizatoria se limita al tiempo necesario para celebrar un nuevo contrato”.

43 MORALES, Antonio. *Incumplimiento de contrato y lucro cesante* (Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2010), pp. 51-52 y SAN MIGUEL, Lis. cit. (n.42).

## V. NUESTRA PROPUESTA: EL ARTÍCULO 6° DE LA LEY N°18.101 Y LAS NORMAS GENERALES SOBRE LUCRO CESANTE<sup>44</sup>

*1. La indemnización de las rentas por el periodo anterior a la restitución del inmueble.*

Pues bien, aunque procuran un resultado valioso, las opiniones de Cornejo y Fuentes Guiñez, nos presentan las dudas que hemos apuntado. Creemos, sin embargo, que el resultado que buscan estos autores se puede conseguir de otra forma que ellos rechazan, acudiendo al artículo 6° de la Ley N°18.101. Cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para su duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquier otra causa, el arrendatario continuará obligado a pagar la renta de arrendamiento y los gastos por servicios comunes que sean de su cargo, hasta que efectúe la restitución del inmueble.*

*Si el arrendatario abandonare el inmueble sin restituirlo al arrendador, éste podrá solicitar al juez de letras competente que se lo entregue, sin forma de juicio, con la sola certificación del abandono por un ministro de fe. Dicho funcionario levantará acta del estado en que se encuentre el bien raíz al momento de su entrega al arrendador y remitirá copia de ella al tribunal”.*

*2. La opinión predominante de la Corte Suprema: el artículo 6° de la Ley N°18.101 no se aplica a las terminaciones por culpa del arrendatario.*

---

44 Aunque nos limitamos al artículo 6° de la Ley N°18.101, pues ese es el que ha sido mayormente discutido, creemos que, *mutatis mutandis*, a las mismas soluciones se puede llegar, respecto de los predios rústicos, acudiendo al inciso 4° del DL 993 sobre arrendamiento de predios urbanos, el cual, en lo pertinente, dispone lo siguiente: *“Demandado el pago de las rentas, se entenderán siempre comprendidas en la acción, las de igual naturaleza a las reclamadas que se devenguen durante la tramitación del juicio, hasta que la restitución o pago se efectúen”.*

La sentencia de 9 de junio de 2021, ya citada, da buena cuenta de esta opinión. En efecto, en sus considerandos séptimo y octavo se lee lo siguiente:

*“(…)El artículo 6° de la Ley N°18.101 impone el pago de las rentas por el tiempo que dure la ocupación del inmueble cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para la duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquiera otra causa, situación distinta al caso sub lite, en que la convención terminó por mediar culpa del arrendatario, situación regida por la norma especial que prevé el artículo 1945 CC, quien con su actuar negligente -no pago de las rentas por abandono de la propiedad- generó perjuicios a su contraparte, los que deben ser resarcidos y que, en la especie, están constituidos por las rentas que dejó de percibir por todo el tiempo que debía regir la convención (...) Tal ha sido la postura asumida por este tribunal, por ejemplo, en las decisiones dictadas en los antecedentes Rol N°9498-21 de 23 de abril de 2015, N°10403 de 3 de marzo de 2015, entre otros”.*

En general, tal y como lo muestra esta sentencia, la Corte plantea esta posición en casos en los que se discute la aplicación del artículo 6° de la Ley N°18.101<sup>45</sup>. En la mayoría de las sentencias, la Corte ha entendido que la existencia del artículo 6° de la Ley N°18.101 no obstaculiza la aplicación del artículo 1945 CC<sup>46</sup>.

45 Otro ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, cit. (n.12), en cuyo considerando octavo se señala *“Que, en nada altera lo concluido la norma del artículo 6° de la Ley N°18.101, que impone el pago de las rentas por el tiempo que dure la ocupación del inmueble, sin atender a las razones del término del contrato de arrendamiento, cuestión de toda lógica si se considera que no existe razón para eximir al arrendatario del inmueble del pago de la renta del mismo si aún mantiene su goce (...) Situación distinta se presenta en el caso que la convención no haya terminado naturalmente, sino que por mediar culpa de una de las partes, quien con su actuar negligente -no pago de las rentas- generó perjuicios a su contraparte, los que deben ser resarcidos”.*

46 En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema, rol n°6866-2009 de 23 de junio de 2011, en su considerando octavo sostuvo: *“(…) Por último, cabe tener presente y concluir como lo indican los sentenciadores que el artículo 6° de la Ley N°18.101 no ha derogado ni expresa ni tácitamente el artículo 1945 CC, ni prevalece sobre aquél, toda vez que la primera norma solo se limita a señalar que el arrendatario, una vez terminado el contrato, debe continuar pagando la renta mientras ocupe la cosa arrendada; y, en cambio, la segunda disposición citada se refiere a los efectos indemnizatorios que se producen por la terminación de un contrato de arrendamiento por culpa del arrendatario”.*

Como muestra la sentencia de 9 de junio de 2021, el argumento que suele emplear la Corte es que el artículo 6º de la Ley Nº18.101 no se aplica a los casos de incumplimiento culpable, por lo mismo, respecto de ellos no se produce una concurrencia con el artículo 1945 CC<sup>47</sup>.

Siguiendo los postulados de esta opinión, en el caso que hemos puesto para ilustrar la situación, supongamos que había transcurrido un año desde que tuvo lugar la terminación del contrato hasta que el arrendatario procedió a restituir el bien. Dado que nos encontramos ante una terminación anticipada del contrato de arrendamiento por culpa del arrendatario (dejó de abonar las rentas), no se aplica el artículo 6º de la Ley Nº18.101. En virtud del artículo 1945 CC, el arrendador tiene derecho a reclamar la totalidad de las rentas hasta la finalización del contrato (131 mensualidades de renta).

Se trata, en nuestra opinión, de una solución equivocada. La razón es la siguiente, tal y como la plantea la Corte, el artículo 6º de la Ley Nº18.101 no se aplica a los incumplimientos culpables, sin embargo, debe recordarse que el precepto dispone que: *“Cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para su duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquier otra causa (...) Esto no lo limita a causas reprochables”*. Pues bien, una de esas otras causas, tal y como lo dispone el artículo 1945 CC, es la culpa del arrendatario. De esta manera, no puede afirmarse que el ámbito de aplicación del artículo 6º de la Ley Nº18.101 no alcanza a las terminaciones cuya causa se encuentra en la

---

47 En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema, rol n° 42705-2017 de 20 de agosto de 2019 (considerando séptimo): *“Que, en nada altera lo concluido la norma del artículo 6º de la Ley Nº18.101, pues impone el pago de las rentas por el tiempo que dure la ocupación del inmueble cuando el arrendamiento termine por la expiración del tiempo estipulado para su duración, por la extinción del derecho del arrendador o por cualquiera otra causa, situación distinta al caso de sublite, en que la convención terminó por mediar culpa del arrendatario, situación regida por la norma especial que prevé el artículo 1945 CC, quien con su actuar negligente—no pago de las rentas—generó perjuicios a su contraparte, los que deben ser resarcidos y que, en la especie, están constituidos por las rentas que dejó de percibir por todo el tiempo que debía regir la convención. Por lo expuesto, se descarta también la infracción del artículo 6º de la Ley Nº18.101”*.

culpa del arrendatario, precisamente porque su incumplimiento culpable es la causa y este precepto regula los efectos de la terminación “por cualquier causa”. De este modo, lo entiende correctamente Contardo:

“El art. 6° LAPU (Ley N°18.101) constituye una derogación parcial del art. 1945 CC, toda vez que se pone en caso de extinción del contrato de arrendamiento, cualquiera sea su causa”<sup>48</sup>.

Puestas las cosas de esta manera, a diferencia de lo que entiende la Corte Suprema, existiría concurrencia entre el artículo 1945 CC y el artículo 6° de la Ley N°18.101.

### *3. La función “restitutoria” del pago de la renta en el artículo 6° de la Ley N°18.101*

Existe otra línea de argumentación, según la cual no existiría una concurrencia entre ambos textos normativos pues la función del pago de la renta que ordena el artículo 6° de la Ley N°18.101 no sería indemnizatoria, como sí sucede, indudablemente, tratándose del artículo 1945 CC, sino restitutoria.

La primera opinión en este sentido parece ser la de Orrego Acuña; aun cuando este autor no se pronuncia sobre la cuestión directamente, sí que parece asumirla. Así señala:

*“La salvedad que cabe destacar en estas disposiciones dice relación con la expresión “restitución”, si el predio se restituye al arrendador, no será factible que este - al menos en el mismo juicio -, reclamase el pago de las rentas que faltaban hasta completar el plazo del contrato. En eso consiste la excepción al principio general que consagran los arts. 1945 y 1955 del Código Civil. Habiendo operado la restitución del inmueble, sea este urbano o rústico, no continúan devengándose rentas de arrendamiento, pues no están comprendidas en la acción deducida. Con todo, nos parece perfectamente*

---

48                    CONTARDO, Juan, cit. (n. 40) p.450.

*posible, demandar, en otro juicio posterior, el pago de las rentas que habría correspondido al periodo que le faltaba al contrato, rigiendo plenamente lo dispuesto en los arts. 1545, 1945, 1955 CC*<sup>49</sup>.

La segunda opinión en este sentido pertenece a Cornejo Aguilera, quien ha señalado lo siguiente:

*“La obligación que impone el artículo 6° de la Ley N°18.101 de continuar pagando las rentas durante todo el período que medie entre la fecha de terminación del contrato de arrendamiento y aquella en que se produzca efectivamente la restitución de la propiedad, tiene su fundamento en la conmutatividad misma del contrato, la equidad y el enriquecimiento sin causa que supondría eximir de la obligación de pago al arrendatario, en circunstancias que sigue gozando del bien, por lo que no puede ser lisa y llanamente asimilable a los perjuicios que se puedan sufrir como consecuencia de la restitución tardía de ésta”*<sup>50</sup>.

Y añade:

*“En efecto, los ámbitos de riesgos cubiertos por el precio de la renta y la multa por retraso son absolutamente distintos (...) mientras el pago de las rentas trata de evitar al arrendador el sufrimiento de perjuicios por no poder gozar actualmente del bien raíz, presentando una finalidad eminentemente compensatoria expresiva de una equivalencia frente a lo que obtendría al detentar el bien y que operaría en virtud de la sustitución que se produce entre los frutos naturales y civiles; la pena por retraso en la restitución vendría a cubrir otros perjuicios no previstos por la economía del contrato (...)”*<sup>51</sup>.

Por su parte, refiriéndose a una sentencia que excluye la aplicación del artículo 1945 CC en virtud del artículo 6° de la Ley N°18.101, Fuentes Guíñez indica que dicha ley no se refiere a los perjuicios, como sí lo hace el artículo

49 ORREGO ACUÑA, Juan. El contrato de arrendamiento (2ª edición, Santiago, Editorial Metropolitana, 2011), p. 229.

50 CORNEJO AGUILERA, Pablo, cit. (n.27), pp. 122-123.

51 CORNEJO AGUILERA, Pablo, cit. (n.27), p. 123.

1945 CC, de manera que no se produciría una colisión con el artículo 6º pues regulan materias distintas, la del artículo 1945 CC, los efectos indemnizatorios, la del artículo 6º de la Ley Nº 18.101, los efectos restitutorios<sup>52</sup>.

Se trata de unas opiniones diversas a la de la Corte Suprema, pero que parecen mantener un punto de contacto con ella, y a partir de ese punto, en nuestro concepto, resultan criticables. El punto de contacto es que, en nuestra opinión al menos, tampoco parecen advertir que el artículo 6º de la Ley Nº18.101 se aplica al supuesto en que el arrendamiento termina por culpa del arrendatario y, en ese caso, resulta necesario preguntarse qué función cumple el pago de la renta al que obliga dicho artículo. En esa dirección procedemos de inmediato.

Antes, veamos qué resulta de la aplicación de esta propuesta a nuestro caso del arrendamiento de local por un largo periodo de tiempo, que termina por culpa del arrendatario cuando todavía restan 11 años de contrato y el arrendatario se ha demorado un año en restituir dicho local al arrendador. ¿Cómo se organiza la convivencia de las rentas que se deben por el artículo 6º y las rentas en concepto de indemnización del artículo 1945 CC? Está claro que no se pueden sumar, que el arrendatario no debe pagar dos veces el importe de las rentas de ese año. Desde luego una posibilidad es que el importe de las rentas del primer año se cobre en concepto de restitución y el resto como indemnización, pero aun si se acepta esto resta el problema principal, ¿tiene el arrendatario que asumir el importe de las rentas por todo el tiempo que restaba de contrato? ¿A pesar de que desde el segundo año el arrendador dispone del local?

---

52 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), p. 164.

4. *La función del pago de la renta en el artículo 6° de la Ley N°18.101: una mirada en clave resarcitoria*

Según nuestra comprensión de la opinión de los autores mencionados, ellos estiman que no existe un conflicto entre el artículo 1945 CC y el 6° de la Ley N°18.101 pues si bien ambos obligan al pago de la renta, lo hacen en conceptos distintos. Tratándose del artículo 1945 CC, su función sería indemnizatoria, en lo que concierne al artículo 6° Ley N°18.101, su función sería restitutoria.

Los argumentos para sostener lo anterior no nos parecen persuasivos. En lo que se refiere a Cornejo, según se ha señalado, indica que “los ámbitos de riesgo cubiertos por el precio de la renta y la multa por retraso son absolutamente distintos (...)”<sup>53</sup>. Serían distintos pues el pago de la renta equivaldría a lo que podría obtener de la utilización del bien y la pena cubriría otros perjuicios no previstos por la economía del contrato. Habrá que notar, sin embargo, que el artículo 1945 CC no realiza en lo absoluto una distinción como esa, todo es daño, con independencia de si se ha producido la restitución o no. De hecho, el artículo 1949 CC trata como daños las consecuencias económicas desfavorables que sufra el arrendador por el incumplimiento de la obligación de restituir. Por otra parte, no resulta claro a qué se refiere el autor con la “*economía*” del contrato, pero, parece evidente que dicha economía no solo debe alcanzar a la normal ejecución del contrato, sino a los efectos de su incumplimiento que es, precisamente, el caso en el que concurren los artículos 6° Ley N°18.101 y 1945 CC.

Por su parte, los argumentos empleados por Fuentes para justificar el carácter restitutorio del artículo 6° Ley N°18.101 son exclusivamente formales a partir de la afirmación de que esta ley “no contiene disposición alguna que se refiera a la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del arrendatario de predios urbanos”<sup>54</sup>. Ni siquiera tiene en cuenta este autor que,

---

53 CORNEJO AGUILERA, Pablo, cit. (n.27), p. 123.

54 FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, cit. (n.7), p. 164

en el título dedicado a los procedimientos sobre arrendamientos de predios urbanos, el artículo 7° incluye los procedimientos relativos a la terminación del contrato y a la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, tratándose del artículo 6° Ley N°18.101, defendemos que resulta posible afirmar que la función del pago de la renta es también indemnizatoria; que al igual que el artículo 1945 CC contiene una indemnización legal tasada. Antes de desprender las consecuencias que de ello se siguen, nos interesa mostrar por qué.

Habrá que tenerse presente que el artículo 6° Ley N°18.101 disciplina los efectos de la terminación del contrato de arrendamiento, específicamente los referidos a la obligación de restitución que impone el artículo 1947 CC al arrendatario cuando finaliza el contrato. Para que tenga lugar la aplicación del artículo 6° Ley N°18.101 es necesario que dicha obligación se haya incumplido. En esta situación, el arrendador no dispone del bien, de manera que se encuentra privado de la posibilidad de gozar de él obteniendo sus utilidades. Pues bien, nuestra opinión es que el incumplimiento de esa obligación de restituir obliga a la persona que detenta injustamente el bien a indemnizar perjuicios en el sentido en que lo indica el artículo 1949 CC y es, precisamente, esta indemnización la que tasa legalmente el artículo 6° Ley N°18.101, empleando como indicador de la ganancia que hubiera obtenido el dueño, esto es, la renta que pagaba el arrendatario en virtud del contrato.

Frente a esto se nos puede reprochar, en primer lugar, que el artículo 6° Ley N°18.101 dispone que “*el arrendatario continuará obligado a pagar la renta de arrendamiento*”, por lo mismo, se trataría de un pago justificado en el uso de la cosa. Nos parece, sin embargo, que la fórmula empleada por el legislador no determina el concepto por el cual se paga, sino el monto que se paga. En otras palabras, “*continuará*” desde luego no significa que continúe el arrendamiento, sino que se mantiene el monto de la renta (el supuesto de hecho de la norma es precisamente que el contrato ha terminado). Siendo así las cosas, aún queda pendiente responder a la cuestión de por qué la ley lo

obliga a continuar pagando ese monto. Nuestra respuesta es que el legislador advierte el perjuicio que irroga al arrendador no disponer de la cosa y, tal como sucede en el artículo 1945 CC, emplea como indicador más fiable del valor de ese perjuicio el monto de la renta.

En segundo lugar, se nos podría reprochar que el arrendatario sigue obligado a pagar la renta aun cuando no pudiera restituir sin culpa, por lo mismo, no podría tratarse de una indemnización. Desde luego, el artículo 6° Ley N°18.101 no excluye el supuesto en el que el arrendatario no pueda restituir por caso fortuito. Sin embargo, del solo hecho que disponga que “*continuará obligado a pagar la renta*”, no parece seguirse que lo haga responsable del caso fortuito, salvo, por supuesto, que se encontrara en mora, y ni aun así si el caso fortuito hubiera sobrevenido igualmente si la cosa hubiese estado en poder del acreedor, aplicando la regla del artículo 1672 CC.

Si se asume que, en ese caso, la función del pago de la renta es indemnizatoria, entonces la colisión entre las dos normas (el artículo 1445 CC y el 6° Ley N°18.101) es evidente, pues en ambos casos se trata de indemnizaciones legales tasadas que, frente a un mismo caso, establecen soluciones distintas. En efecto, el artículo 1945 CC ordenaría pagar hasta una fecha y el 6° Ley N° 18.101 hasta otra, generalmente, anterior.

En tercer lugar, quizás se nos podría reprochar que, aun cuando se trate de dos indemnizaciones, éstas corresponden a daños diversos. La del artículo 6° Ley N°18.101 correspondería a los daños por no restituir a tiempo la cosa; la del artículo 1945 CC al daño causado por no haber cumplido íntegramente el contrato. El argumento no nos resulta persuasivo pues, en realidad, lo determinante cuando se consideran conjuntamente ambos perjuicios no es que se trate de daños distintos (de hecho, pueden coincidir perfectamente: pese a la terminación del contrato, no se restituye hasta el momento en que el contrato debía terminar, por ejemplo, por la llegada del plazo), sino que, en ambos se emplea la misma métrica para avaluar legalmente los perjuicios: la renta que pagaba el arrendatario. Allí se encuentra el conflicto entre

ambas normas: o la métrica se emplea hasta el momento en que se restituye la cosa o hasta el momento en que el contrato debía terminar, pero no ambas cosas simultáneamente.

Detectada la antinomia, resta ahora advertir cómo se soluciona. En esto, no pretendemos innovar, ni adentrarnos en las complejidades de las antinomias o en las propias de su resolución. Según nos parece, si se acepta que dos dispositivos de común uso son la especialidad y la posición en el tiempo de las leyes, entonces no cabe ninguna duda de que la aplicación del artículo 6° Ley N°18.101 prefiere a la del artículo 1945 CC.

En efecto, en primer lugar, el artículo 6° se encuentra en una ley que es especial respecto del Título XXVI del Libro IV del Código Civil. El artículo 1945 CC ni siquiera se encuentra entre las reglas del Párrafo 5 del Título XXVI del Libro IV sobre reglas especiales sobre arrendamiento de inmuebles. En cambio, la Ley N°18.101 no solo se refiere al arrendamiento de inmuebles, sino que se limita a los urbanos<sup>55</sup>. Por otra parte, si echamos mano al criterio según el cual, siendo del mismo rango, la ley posterior deroga a la anterior, el resultado es exactamente el mismo. El artículo 1945 CC se encuentra en el diseño original del Código Civil, en tanto la Ley 18.101 es de 1983.

Parece, entonces, plausible afirmar que existe una antinomia entre los dos artículos analizados y, de aceptarse esa antinomia, no existe duda de cómo se resolvería. Ahora bien, no se nos escapan los argumentos que pueden desplegarse contra lo que proponemos -hemos indicado tres y, sin duda, hay más-. Por lo mismo, deseamos continuar mostrando que el artículo 6° Ley N°18.101 no constituye la única vía para evitar los inconvenientes que, en nuestra opinión, puede producir la aplicación literal o estricta del artículo 1945 CC. Pasamos, entonces, al segundo camino que se puede transitar en pos de este objetivo.

---

55 Aunque, como ya ha quedado dicho, a través del inciso 4° del artículo 11 del DL 993 sobre arrendamiento de predios rústicos podría llegarse a la misma conclusión.

*5. La indemnización de las rentas por el periodo posterior a la restitución del inmueble<sup>56</sup>*

Si se acepta nuestra propuesta respecto del artículo 6° Ley N°18.101, nos encontramos con que la indemnización prevista en este precepto solo cubre los daños ocasionados en el espacio temporal que media entre la terminación del contrato (sea la causa que sea) y la restitución del bien al arrendador. En efecto, una lectura cuidadosa del artículo 6° Ley N°18.101 enseña que este tarifca la indemnización correspondiente al lucro cesante por la renta no percibida en el periodo que media entre la terminación del contrato y la restitución del bien. Sin embargo, como resulta evidente, con posterioridad a la restitución puede -y será frecuente que así suceda- seguir causándose daños al acreedor por haber dejado de percibir las rentas previstas. Según acabamos de indicar, el artículo no se refiere a ellos, pero no hay razón para pensar que los excluye en los casos de resolución del arrendamiento por incumplimiento culpable del arrendatario, teniendo cuidado de que no se solapen.

En un contrato de arrendamiento pactado por tiempo definido o que finaliza tras el desahucio de cualquiera de las partes, no parece discutible que, extinguido anticipadamente el contrato por incumplimiento culpable, el lucro cesante se compone de las rentas dejadas de percibir en el tiempo que restaba de contrato (bien por llegada de la fecha prevista para su finalización, bien por transcurso del tiempo previsto para que la notificación del desahucio sea efectiva).

Para calcular el importe de esta partida indemnizatoria hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. En primer lugar, atendiendo a la compatibilidad el artículo 6° Ley N°18.101 y las reglas generales sobre indemnización de daños y perjuicios, solo hay que calcular esta partida indemnizatoria a partir del momento en el que el arrendatario ha restituido el

---

<sup>56</sup> Este apartado se encuentra basado en SAN MIGUEL, Lis cit. (n.42).

bien al arrendador. Es a partir de ese momento cuando deja de aplicarse el artículo 6° Ley N°18.101 y entran en juego las normas generales del Código Civil sobre la indemnización de daños.

Recordemos que la función de la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito chileno consiste en paliar los efectos dañinos del incumplimiento del arrendatario, no tiene una función punitiva<sup>57</sup>, lo que nos lleva a calcular de forma precisa los daños efectivamente producidos. Para ello, resulta fundamental tener presente que, en el caso que nos ocupa, la indemnización acompaña a la resolución del contrato y que los efectos de la resolución son la liberación de las partes (que ya no están obligadas a cumplir el contrato) y la restitución del bien al arrendador de tal forma que recupera su disponibilidad<sup>58</sup>.

En este sentido, la primera operación que hay que realizar consiste en calcular la ganancia neta que el arrendador iba a percibir con el contrato. Esto implica que la primera operación que hay que llevar a cabo es calcular el importe de las rentas que el arrendador tenía previsto recibir y deducir de dicho importe los costos que el arrendador se ahorra al no tener que cumplir el contrato<sup>59</sup>.

En segundo lugar, puesto que el arrendador ha recuperado la disponibilidad del bien, hay que comprobar si, con su actuación, ha aminorado el daño producido<sup>60</sup>. En este sentido, lo más habitual es que haya vuelto a poner el inmueble en el mercado y haya efectuado un nuevo arrendamiento. En este

---

57 Sobre esto ver, en lo que toca al contrato de arrendamiento, MORALES MORENO, Antonio, cit. (n.43) p. 118 y sobre el ámbito nacional, DE LA MAZA, Iñigo, *Estudios de derecho civil XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad de Concepción*, ahora en BARRÍA, Manuel (coordinador), *Prever y asegurar* (Santiago, 2015), pp. 553-584

58 Ver MORALES MORENO (2006), p. 43.

59 Ver, por ejemplo, Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (6ª edición, Cizur Menor-Navarra, Thomson/civitas, 2008), II, XXIII § 5.21; MORALES MORENO, Antonio, cit. (n.43) p. 51; PARRA LUCÁN, María de los Ángeles. *La indemnización del lucro cesante en Revista de Derecho Privado* (2019), p. 81; CARRASCO, Ángel. *Derecho de Contratos* (3ª edición, Cizur Menor, Arazandi, 2020), pp. 23-54.

60 MORALES MORENO, cit. (n.43), p. 188.

caso, es evidente que el daño que el incumplimiento le ha provocado ya no consiste en dejar de percibir unas rentas sino, a lo sumo, en la diferencia entre las rentas del contrato resuelto y el nuevo contrato. Si las nuevas rentas son iguales o superiores a las del contrato resuelto, no habrá daño que resarcir por lucro cesante, cosa distinta es la indemnización que puede solicitar en otro concepto (por ejemplo, los costos de celebración del nuevo contrato). En cambio, si las nuevas rentas son inferiores, debe tener derecho a percibir, en concepto de lucro cesante, la diferencia entre ambas el tiempo que restaba de contrato<sup>61</sup>. Es cierto que, normalmente, esta operación de reemplazo requiere de un tiempo para su realización, durante ese tiempo, el arrendador tiene derecho a recibir el importe de la ganancia neta<sup>62</sup>.

Es posible que el arrendador no haya adoptado ningún tipo de medida y el inmueble haya permanecido sin ocupación, en ese caso, procede indemnizar el daño sufrido, esto es la ganancia neta, salvo que el arrendador haya incumplido la carga de mitigar el daño<sup>63</sup>. Si así es, la cuantía de la indemnización se verá reducida exclusivamente al importe que los daños que no podía haber evitado, aunque los daños efectivamente sufridos son superiores. En este caso, es importante tener en cuenta dos parámetros: la medida que debería haber adoptado y el tiempo razonable para adoptarla.

Esta medida, en la mayoría de los casos, hubiera consistido en la celebración de un nuevo arrendamiento y el tiempo “razonable” para adoptarla dependerá de las circunstancias (situación de las partes, estado, ubicación y tipo de inmueble, situación del mercado inmobiliario, etc). Si el arrendatario prueba que el arrendador ha incumplido la carga de mitigar el daño, la

---

61 MORALES MORENO, Antonio, cit. (n.43), pp. 41-43 y 52. CARRASCO, Ángel. Derecho de Contratos (3ª edición, Cizur Menor, Arazandi, 2020), pp. 23-60.

62 En el ámbito español CARRASCO señala que esto es lo que sucede en muchos casos resueltos por los tribunales. CARRASCO PERERA, Ángel. *¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?*. En: *Actualidad Jurídica Arazandi*, n°677/2005 (2005), p.13.

63 Si bien la carga de mitigar el daño no se encuentra explícitamente consagrada en el Código Civil, la doctrina nacional más autorizada la ha acogido. En este sentido puede consultarse Domínguez, Vidal y San Martín.

indemnización por rentas dejadas de percibir consistente en la ganancia neta se limitará al tiempo en el que el bien inmueble hubiera debido permanecer desocupado, es decir, al tiempo razonablemente necesario para celebrar un nuevo contrato de arrendamiento.

## **VI. EL CASO RESUELTO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 18 DE MARZO DE 2010 RECONSIDERADO**

Una aplicación estricta del 1945 CC nos llevaría a asumir plenamente la pretensión indemnizatoria del arrendador. En cambio, la solución que proponemos en este trabajo nos lleva a un resultado diferente.

En primer lugar, respecto de los doce meses en los que el arrendatario se demora en restituir el bien, se aplica la indemnización prevista en el artículo 6º Ley Nº18.101, esto es, el arrendador tiene derecho a percibir el importe total de las rentas y los gastos según lo dispone el precepto.

En segundo lugar, a partir del momento de la restitución, aplicando las reglas generales del remedio indemnizatorio, el arrendador tiene derecho a las ganancias netas que iba a recibir durante el periodo que resta del contrato, es decir, los once años. Ahora bien, como hemos propuesto, de este importe debe reducirse lo que hizo el arrendador para mitigar las consecuencias del incumplimiento. Como en el momento de proceder a la indemnización no consta que el arrendador haya realizado ninguna operación de reemplazo o hubiera adoptado otro tipo de medida en este sentido, tendría derecho a las ganancias netas.

Resta, sin embargo, una regla de cierre. No solamente ha de ponerse atención a lo que el arrendador hizo, sino a lo que debió haber hecho. Por lo mismo, el arrendatario podría demostrar que el arrendador ha incumplido con su carga de mitigar el daño.

En este caso, esa carga consiste en adoptar las medidas que, atendidas las circunstancias, eran razonables para evitar o limitar las consecuencias dañinas del incumplimiento. Si, tras este análisis, se concluye que se daban las circunstancias para celebrar un arrendamiento de reemplazo, el arrendatario tiene derecho a que la indemnización por el daño provocado se reduzca en el monto que pudo ser evitado y no se evitó. Es decir, calcular desde qué momento era razonable un arrendamiento de reemplazo, y a partir de ese momento, ya no tiene derecho a las ganancias netas, sino que, solamente, a la diferencia -si es que la hay- entre el precio que le aseguraba el contrato de arrendamiento terminado y el precio de mercado, siempre y cuando el precio del segundo sea menor al del primero.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El artículo 1945 CC es una norma de carácter indemnizatorio. Se trata de una indemnización legalmente tasada.
2. Dicha indemnización presenta el riesgo de alejarse notablemente del daño realmente causado y operar con completa desconsideración de la carga de minimizar el daño que, eventualmente, recaería sobre el arrendador.
3. Un sector de la doctrina ha intentado eludir ese resultado proponiendo una interpretación flexible de la dura letra del artículo 1945 CC.
4. Dicha interpretación no resulta persuasiva, tanto con cargo a consideraciones metodológicas como sustantivas.
5. Los inconvenientes detectados en la interpretación estricta del artículo 1945 CC pueden superarse, al menos en los arrendamientos de bienes inmuebles, a través de la interacción entre el artículo 6° de la Ley N°18.101 y las normas generales de la indemnización de daños previstas en el Código

Civil. Ni las objeciones de la Corte Suprema, ni las de un sector de la doctrina sobre el ámbito de aplicación del artículo 6° de la Ley N°18.101 constituyen obstáculos insalvables a este respecto.

6. La aplicación del artículo 6° de la Ley N°18.101 en la clave que proponemos deja cuestiones relativas al pago de la indemnización correspondiente a la renta no resueltas, las que deben enfrentarse con cargo a las normas generales del remedio indemnizatorio.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CARRASCO PERERA, Ángel. *¿Qué indemnización debe pagar el arrendatario que abandona el local antes de la fecha contratada?*, en *Actualidad Jurídica Arazandi*, n°677/2005 (2005).

CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos* (3ª edición, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2020).

CONTARDO, Juan. *Jornadas Nacionales de Derecho Civil XV*, ahora en, BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor; PIZARRO, Carlos (editores), *El ámbito de protección del contrato como mecanismo para determinar la aplicación del artículo 1945 del Código Civil y de la Ley N°18.101 en la terminación del contrato de arrendamiento por no pago de rentas*, (Pucón, 2017).

CORNEJO AGUILERA, Pablo, *El contrato de arrendamiento. Bienes raíces urbanos*, (2ª edición, Santiago, Der Ediciones, 2021).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *La cláusula penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012).

DE LA MAZA, Iñigo, *Estudios de derecho civil XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad de Concepción*, ahora en BARRÍA, Manuel (coordinador), *Prever y asegurar* (Santiago, 2015), pp. 553-584.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (6ª edición, Cizur Menor, Navarra, Thomson/civitas, 2008), tomo II.

FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo “*Criterios para limitar la obligación de pago de renta por el término anticipado del contrato de arrendamiento. Análisis del artículo 1945 del Código Civil chileno*”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N°34 (2018).

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

MORALES MORENO, Antonio. *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Navarra, Thomson/Civitas, 2006.

MORALES MORENO, Antonio. *Incumplimiento de contrato y lucro cesante* (Cizur Menor, Navarra, Civitas, 2010).

ORDÁS ALONSO, Marta, *Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio: desistimiento unilateral; cuantía de la indemnización: lucro cesante. Comentario a STS de 12 de noviembre de 2009 en Cuadernos civitas de Jurisprudencia Civil* (2010), pp. 1551 a 1568.

ORREGO ACUÑA, Juan. *El contrato de arrendamiento* (2ª edición, Santiago, Editorial Metropolitana, 2011).

PARRA LUCÁN, María de los Ángeles. *La indemnización del lucro cesante*. En: *Revista de Derecho Privado* (2019), p.75-104.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno. *Resolución y sinalagma funcional* (Madrid, Marcial Pons, 2013).

SAN MIGUEL PRADERA, Lis. *La indemnización cuando el arrendatario restituye anticipadamente el inmueble arrendado en Anuario de Derecho Civil, 2022-IV* (en prensa).

SOLER PRESAS, Ana. *El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS) en Anuario de Derecho Civil* (1995).

TORAL LARA, Estrella (2018): *Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio. Comentario a la STS de 3 de octubre 2017*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 279 a 315.

## **JURISPRUDENCIA**

*Valenzuela Alfaro con Mercado Aced*, Corte Suprema, rol n°217-2007, de 21 de julio de 2008.

*Reyes Aránguiz con Guiñez Ortega*, Corte Suprema, rol n° 2041-2008, de 28 de julio de 2009.

*Atisha Atisha con Muñoz Miranda*, Corte Suprema, rol n° 3713-2008, de 8 de julio de 2009.

*Inmobiliaria y Comercial Vegas Sur Limitada con Distribuidora y Comercializadora Gigante del Pacífico Limitada*, Corte Suprema, rol n°6866-2009, 23 de junio de 2011.

*Balazs Mayanz con Universidad Iberoamericana*, Corte Suprema, rol n°4643-2003, 19 agosto 2013.

*Ingeniería, Construcción y Servicios MPT Limitada con Comercializadora de Productos de ferretería Industrial SERFECOM Limitada*, Corte Suprema 03 marzo 2015, rol. n°10.403-2014, de 3 de marzo de 2015.

*López Paulus con Manzarraga Danovaro*, Corte Suprema, rol n°34042-2016, 29 de septiembre de 2016.

*Inversiones e Inmobiliaria Celimitada con Comercializadora Don Jorge y Compañía Limitada*, Corte Suprema, rol n°45626-2017, 5 julio 2018.

*Torres Mercado con Universidad la República*, Corte Suprema, rol N°24747-2018, 27 diciembre 2018.

*Naranjo Valdés con Arellano Mamani*, Corte Suprema, rol n°42705-2017, 20 de agosto de 2019.

*Andrades Barrera con Feijoo Fuentes*, Corte Suprema, rol n°14748-2018), 27 de abril 2020.

*Inversores Consultores e Inmobiliaria Elite Limitada con Fisco de Chile*, Corte Suprema, rol n°26856-2018, 09 junio 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 186/2010 (Sala 1° de lo Civil), de 18 de marzo (recurso 1593/2005).

## ¿QUÉ QUEDA DEL PAGO POR CESIÓN DE BIENES DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.720?

WHAT IS LEFT OF THE PAYMENT BY CESSION OF GOODS  
AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF THE ACT NUMBER 20.720?

Mario Opazo González<sup>1\*</sup>

Mariana Rojas Pedrini<sup>\*\*</sup>

**Resumen:** Como es sabido, la Ley N° 20.720 implicó un completo cambio en el sistema concursal chileno. De la antigua quiebra, establecida en la Ley N° 18.175 y después incorporada al Libro IV del Código de Comercio, se pasó a un sistema denominado de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Sin embargo, esta reforma no contempló expresamente al pago por cesión de bienes, ya que, por una parte, no fue derogado, sino que expresamente reconocido, pero su procedimiento, contemplado en la antigua Ley de Quiebras, no figura en la nueva ley. El propósito del presente trabajo es explicar, a partir de las disposiciones legales existentes, cuál es el procedimiento a aplicar al pago por cesión de bienes.

---

1 Artículo recibido el 19 de octubre y aceptado el 10 de diciembre de 2022.

\* Doctor en Derecho. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Profesor de Derecho Civil Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: [marioopazo@santotomas.cl](mailto:marioopazo@santotomas.cl) DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n33.04>

\*\* Magíster en Derecho, mención Derecho Mercantil, Profesora de Derecho Comercial Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: [marianarojas@santotomas.cl](mailto:marianarojas@santotomas.cl) DOI: <https://doi.org/0000-0001-8785-8015>

**Palabras claves:** Pago por cesión de bienes; procedimiento concursal; liquidación.

**Abstract:** As it is known, the Chilean Act number 20.720 implied a complete change in the local bankruptcy system. From the old bankruptcy, instated by the Act number 18.175 and afterwards incorporated to the Book IV of the Chilean Commercial Code, the system evolved to one called Reorganization and Liquidation for Companies and People. However, this reform did not refer to the cession of goods since it was not abrogated but directly recognized; and its procedure is not undertaken on this new Act. The purpose of this work is to explain, throughout the current rules, which is the procedure to enforce this institution.

**Keywords:** Payment by cession of goods; bankruptcy procedures; liquidation.

## I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el pago por cesión de bienes o acción ejecutiva del acreedor o acreedores<sup>2</sup> está reglamentado en el Código Civil chileno (en adelante también CC) como una modalidad del pago, en sus artículos 1.614 a 1.624, esto es, como aquellas que alteran algunas reglas normales del pago<sup>3</sup>.

La primera de las disposiciones citadas lo define señalando que es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en

---

2 Cabe tener presente que autores como Ramos, sostienen que el pago por cesión de bienes y el pago por acción ejecutiva son dos materias distintas, ello por lo señalado en el artículo 1.624 del Código Civil. RAMOS, René: *De las Obligaciones*. Legal Publishing, Santiago, 2008, 3ª ed., p. 392.

3 ABELIUK, René: *Las Obligaciones*. Thomson Reuters, Santiago, 2014, 6ª ed. actualizada, T. II, p. 761.

estado de pagar sus deudas. De ahí que se ha sostenido que es una forma de cumplir que tienen los deudores insolventes, que se hace cumpliendo con los requisitos y en la forma que establece la ley<sup>4</sup>.

Las demás disposiciones del Código Civil se encargan de reglamentar diversos aspectos de esta modalidad del pago. Así, se ha señalado que, para que proceda el pago por cesión de bienes debe tratarse de un deudor de buena fe<sup>5</sup>, toda vez que el artículo 1.614 del código establece que esta modalidad del pago procede cuando el mal estado de los negocios del deudor se debe a accidentes inevitables<sup>6</sup>, por lo que sería necesario que se trate de un deudor insolvente<sup>7</sup>; debe ser declarada judicialmente<sup>8</sup>, conforme lo establece el artículo 1.615 del mismo cuerpo legal, y es necesario que el deudor no se encuentre en algunas de las causas que hacen procedente la oposición del acreedor y que contempla el artículo 1.617 del CC.

De la misma forma, ha sido caracterizado sosteniéndose que es un derecho personalísimo<sup>9</sup>, según se desprende del artículo 1.623 del CC; irrenunciable<sup>10</sup>, conforme lo señala el artículo 1.615 del CC, pues, de haberse admitido la renuncia, ésta sería impuesta por el acreedor al deudor<sup>11</sup>;

4 ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio: *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2016, 3ª ed., T. II, p. 371.

5 ABELIUK, René, ob. cit., p. 1.140. Meza señala que el deudor debe hallarse en insolvencia “por hechos que no le son imputables, a causa de accidentes fortuitos”. MEZA, Ramón: *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 10ª ed., p. 100.

6 Además, el artículo 1.616 del Código Civil establece que el deudor debe probar su inculpabilidad, si alguno de los acreedores lo exigiese.

7 RAMOS, René, ob. cit., p. 395.

8 ABELIUK, René, ob. cit., p. 1.140.

9 Como consecuencia de ello, es intransferible, intransmisible y solo puede ser invocado por el deudor. ALESSANDRI, Arturo: *Teoría de las Obligaciones*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1988, p. 402.

10 De esta manera, si el deudor renunciara a este beneficio, habría nulidad absoluta por objeto ilícito. ALESSANDRI, Arturo, ob. cit., p. 403.

11 MEZA, Ramón, ob. cit., p. 97.

revocable, de acuerdo con el artículo 1.620 del CC, y universal, es decir, comprende todos los bienes embargables del deudor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.618 del CC<sup>12</sup>.

Finalmente, en cuanto a sus efectos, se ha señalado que priva al deudor de la administración de los bienes que han sido objeto de la cesión, según se desprende del artículo 1.621 del CC; el deudor conserva el dominio de dichos bienes, de acuerdo con el artículo 1.619 inciso final del CC<sup>13</sup>; se extinguen las deudas hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos<sup>14</sup>, quedando el deudor obligado a pagar el saldo insoluto<sup>15</sup>, debiendo completarlo si adquiere nuevos bienes, conforme lo señalan los numerales 2º y 3º del artículo 1.619 del CC y, en tal caso, el deudor podrá invocar el beneficio de competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.626 N° 6 del CC; por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.578 N° 3 del CC, los pagos hechos al deudor que ha hecho cesión son nulos<sup>16</sup>; por último, el deudor cedente queda libre de todo apremio personal, conforme lo señala el numeral 1º del artículo 1.619 del CC, cuestión que tenía importancia cuando existía la prisión por deudas<sup>17</sup>.

Sin embargo, el procedimiento para que el deudor pueda ejercer su derecho no se encuentra reglamentado y nunca se ha encontrado reglamentado en el Código Civil, sino que estaba originalmente en los artículos

12 ABELIUK, René, ob. cit., p. 1.142.

13 Como consecuencia de ello, si el deudor enajenara algún bien a un tercero, los acreedores no podrían reivindicarlo, pues el deudor sigue siendo el dueño. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 375. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que se trate de una enajenación nula absolutamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.467 del Código Civil. RAMOS, René, ob. cit., p. 396.

14 La extinción de las deudas se produciría en el momento en que se haga el pago y no desde la aceptación de la cesión. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 376.

15 Pese a que el código nada dijo, se ha entendido que, si el valor de los bienes cedidos excede del valor de todas las deudas, el remanente pertenece al deudor, ya que él nunca perdió el dominio sobre los bienes. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 376.

16 RAMOS, René, ob. cit., p. 396.

17 ABELIUK, René, ob. cit., pp. 1.143 – 1.145.

551 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; luego se incorporó a la primera Ley de Quiebras, N° 4.558, que lo contenía en sus artículos 212 a 226; con posterioridad se incorporó a la anterior Ley de Quiebras, N° 18.175, cuyo Título XV, artículos 241 a 255, se encargaba de regularlo, distinguiendo entre el deudor que tenía un acreedor y el deudor que tenía varios acreedores, reglamentando, además, algunos aspectos de carácter sustantivo, por ejemplo, al establecer como requisito, para poder hacer cesión de bienes, que no se trate de un deudor del artículo 41 de la referida ley.

Por otro lado, también es sabido que la Ley N° 20.080, de 24 de noviembre de 2005, ordenó incorporar la Ley de Quiebras al Libro IV del Código de Comercio (en adelante, también C. de Co.), con excepción del Título II de aquélla, que se mantuvo como Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras.

Sin perjuicio de lo expuesto, toda esa normativa fue expresamente derogada con la Ley N° 20.720, de 09 de enero de 2014, al establecer un nuevo régimen concursal de reorganización y liquidación de empresas y personas, derogándose, asimismo, la disposición que imponía que solo el deudor que no desarrollara una actividad comercial, industrial, minera o agrícola podía hacer uso de esta institución del Código Civil.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Al examinar la normativa de la Ley N° 20.720, se advierte que ella no derogó expresamente el pago por cesión de bienes, de manera que surge la duda de si la referida modalidad del pago se mantiene vigente o si fue tácitamente derogada con la entrada en vigencia del nuevo sistema concursal, pues, podría pensarse que, al ser este pago incompatible con los procedimientos establecidos por la Ley N° 20.720, el pago por cesión de bienes habría sido tácitamente derogado.

Sin embargo, la institución del pago por cesión de bienes no ha sido derogada, sino que se ha confirmado su existencia; en efecto, la respuesta la entrega el propio texto de la Ley N° 20.720, pues su artículo 346 N° 2 expresamente establece una reforma al artículo 1.617 del CC, lo que demuestra que la intención del legislador ha sido mantener al pago por cesión de bienes como una modalidad del pago<sup>18</sup>. Si la intención del legislador hubiese sido derogarla, no se comprendería el fundamento para reformar una de sus disposiciones.

Habiendo dejado establecido que el pago por cesión de bienes se encuentra vigente, cabe preguntarse cuál es el procedimiento a aplicar. A nuestro juicio, dado que el art. 1.615 del CC exige la intervención del juez, resulta claro que se necesita de un procedimiento judicial. Sin embargo, la pregunta surge, precisamente, por el procedimiento, que originalmente estaba contemplado en el Código de Procedimiento Civil; luego fue llevado a la primera Ley de Quiebras, N° 4.558; con posterioridad a la antigua Ley de Quiebras, N° 18.175 y, finalmente, en el Libro IV del Código de Comercio; pues la Ley N° 20.720 no ha establecido ningún procedimiento aplicable expresamente al pago por cesión de bienes.

De esta manera, las posibles respuestas que surgen frente a la interrogante planteada son: o bien el pago por cesión de bienes debiera realizarse de conformidad con alguno de los procedimientos establecidos en la Ley N° 20.720 o, a falta de regla especial, debiera sujetarse a las reglas procesales comunes para este tipo de gestiones; en este último caso, habría que determinar, además, de qué tipo de asunto se trata (contencioso o voluntario), con el objeto de precisar cuáles serían esas reglas procesales comunes aplicables.

---

18 En este sentido, RÍOS, Sebastián: “Modificación y Extinción de Obligaciones de Personas Deudoras en la Ley N° 20.720. Algunas Tensiones con el Derecho Común de las Obligaciones”. En: Gómez de la Torre, Maricruz; Hernández, Gabriel; Lathrop, Fabiola; Tapia, Mauricio: *Estudios de Derecho Civil XIV*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, p. 561.

Con todo, una tercera respuesta al problema planteado estaría dada por la posibilidad de aplicar el procedimiento contemplado en el artículo undécimo de la Ley N° 20.416, que crea la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis. Esta ley, aplicable a las empresas que el año calendario anterior hayan tenido ventas líquidas de hasta 25.000.- Unidades de Fomento, contempla un procedimiento de acuerdo que lidera un Asesor Económico de Insolvencia, el que es remunerado. En el marco de este acuerdo, la empresa puede pactar con sus acreedores la opción del abandono de sus bienes. Éste se utiliza como pago de las obligaciones, provocando el efecto de liberar al deudor de éstas, siempre que se hayan declarado todas. Sin embargo, carece de la verdadera imposición que puede hacer el deudor en el pago por cesión de bienes, pues se produce en un escenario de acuerdo entre acreedores y deudor, y, por lo mismo, involucra y vincula de manera exclusiva a quienes adhieren a él o lo suscriben, ya que no es un procedimiento concursal universal; pero, por otro lado, provoca un desequilibrio entre los bienes (que son objeto del derecho de prenda general de los acreedores o garantía patrimonial universal) y las acreencias existentes (alterando eventualmente la *par conductio creditorum*) y se aplica a un deudor descrito en *numerus clausus* por la regulación señalada. Por otra parte, implica un poder general liberatorio que no tiene el pago por cesión de bienes.

Frente al problema planteado, todavía resulta necesario tamizar la respuesta considerando la aplicación del estatuto del deudor comerciante frente al civil. Es decir, cada vez que estemos frente a negocios cuya regulación es de carácter civil, sea por el tipo de negocio, la persona que lo celebra o el ámbito en el que se encuentra perfeccionado, será entonces procedente la aplicación de las reglas civiles a su respecto. Y, al contrario, cuando la entidad o comerciante lo hagan pertinente, o por el tipo de empresa o negocio o accesoriedad lo permitan, deberá aplicarse la normativa comercial.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En su origen, el Código Civil (y hasta la fecha) contempla la aplicación de las normas del Código de Enjuiciamiento.

En 1902, el Código de Procedimiento Civil (en adelante, también CPC), tenía un estatuto de procedimiento para el deudor que no estuviere en las circunstancias del antiguo artículo 690 del mismo cuerpo legal, es decir, aquél a cuyo respecto no procediere el “concurso necesario” o la declaratoria de quiebra.

La cesión de bienes era efectuada siguiendo las reglas del Código Civil y, en cuanto al procedimiento, lo lideraba el síndico. El antiguo artículo 551 del Libro III del Código de Procedimiento Civil regulaba la cesión de bienes a un solo acreedor, en la cual solo había intervención del deudor, del acreedor y del tribunal.

En el caso de existir más de un acreedor, la regulación se encontraba en el antiguo artículo 586, el cual solo establecía que, una vez efectuada la solicitud por el deudor, se daba curso a la petición, siendo el resto de los trámites asumidos por el síndico. Éste, solo en el caso de no existir fondos para subvertir los gastos de la gestión, podía solicitar autorización al juez para enajenar bienes en cantidad suficiente o tomar recursos a interés.

Se establecía en los antiguos artículos 586 y 591 del CPC que los acreedores serían citados a una Junta, cuyas reglas de funcionamiento estaban contempladas en los antiguos artículos 592 a 596 del mismo cuerpo legal, a propósito de la cesión de bienes a varios acreedores. Con posterioridad, la Ley N° 4.558 la contempló en sus artículos 79 y siguientes. Luego, la Ley N° 18.175 regulaba en los artículos 101 y siguientes el funcionamiento de la Junta de Acreedores, las que aparecen en la Ley N° 20.720 actual, en sus artículos 180 y siguientes.

La sentencia que admitía la cesión de bienes no afectaba a todos los acreedores, ya que los que no habían tomado parte en el respectivo incidente, podían formular oposición (antiguo artículo 660 del Código de Procedimiento Civil), pero el momento de la distribución de los bienes realizados marcaba el límite temporal de la oposición de los acreedores. Si no se admitía la cesión de bienes, entonces la sentencia afectaba a todos los acreedores.

Esta regulación siguió vigente hasta la dictación de la Ley N° 4.558, de Quiebras, que derogó las reglas del Código de Procedimiento Civil, y determinó que el deudor no comerciante podía hacer cesión de bienes, de acuerdo con el artículo 1.614 del CC, a diferencia del artículo 551 del CPC original.

La regulación pasó de una forma bastante parecida a la Ley N° 18.175, en la que, en el título XV, a partir del artículo 241, también se restringió el procedimiento a los deudores no contemplados en su artículo 41, impidiéndose efectuarla a los deudores que desarrollaban una actividad comercial, industrial, minera o agrícola.

#### **IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PAGO POR CESIÓN DE BIENES**

Cuando estaba vigente la antigua Ley de Quiebras, N° 18.175, había algunos deudores que no podían hacer valer el pago por cesión de bienes; se trataba de los deudores mencionados en el artículo 41 de dicha ley, esto es, el deudor que ejercía una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, los cuales, al no poder invocar la cesión de bienes, debían solicitar su declaratoria de quiebra transcurridos los plazos establecidos en la ley<sup>19</sup>.

---

19 MEZA, Ramón, ob. cit., p. 101.

Sin embargo, la actual Ley N° 20.720 nada dice al respecto, razón por la cual cabe preguntarse si, bajo el amparo de la ley vigente, todo deudor puede hacer valer el pago por cesión de bienes, o si aún existen algunos deudores que no lo puedan invocar.

La pregunta de si esta institución se aplica o no a todo deudor, sea este comerciante o no, o los antiguamente definidos en el artículo 41 de la Ley de Quiebras (N° 18.175), se responde revisando, en primer lugar, la disposición del artículo 1° del C. de Co., ya que ella habilita la aplicación exclusiva a los comerciantes y operaciones mercantiles de la regulación de este cuerpo legal, que incluía las reglas sobre insolvencia y quiebra.

Esta aplicación, que la convierte en una disposición de derecho estricto (artículos 19 al 24 del CC), y de imposibilidad de aplicación analógica, por tanto, indica finalmente que es el Código de Comercio el que se aplica a los comerciantes y a los actos de comercio.

¿Cuál era la situación, hasta antes de la derogación de la Ley de Quiebras, respecto de la cesión de bienes? Como institución definida por el Código Civil, se aplicaba tanto a los deudores civiles como también a los comerciales o mercantiles.

Su procedimiento, como señalásemos, originalmente establecido en el Código de Procedimiento Civil, fue eliminado de este cuerpo legal por la primera Ley de Quiebras (N° 4.558) e incorporado a ésta; con posterioridad fue incorporado a la segunda Ley de Quiebras (N° 18.175), y luego, directamente preterido por la norma actual de reorganización.

Ahora bien, no siendo integrado su procedimiento tampoco al Código de Comercio, podemos decir que su regulación no se encuentra alcanzada por el ámbito de aplicación restringido que establece el artículo primero de este cuerpo legal, y, por lo tanto, debemos entender que sus disposiciones se aplican tanto a los deudores civiles como a los comerciales.

El mismo espíritu se puede entender cuando la Ley N° 20.720 no solo no distingue entre deudores comerciantes o no, para su ámbito de aplicación, sino que expresamente abarca tanto a empresas como a deudores no empresarios o personas naturales<sup>20</sup>.

## V. PROCEDIMIENTO A APLICAR AL PAGO POR CESIÓN DE BIENES

Como ya se señaló, el pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores requiere de intervención judicial. A partir de lo dispuesto en el artículo 1.624 del CC resulta claro que las reglas de los artículos 1.618 y siguientes del mismo código son aplicables al embargo de los bienes por acción ejecutiva del acreedor o acreedores, es decir, en el juicio ejecutivo rigen estos preceptos<sup>21</sup>.

Sin embargo, de quedarnos en este punto, resultaría que el deudor tendría que esperar a ser demandado por su acreedor para poder hacer uso del pago por cesión de bienes, lo que no se condice con su carácter de derecho del deudor; de ahí que se hace necesario determinar a qué procedimiento podrá recurrir el deudor para poder ejercer su derecho.

5.1. Inaplicabilidad de las reglas procedimentales de la Ley N° 20.720 al pago por cesión de bienes.

---

20 El Mensaje de la Ley N° 20.720 señala que, “asimismo, resulta imperiosa la necesidad de crear un régimen especial para las personas naturales que se encuentran en incapacidad de responder a sus obligaciones financieras por distintas razones, como, por ejemplo, presentar niveles de consumo muy por encima de su capacidad real de pago. Así, el Proyecto busca crear, primeramente, la posibilidad de solucionar una insolvencia personal en un escenario armónico y adaptado a la realidad de un deudor persona natural, dándole la posibilidad de responder con sus propios bienes de manera más breve y menos costosa que en una liquidación de empresas y, así, impulsar comportamientos crediticios responsables en el consumidor a largo plazo, mejorando la educación financiera por medio de normas que la hagan aplicable”. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de consulta: 31 de marzo de 2022]

21 ALESSANDRI, Arturo, ob. cit., p. 399.

A nuestro juicio, los procedimientos contemplados por la Ley N° 20.720 son incompatibles con el pago por cesión de bienes, por las siguientes razones:

a) Para abordar este punto, nos hacemos la pregunta de si consideramos o no al pago por cesión de bienes una institución de naturaleza concursal. Si lo entendemos como relacionada con todos los acreedores del deudor, como señala el artículo 1.614 del CC, efectivamente estamos ante un procedimiento concursal y, por lo mismo, en una primera aproximación, serían aplicables las disposiciones de la Ley N° 20.720. En este contexto, nos quedaría revisar si, entonces, el procedimiento a aplicar sería alguno de los regulados en dicha ley, toda vez que se trata del cuerpo legal que principalmente contiene las disposiciones aplicables a los concursos de acreedores.

En nuestro concepto, si bien se trata de un procedimiento concursal, la institución de la cesión de bienes tiene reglas propias de tramitación, algunas de las cuales están contenidas en el Código Civil, partiendo por su artículo 1.615. A este respecto, reiteramos que el artículo 8 de la Ley N° 20.720 dispone la aplicación preferente de las reglas concursales contenidas en leyes especiales, excluyéndose, en esos casos, la aplicación de la referida ley<sup>22</sup>. En consecuencia, al existir reglas procesales especiales para el pago por cesión de bienes, no cabe aplicar ninguno de los procedimientos que establece la Ley N° 20.720.

---

22 La jurisprudencia lo ha señalado reiteradamente. En este sentido, es posible mencionar las sentencias: Corte Suprema, de 14 de abril de 2020, Rol N° 31.636 – 2018; de 17 de diciembre de 2018, Rol N° 8.449 – 2018; de 09 de mayo de 2017, Rol N° 4.656 – 2017; de 13 de mayo de 2021, Rol N° 33.538 – 2019; de 26 de junio de 2019, Rol N° 29.266 – 2018; de 12 de agosto de 2020, Rol N° 5.503 – 2020; de 14 de septiembre de 2020, Rol N° 33.463 – 2019; de 27 de mayo de 2019, Rol N° 16.364 – 2018; de 16 de junio de 2020, Rol N° 59.789 – 2020; de 29 de octubre de 2018, Rol N° 12.662 – 2018; de 03 de enero de 2020, Rol N° 14.311 – 2019; de 19 de octubre de 2021, Rol N° 94.835 – 2020. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 03 de diciembre de 2019, Rol N° 719 – 2019; Corte de Apelaciones de San Miguel, de 03 de marzo de 2021, Rol N° 2.173 – 2020; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 26 de marzo de 2021, Rol N° 25 – 2021; Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de noviembre de 2016, Rol N° 10.521 – 2016.

b) A mayor abundamiento, según se puede leer de las disposiciones de la Ley N° 20.720, y coincidiendo con el Mensaje de ésta, su propósito fue otorgar más poder a los acreedores en el marco de las regulaciones concursales, que al deudor<sup>23</sup>, lo que es incompatible con el carácter de derecho del deudor que tiene el pago por cesión de bienes.

c) Además, el propósito y ámbito de aplicación de la Ley N° 20.720 se circunscribe a tres verbos rectores: “reorganizar”, “liquidar” y “repactar”, excluyendo la posibilidad de abandonar los bienes a favor de los acreedores<sup>24</sup>.

## 5.2. Inaplicabilidad del procedimiento de la Ley N° 20.416 al “abandono de sus bienes”

Tampoco resulta aplicable el procedimiento de la Ley N° 20.416, que rige la Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis, cuando trata acerca del “abandono de sus bienes”, toda vez que este procedimiento está específicamente diseñado para las micro y pequeñas empresas que están en proceso de cierre, y se aplicará de manera preferente al estatuto de la Ley N° 20.720, en caso de ser procedente sus disposiciones, atendido el tenor del artículo 8 de ésta.

A mayor abundamiento, en nuestro concepto, el pago por cesión de bienes que contempla el Código Civil corresponde, conforme ya lo señalamos, a un procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre con el

---

23 El Mensaje de la Ley N° 20.720 señala que “las leyes concursales deben ser entendidas por la ciudadanía como una herramienta para solucionar los problemas de insolvencia de las empresas y las personas, para lo cual se requiere que sean accesibles a las personas. De lo contrario, se recurre a otros procedimientos que implican un perjuicio para el conjunto de acreedores, o simplemente queda una empresa que no puede cerrar este capítulo fracasado para buscar nuevas oportunidades”. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de consulta: 31 de marzo de 2022]

24 *Artículo 1° Ley N° 20.720.- “Ámbito de aplicación de la ley. La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora”.*

abandono de los bienes que contempla la Ley N° 20.416, de manera que el procedimiento que contempla esta última ley es incompatible con la modalidad del pago que contempla aquel código.

5.3. El procedimiento a aplicar a la cesión de bienes es el común aplicable a las gestiones no contenciosas del Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

Ya ha quedado establecido que se requiere la intervención del juez y que no resultan aplicables los procedimientos concursales contemplados en la Ley N° 20.720 ni el procedimiento de abandono de bienes de la Ley N° 20.416. En consecuencia, resta por dilucidar si se trata de un asunto contencioso o voluntario<sup>25</sup>.

A nuestro juicio, se trata de una gestión voluntaria<sup>26</sup> por las siguientes razones:

a) El artículo 1.615 del CC reconoce a la cesión de bienes como un derecho exclusivo del deudor, quien puede implorarla no obstante cualquiera estipulación en contrario<sup>27</sup>; además, nos ilustra respecto del procedimiento a aplicar.

---

25 En este sentido, cabe recordar que los procedimientos voluntarios son, según el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil, “aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes”, coincidiendo con la institución descrita en los artículos 1.614 y siguientes del Código Civil.

26 Cabe tener presente que, conforme explica Casarino, la enumeración que hace el Libro IV del Código de Procedimiento Civil de los asuntos voluntarios no es taxativa, pues fuera de dicho cuerpo legal existen otros actos judiciales que participan de las características de los no contenciosos, los cuales se rigen por las disposiciones generales que se contienen en dicho cuerpo legal. CASARINO, Mario: *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 5ª ed., T. VI, p. 146.

27 Inclusive, considerando que afectaría derechos de terceros, sería irrenunciable, según lo señala el artículo 12 del Código Civil.

Dado que se trata de una decisión absolutamente personal del deudor, como lo hemos señalado, cuya solicitud al tribunal no implica la existencia de una controversia<sup>28</sup>, ya que esta disposición obliga al juez a “admitirla con conocimiento de causa”, nos encontramos frente a una cuestión de carácter voluntario.

Debido a esto, se entiende que solo basta la voluntad del deudor sin que su derecho, en principio, pueda ser controvertido por el acreedor, salvo en los casos expresamente señalados por el legislador.

b) Como consecuencia de lo anterior, la misma disposición establece, como regla general, que será admitida por el juez. De esta manera, solo excepcionalmente el juez podrá rechazarla.

c) El juez, para poder admitir la cesión de bienes, deberá actuar con conocimiento de causa, según se desprende de la misma disposición legal, exigencia que es propia de los actos no contenciosos, conforme lo dispone el artículo 824 del CPC, pues se entiende que en los actos contenciosos el juez siempre procede con conocimiento de causa<sup>29</sup>.

d) El artículo 1.616 del CC establece que es de cargo del deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, pero ello siempre y solo si es que alguno de los acreedores lo exige, de manera que la regla general

---

28 Casarino explica que “contienda entre partes equivale a juicio o pleito, o sea, a la controversia actual que se produce entre dos o más personas sobre un derecho y que se somete al fallo de un tribunal”. CASARINO, Mario, ob. cit., p. 145; de ahí que “la falta de pretensiones contrapuestas, pues, es lo único que caracteriza a los negocios judiciales no contenciosos”. CASARINO, Mario, ob. cit., p. 146; en consecuencia, el pago por cesión de bienes no puede ser considerado como un asunto contencioso, toda vez que, al ser un derecho del deudor, no existe una controversia actual sobre un derecho entre dos o más personas.

29 En este sentido, Casarino señala que el criterio romanista para distinguir entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, pues “en la primera se procede *cum causae cognitio*, con conocimiento de causa, y en la segunda, a la inversa, *sine causae cognitio*, sin conocimiento de causa”. CASARINO, Mario: *Medio Siglo al Servicio del Derecho Procesal*. Edeval, Valparaíso, 1993, p. 50. Si bien no es efectivo que la jurisdicción voluntaria proceda sin conocimiento de causa, queremos poner de relieve que en la contenciosa el juez siempre procede con conocimiento de causa.

será que el juez, conociendo con los antecedentes que exponga el deudor (y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante), tendrá que aceptar la cesión de bienes, incluso sin intervención de los acreedores (en caso que estos nada digan), a menos que alguno de ellos exija la prueba de la inculpabilidad del deudor, lo que refuerza el carácter de derecho de éste que reviste el pago por cesión de bienes.

e) El artículo 1.617 del CC establece que la regla general es que los acreedores están obligados a aceptar la cesión, a menos que concurra alguna de las excepciones taxativamente enumeradas en dicha disposición, lo que estaría demostrando que, en principio, no existe controversia entre partes, cuestión que caracteriza a los actos judiciales no contenciosos<sup>30</sup>.

#### 5.4. Propuesta de procedimiento del pago por cesión de bienes.

Dado que, conforme se ha demostrado, el procedimiento del pago por cesión de bienes es una gestión voluntaria o no contenciosa, se hace necesario establecer cuál es el procedimiento a cuya tramitación debiera sujetarse esta modalidad del pago.

Cabe tener presente que, para saber cuál es el procedimiento a que debe sujetarse una gestión voluntaria, hay que distinguir: si el Código de Procedimiento Civil o leyes especiales contienen o no reglas distintas para la tramitación de dichos actos; si existe un procedimiento especial, se debe aplicar este; en caso contrario, habrá que subdistinguir si la ley exige o no proceder con conocimiento de causa<sup>31</sup>.

---

30 PFEIFFER, Alfredo: *Procedimientos Especiales y Actos No Contenciosos*. Autoeditor, Santiago, 1998, T. IV, p. 99.

31 CORREA, Jorge: *Curso de Derecho Procesal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, T. IV, p. 103.

En el caso del pago por cesión de bienes, a falta de un procedimiento especial establecido por alguna ley, y teniendo presente que el artículo 1.615 del CC exige al juez proceder con conocimiento de causa, estimamos que el procedimiento para el pago por cesión de bienes vendría dado por los siguientes trámites:

a) Como se trata de una gestión voluntaria, comienza con una solicitud que debe presentarse ante el juez de letras con competencia en materias civiles. Aplicando la regla general del artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto al territorio, será competente el juez del domicilio del solicitante.

Casarino precisa que, como se trata de la primera solicitud, deberá otorgarse mandato a persona habilitada y ser patrocinada por abogado habilitado<sup>32</sup>.

b) A partir de lo dispuesto en el artículo 1.617 N° 5 del CC debe entenderse que en dicha solicitud el deudor debe hacer una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios<sup>33</sup>.

La solicitud del deudor deberá contener un listado de deudas, acreedores y bienes que se abandonan (exceptuados los del artículo 1.618 del CC), acompañando la prueba necesaria para acreditar el carácter circunstancial del mal estado de sus negocios.

Lo anterior se ve reforzado si se tiene presente que, conforme ya se señaló, el juez debe proceder con conocimiento de causa, lo que implica que, en principio, el juez debe fallar con los antecedentes proporcionados por el interesado, en la medida que estos suministren el conocimiento de causa exigido por la ley respecto de los hechos que legitiman su petición (artículo 824 inc. 2° CPC).

32 CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 148.

33 La misma exigencia la contiene la regla del artículo 24 de la Ley sobre Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis, contenida en el artículo Undécimo de la Ley N° 20.416.

Si, a juicio del tribunal, los antecedentes proporcionados por el interesado no suministran el conocimiento de causa exigido por la ley respecto de los hechos que legitiman su petición, el juez ordenará que se rinda previamente información sumaria<sup>34</sup> respecto de tales hechos (artículo 824 inc. 2º CPC).

c) Cabe tener presente que se ha sostenido que no sería necesario el nombramiento de un depositario, pues bastaría con que el deudor se presente al juez entregando sus bienes embargables a sus acreedores, ya que en ese momento se desprende de ellos<sup>35</sup>. Sin perjuicio de lo señalado, no habría inconvenientes en que se nombrara uno, de conformidad con las reglas generales de las medidas precautorias. Con todo, cabe tener presente que, desde un punto de vista práctico, es posible que no haya recursos para poder financiar los honorarios del depositario.

Por otro lado, entendemos que no procede que el propio deudor sea nombrado depositario, toda vez que este depósito, conforme lo señalamos, correspondería a una medida precautoria, por lo que no se advierte la protección que pudiere revestir para los acreedores que el propio deudor fuese nombrado depositario. En este sentido, debemos recordar que el depósito es un contrato (artículo 2.249 del CC) y, por lo mismo, un acto jurídico bilateral, lo que no se advierte si el propio deudor pudiese ser nombrado depositario, pues no se ve quiénes serían las partes cuyo consentimiento se requeriría para su celebración<sup>36</sup>. Además, debemos tener presente que no se

---

34 En cuanto a la información sumaria, el Código de Procedimiento Civil (artículo 818) la describe como la prueba de cualquiera especie, rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio.

35 ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 375.

36 En este sentido, podría sostenerse que estamos frente a la figura de un autocontrato, ya que el deudor estaría contratando consigo mismo al celebrar ese depósito; sin embargo, todo indica que no hay autocontratación, pues no estamos frente a ninguno de los casos que la doctrina identifica para hacerla procedente. LÓPEZ, Jorge; ELORRIAGA, Fabián: *Los Contratos. Parte General*. Thomson Reuters, Santiago, 2017, 6ª ed., pp. 223 – 225. A mayor abundamiento, siguiendo la tesis de Ramón Domínguez, para que haya autocontrato, de todas formas, se hace necesario distinguir dos centros de interés distintos, pues solo de esta manera es posible sostener que se trata de una convención, DOMÍNGUEZ, Ramón: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Prolibros, Valparaíso, 2020, 3ª ed., p. 20; sin embargo, en este caso solo se advierte la existencia de un centro de interés jurídico: el del deudor.

trata de un secuestro, toda vez que no estamos frente a un litigio entre dos individuos, por lo que tampoco resultan aplicables las reglas del mismo. A mayor abundamiento, para que un deudor pueda ser nombrado depositario – como ocurre a propósito del juicio ejecutivo – se requiere de un texto legal expreso que así lo establezca, el cual, dado su carácter excepcional, debe ser interpretado en forma estricta.

d) Entrega de los bienes por parte del deudor. Conforme se señaló, es necesario que el deudor haga entrega de sus bienes para significar el momento en que se desprende de ellos. La entrega se hará al depositario, si ha sido nombrado, o al juez, en caso contrario.

e) Notificación al acreedor o acreedores. Pese a que se trata de un derecho del deudor, resulta claro que se hace necesario notificar al acreedor o acreedores, toda vez que, por una parte, el artículo 1.616 del CC reconoce a los acreedores el derecho a exigir que el deudor pruebe su inculpabilidad, por lo que resulta indispensable que tales acreedores tomen conocimiento de la solicitud del deudor para que puedan ejercer esta facultad establecida por la ley; por otro lado, el artículo 1.617 del mismo cuerpo legal señala los casos en los que los acreedores pueden oponerse a la cesión, lo que también supone que ellos han tomado conocimiento de la solicitud para poder formular su oposición.

El juez ordenará, dentro de sus facultades, y para permitir la posibilidad de objeción, notificar a los acreedores, siguiendo la regla general de las mismas<sup>37</sup>.

f) Actitudes que pueden adoptar los acreedores. Una vez que han sido notificados, los acreedores pueden:

---

37 Es decir, personal, ya que se trata de terceros ajenos al proceso, pero a quienes puede afectar su resultado, según lo dispone el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

(i) Aceptar la cesión. En este caso, el juez tendrá que dictar una resolución, dando por aprobada la cesión y ordenando que se proceda a la realización de los bienes del deudor.

(ii) Guardar silencio. Si los acreedores nada dicen, el juez tendrá que dictar sentencia definitiva, dando por aprobada la cesión, toda vez que ésta, en principio, es considerada como un derecho del deudor y, por lo mismo, solo puede rechazarse si, solicitada la prueba de la inculpabilidad del deudor, éste no logra acreditarla o, habiéndose deducido oposición en virtud de una causa legal, algún acreedor logra probar dicha causa.

(iii) Oponerse a la cesión. En nuestro concepto, el plazo para oponerse es el que se contempla para el emplazamiento en el juicio ordinario de mayor cuantía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del CPC.

En caso de existir oposición, ésta se tramitaría como incidente<sup>38</sup>, de acuerdo con lo que señala el artículo 82 del mismo cuerpo legal, ya que no tiene asignada una tramitación especial.

Esta oposición se puede fundar en dos causas distintas:

1) Culpabilidad del deudor. Como señalamos, este derecho aparece reconocido en el artículo 1.616 del CC. Si algún acreedor se opone por esta causa, el juez deberá dictar una resolución ordenando al deudor que rinda la prueba correspondiente para acreditar su inculpabilidad, es decir, la carga de la prueba es del deudor; si logra acreditarla, el juez deberá dictar sentencia definitiva aceptando la cesión; en caso contrario, el juez deberá dictar la sentencia definitiva rechazando la cesión, por no haberse dado cumplimiento

---

38 Atendida su especial naturaleza, entendemos que no procede aplicar el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la oposición por legítimo contradictor no puede derivar en un juicio, atendido que no se trata de ejercer una pretensión, sino que ejercer un derecho que, en principio, no puede ser controvertido, salvo en los casos expresamente establecidos por la ley.

a la exigencia legal de que el mal estado de los negocios del deudor se deba a accidentes inevitables, es decir, procede el rechazo por no cumplirse con los requisitos legales que la hacen procedente.

2) Alguna de las causas que establece el artículo 1.617 del CC. En este caso, el juez deberá dictar una resolución en la que ordene al acreedor o acreedores que se opusieron que prueben la existencia de la causa legal que autoriza tal oposición. Si el acreedor o acreedores logran probar la causa legal, el juez deberá dictar una resolución rechazando la cesión de bienes; en caso de que el acreedor o acreedores no logren probar la causa legal, el juez deberá dictar sentencia en la que apruebe la cesión de bienes.

Cabe tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 819 del CPC, el juez apreciará prudencialmente la prueba<sup>39</sup>.

g) Sentencia. Si el juez acepta la cesión, ya sea porque no hubo oposición, porque el deudor logró probar su inculpabilidad o porque los acreedores no pudieron probar la causal del artículo 1.617 del CC que hubieren invocado, procede la venta de los bienes del deudor para pagar a los acreedores. Como se trata de la ejecución de una sentencia, deberá procederse de conformidad con las reglas del denominado cumplimiento incidental, establecido en los artículos 231 y siguientes del CPC, si se cumplen sus requisitos de procedencia; en caso contrario, deberá utilizarse el procedimiento ejecutivo contemplado en el Libro III del Código de Procedimiento Civil.

En caso de que el juez rechace la cesión, ya sea porque el deudor no logró probar su inculpabilidad, o bien porque los acreedores probaron la causal del artículo 1.617 del CC invocada, se extingue la posibilidad que el

---

39 En este sentido, Casarino advierte que, en los asuntos no contenciosos, “la prueba legal cede paso a la prueba moral o de libre convencimiento”. CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, ob. cit., p. 149.

deudor pueda hacer uso de esta modalidad del pago, por lo que recuperará sus bienes y los acreedores podrán hacer uso de los derechos y acciones que les correspondan de conformidad con las reglas generales.

h) La sentencia definitiva es susceptible de los recursos de apelación y casación, de conformidad con las reglas generales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del CPC.

## **VI. MOMENTO EN EL QUE SE PRODUCE LA PÉRDIDA DEL DOMINIO POR PARTE DEL DEUDOR**

A partir de la definición de cesión de bienes que proporciona el artículo 1.614 del CC, pareciera ser que el deudor pierde el dominio de sus bienes al momento de hacer la cesión, toda vez que la referida disposición señala que es el *abandono* voluntario, es decir, la renuncia abdicativa que realiza de su derecho real<sup>40</sup> y, como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.615 del mismo cuerpo legal se trata de un derecho del deudor, podría pensarse que basta la solicitud que el deudor formule al juez para que dicho deudor pierda el dominio de sus bienes.

Sin embargo, una interpretación armónica de las disposiciones del Código Civil nos permite sostener que el deudor perderá el dominio de sus bienes cuando sean enajenados a terceros. Para justificar esta afirmación es posible proporcionar los siguientes argumentos:

---

40 Como explica Pedro Robles, “en el ámbito de la propiedad la renuncia del derecho se materializa en el abandono”. ROBLES, Pedro: “La Renuncia al Derecho de Propiedad”. En: *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 27, 2013, p. 57.

a) La cesión de bienes precisa de una resolución judicial que la acepte. El artículo 1.616 del CC señala que será admitida por el juez con conocimiento de causa, por lo tanto, se entiende que el deudor hace valer la cesión de bienes bajo condición que el tribunal acoja la solicitud, lo cual hará si se cumplen los requisitos establecidos por la ley.

b) Si bien la cesión de bienes es un derecho del deudor, la ley permite que los acreedores se opongan a la misma si se configura alguna de las causales establecidas en el artículo 1.617 del CC o si, cuando alguno de los acreedores exige que el deudor pruebe su inculpabilidad, este no lo logra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.616 del mismo cuerpo legal, lo que permite sostener que el deudor sigue siendo dueño de los bienes, no obstante haber hecho valer judicialmente la cesión.

c) El inciso final del artículo 1.619 del CC establece que *“la cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos”*, lo que está demostrando que, no obstante haber hecho valer la cesión, el deudor sigue siendo dueño de los bienes que han sido objeto de la misma.

d) A la misma conclusión se arriba si se tiene presente lo dispuesto en el artículo 1.620 del CC. En efecto, esta disposición señala que el deudor podrá arrepentirse de la cesión antes de la venta y recobrar los bienes existentes, pagando a sus acreedores, lo que demuestra que aún es el dueño de los mismos, solo que ha sido privado de su administración y disposición.

A partir de lo señalado, entonces, resulta claro que el deudor sigue siendo dueño de los bienes que han sido objeto de la cesión, no obstante haberla hecho valer judicialmente. En ese contexto, cabe preguntarse ¿hasta qué momento el deudor continúa siendo propietario de tales bienes?

La respuesta aparece a partir artículo 1.620 del CC, al señalar que “*podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, (...)*”; en otras palabras, solo una vez perfeccionada la venta de los bienes el deudor ya no puede arrepentirse, lo que no es más que una consecuencia del principio de la fuerza obligatoria del contrato, establecida en el artículo 1.545 del mismo cuerpo legal. Empero, para determinar cuándo el deudor deja de ser propietario, a falta de regla especial, debe aplicarse las reglas generales en materia de transferencia de dominio que, en nuestro país, implica hacer operar uno de los modos de adquirir establecidos en el artículo 588 del mismo código. En este sentido, habiéndose verificado la venta de los bienes cedidos a un tercero, debe proceder la tradición de los mismos, de conformidad con las reglas generales (artículos 684 del CC para los muebles, y 686 del mismo cuerpo legal para los inmuebles) y, al verificarse la tradición, el deudor transferirá su dominio al tercero adquirente<sup>41</sup>.

Este punto tiene importancia para los efectos de determinar a quién corresponden los aumentos, mejoras, pérdidas y deterioros que experimenten los bienes del deudor desde la fecha de la cesión y hasta que se verifica la tradición. En nuestro concepto, la respuesta va a depender de la actitud del deudor; en efecto, si el deudor no se arrepiente de la cesión, los aumentos, mejoras, pérdidas y deterioros corresponderán a los adquirentes de conformidad con las disposiciones de la compraventa, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere haber al depositario, en caso de haberlo, de conformidad con las reglas generales; en cambio, si el deudor se arrepiente, paga lo que debe y deja sin efecto la cesión, él se aprovechará de las mejoras y aumentos, y deberá soportar las pérdidas y deterioros.

---

41 En este sentido, Abeliuk señala que “el dominio del deudor termina en la forma normal de toda ejecución: cuando el bien es sacado a remate y se lo adjudica alguno de los acreedores o un extraño”. ABELIUK, René, ob. cit., pp. 1.143 – 1.144. En la misma línea, ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, ob. cit., p. 376.

## VII. CONCLUSIONES

Conforme se ha examinado, en el Código Civil se contempla, hasta el día de hoy, el pago por cesión de bienes como una de las modalidades del pago. Sin embargo, el procedimiento para que el deudor pueda hacer uso de ella no se encuentra regulado en el dicho cuerpo legal, sino que se encontraba reglamentado en el Código de Procedimiento Civil; con posterioridad fue incorporado a la primera Ley de Quiebras, N° 4.558; luego, a la antigua Ley de Quiebras, N° 18.175 y, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.080, se incorporó al Libro IV del Código de Comercio.

El problema que ha sido objeto de esta investigación surge con la dictación de la Ley N° 20.720, nueva ley concursal, porque, por una parte, no derogó el pago por cesión de bienes del Código Civil, sino que, por el contrario, reconoció expresamente su vigencia, conforme se desprende de su artículo 346 N° 2 y, por otra parte, no solo derogó el Libro IV del Código de Comercio, sino que, a diferencia de sus antecesoras, no contempló un procedimiento para que el deudor pudiese hacer uso de dicha modalidad del pago.

En este contexto, entendemos que el pago por cesión de bienes sigue vigente. Empero, el problema es que la nueva ley concursal no ha establecido un procedimiento para que el deudor pueda hacerlo valer. ¿Cuál es, entonces, el procedimiento aplicable?

Entendemos, por una parte, que, sin perjuicio de tratarse de una institución de naturaleza concursal – lo que hace que no resulten aplicables las reglas sobre abandono de los bienes de la Ley N° 20.416 – al tener reglas propias de procedimiento, algunas de las cuales se encuentran en el Código Civil, el artículo 8 de la Ley N° 20.720 excluye de suyo su aplicación y, por otra, que se requiere la intervención de los tribunales, según se desprende de la reglamentación establecida en el Código Civil. En ese contexto, todo indica que debe tratarse de un procedimiento voluntario o no contencioso, no solo porque no hay contienda entre partes, sino que, además, por cuanto

se trata de un derecho irrenunciable del deudor que, en principio, no puede ser controvertido por sus acreedores y, a mayor abundamiento, la ley exige que el juez resuelva con conocimiento de causa, cuestión propia de los asuntos no contenciosos.

En consecuencia, y en virtud del principio de inexcusabilidad de los tribunales, se hace necesario determinar cuál es el procedimiento aplicable en este caso. Dado que se trata de un procedimiento voluntario o no contencioso que carece de reglamentación especial, debe regirse por las reglas generales en materia de procedimientos no contenciosos, en especial, dado el tenor del artículo 1.615 del CC.

De esta manera, entendemos que el deudor que desee hacer cesión de bienes debe presentar una solicitud al tribunal con competencia en lo civil del domicilio del solicitante, la que debe contener una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios. Dado que el juez debe resolver con conocimiento de causa, deberá examinar los antecedentes proporcionados por el interesado; si considera que son suficientes para suministrar el conocimiento de causa que exige la ley, procederá a nombrar a un depositario, si lo considera necesario, y a citar a los acreedores; en caso contrario ordenará que se rinda información sumaria, previo a citar a los acreedores.

Hecho lo anterior, procede la entrega de los bienes, por parte del deudor. Esa entrega se hará al depositario, de haberlo, o al juez en caso contrario.

La citación a los acreedores deberá ser notificada de conformidad con las reglas generales, los que contarán con el término de emplazamiento del juicio ordinario de mayor cuantía para aceptar la cesión o formular oposición; en caso de guardar silencio, así como si la aceptan, se entiende que el juez debe dictar sentencia dando por aprobada la cesión, debiendo procederse a la realización de los bienes de conformidad con las reglas generales en materia de cumplimiento de las resoluciones judiciales.

En caso de que algún acreedor formule oposición, deberá justificarla en la culpabilidad del deudor o en alguna de las causas que contempla el artículo 1.617 CC. Es importante tener claridad respecto de la causa que justifique la oposición, pues, en el primer caso, corresponde al deudor probar su inculpabilidad, mientras que, en el segundo, corresponde al acreedor que formuló la oposición probar la causa invocada. De acogerse la oposición, se extingue la posibilidad de que el deudor haga uso de esta modalidad del pago, recuperando sus bienes, y pudiendo los acreedores hacer uso de las acciones que les correspondan de conformidad con las reglas generales.

En todo caso, dado que estamos frente a una sentencia definitiva, proceden los recursos de apelación y casación de conformidad con las reglas generales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del CPC.

Finalmente, entendemos que el deudor pierde el dominio de sus bienes cuando estos son enajenados, toda vez que la cesión no transfiere el dominio de los bienes a sus acreedores y, a mayor abundamiento, el artículo 1.620 del CC expresamente establece que el deudor puede arrepentirse de la cesión y recuperar sus bienes pagando a sus acreedores, lo que solo podrá hacer mientras tales bienes no hayan sido vendidos a terceros.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

ABELIUK, René: *Las Obligaciones*. Thomson Reuters, Santiago, 6ª ed., T. II, 2014.

ALESSANDRI, Arturo: *Teoría de las Obligaciones*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1988.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio: *Tratado de las Obligaciones*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 3ª ed., T. II, 2016.

CASARINO, Mario: *Medio Siglo al Servicio del Derecho Procesal*. Edeval, Valparaíso, 1993.

CASARINO, Mario: *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., T. VI, 2005.

CORREA, Jorge: *Curso de Derecho Procesal*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, T. IV, 2006.

DOMÍNGUEZ, Ramón: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Prolibros, Valparaíso, 3ª ed., 2020.

LÓPEZ, Jorge; ELORRIAGA, Fabián: *Los Contratos. Parte General*. Thomson Reuters, Santiago, 6ª ed., 2017.

MEZA, Ramón: *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 10ª ed., 2007.

PFEIFFER, Alfredo: *Procedimientos Especiales y Actos No Contenciosos*. Autoeditor, Santiago, 1998, T. IV.

RAMOS, René: *De las Obligaciones*. Legal Publishing, Santiago, 3ª ed., 2008.

RÍOS, Sebastián: “Modificación y Extinción de Obligaciones de Personas Deudoras en la Ley N° 20.720. Algunas Tensiones con el Derecho Común de las Obligaciones”. En: Gómez de la Torre, M.; Hernández, G.; Lathrop, F.; Tapia, M. (Eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV*. Thomson Reuters, Santiago, 2019.

ROBLES, Pedro: “La Renuncia al Derecho de Propiedad”. En: *Derecho Privado y Constitución*, N° 27, 2013.

## **Legislación**

Código Civil chileno.

Código de Comercio chileno.

Código de Procedimiento Civil chileno.

Ley N° 4.558, sobre Quiebras.

Ley N° 18.175, fija Nuevo Texto de la Ley de Quiebras.

Ley N° 20.080, aclara el sentido de la Ley N° 18.175, de Quiebras, en la forma que indica.

Ley N° 20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.

## **Jurisprudencia**

Corte Suprema, de 14 de abril de 2020, Rol N° 31.636 – 2018.

Corte Suprema, de 17 de diciembre de 2018, Rol N° 8.449 – 2018.

Corte Suprema, de 09 de mayo de 2017, Rol N° 4.656 – 2017.

Corte Suprema, de 13 de mayo de 2021, Rol N° 33.538 – 2019.

Corte Suprema, de 26 de junio de 2019, Rol N° 29.266 – 2018.

Corte Suprema, de 12 de agosto de 2020, Rol N° 5.503 – 2020.

Corte Suprema, de 14 de septiembre de 2020, Rol N° 33.463 – 2019.

Corte Suprema, de 27 de mayo de 2019, Rol N° 16.364 – 2018.

Corte Suprema, de 16 de junio de 2020, Rol N° 59.789 – 2020.

Corte Suprema, de 29 de octubre de 2018, Rol N° 12.662 – 2018.

Corte Suprema, de 03 de enero de 2020, Rol N° 14.311 – 2019.

Corte Suprema, de 19 de octubre de 2021, Rol N° 94.835 – 2020.

Corte de Apelaciones de Valdivia, de 03 de diciembre de 2019, Rol N° 719 – 2019.

Corte de Apelaciones de San Miguel, de 03 de marzo de 2021, Rol N° 2.173 – 2020.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 26 de marzo de 2021, Rol N° 25 – 2021.

Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de noviembre de 2016, Rol N° 10.521 – 2016.

## LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL A AUTORIDADES REGIONALES Y PROVINCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL 80

THE CONSTITUTIONAL ACCUSATION OF REGIONAL AND  
PROVINCIAL AUTHORITIES IN THE CONSTITUTION OF 1980

Eduardo Bofill Chávez<sup>1\*</sup>

**Resumen:** La Constitución de 1980 crea y regula las autoridades que ejercen el gobierno y la administración, tanto en las regiones como en las provincias. A lo largo de su vigencia se verifican tres momentos. Primeramente, la Carta originaria suponía una regulación que contaba con Intendentes y Gobernadores como principales autoridades. Luego este diseño fue reformado en parte por la Ley N° 19.097 que creó al Gobierno Regional. Finalmente, con la Ley N° 20.990 se vislumbran cambios importantes: se eliminan los cargos de Intendente y Gobernador, pasando a existir los Delegados Presidenciales, tanto regionales como provinciales, así como un Gobernador Regional, el cual es elegido popularmente.

Desde el origen de la Carta, los Intendentes y Gobernadores eran acusables constitucionalmente por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. La Ley N° 20.990 reemplazó a estos sujetos pasivos por los Delegados Presidenciales,

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 6 de octubre y aceptado el 1 de diciembre de 2022.

\* Profesor asistente de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Sus estudios de doctorado son financiados por ANID: CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018-21181748. Correo: [ebofill@santotomas.cl](mailto:ebofill@santotomas.cl)

tanto regionales como provinciales. Sin embargo, el constituyente derivado incurrió en una inconsistencia al regular la acusación del Gobernador Regional, que la hace inaplicable.

**Palabras clave:** Acusación Constitucional; Juicio Político; Gobernadores Regionales.

**Abstract:** The 1980 Constitution creates and regulates the authorities that exercise government and administration, both in the regions and in the provinces. Throughout its validity, three moments are verified. Firstly, the original Constitution supposed a regulation that had Mayors and Governors as main authorities. Later this design was reformed in part by Law N°. 19097, which created the Regional Government. Finally, with Law N°. 20990, important changes are glimpsed: the positions of mayor and governor were eliminated, giving rise to Presidential Delegates, both regional and provincial, as well as a Regional Governor, who is popularly elected.

From the origin of the Constitution, the Mayors and Governors could be constitutionally accused of violating the Constitution and for the crimes of treason, sedition, embezzlement of public funds and extortion. Law N°. 20990 replaces these authorities with presidential delegates, both regional and provincial. However, the derived constituent incurs an inconsistency in regulating the accusation of the Regional Governor, which makes it inapplicable.

**Keywords:** Constitutional accusation; Impeachment; Regional Governor.

## I. INTRODUCCIÓN

En un país altamente centralizado como Chile, la regulación sobre el gobierno y administración interior cobran relevancia. En palabras de Paredes, “un proceso de construcción de un Estado relativamente simétrico y que asegure la igualdad de oportunidades a su población no es un ejercicio casual, sino más bien requiere de una profunda reflexión”<sup>2</sup>. Durante toda la vigencia de la Constitución del 80, las unidades en que se divide nuestro territorio han seguido una misma lógica: el territorio nacional se divide en regiones; las regiones se dividen, a su vez en provincias; y estas últimas, en comunas. La estructura de división ‘región-provincia-comuna’ es una constante a lo largo de la vigencia de la actual Carta, que indica “para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas”<sup>3</sup>. Esta investigación busca estudiar las distintas formas en que la Constitución de 1980, desde su origen hasta la actualidad, ha regulado a las autoridades que ejercen el gobierno y la administración, tanto en las regiones como en las provincias. Esto obliga a revisar no solo la Carta originaria, sino sus constantes reformas, para efectos de poder sistematizar los eventuales cambios.

Por otra parte, ciertas autoridades son acusables constitucionalmente, entre ellas, algunas que tienen atribuciones de gobierno o administración, a nivel regional o provincial. La Constitución originaria señalaba a los Intendentes y Gobernadores como sujetos pasivos de acusación constitucional. Luego, la Ley N° 20.990 los reemplazó por los Delegados Presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales, quienes hoy son acusables. Sin embargo, la Carta Fundamental contiene una decisión inconsistente,

2 PAREDES, Felipe: “Constitución, poder y territorio: la forma jurídica del Estado chileno”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan; Viera, Christian (eds.): *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. LOM Ediciones, Santiago, 2015. p. 57.

3 Corresponde al artículo 99 originario, inciso primero, que es el actual artículo 110, inciso primero de la Constitución Política de la República. Este inciso nunca ha sido modificado.

al omitir del listado de autoridades sujetas a acusación constitucional a los Gobernadores Regionales; omitir señalar alguna causal para iniciar su juicio político; pero, al mismo tiempo señalar en forma expresa un quorum para que la Cámara de Diputados declare ha lugar una acusación en contra de ellos y también decretar un quorum para que el Senado los declare culpables, pero ¿culpables de qué? Esta incoherencia ocasiona un problema constitucional de proporciones en la parte orgánica de la Constitución, que se verificaría en caso que en el futuro se desee acusar a un Gobernador Regional, lo que tensionaría la institucionalidad vigente.

## **II. SINOPSIS DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN REGIONAL Y PROVINCIAL**

El gobierno y administración de las regiones y provincias ha sido regulado -desde una óptica constitucional- de forma diversa durante la vigencia de la Constitución de 1980, verificándose cambios en su orgánica. Para efectos de esta investigación sistematizaré tres períodos distintos: el primero, iniciado en dictadura, contenido en la regulación constitucional de la Carta del 80 originaria, es decir, sin reformas. Luego, un segundo momento, que dice relación con las reformas que la Ley N° 19.097 introdujo a la Carta Fundamental. Esto debe complementarse con ciertos cambios de la Ley N° 20.390. Finalmente, un tercer periodo, que es el actual, que se encuentra determinado por la reforma constitucional de la Ley N° 20.990. A continuación, revisaré cada uno de estos.

El primer momento se encuentra circunscrito, lógicamente, a la Constitución originaria. El proyecto político de la dictadura, plasmado en el documento del 80, suponía la figura de un Intendente, quien asumía el gobierno y administración superior de una región. Al respecto, Paredes ha señalado que “la redacción original de la Carta de 1980 solo contemplaba al Intendente como órgano regional, y en consecuencia, le encomendaba tanto las

funciones de gobierno y administración”<sup>4</sup>. Esta autoridad era de exclusiva confianza del Presidente de la República y debía observar sus órdenes e instrucciones. La Carta suponía, además, que el intendente asumía una agencia del Presidente en la región. Así, “el gobierno y la administración superior de cada región residen en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá dichas funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su agente natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción”<sup>5</sup>. Dentro de sus funciones, el intendente debía formular la política de desarrollo regional, de acuerdo a los planes nacionales. Además, supervigilar, coordinar y fiscalizar servicios públicos.

La Carta del 80 también suponía la existencia de un organismo denominado Consejo Regional de desarrollo, que era presidido por el Intendente, y se integraba además por los Gobernadores de las provincias, un representante de cada rama de las Fuerzas Armadas y Carabineros y por miembros designados por organismos públicos y privados. La Constitución mandataba, además, que este Consejo Regional de desarrollo debía tener una representación mayoritaria del sector privado<sup>6</sup>, lo que confundía el carácter público del Estado, enlazándolo con mundo privado y dejándolo en inferioridad a este. La función de este órgano era principalmente asesorar al intendente y buscar el progreso regional<sup>7</sup>.

---

4 PAREDES, Felipe, ob. cit. p. 65.

5 Así señalaba el artículo 100, inciso primero de la Constitución de 1980 en su redacción originaria. Fue modificado posteriormente por la Ley N° 19.097. Cabe indicar que esta norma responde a la numeración original, que no es la actual.

6 El artículo 101, inciso primero, de la Constitución de 1980 en su redacción originaria señalaba: “En cada región habrá un consejo regional de desarrollo, presidido por el intendente e integrado por los gobernadores de las provincias respectivas, por un representante de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros que tengan asiento en la respectiva región, y por miembros designados por los principales organismos públicos y privados que ejerzan actividades en el área territorial de la región. El sector privado tendrá representación mayoritaria en dicho consejo”. Fue modificado posteriormente por la Ley N° 19.097. Cabe indicar que esta norma responde a la numeración original, que no es la actual.

7 De acuerdo al artículo 102, inciso primero, de la Constitución de 1980 en su redacción originaria “El consejo regional tiene por objeto asesorar al intendente y contribuir a hacer efectiva la participación de la comunidad en el progreso económico, social y cultural

Por otra parte, tanto el gobierno como la administración superior de las provincias quedaba en manos de un Gobernador, autoridad que se encontraba subordinada al intendente. Este cargo también era de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien lo nombrara y podía remover cuando esta confianza se perdiese. Dentro de sus funciones, el Gobernador debía observar las instrucciones del intendente en cuanto a supervigilar los servicios públicos de la provincia respectiva. Como se aprecia, existía una plena subordinación hacia la figura del intendente, lo que cambiará en la segunda etapa.

El segundo periodo comienza en democracia y como dije, se encuentra determinado por las modificaciones constitucionales que hizo la Ley N° 19.097, promulgada el 11 de noviembre de 1991 y publicada el 12 de noviembre del mismo año. Esta ley de reforma constitucional se originó mediante mensaje del entonces presidente Patricio Aylwin y cambió en algunos aspectos la regulación original del gobierno y la administración, tanto regional como provincial. Además, es recordada por haber puesto fin a los alcaldes designados que suponía la Constitución del 80<sup>8</sup>. Cabe señalar que el ordenamiento constitucional en estas materias, tras los cambios de la Ley N° 19.097, se mantuvo vigente casi en forma íntegra por más de 25 años, a excepción de leves cambios introducidos por la reforma de la Ley N° 20.390.

La Ley N° 19.097 mantuvo la figura del Intendente, el cual era nombrado por el Presidente de la República y siguió siendo de su exclusiva confianza. Sin embargo, el Intendente dejó de ser un agente, pasando a ser un representante natural e inmediato del Presidente en el territorio regional. Por otra parte, solo asumió en forma directa el gobierno de la región, pero

---

de la región”. Fue modificado posteriormente por la Ley N° 19.097.

8 En este sentido, la Constitución de 1980 en su redacción originaria señalaba en el artículo 108, incisos primero y segundo lo siguiente: “El alcalde será designado por el consejo regional de desarrollo respectivo a propuesta en terna del consejo comunal. El intendente tendrá la facultad de vetar dicha terna por una sola vez. Sin embargo, corresponderá al Presidente de la República la designación del alcalde en aquellas comunas que la ley determine, atendida su población o ubicación geográfica”. Esta norma fue modificada posteriormente por la Ley N° 19.097.

no la administración superior. Paredes indicó que “el gobierno de la región corresponde al Intendente, quien es un órgano unipersonal desconcentrado territorialmente del Presidente de la República, y que además posee la calidad de funcionario de su exclusiva confianza, es decir, es nombrado y removido por éste a su entera discreción”<sup>9</sup>. Esta reforma creó un órgano denominado Gobierno Regional, al cual encargó la administración superior de cada región. Así: “la administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”<sup>10</sup>. De esta manera, se le sustrajo al cargo de Intendente la atribución de administrar directamente la región y se le entregó al Gobierno Regional. Sin embargo, la influencia del Intendente en materias administrativas continuó ya que formaba parte del Gobierno Regional, junto con otro órgano, denominado Consejo Regional, el cual era presidido por el propio Intendente. Así la Carta fundamental indicaba que “el intendente presidirá el consejo regional y le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región”<sup>11</sup>. Cabe destacar que con la reforma de la Ley N° 20.390, promulgada el 16 de octubre de 2009 y publicada el 28 de octubre de 2009, el Intendente dejó de presidir el Consejo Regional, pasando el propio Consejo a elegir, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio un presidente. En tal sentido, “el consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros. El presidente del consejo durará cuatro años en su cargo y cesará en él en caso de incurrir en alguna de las causales señaladas en el inciso tercero, por remoción acordada por los dos tercios de los consejeros regionales en ejercicio o por renuncia

---

9 PAREDES, Felipe, ob. cit. p. 65.

10 Así lo indicaba el artículo 100, inciso segundo de la Constitución Política de la República, que posteriormente pasó a ser el artículo 111, inciso segundo. Fue modificado posteriormente por la Ley N° 20.990.

11 Así indicaba el antiguo artículo 101, inciso primero de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 112 inciso primero. Esta norma fue modificada por la Ley N° 20.390 y posteriormente derogada por la Ley N° 20.990.

aprobada por la mayoría de éstos”<sup>12</sup>. La posibilidad de elegir al presidente permitía una mayor democracia interna al interior del órgano. Vivanco ha dicho que “hasta antes de la reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional introducida por la ley 20.390, era presidido por el intendente. Hoy día, (...) el propio consejo, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros”<sup>13</sup>.

Cabe indicar que el Gobierno Regional contaba con personalidad jurídica y patrimonio propio. Paredes indica, en este sentido que “esta estructura bicéfala fue creada recién por la reforma constitucional de 1991”<sup>14</sup>, agregando que “la administración de la región corresponde al Gobierno Regional (GORE), que es un órgano complejo, integrado por el mismo Intendente y por el Consejo Regional (CORE), un órgano colegiado electo popularmente”<sup>15</sup>. Sobre lo último que señalara Paredes, cabe indicar que en un inicio los miembros del Consejo Regionales eran designados por los concejales, pero esto fue reformado por la Ley N° 20.390. De esta forma, los consejeros regionales pasaron a ser elegidos democráticamente. En tal sentido, la Carta indicó que “el consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos. La misma ley establecerá la organización del consejo regional, determinará el número de consejeros que lo integrarán y su forma de reemplazo, cuidando siempre que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados”<sup>16</sup>.

---

12 Así indicaba el artículo 113, inciso quinto de la Constitución Política de la República. Este inciso fue suprimido por la Ley N° 20.990.

13 VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo III*. Ediciones UC, Santiago, 2014. p. 484.

14 PAREDES, Felipe, ob. cit. p. 65.

15 *Ídem*.

16 Esta norma correspondía al artículo 113, inciso segundo de la Constitución Política de la República. Posteriormente fue modificado por la Ley N° 21.238.

Cabe destacar -para efectos sistemáticos- que el Consejo Regional de desarrollo, tal y como estaba regulado en la Carta originaria, dejó de tener existencia en este segundo periodo. Cea es de la idea que el continuador de esta institución es el Consejo Regional, indicando que este “reemplazó a los consejos de desarrollo regional, eliminados por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.097 de 1991”<sup>17</sup>, sin embargo cabe retrucar a Cea la función del Consejo Regional de desarrollo originario decía principalmente relación con prestar asesoría al intendente y contribuir a hacer efectiva la participación de la comunidad en el progreso económico, social y cultural de la región; en cambio el Consejo Regional desde la reforma del año 1991 busca hacer efectiva la participación de la ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica le encargue, sin que la Carta hable en forma expresa de una asesoría al intendente o de buscar el progreso económico, social o cultural. A pesar de lo anterior, Vivanco señala que “el consejo regional es la entidad encargada de administrar los intereses de la región y tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de esta”<sup>18</sup>, volviendo a usar la nomenclatura que la Carta original usaba para el extinto Consejo Regional de desarrollo. Esto parece una imprecisión, ya que al menos desde la reforma de la Ley N° 19.097, es el Gobierno Regional y no el Consejo Regional, el órgano que tiene por objeto el desarrollo social, cultural y económico. Así, la Constitución señalaba que “la administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”<sup>19</sup> Ahora bien, no se puede perder de vista que el Consejo Regional formaba parte del Gobierno Regional, lo que podría explicar -en parte- los dichos de Vivanco.

17 CEA, José: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo IV*. Ediciones UC, Santiago, 2016. p. 198.

18 VIVANCO, Ángela, ob. cit. p. 484.

19 Así indicaba el antiguo artículo 100, inciso segundo de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 111 inciso segundo. Esta norma fue reformada por la Ley N° 20.990.

Por otra parte, el gobierno y administración provincial también fueron reformados. Se mantuvo la figura del Gobernador. Sin embargo, la subordinación total inicial del Gobernador respecto del Intendente fue modificada por la Ley N° 19.097, dando paso al fenómeno de la desconcentración. En este sentido, la Carta fundamental indicó que “en cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. Estará a cargo de un gobernador (...)”<sup>20</sup>. Contreras y Lovera señalan que “la desconcentración se caracteriza por la radicación de potestades administrativas desde el poder central a otro órgano -el desconcentrado-, cuyo ejercicio se radica en él. El órgano desconcentrado, de este modo, aun cuando permanece bajo la subordinación del gobierno central, asume permanentemente el ejercicio de esas potestades. Si bien importa la apertura de un ámbito de autonomía para el ejercicio de esas funciones, puesto que no se encuentra en relación dependiente, se trata de potestades que se enmarca dentro de una misma personalidad jurídica y para cuyo ejercicio carecen de patrimonio propio, lo que denota su limitación”<sup>21</sup>. Por otra parte, si bien no se indica que es un cargo de exclusiva confianza, la reforma constitucional del año 1991 plasmó que el Gobernador era nombrado y removido en forma libre por el Presidente de la República<sup>22</sup>.

Ahora bien, la Carta originaria entregaba al Gobernador el gobierno y la administración superior de cada provincia, lo que fue eliminado por la reforma de la Ley N° 19.097. En palabras de Paredes, “con esta exigua configuración constitucional, desde luego, no queda nada claro cuáles son las funciones que dicho órgano ejerce, lo que solo es posible de colegir de la lectura de la LOCGAR”<sup>23</sup>, concluyendo que “se puede afirmar que el Gobernador ejerce

---

20 Así indicaba el antiguo artículo 105, inciso primero de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 116. Esta norma fue reformada por la Ley N° 20.990.

21 CONTRERAS, Pablo y LOVERA, Domingo: *La Constitución de Chile*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. p. 242.

22 Así lo indicaba el antiguo artículo 105, inciso primero de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 116. Esta norma fue reformada por la Ley N° 20.990.

23 PAREDES, Felipe, ob. cit. p. 71.

tanto el gobierno como la administración de la provincia”<sup>24</sup>. Conuerdo con Paredes en el sentido que la carta configuraba de forma muy escueta a los Gobernadores en este periodo.

La reforma constitucional de la Ley N° 19.097 creó un nuevo órgano provincial, de carácter consultivo, denominado Consejo Económico y Social Provincial. La Constitución se limitó, en forma escueta, a indicar que cada provincia debía contar con uno y dejaba en manos de una ley orgánica constitucional su composición, atribuciones y funcionamiento. Así, la Carta fundamental señalaba que “en cada provincia existirá un consejo económico y social provincial de carácter consultivo. La ley orgánica constitucional respectiva determinará su composición, forma de designación de sus integrantes, atribuciones y funcionamiento”<sup>25</sup>. Paredes dijo en forma crítica que el Consejo Económico y Social Provincial es “un órgano consultivo y de participación de la comunidad provincial socialmente organizada”<sup>26</sup>, agregando que “carece de atribuciones jurídicamente vinculantes, y que por tanto, en futuras reformas debería ser drásticamente reformulado o, lisa y llanamente, ser suprimido”<sup>27</sup>. Sobre esto último, cabe indicar que este Consejo fue derogado por la Ley N° 20.390.

El tercer momento, para efectos de esta sistematización, se inicia con las reformas que la Ley N° 20.990 introdujo a la Carta Fundamental. Esta reforma constitucional fue promulgada el 29 de diciembre de 2016 y publicada el 5 de enero de 2017. Sus cambios fueron sustanciales, ya que eliminó las figuras del Intendente y Gobernador. La administración superior de la región se mantiene en el Gobierno Regional, el cual continúa con su función de velar por el desarrollo social, cultural y económico de la región. Así, la Constitución vigente indica que “la administración superior de cada

---

24 *Ídem.*

25 Corresponde al antiguo artículo 105, inciso tercero de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 116, inciso tercero. Esta norma fue derogada por la Ley N° 20.390.

26 PAREDES, Felipe, ob. cit. p. 71.

27 *Ídem.*

región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”<sup>28</sup>. Este órgano también mantiene su descentralización, ya que tiene personalidad jurídica y patrimonio propios. Sin embargo, la composición del Gobierno Regional cambia, puesto que actualmente se constituye por un Gobernador Regional y el Consejo Regional<sup>29</sup>. Así, una nueva figura, denominada Gobernador Regional toma el lugar que tenía el Intendente en el Gobierno Regional en el periodo previo.

Como dije, luego de la reforma de la Ley N° 20.390, la presidencia del Consejo Regional era elegida entre sus propios integrantes. Pues bien, la reforma de la Ley N° 20.990 rompe con la idea de una elección interna, definiendo que será el Gobernador Regional el que presidirá este Consejo. Así, la Carta indica que “el gobernador regional será el órgano ejecutivo del gobierno regional, correspondiéndole presidir el consejo (...)”<sup>30</sup>. Esta decisión constitucional recuerda a la que tomó en su momento la reforma de la Ley N° 19.097, que -en su momento- encargó al Intendente la presidencia del Consejo Regional.

Como se aprecia, la figura del Gobernador Regional recuerda bastante a la del antiguo Intendente. En este sentido, cabe indicar que la función de coordinar, supervigilar o fiscalizar de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional queda ahora a manos del Gobernador Regional. Sin embargo, uno de los grandes cambios de este periodo dice relación con que el Gobernador Regional pasa a ser elegido por votación popular y directa. Previamente, el Intendente era designado por el Presidente de la República, siendo un cargo de su exclusiva confianza.

---

28 Actual artículo 111, inciso primero de la Constitución Política de la República.

29 El actual artículo 111, inciso segundo de la Constitución Política de la República indica que “El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio”.

30 Actual artículo 111, inciso tercero de la Constitución Política de la República.

El Consejo Regional mantiene su función de hacer efectiva la participación ciudadana regional, sin embargo, suma nuevas atribuciones. Entre las más relevantes, se encuentra la posibilidad de fiscalizar actos del gobierno regional, pudiendo adoptar acuerdos o sugerir observaciones al Gobernador Regional, con el voto de un tercio de los consejeros presentes. En este caso, el Gobernador Regional se encuentra obligado a responder dentro de treinta días<sup>31</sup>. Así mismo, cualquier consejero regional puede requerir información del Gobernador Regional o Delegado Presidencial, quienes deben dar respuesta fundada<sup>32</sup>. Estas facultades de fiscalización tienen una cierta similitud con la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, contenida en el artículo 52 N° 1 letra A de la Carta Fundamental. Por otra parte, mantiene la función de aprobar el presupuesto regional, atribución que tiene desde la reforma de la Ley N° 20.390.

Por otra parte, se crea una nueva autoridad, denominada como Delegado Presidencial Regional, quien es -al igual que antes lo era el Intendente- el representante natural e inmediato del Presidente de la República en la región respectiva. En esta lógica, debe cumplir las órdenes e instrucciones del Presidente, quien además lo nombra y puede removerlo en forma libre. Así, la Constitución señala que “En cada región existirá una delegación presidencial regional, a cargo de un delegado presidencial regional, el que ejercerá las funciones y atribuciones del Presidente de la República en la región, en conformidad a la ley. El delegado presidencial regional será el representante natural e inmediato, en el territorio de su jurisdicción, del Presidente de la República y será nombrado y removido libremente por él. El delegado presidencial regional ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República<sup>33</sup>”. Dentro de sus funciones, se encuentra la “coordinación, supervigilancia o

---

31 Esto se regula en el artículo 113, inciso tercero de la Constitución Política de la República.

32 Esto se regula en el artículo 113, inciso quinto de la Constitución Política de la República.

33 Actual artículo 115 bis, inciso primero de la Constitución Política de la República.

fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región que dependan o se relacionen con el Presidente de la República a través de un Ministerio”<sup>34</sup>.

Respecto al gobierno y administración provincial, la nueva regulación de la Carta fundamental supone la existencia de un Delegado Presidencial Provincial por cada provincia, quien es nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. La Constitución indica que “En cada provincia existirá una delegación presidencial provincial, que será un órgano territorialmente desconcentrado del delegado presidencial regional, y estará a cargo de un delegado presidencial provincial, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. En la provincia asiento de la capital regional, el delegado presidencial regional ejercerá las funciones y atribuciones del delegado presidencial provincial”<sup>35</sup>. Esta autoridad provincial debe ejercer, observando las instrucciones del Delegado Presidencial Regional la supervigilancia de los servicios públicos que existan en su provincia respectiva<sup>36</sup>.

Cabe indicar que la Ley N° 21.238, promulgada el 3 de julio 2020 y publicada el 8 de julio del mismo año modificó la Carta Fundamental, limitando la reelección de ciertas autoridades. Para los efectos de esta investigación es importante destacar que actualmente los consejeros regionales pueden ser reelegidos hasta dos por periodos, pudiendo entonces completar un máximo de tres. Esto quedó plasmado en el artículo 113, inciso segundo, que actualmente reza: “el consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva. Durarán cuatro años en sus cargos y podrán ser reelegidos sucesivamente en el cargo hasta por dos períodos.

---

34 Actual artículo 115 bis, inciso segundo de la Constitución Política de la República.

35 Actual artículo 116, inciso primero de la Constitución Política de la República.

36 El actual artículo 116, inciso primero de la Constitución Política de la República indica: “Corresponde al delegado presidencial provincial ejercer, de acuerdo a las instrucciones del delegado presidencial regional, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el delegado presidencial regional y las demás que le corresponden”.

(...)»<sup>37</sup>. Con esta última reforma agregó a la Carta fundamental el artículo 125 bis, que regula la forma de contabilizar un periodo para el límite de reelecciones para los Gobernadores Regionales y consejeros regionales -entre otras autoridades-. Así, “para determinar el límite a la reelección que se aplica a los gobernadores regionales, consejeros regionales, alcaldes y concejales, se considerará que han ejercido su cargo durante un período cuando hayan cumplido más de la mitad de su mandato”<sup>38</sup>.

### III. LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

El artículo 52 de la Carta Fundamental regula las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados. Una de ellas es la acusación constitucional, regulada en el numeral segundo de dicha norma. En palabras de García y Contreras, corresponde a la “atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, con la cual se inicia el procedimiento que tiene por objeto hacer responsable jurídica y políticamente a autoridades o altos funcionarios del estado, por actos propios del cargo que desempeñan, en razón de los ilícitos establecidos taxativamente en la Constitución”<sup>39</sup>, agregando que es “la etapa inicial de lo que se ha denominado juicio político que, en conjunto, efectúan las cámaras del Congreso Nacional”<sup>40</sup>. Por otra parte, Vivanco indica que “en estricto rigor, es erróneo hacer sinónimos los conceptos de ‘acusación constitucional’ y ‘juicio político’. Todo dependerá de la forma de gobierno en que se pretenda hacer efectiva dicha responsabilidad”<sup>41</sup>. Contreras y Lovera señalan que la acusación constitucional “importa el establecimiento de un instituto orientado a cuidar la confianza político-constitucional en las autoridades susceptibles de acusación, atendida la especial relevancia de las funciones

37 Actual artículo 113, inciso segundo, parte inicial, de la Constitución Política de la República.

38 Actual artículo 125 bis de la Constitución Política de la República. Fue introducido por la Ley N° 21.238.

39 GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo: *Diccionario Constitucional Chileno*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2014. p. 68.

40 *Ibid.* p. 68.

41 VIVANCO, Ángela, ob. cit. p. 159.

que desempeñan y de las atribuciones con que están revestidas”<sup>42</sup>. Me parece relevante lo señalado por Contreras y Lovera, en el sentido que el sustento de la institución está en el quiebre de la confianza que se depositó en una determinada autoridad.

Esta institución tiene antecedentes dentro de la historia constitucional chilena, que analizaré a continuación en forma breve. La Constitución de 1828 contemplaba que la Cámara de Diputados conociera de acusaciones en contra de ciertas autoridades. Así, “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 2º Conocer a petición de parte, o proposición de alguno de sus miembros, sobre las acusaciones contra el Presidente y Vice-presidente de la República, Ministros, miembros de ambas Cámaras y de la Corte Suprema de justicia, por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales; declarar si hay lugar a la formación de causa, y en caso de haberlo, formalizar la acusación ante el Senado”<sup>43</sup>. Acto seguido, el Senado juzgaba al acusado: “es atribución exclusiva del Senado: Abrir juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, y pronunciar sentencia con la concurrencia, a lo menos, de las dos terceras partes de votos”<sup>44</sup>.

Para los efectos de esta investigación resulta importante el antecedente contenido en la Constitución de 1833, que permitía acusar a ciertos funcionarios, entre estos, a los Intendentes de provincias. Esta Carta también contaba con un Congreso bicameral, y señalaba como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados la acusación. Así, se señalaba que “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: (...) 2ª Acusar ante el Senado, cuando hallare por conveniente hacer efectiva la responsabilidad de los siguientes funcionarios: (...) A los Intendentes de las provincias por los crímenes de traición, sedición, infracción de la Constitución, malversación de los fondos

---

42 CONTRERAS, Pablo y LOVERA, Domingo: *La Constitución de Chile*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. p. 181.

43 Artículo 47 de la Constitución Política de la República de 1828.

44 Artículo 48 de la Constitución Política de la República de 1828.

públicos i concusión<sup>45</sup>. Luego, el Senado tenía como atribución “juzgar a los funcionarios que acusare la Cámara de Diputados”<sup>46</sup>. Si bien Vivanco indica que “en Chile, la acusación constitucional, o el mal llamado juicio político, fue establecida por la Constitución de 1833”<sup>47</sup>, estimo que no puede desconocerse el antecedente de la Carta de 1828.

Ahora bien, la Constitución del 25 también contenía la acusación constitucional. La Cámara de Diputados declaraba si ha lugar o no a las acusaciones que se formulen en contra de ciertos funcionarios, entre ellos, Intendentes y Gobernadores. Así, “son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 1ª Declarar si han o no lugar las acusaciones que diez, a lo menos, de sus miembros formularen en contra de los siguientes funcionarios: (...) e) De los Intendentes y Gobernadores, por los delitos de traición, sedición, infracción de la Constitución, malversación de fondos públicos o concusión. (...)”<sup>48</sup>. Como se aprecia, la Carta de 1925 mantuvo las causales para acusar a estas autoridades del gobierno interior que ya se planteaban en la Constitución de 1833. En caso de declararse ha lugar la acusación, el juicio político lo resolvía el Senado y en caso de acogerse la acusación, el acusado quedaba destituido del cargo<sup>49</sup>.

La Constitución del 80 también contempló, desde su origen, la acusación constitucional. La regulación constitucional se ha mantenido estable durante la vigencia de la Carta, siendo solamente reformada -en aspectos pequeños- por las Leyes N° 20.390 y N° 20.990, según explicaré. El procedimiento tiene a muy grandes rasgos dos momentos. El primero, se da en la Cámara de Diputados y consta de la formulación de la acusación, que se realiza por un grupo de no menos de 10, ni más de 20 diputados, ante la misma Cámara, en contra de alguna autoridad que pueda ser sujeto pasivo de una acusación, según la propia Carta Fundamental<sup>50</sup>. Luego, la Cámara de Diputados de-

---

45 Artículo 38 N° 2 de la Constitución Política de la República de 1833.

46 Artículo 39 N° 2 de la Constitución Política de la República de 1833.

47 VIVANCO, Ángela, ob. cit. p. 159.

48 Artículo 39 N° 1, letra E de la Constitución Política de la República de 1925.

49 De acuerdo al artículo 42 de la Constitución Política de la República de 1925.

50 Este requisito se encuentra en el artículo 52 N° 2, inciso primero, de la Constitución Política de la República.

berá declarar si ha lugar, o no, la acusación formulada de acuerdo a ciertos quórum establecidos expresamente en la Constitución. La segunda etapa se verifica en el Senado y es eventual, puesto que solo ocurre en caso de que la Cámara de Diputados declare ha lugar. De ser así, el Senado conocerá la acusación y declarará si la autoridad acusada es culpable, o no.

La acusación no puede ser formulada en contra de cualquier persona ni autoridad. La propia Carta Fundamental es la encargada de señalar cuáles son las autoridades que son sujetos pasivos de la acusación constitucional. En la redacción originaria, encontrábamos: (a) al Presidente de la República; (b) a los ministros de estado; (c) a los magistrados de tribunales superiores de justicia y al contralor de la República; (d) a generales o almirantes de Fuerzas de Defensa nacional; y, (e) a los Intendentes y Gobernadores. La Constitución señala, para cada una de estas autoridades, ciertas causales que, en caso de verificarse, hacen posible la acusación. Por ejemplo, la Constitución del 80 indicaba, que los Intendentes y Gobernadores eran acusables constitucionalmente “por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión”<sup>51</sup>. Nuevamente, vemos cómo se recogió la tradición constitucional que viene desde 1833, ya que las causales son las mismas, mejorando simplemente su redacción en el sentido de que la infracción a la Carta no es un delito.

La doctrina es conteste en que este listado es taxativo, en el sentido que solo se puede acusar a las autoridades contenidas en dicho listado. Acto seguido, las causales para acusar, también forman parte de un listado que no puede ser traspasado. En palabras de Cea, las causales de acusación constitucional “las establece el artículo 52° N° 2, a través de un catálogo cerrado, de modo que es contrario a la letra y espíritu de la Constitución extenderlo a órganos de jerarquía constitucional no incluidas en ella”<sup>52</sup>. A una misma

---

51           Corresponde al antiguo artículo 48, N° 2, letra E de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 52, N° 2, letra E. Esta norma fue modificada por la Ley N° 20.390 y posteriormente por la Ley N° 20.990.

52           CEA, José: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III*. Ediciones UC, Santiago, 2013. p. 336.

conclusión arriba Vivanco, al indicar que “la enumeración es taxativa, es decir, no se puede acusar a ningún otro funcionario que no esté comprendido en la enumeración”<sup>53</sup>, agregando que “no son causales comunes aplicables a cualquiera de las autoridades susceptibles de ser acusables, sino que a cada sujeto pasivo corresponden ciertas causales y solo esas”<sup>54</sup>.

Entonces, para los efectos de esta investigación resultaba claro -bajo la redacción originalista-, que Intendentes y Gobernadores eran acusables, solo por (a) haber infringido la Constitución; o bien, (b) por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. Esta afirmación debe ser complementada en un sentido temporal, ya que la acusación de estos cargos solo fue posible desde que el Congreso volvió a sesionar, esto es, con la vuelta a la democracia. En este sentido, fue el propio Tribunal Constitucional quien se pronunció respecto a la acusación constitucional, en la Sentencia rol 91-89, a propósito de la posibilidad que tenía el Congreso de juzgar actos previos a su integración del 11 de marzo de 1990. En otras palabras, el TC decidió sobre la posibilidad de acusar actos cometidos por autoridades de la dictadura. Y, el Tribunal Constitucional definió que ello no era posible. En este sentido, se dijo que “si se permitiera que la Cámara de Diputados y el Senado pasaren a conocer y juzgar actos realizados con anterioridad a la indicada fecha, se estaría vulnerando el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política”<sup>55</sup>, agregando que ello importaría la existencia de una comisión especial. Sobre esto, estoy en desacuerdo con lo señalado en el fallo, ya que la Carta desde su inicio (en 1980) señalaba cuáles eran las autoridades acusables y las causales respectivas. Como todo estaba bien establecido, sostengo que mal podría decirse que una eventual acusación constitucional importaría la existencia de una comisión especial. Agregó el Tribunal Constitucional que “si se dedujere un juicio político por actuaciones anteriores al 11 de marzo de 1990 se estaría generando una discriminación o desigualdad entre las personas que pueden ser objeto de acusación”<sup>56</sup>, la que tendría origen en que algunas autoridades no podrían ser destituidas por

53 VIVANCO, Ángela, ob. cit. p. 161.

54 VIVANCO, Ángela, ob. cit. p. 164.

55 STC Rol N° 91-89, de 18 de enero de 1990, considerando 30°.

56 STC Rol N° 91-89, de 18 de enero de 1990, considerando 30°.

el hecho del cambio de gobierno. Nuevamente estamos ante un argumento vacío, ya que la acusación no siempre busca la destitución: a modo de ejemplo, desde la redacción originaria, el presidente puede ser acusado en los seis meses posteriores al fin de su mandato.

Con todo, el Tribunal Constitucional concluye que “la jurisdicción de la Cámara de Diputados y el Senado en materia de juicio político existe exclusivamente con respecto a hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en funcionamiento”<sup>57</sup>. Es decir, solo se puede acusar constitucionalmente por hechos que ocurrieron desde el 11 de marzo de 1990. Sobre esto, dos cosas. La primera, que lógicamente antes de esa fecha no se podía acusar ya que no había diputados que pudiesen formular dicha acusación, ni senadores que declarasen la culpabilidad: no había Congreso en dictadura. La segunda, que el fallo del Tribunal Constitucional contiene -en este apartado- una argumentación muy básica que impidió el juicio político a ciertas autoridades de la dictadura.

Ahora bien, cabe indicar que desde que el Congreso volvió a sesionar, se ha formulado acusación en contra de tres intendentes<sup>58</sup> y dos gobernadores<sup>59</sup>. Ninguna de estas prosperó.

Previamente dije que la regulación de la acusación constitucional se ha mantenido casi intacta, sufriendo pocos cambios. En efecto, solo dos reformas constitucionales han revisado la redacción original de esta institución. La primera fue la Ley N° 20.390, que reemplazó el artículo 52 N° 2, letra E de

57 STC Rol N° 91-89, de 18 de enero de 1990, considerando 32°.

58 En 2002 se formuló acusación en contra de Marcelo Trivelli, entonces Intendente de la Región Metropolitana, que se declaró no ha lugar. En 2010 se formuló acusación en contra de Ximena Matas, Intendente de la Región de Atacama, siendo acogida una cuestión previa. En 2020 se formuló acusación en contra de Felipe Guevara, entonces Intendente de la Región Metropolitana. La Cámara de Diputados declaró ha lugar esta acusación, pero el Senado la rechazó.

59 En 2003 se formuló acusación en contra de Iván de la Maza, entonces Gobernador de la Provincia de Valparaíso, que se declaró no ha lugar la acusación. En 2010 se formuló acusación en contra de Nicolás Noman, Gobernador de la Provincia de Copiapó, siendo acogida una cuestión previa.

la Carta Fundamental, con el fin de agregar como sujeto pasivo de acusación constitucional a la autoridad que ejerza el Gobierno en territorios especiales. De esta forma, la norma quedó como sigue: “e) De los intendentes, gobernadores y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales a que se refiere el artículo 126 bis, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión”<sup>60</sup>. Los territorios especiales habían sido agregados a la Carta mediante la Ley N° 20.193, promulgada el 27 de junio de 2007 y publicada el 30 de julio del mismo año, y corresponden al archipiélago Juan Fernández y a la Isla de Pascua<sup>61</sup>. Su gobierno y administración supone un estatuto especial. En tal sentido, quienes ejercen gobierno en estos territorios, pasaron a ser acusables constitucionalmente. Cabe indicar que hasta la fecha, nunca se ha formulado una acusación en contra de alguna de estas autoridades.

La Ley N° 20.990 también reformó al artículo 52 N° 2, letra E, de la Constitución Política de la República, quitando a los intendentes y gobernadores del listado de sujetos pasivos susceptibles de ser acusados constitucionalmente, y los reemplazó por los delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales<sup>62</sup>. Como dije antes, esta reforma constitucional hizo que los cargos de Intendente y Gobernador -circunscrito a la provincia- dejen de existir, por lo que era lógico que se hiciera cargo de actualizar el listado de sujetos pasivos de acusación constitucional. En tal sentido, el constituyente derivado tomó una decisión e hizo acusable a los delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales, -ambos cargos designados por el Presidente de la República- por

60 Corresponde al artículo 52, N° 2, letra E de la Constitución Política de la República. Esta norma fue modificada por la Ley N° 20.990.

61 El artículo 126 bis, inciso primero de la Constitución Política de la República, señala que “Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas”.

62 LEY N° 20.990, artículo único.- “Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República: (...)”

2) Introdúcense en el número 2) del artículo 52, las siguientes enmiendas:

a) Reemplázase, en el literal e) de su párrafo primero la expresión “intendentes, gobernadores” por “delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales”.

las causales de infracción a la Constitución, o bien, por delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. Cabe indicar que no se vislumbran problemas jurídicos respecto a la acusación de delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales.

Por otra parte, hasta la fecha no se ha intentado formular acusación alguna en contra de estos cargos, lo que puede explicarse por el poco tiempo que han existido en nuestra historia republicana. Así, los primeros delegados presidenciales regionales, y también provinciales, fueron nombrados bajo el gobierno del entonces presidente Sebastián Piñera y asumieron el 14 de julio de 2021.

Hasta lo estudiado, se podría inferir que el espíritu de la reforma prevista por la Ley N° 20.990, era precisamente restar a los actuales Gobernadores Regionales de la institución de la acusación constitucional, de modo que derechamente no sean acusables. Esto se refuerza por el carácter taxativo del listado, en el cual no fueron incluidos. Se podría pensar, a priori, que hubo una decisión en este sentido por parte del constituyente derivado. Esto puede relacionarse con lo que planteara Schmitt, quien decía que “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente”<sup>63</sup>. Sin embargo, esta hipótesis no es para nada pacífica, ya que el propio artículo 52 de la Carta, que no incorpora a los Gobernadores Regionales dentro del listado de autoridades acusables y tampoco señala causales para acusarlos, sí indica un quorum para que sean acusados.

Sobre lo último, el constituyente se muestra errático, ya que en el artículo 52, inciso penúltimo de la Constitución, indica un quorum especial -correspondiente a la mayoría de los diputados en ejercicio- para declarar ha lugar una acusación en contra un Gobernador Regional. De esta forma, la Carta señala que “para declarar que ha lugar la acusación en contra del Presidente de la República o de un gobernador regional se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio”<sup>64</sup>. Este quorum es requerido para

---

63 SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 2019. p. 60.  
64 Actual artículo 52, inciso penúltimo, de la Constitución Política de la República.

la segunda etapa de una acusación constitucional -como se dijo, a cargo de la Cámara de Diputados-. Lo complejo de este problema, es que la Ley N° 20.990 agregó a los Gobernadores Regionales al quorum reforzado, que desde la Carta originaria solo se contemplaba para declarar ha lugar una acusación constitucional en contra del Presidente de la República. Antes de la reforma, la Constitución señalaba que “para declarar que ha lugar la acusación en contra del Presidente de la República se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio”<sup>65</sup>. De hecho, la técnica legislativa usada por la Ley N° 20.990 fue agregar la frase ‘o de un gobernador regional’, luego de la expresión ‘Presidente de la República’<sup>66</sup>. Al haberse usado el verbo rector agregar, se podría indicar que el constituyente derivado sí quiso añadir la posibilidad de acusar constitucionalmente a los actuales Gobernadores Regionales. Entonces estaríamos ante decisiones incompatibles, lo que impide, a mi juicio, poder hablar de una decisión política ya sea en el sentido de atribuir una intención u otra. Tomando en cuenta esto, cabe indicar que esta reforma constitucional no guarda una coherencia interna, ni es clara respecto a la acusación constitucional de esta autoridad. La obscuridad que comento ocasiona que no exista certeza jurídica respecto a la posibilidad cierta de acusar constitucionalmente a un Gobernador Regional, ya que la Carta fundamental contempla un quorum especial para declararla ha lugar, que como dije equivale a la mayoría de los diputados en ejercicio. Sin embargo, la Constitución no señala en ninguna de las letras del artículo 52 N° 2, a los Gobernadores Regionales como autoridades acusables, ni señala alguna causal para hacerlo.

El problema se vuelve a apreciar cuando se revisa la regulación constitucional de la última etapa del juicio político, que busca declarar la culpabilidad y está a cargo del Senado. Como se dijo, una de las atribuciones exclusivas

---

65 Corresponde al antiguo artículo 48, N° 2, inciso penúltimo de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 52 N° 2, inciso penúltimo. Esta norma fue modificada por la Ley N° 20.990.

66 El artículo único, N° 2, letra B de la Ley N° 20.990 indica: “Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República: (...) 2) Introdúcense en el número 2) del artículo 52, las siguientes enmiendas: (...) b) Agrégase en su párrafo cuarto, luego de la expresión “Presidente de la República”, la frase “o de un gobernador regional”.

de la Cámara alta es conocer sobre las acusaciones constitucionales que la Cámara de Diputados haya declarado ha lugar. Para declarar culpable a una autoridad, se debe votar en tanto jurado y cumplir un quorum determinado por la Constitución. Actualmente la Carta contempla un quorum reforzado -que asciende a dos tercios de los senadores en ejercicio- para declarar culpable al Presidente de la República, o bien a un Gobernador Regional. Así, “la declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República o de un gobernador regional, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos”<sup>67</sup>. La situación aquí es idéntica a la anterior, ya que -nuevamente- fue la propia Ley N° 20.990 la que introdujo a los Gobernadores Regionales a este quorum reforzado en el Senado, que previamente solo se contemplaba para declarar culpable al Presidente de la República<sup>68</sup>.

En resumen, los Gobernadores Regionales -tal como los entendemos hoy bajo la regulación vigente- se encuentran incluidos en una regulación incoherente de acusación constitucional, que señala un quorum para que los diputados declaren ha lugar la acusación y otro para que los senadores declaren su culpabilidad, pero no los incluye dentro del listado de autoridades acusables y por ende, tampoco señala causales para acusarles, las que -recuerdo- son taxativas. Esto provocaría que no pueda acusarse constitucionalmente a estas autoridades, ya que, tal como se encuentra regulada hoy esta institución jurídica es defectuosa, incierta y muy posiblemente, inaplicable ya que sin causal no tendríamos de qué acusarles. Todo lo anterior impacta la regulación de la parte orgánica que la Carta vigente, que Gargarella ha caracterizado como “la ‘sala de máquinas’ de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de

---

67 Actual artículo 53 N° 1, inciso tercero de la Constitución Política de la República.

68 El antiguo artículo 49 N° 1, inciso tercero de la Constitución Política de la República, que pasó a ser posteriormente el artículo 53 N° 1, inciso tercero, indicaba que:

“La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del Presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos”. Esta norma fue modificada por la Ley N° 20.990.

decisiones democrático”<sup>69</sup>. Es complejo que la Constitución no se sostenga a sí misma en este punto y como sociedad democrática debemos exigir más seriedad de parte del constituyente derivado, es decir, de nuestros representantes en el Congreso.

Cabe indicar que, hasta el momento, nunca se ha intentado una acusación en contra de un Gobernador Regional, lo que puede explicarse por el poco tiempo que ha existido esta autoridad en nuestra historia republicana, ya que tras la reforma de la Ley N° 20.990, los primeros Gobernadores Regionales asumieron sus funciones el 14 de julio de 2021. Quizás por esta misma razón, el problema ha despertado escaso interés en la doctrina constitucional chilena.

El problema que vengo explicando no se reduce, solamente, a la normativa constitucional. También puede apreciarse una dificultad en la Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, hoy refundida mediante Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.175. Esta norma, de rango legal, indica que los Gobernadores Regionales cesan en el ejercicio de su cargo, entre otras causales, por ser declarado culpable tras una acusación constitucional. Así, “el gobernador regional cesará en el ejercicio de su cargo por las siguientes causales: (...) f) Ser declarado culpable en virtud del procedimiento de acusación constitucional, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Constitución Política de la República”<sup>70</sup>. Este artículo fue introducido a la LOC por la Ley N° 21.073<sup>71</sup>, promulgada el 2 de febrero de 2018 y publicada el 22 de febrero de 2018.

---

69 GARGARELLA, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz, Buenos Aires, 2015. p. 333.

70 Actual artículo 23 sexies de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

71 Su artículo 1 indica “Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 19.175, orgánica constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1-19.175, de 2005, del Ministerio del Interior: (...) 19. Intercálanse los siguientes artículos (...) 23 sexies (...)”.

Como se aprecia, esta reforma legal es posterior a la reforma constitucional de la Ley N° 20.990, lo que podría indicar que el espíritu del Congreso -en este caso como legislador- fue reafirmar que los Gobernadores Regionales sí pueden ser acusados. En tal sentido, la ley afirma que si una acusación prospera en el Senado, el Gobernador Regional pierde su cargo. De lo contrario, ¿qué sentido tendría que el legislador indique esto, si el Gobernador Regional no es acusable? Aquí cabe indicar dos cosas. Primero, que la norma constitucional siempre se impondrá por jerarquía ante una norma legal, lo que se conoce como supremacía constitucional. Segundo, que a pesar de esta ley posterior, el problema persiste, ya que no existen causales para acusarles en la Carta fundamental, por lo que el citado artículo 23 sexies sería -en la actualidad- letra muerta. Para intentar darle un sentido a lo realizado por el legislador, se podría argumentar que esta norma legal se introdujo pensando en una reforma constitucional posterior, que agregue a los gobernadores regionales como autoridad acusable. Pero ello no ha ocurrido hasta el momento.

Finalmente, y aplicando el razonamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol 91-89, ¿podría considerarse bajo la normativa actual que, en caso de seguir adelante con una acusación constitucional contra un Gobernador Regional, estaríamos ante una comisión especial? La respuesta aquí no es clara, pero el posible problema de debido proceso sería bastante más claro que el que en su oportunidad configuró el Tribunal Constitucional. Ciertamente el argumento podría ser esgrimido por la defensa del eventual Gobernador Regional acusado.

Entonces, ¿cómo podría resolverse este problema? Al estar ante una omisión que afecta a un listado taxativo, el mecanismo más idóneo para solucionar las inconsistencias en la regulación de la acusación constitucional en contra de Gobernadores Regionales será reformar la Constitución. Sobre esto, cabe destacar que el quorum de una reforma constitucional ha sido recientemente reducido por la Ley N° 21.481, promulgada el 19 de agosto de 2022 y publicada el 23 de agosto del mismo año. Ahora, sin importar el capítulo

en que se encuentre la norma que se desea modificar, el quorum asciende a cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio. Por otra parte, estimo que intentar solucionar el problema mediante una ley interpretativa de la Constitución no tendría mayor sentido aquí, ya que esta fuente no modifica el texto constitucional sino solo su sentido. Estando ante un problema de una omisión en un listado taxativo, es más beneficioso derechamente modificar el texto de la Carta vigente, mediante un proyecto de reforma constitucional para el artículo 52. Por otra parte, el quorum para ambos caminos -reforma constitucional y ley interpretativa de la Constitución- es el mismo, toda vez que la citada Ley N° 21.481 también disminuyó el quorum de las leyes interpretativas de la Constitución a cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio. Siendo el quorum idéntico, no cabe realizar cálculos de apoyos políticos. Por lo mismo, lo más idóneo es, derechamente, realizar una reforma constitucional en uno de los siguientes sentidos: (1) eliminar los quórum para los Gobernadores Regionales, lo que pondría fin a la incoherencia, definiendo que esta autoridad no será acusable; o bien, (2) agregarlos al listado taxativo de sujetos pasivos de acusación constitucional y además, aparejarles alguna causal para ser acusados.

Como dije, la Ley N° 20.990 fue publicada a inicios de 2017. En tal sentido, parece provechoso revisar ahora si desde esa fecha se ha presentado un proyecto de reforma constitucional que busque dar certezas en cuanto a la acusación de Gobernadores Regionales, ya sea en uno u otro sentido. El único proyecto presentado a la fecha es el boletín 12323-07, que corresponde a una moción originada por los senadores Iván Moreira, Luz Ebensperger, Víctor Pérez y David Sandoval. En la moción se lee que “en la citada Ley 20.990, se omitió puntualizar las causales por las cuales se podría interponer acusación constitucional en contra de los ya señalados Gobernadores Regionales”<sup>72</sup>. Es interesante que la moción hable de una omisión, idea que se repite luego, al indicar que “con el objetivo de solucionar esta omisión, que proponemos a la consideración de este H. Senado, incorporar a los Gobernadores Regionales en la letra e), del Artículo 52, de la Constitución

---

72 Moción Boletín 12323-07. p.1.

Política de la República, junto a los Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales y la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales”<sup>73</sup>. En tal sentido, se pretende poder acusar a los Gobernadores Regionales por las causales de infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión<sup>74</sup>. Esta moción fue ingresada con fecha 18 de diciembre de 2018 y al día siguiente se dio cuenta de este proyecto y pasó a la Comisión de Constitución. Sin embargo, luego de esto no ha tenido ningún avance en su tramitación.

#### IV. CONCLUSIONES

El gobierno y administración de las regiones y provincias ha sido regulado por la Constitución de distintas formas. Se distinguen tres períodos distintos: el primero, contenido en la Constitución originaria, donde destacan las figuras del Intendente y Gobernador. El segundo se configura tras las reformas que la Ley N° 19.097, que entre otras cosas, entrega la administración superior de la región al Gobierno Regional. El tercer periodo es el actual, y se encuentra determinado por la reforma constitucional de la Ley N° 20.990, que elimina los cargos de Intendente y Gobernador, creando los Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales, que son designados por el Presidente de la República y el cargo de Gobernador Regional, que es elegido popularmente.

Solo algunas autoridades del gobierno y administración regional y provincial pueden ser acusados constitucionalmente. Desde el origen de la Carta del 80, los Intendentes y Gobernadores eran sujetos pasivos de acusación constitucional, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión. Sin embargo,

---

73 *Ibid.* p. 1.

74 La moción propone, a modo de artículo único: “Agréguese en la letra e), del N°2, del artículo 52 de la Constitución Política de la República la expresión “De los Gobernadores Regionales” antes de “De los Delegados Presidenciales Regionales”.

el Tribunal Constitucional dijo que solo se podía acusar a autoridades por hechos acaecidos desde el 11 de marzo de 1990 en adelante. Actualmente los Delegados Presidenciales Regionales y Delegados Presidenciales Provinciales son sujetos pasivos de acusación constitucional por las mismas causales ya indicadas.

El constituyente derivado cometió un error técnico al tramitar la Ley N° 20.990, dejando incoherencias graves sobre la acusación constitucional contra Gobernadores Regionales. Se señala en forma expresa un quorum para declarar ha lugar la acusación en contra de esta autoridad y otro para declarar su culpabilidad. Sin embargo, no se incluyó a los Gobernadores Regionales en el listado taxativo de autoridades acusables, ni tampoco se indica alguna causal para perseguir su responsabilidad.

Para resolver este problema que afecta a la parte orgánica de la Constitución, se debiese intentar una reformar constitucional, ya sea agregando a los Gobernadores Regionales al listado de autoridades acusables, añadiendo a su vez, una o más causales para hacerlo. O bien, eliminando las menciones expresas a los Gobernadores en cuanto a los quórum indicados.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros, capítulos de libros y artículos**

CEA, José: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III*. Ediciones UC, Santiago, 2013.

CEA, José: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo IV*. Ediciones UC, Santiago, 2016.

CONTRERAS, Pablo y LOVERA, Domingo: *La Constitución de Chile. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020*.

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo: *Diccionario Constitucional Chileno*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2014.

GARGARELLA, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz, Buenos Aires, 2015.

PAREDES, Felipe: “Constitución, poder y territorio: la forma jurídica del Estado chileno”. En: Bassa, Jaime; Ferrada, Juan; Viera, Christian (eds.): *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. LOM Ediciones, Santiago, 2015. Pp. 57-75.

VIVANCO, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. Tomo III*. Ediciones UC, Santiago, 2014.

### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

STC Rol N° 91-89, de 18 de enero de 1990.

### **Constituciones, leyes y normas jurídicas en general**

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Constitución Política de la República de Chile, 1925.

Constitución Política de la República de Chile, 1833.

Constitución Política de la República de Chile, 1828.

DFL N° 1-19.175, de 8 de noviembre de 2005, que “Fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre gobierno y administración regional”.

Ley N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991, que “Modifica la Constitución Política de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal”.

Ley N° 20.193, de 30 de julio de 2007, sobre “Reforma constitucional que establece los territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández”.

Ley N° 20.390, de 28 de octubre de 2009, sobre “Reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional”.

Ley N° 20.990, de 5 de enero de 2017, que “Dispone la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional”.

Ley N° 21.073, de 22 de febrero de 2018, que “regula la elección de Gobernadores Regionales y realiza adecuaciones a diversos cuerpos legales”.

Ley N° 21.238, de 8 de julio de 2020, sobre “Reforma constitucional para limitar la reelección de las autoridades que indica”.

Ley N° 21.481, de 23 de agosto de 2022, que “Modifica quórum de reforma de la Constitución Política de la República”.

Moción de proyecto de reforma constitucional Boletín 12323-07, ingresado el 18 de diciembre de 2018, que “Incluye al gobernador regional como sujeto pasivo de acusación constitucional”.



## ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN PROCESOS JUDICIALES.

INTER-AMERICAN STANDARDS ON THE RIGHT OF THE  
CHILD TO BE HEARD IN JUDICIAL PROCEEDINGS.

María Lorena Rossel Castagneto<sup>1\*</sup>

**Resumen:** La interpretación y aplicación de los principios guía o rectores de la Convención sobre derechos del niño, es de suma relevancia en la intervención del niño en procesos judiciales, ya que la no consideración de estos principios podría significar la vulneración de derechos reconocidos en la Convención, que traerá a su vez consecuencias perjudiciales para la vida y desarrollo del niño.

Por lo anterior, los objetivos del presente trabajo son identificar los principios rectores o guías de la Convención sobre derechos del niño, para luego determinar de qué manera la Corte Interamericana de derechos humanos ha interpretado y aplicado estos principios en casos concretos, y así precisar cuáles son los estándares internacionales sobre la intervención del niño en procesos judiciales, de conformidad a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

1 Artículo recibido el 19 de octubre y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

\* Doctora en Derecho, Universidad de Valparaíso. Académica Investigadora Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: mrossel@udla.cl

**Palabras clave:** Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes; Procesos judiciales; Corte interamericana de derechos humanos

**Abstract:** The interpretation and application of the guiding or governing principles of the Convention on the Rights of the Child, is of the utmost importance in the intervention of the child in judicial processes, since the non-consideration of these principles could mean the violation of rights recognized in the Convention, which in turn will bring harmful consequences for the life and development of the child.

Therefore, the objectives of this paper are to identify the guiding principles or guidelines of the Convention on the Rights of the Child, in order to later determine how the Inter-American Court of Human Rights has interpreted and applied these principles in specific cases, and thus specify which one, are the international standards on the intervention of the child in judicial proceedings, in accordance with the rulings of the Inter-American Court of Human Rights.

**Keywords:** Human rights of children and adolescents; judicial processes; Inter-American Court of Human Rights.

## I. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre derechos del niño (en adelante CDN), es el tratado internacional que cuenta con mayor número de adhesiones en todo el mundo y recoge principios que cuentan con la más amplia aceptación en distintos sistemas jurídicos. Sin embargo, algunos de estos principios son tan amplios que cabe preguntarse de qué manera se deben interpretar y aplicar a casos concretos, de conformidad al espíritu de la Convención.

En los procesos judiciales, la interpretación y aplicación de esos principios, cobra suma relevancia, por cuanto una interpretación errónea o alejada de los estándares internacionales, no solo podría acarrear responsabilidad internacional del Estado, sino además podría afectar la vida futura del niño y, en consecuencia, perjudicar su desarrollo.

En lo relativo a la interpretación de los principios guía o rectores de la Convención el Comité de Derechos del niño, se ha encargado de interpretar estos principios en las Observaciones generales y en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ha determinado en casos concretos su aplicación, de manera de darle plena vigencia a dichos principios.

Por lo anterior, los objetivos del presente trabajo son identificar los principios rectores o guías de la Convención sobre derechos del niño, para luego determinar de qué manera la Corte Interamericana de derechos humanos ha interpretado y aplicado estos principios en casos concretos, y así precisar cuáles son los estándares internacionales sobre la intervención del niño en procesos judiciales.

## **II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO**

Son principios rectores de la Convención, aquellos a la luz de los cuales debe ser interpretada la Convención sobre Derechos del niño. El Comité de derechos del niño ha definido 4 principios generales: la no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6) y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea considerada en asuntos de su interés (artículo 12).

El Comité de derechos del niño los considera principios primordiales de la Convención, que deben tenerse en cuenta respecto de cada uno de los derechos que se enuncian. En la práctica ello significa que los Estados parte deberán adecuar su legislación, políticas y programas que afecten a los niños, a estos principios.

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estos cuatro principios como principios rectores de la Convención de Derechos del niño, que de acuerdo con lo señalado por Nogueira<sup>2</sup>, deben inspirar en forma transversal y deben implementarse en todo sistema de protección integral de los niños. Al referirse a estos principios en la Opinión consultiva número 21, la Corte Interamericana, señala que ellos deben “primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana” (párrafo 68).

En las últimas décadas tanto el Comité de Derechos del niño como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado progresivamente los principios rectores de la Convención sobre derechos del niño. La Corte Interamericana además, en numerosos casos, relaciona las disposiciones de la Convención Americana de derechos Humanos con la Convención sobre derechos del niño, como formando parte del mismo entramado.

En el presente apartado se hará alusión solo al principio del interés superior del niño y al derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, como principios imprescindibles en la intervención del niño en procesos judiciales.

---

2 NOGUEIRA, Humberto: “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Parte respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017, pp. 415 – 462

Además, a modo ejemplar, se hará alusión a los casos en que la CIDH ha interpretado de manera amplia y evolutiva los principios rectores de la Convención, de manera de determinar las obligaciones concretas que generan para los Estados parte.

### **1. Principio de no discriminación**

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha aplicado este principio en el Caso de los niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), donde señala que las medidas que contempla el artículo 19 de la Convención Americana incluyen, entre otros, el derecho “a la no discriminación” (párrafo 196).

Pero tal como destaca Nogueira<sup>3</sup> la Corte Interamericana ha ido un paso más allá al establecer una forma de discriminación positiva respecto de los niños, de manera de garantizar una efectiva igualdad ante la ley. En efecto en opinión consultiva OC-21/14, ha señalado:

“Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 ‘debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial’. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa for-

---

3 Ídem.

ma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales”. (OC-21/14, párrafo 66).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho una interpretación extensiva, en caso de ser necesario determinar la edad de una persona, posible menor de edad, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, de agosto de 2014, donde ha precisado que el Estado, a través de sus autoridades deberá realizar las acciones pertinentes para acreditar fehacientemente la minoría de edad, y en caso de que ello no sea posible “se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal (párrafo 173)”.

Cabe hacer presente que la CDN introduce algunos elementos nuevos, que fueron omitidos en los Pactos anteriores, como lo relativo al origen étnico, los impedimentos físicos y cualquier otra condición del niño, sus padres o representantes legales. Asimismo, destaca Carmona lo novedoso que resulta la redacción del párrafo 2 del artículo 2, que permite proteger al niño frente a situaciones de hecho que tradicionalmente le podrían afectar negativamente o que son consecuencias de nuevas causas de discriminación, como la discriminación de los niños con VIH/SIDA o la incidencia de daños ambientales en la salud del niño<sup>4</sup>.

A pesar de lo amplio de la disposición es innegable que en la actualidad hay una serie de situaciones exponen al niño a situación de discriminación que han sido advertidas por el Comité de Derechos del niño en sus Observaciones a los Estados, tales como la extrema pobreza o situaciones de marginalidad en la que viven niños y niñas, la situación de las niñas, los niños que forman parte de comunidades indígenas, los niños con discapacidad, nacidos fuera del matrimonio, no nacionales, inmigrantes, desplazados, refugiados, los niños que trabajan o viven en la calle, donde les pide cuenta de las medidas

---

4 CARMONA, María del Rosario: *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2011, pp. 89-90.

concretas adoptadas para su erradicación (Carmona, 2011, p. 92). Todas estas situaciones dejan en evidencia la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes, lo que justifica que se adopten medidas especiales de protección.

## 2. Principio del interés superior del niño

La CIDH ha realizado una importante labor en precisar el sentido y alcance de los términos de la Convención sobre Derechos del niño, pero también en la aplicación del principio del interés superior del niño a casos concretos.

Con el objeto de realizar una interpretación que conciliara los principios contenidos en la Convención sobre derechos del niño y en los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, emitió el 28 de agosto de 2002, la Opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión de Derechos Humanos denominada “Condición jurídica y derechos humanos de los niños”<sup>5</sup>. Allí señala expresamente que el interés superior del niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias del niño, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención (párrafo 61).

Asimismo, en numerosos pronunciamientos ha desarrollado este principio, señalando que no puede interpretarse de manera aislada, sino más bien formando parte del complejo entramado de normas que promueven y garantizan los derechos humanos y se ha ido desarrollando, paulatinamente, en la práctica de los distintos operadores del sistema, los tribunales nacionales e internacionales de justicia.

---

5 Corte IDH: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

Del mismo modo, en el caso denominado Niños de la Calle<sup>6</sup> (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), señaló:

“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”. (Párrafo 141).

En el año 2003, en el caso *Bulacio vs Argentina*<sup>7</sup>, señaló expresamente que el principio del interés superior del niño se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (párrafo 134).

Reiteró esta interpretación en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui vs. Perú<sup>8</sup>, Sentencia de 8 de julio de 2004:

---

6 Corte IDH: *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999.

7 Corte IDH: *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

8 Corte IDH: *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004.

“En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (citando la opinión consultiva número 17) (párrafo 163).

Del mismo modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que la Convención sobre derechos del niño reconoce cuatro principios rectores, tal como se señaló con anterioridad, pero agrega que dichos principios deben interpretarse a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana. A este respecto señala en la Opinión consultiva número 21<sup>9</sup>:

“El principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana”. (Párrafo 68).

La Corte también ha señalado que el interés superior del niño debe prevalecer en el entendido que constituye la satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga a los Estados y que irradia efectos respecto de los demás derechos que consagra la Convención sobre derechos del niño, constatando el carácter de interdependiente del principio como destacamos con anterioridad. Así en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*<sup>10</sup> señaló:

---

9 Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

10 Corte IDH: *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. (Párrafo 134).

En lo relativo a la interrelación entre los principios del interés superior del niño y el principio de la autonomía progresiva y el derecho de los niños a ser oídos, la CIDH se pronunció en el caso “Atala Riffo vs. Chile”<sup>11</sup>, en el que señaló:

“[L]os niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”. (Párrafo 68).

En este sentido, Cristian del Piano Lira<sup>12</sup>, señala: “[L]a incorporación del niño como sujeto de derechos a partir de la entrada en vigor de la CDN, y su recogimiento por parte del sistema interamericano de derechos humanos, ha supuesto una verdadera revolución en la mirada que los Estados deben tener en la protección de sus derechos fundamentales, cuyo contenido y alcances tiene una dosis de progresividad notable, reforzando el rol de la

---

11 Corte IDH: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

12 DELPIANO, Cristián: *Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2012, p. 24.

Comisión y de la Corte en la consecución del objetivo primordial de los Estados de asegurar un adecuado rol de los futuros adultos en la sociedad a la que pertenecen”.

De todo lo señalado podemos concluir que, si bien el interés superior del niño es un principio indeterminado, ello no significa que su interpretación queda al arbitrio de la autoridad.

En efecto, existen criterios claros para su identificación, los que se desprenden de la Convención sobre derechos del niño, de la Observación general número 14 y de la interpretación que ha realizado la doctrina y jurisprudencia sobre este principio esencial en el derecho de los niños. En todo caso, será un asunto a determinar *in concreto*, caso a caso, de manera de conciliar dicha interpretación con los demás derechos consagrados en la Convención y con la legislación del Estado que desarrollan dichos principios.

### **3. Derecho a la vida y a la supervivencia del niño**

La CIDH ha aplicado este principio, en el Caso Gelman Vs. Uruguay<sup>13</sup>, en el que señaló que el derecho a la vida no solo se afecta cuando se pone término a la vida de una persona, o cuando se afecta su integridad física o psíquica de una persona, sino cuando se pone en riesgo la supervivencia o desarrollo del niño, lo que ocurrió por la separación de la niña María Macarena Gelman de sus padres biológicos, “pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo” (párrafo 130).

---

13 Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

En cuanto a las obligaciones que este principio entraña para el Estado, en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay<sup>14</sup>, señaló que las obligaciones del Estado “abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños” (párrafo 149).

Pero, además, en la Opinión consultiva número 17, se pronuncia respecto de las obligaciones que tiene el Estado, en cuanto a adoptar medidas necesarias para que los niños tengan una vida digna, como parte integrante del derecho a la vida:

“En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no solo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas”. (Párrafo 80).

Del mismo modo, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la obligación del Estado respecto de la vida de los niños privados de libertad, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*<sup>15</sup>, en el que ha señalado que de conformidad al artículo 19 de la Convención Americana el Estado:

“[P]or una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión” (párrafo 182) .

---

14 Corte IDH: *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

15 Corte IDH: *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 2014.

De este modo, se configura este principio como un derecho de los niños consagrado en la Convención, pero que impone amplias obligaciones al Estado no solo para asegurar la vida del niño y su desarrollo y supervivencia, sino también para asegurar niveles de vida adecuados, y proteger al niño de los riesgos que pudieran poner en peligro su vida y su desarrollo, como los señalados.

#### 4. Derecho del niño a ser oído

Como en los principios anteriores, debemos señalar que la CIDH ha hecho un desarrollo progresivo de este derecho en numerosos casos, donde, al igual que en los casos anteriores relaciona las disposiciones de la Convención americana de derechos Humanos con la Convención sobre derechos del niño, como formando parte del mismo entramado.

Así en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*<sup>16</sup>, aplicando el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño, señaló que dicho artículo no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernen, sino que abarca también el derecho que su opinión se tenga debidamente en cuenta. Agrega:

“No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad”. (Párrafo 230).

Del mismo modo en el caso *Atala Riffo vs. Chile*<sup>17</sup> la CIDH señaló que “las niñas y los niños deben ser informados de su derecho de ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean” (párrafo 68).

16 Corte IDH: *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

17 Corte IDH: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Asimismo en el caso Rosendo Cantú y otra vs. México<sup>18</sup>, la CIDH al referirse a obligación de los Estados en casos de niños que hayan sido víctimas de delitos, señaló dentro de ellas la obligación de:

“Asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”. (Párrafo 201).

Por último, en lo relativo al derecho a escuchar al niño en un ambiente adecuado, la CIDH, se pronunció en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia<sup>19</sup>:

“El derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos”. (Párrafo 209).

De esta manera la Corte ha interpretado de un modo sistemático las normas internacionales que dicen relación con la libertad de expresión del niño y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, pero también ha hecho hincapié en la necesidad de escuchar al niño en un ambiente adecuado, de manera que su intervención no genere un daño mayor en niños que se

---

18 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

19 Corte IDH: *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. 25 de noviembre de 2013.

encuentran afectados por otras circunstancias. Ello implica que la interpretación sistemática de las normas de la Convención americana junto a las normas de la Convención de derechos del niño, se desprende que todos los órganos del Estado tienen el deber de implementar medidas para respetar estos principios, en especial cuando el niño se ve enfrentado a un proceso judicial, donde requerirá de una protección adicional.

### **III. INTERVENCIÓN DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES, DE CONFORMIDAD AL SISTEMA INTERAMERICANO**

La Convención sobre derechos del niño, se refiere en varios artículos a la intervención o participación del niño en asuntos de su interés, como los artículos 3.1 y 12. Del mismo modo, se refiere a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar estos derechos, pero también para proteger al niño en contra de perjuicio o abuso físico o mental, o descuido y abandono, malos tratos, explotación, incluido el abuso sexual, como señalan los artículos 19 y 34 de la Convención. Sin embargo, y quizás debido a la amplia discrecionalidad que tienen los Estados para establecer garantías e incluso para interpretar los artículos de la Convención, desde hace varias décadas, distintos organismos internacionales se han preocupado por los efectos que puede producir en un niño su participación en los distintos procedimientos judiciales y administrativos contemplados por los Estados. Se analizará la Opinión consultiva N° 17 de la CIDH, para luego analizar pronunciamientos posteriores donde se desarrollan las medidas que deben adoptar los Estados frente a la intervención del niño en procesos judiciales.

## 1. Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “Condición Jurídica y derechos humanos del niño”

La Opinión consultiva 17<sup>20</sup> tiene su antecedente en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, también denominado caso Niños de la Calle<sup>21</sup>, donde la Corte sostiene que los niños deben ser objeto de medidas especiales de protección, sin embargo, no señala cuáles, de manera que deja al arbitrio de los Estados la determinación de dichas medidas que pueden ser atentatorias o restrictivas de los derechos reconocidos por la Convención sobre derechos del niño.

Por lo anterior, y a pocos años de entrada en vigor de la Convención sobre derechos del niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, emitió - a solicitud de la Comisión Interamericana derechos Humanos -, la Opinión Consultiva 17, que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño”. Se solicitaba a la CIDH que interpretara los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 19 de la misma Convención. Si bien, como analizaremos más adelante, los términos que utiliza la CIDH no son los más adecuados, esta opinión constituye un avance respecto de las medidas que los Estados deben adoptar en relación a la intervención de los niños en los procesos judiciales.

En efecto, en el párrafo 93 se refiere a la necesidad de salvaguardar a los niños tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a ellos, como por la situación en la que se encuentran, en razón de su inmadurez y vulnerabilidad. Debido a ello, los niños requieren medidas que garanticen el ejercicio pleno de sus derechos, en especial, en los procedimientos judiciales o administrativos. En el párrafo 95, señala que los derechos contenidos en

---

20 Corte IDH: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

21 Corte IDH: *Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999.

los artículos 8 y 25 de la Convención se refieren a todas las personas por igual y que deben relacionarse con los derechos específicos que contiene el artículo 19, de manera que se reflejen en los procesos administrativos y judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Agrega, en el párrafo 96 que es evidente que las condiciones en las que interviene un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto y ello justifica la adopción de medidas especiales para su protección, lo que le permitirá al niño el goce efectivo de sus derechos.

Recuerda en el párrafo 97, lo que señaló la Corte en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal<sup>22</sup>, cuando abordó este tema de un modo general. En dicha oportunidad señaló:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. (párrafo 119).

Por ello concluye el párrafo 98 que, si bien los derechos procesales y garantía correlativas son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños ello supone la adopción de medidas específicas con el propósito

---

22 Corte IDH: “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Luego hace presente que el Comité de derechos humanos en la Observación General 13, relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>23</sup>, en el párrafo 16, señala que: “Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14” del Pacto y, por tanto, todas las personas tienen derecho a ser oídas por un tribunal competente, sea ordinario o especial.

En cuanto a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y su decisión es relevante para su vida futura, en el párrafo 99 se refiere al artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño, pero considera oportuno hacer algunas observaciones al respecto. Primero, señala que los niños, esto es, todas las personas menores de 18 años tienen un grado de desarrollo físico e intelectual muy diverso, en la experiencia y en la información que poseen, por lo que debe matizarse en cuanto al alcance de la participación del niño en los procedimientos, para lograr una protección efectiva de su interés superior. Por lo tanto, “el aplicador del derecho”, sea en el ámbito administrativo o judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior para acordar la participación de éste, y al ponderar estos derechos, se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso (párrafos 101-102).

Finalmente, la Corte llega a la conclusión que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no impide adoptar medidas específicas en relación con los niños, en la medida que se orienten a la protección de sus derechos e intereses (número 3). Agrega en el numerando 7, que el respeto a la vida de los niños abarca no solo las prohibiciones contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas. Continúa

---

23 Comité de Derechos Humanos. Observación general número 13. Administración de justicia (artículo 14). 1984.

su razonamiento, en el sentido que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente sus derechos, entre ellos, los económicos, sociales y culturales y en consecuencia los Estados parte, tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño (número 8). En el mismo sentido, pero amparándose en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, señala que los Estados parte, tienen la obligación de tomar medidas positivas que aseguren la protección de los niños contra los malos tratos, ya sea provenientes de las autoridades, de sus relaciones inter-individuales o de entes no estatales (número 9).

Si bien la Opinión ha sido objeto de críticas por parte de varios autores que consideran que los términos tan amplios en los que fue redactada no permiten resolver el principal cuestionamiento, es decir, de qué manera un niño debe intervenir en un proceso judicial<sup>24</sup>, constituye un avance en el desarrollo y determinación de los derechos del niño toda vez que constata que “los niños son titulares de derechos y no solo objetos de protección” (considerando número 1 de la Opinión). Ello implica mirar al niño como un sujeto pleno de derechos específicos, que por su condición requiere de cierta protección, y no con la percepción que antiguamente se tenía del niño, esto es, como un ser inacabado o imperfecto que requiere que alguien más -sus padres, el Estado- ejerza los derechos por ellos, ya que no los tiene, a menos que alcance la mayoría de edad. Se avanza entonces desde un enfoque paternalista, a uno garantista de protección integral. También constituye un avance en cuanto a la interpretación de ciertos principios, como el del interés superior del niño (considerando 2), principio de igualdad y no discriminación, el rol de la familia y la adopción de medidas especiales, como obligaciones *erga omnes*.

---

24 Ver, por ejemplo: Beloff, 2009; Candia, 2018.

## **2. Opinión Consultiva OC-21/14 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**

La Opinión Consultiva OC-21/14<sup>25</sup> sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Resolución de 19 de agosto de 2014, se refiere a la situación de los niños que se encuentran separados de sus familias fuera de su país, lo que los hace especialmente vulnerables a la trata infantil, y la necesidad de que el Estado adopte e implemente políticas migratorias especiales en caso de los niños y niñas. Allí la Corte señala que:

“Las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión”. (Párrafo 91).

Pero la Corte IDH establece de una manera más específica las medidas preventivas de control de frontera que deben adoptar los Estados, para evitar la trata de seres humanos y las garantías para los niños que han sido víctimas de este delito:

“Los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima

---

25 Corte IDH: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral". (Párrafo 92).

Del mismo modo, la Corte establece en el considerando 69 y 71 que, tomando en cuenta el interés superior del niño y, el derecho del niño a ser oído es deber del Estado adoptar medidas especiales, tanto respecto de la entrada, permanencia o expulsión de un niño en situación migratoria como, asimismo, la detención, expulsión o deportación de sus padres asociadas a la misma situación. También señala que es necesario tener en consideración los factores personales que afectan al niño en esta situación, como discapacidad, VIH/ SIDA, y las características particulares de su situación, tales como ser víctima el niño o niña de trata de personas, o de encontrarse separado de sus padres, por cuanto, pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo agravado de la vulneración de sus derechos.

En este contexto, en los considerandos 117 y 123 se refiere a las garantías mínimas que el Estado debe asegurar en caso de niños migrantes: i) derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, para garantizar su derecho a defensa; ii) la existencia de personal capacitado para comunicarle al niño o niña, la situación que le afecta; iii) en el caso del niño o niña migrante que se encuentra separado de su familia, el derecho a ser oído bajo medidas de protección judicial; iv) que el proceso se desarrolle en un ambiente adecuado -no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad del niño o la niña- donde se sienta respeto y seguro al momento de expresar su opinión; v) que las decisiones que se adopten en el marco de un proceso migratorio que involucre niños o niñas estén debidamente motivadas o fundamentadas.

Si bien esta Opinión se enmarca en la declaración de los niños en un proceso migratorio, los principios que aplica la Corte Interamericana se adecuan a las garantías mínimas que cualquier niño debe tener en un proceso judicial en el que interviene.

### **3. Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la intervención del niño en procesos judiciales**

Como se ha señalado con anterioridad, la CIDH ha interpretado en sus fallos la Convención de derechos del niño junto a la Convención Americana como instrumentos que forman parte de un mismo corpus iuris de derechos fundamentales del niño, desarrollando los principios rectores y, por tanto, que deben guiar el actuar de los Estados de modo de no vulnerar los derechos del niño.

Así, en el caso *Atala Riffo Vs. Chile*<sup>26</sup>, al referirse al derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta, la Corte interpretó los artículos 19 y 8.1 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño. Así, en el considerando 198, señala que de conformidad al artículo 12, no se puede partir de la base que un niño sea incapaz de expresar sus opiniones, y que el niño no tenga un conocimiento exhaustivo de los hechos, no justifica que no pueda formarse un juicio propio sobre el asunto. Señala que el niño debe ejercer su derecho a ser oído sin presiones y puede escoger si ejercerlo o no. Del mismo modo, señaló la Corte que la capacidad del niño debe ser evaluada teniendo en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido sus opiniones en el resultado del proceso. En el considerando 200, reitera la Corte, que no basta con escuchar al niño, es necesario que sus opiniones sean tomadas debidamente en cuenta, seriamente, a partir de que el niño esté en condiciones de formarse su propio juicio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso a caso.

---

26 Corte IDH: *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Por último, en el considerando 206, señala que el derecho contenido en el artículo 12, impone a la autoridad judicial, de ser pertinente, la obligación de argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opinión del niño o niña.

En el Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala<sup>27</sup>, la Corte se refiere a la necesidad de otorgar a los niños una protección especial, en atención a la vulnerabilidad propia de su condición de niños. Expresa, además la Corte que, dentro de este grupo vulnerable, las niñas son las más expuestas a sufrir actos de violencia. Así, en el considerando 133, la Corte señala:

“El artículo 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de “[l]os niños y las niñas a [...] medidas especiales de protección [que] deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”. El Tribunal ha indicado, asimismo, que “[l]a adopción de [tales] medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece”. Además, la Corte ha “reitera[do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños”, quienes, “[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”. En ese sentido, “han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

En el considerando 134, se refiere expresamente a la vulnerabilidad de las niñas y a la necesidad que el Estado adopte no solo medidas de protección sino además medidas de prevención. Así, señala:

---

27 Corte IDH: *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de Mayo de 2014.

“De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia”.

Luego en el considerando 135, la Corte especifica las medidas de protección, señalando que abarcan:

“[todas las] medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”.

Del mismo modo, la Corte se ha pronunciado respecto de las medidas especiales de protección que el Estado debe otorgar a los niños privados de libertad en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, también en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay y en el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto Brasil, entre otros casos ya citados.

Asimismo, la Corte se pronunció en lo relativo al derecho de acceso a la justicia en el Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador<sup>28</sup>, donde estableció en el considerando 139, como una garantía de las víctimas en los

---

28 Corte IDH: *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

procesos penales, no solo que se investiguen los hechos y se determinen las correspondientes responsabilidades penales sino, además, que la investigación se realice en un tiempo razonable, de manera diligente y exhaustiva. Agrega la Corte, que en el presente caso -desaparición forzada de personas-, donde las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos, el Estado tenía la obligación de asegurar que fueran encontrados a la mayor brevedad:

“[P]ues el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales”.

Respecto del deber de protección a las víctimas en los procedimientos penales, cuando son niños y, en especial, niñas e indígenas, la Corte se pronunció en el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México<sup>29</sup>. Los hechos que dieron origen a este caso ocurrieron en febrero del año 2002, cuando Valentina Rosendo Cantú –indígena y menor de edad- fue víctima de violación por parte de militares del Estado de Guerrero, quienes reprimían actividades ilegales, por lo que en ese momento dicho Estado mexicano se encontraba bajo una fuerte presencia militar. A pesar de que Valentina y su esposo presentaron una serie de recursos con el afán de que se investigaran los hechos y se sancionara a los responsables, la investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual archivó el caso.

En este caso la Corte estableció que el Estado había faltado a sus obligaciones convencionales, toda vez que no adoptó medidas especiales para proteger a Valentina Rosendo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo que duró la investigación ministerial seguida con motivo del delito denunciado, época en que Valentina aún era menor de edad. Agrega la Cor-

---

29 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

te, en el considerando 201 que es más grave en el caso analizado, toda vez que se trataba de una niña indígena, y estas comunidades, afectadas por la pobreza, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Señala que el deber del Estado de proteger el interés superior del niño durante el procedimiento puede implicar:

i) la entrega de información y la implementación de procedimientos adecuados a las necesidades de los niños, garantizando asistencia letrada o de otra índole;

ii) en caso de que el niño sea víctima de delitos sexuales o maltrato, asegurando su derecho a ser escuchado garantizando su plena protección, con personal capacitado para atenderlos y en salas de entrevistas que “representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil insensible o inadecuado”;

iii) procurar que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar su revictimización o un impacto traumático en el niño.

La CIDH también se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de entregar una protección reforzada a los niños víctimas que intervienen en procesos penales y en especial, de la actuación multidisciplinaria y coordinada de las distintas entidades intervinientes en el proceso penal, tales como el Ministerio Público, las autoridades judiciales, los profesionales de salud, los servicios sociales y legales, la policía nacional, entre otros.

Así, en el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*<sup>30</sup> la CIDH recalcó la importancia de que el Estado actúe con una debida diligencia y protección reforzada, lo que implica “la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescentes con miras a evitar su revictimización”. Ello implica en concreto:

---

30 Corte IDH: *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018 .

1) el derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles;

2) la asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso;

3) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad;

4) el derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsico social. Para ello, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción de las niñas, niños y adolescentes con su agresor;

5) generar las condiciones adecuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado;

6) la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones de niñas, niños y adolescentes, como a través del uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante;

7) las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza;

8) el personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática, y

9) deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

Respecto de la obligación del Estado de investigar, castigar e indemnizar a las víctimas la Corte en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”)<sup>31</sup>, en el considerando 254 señaló que “el CEDAW estableció que ‘los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas’”.

Del mismo modo, en lo relativo a la obligación de reparar el daño causado por la vulneración de derechos, la Corte se ha pronunciado en numerosos casos, como en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay; Caso Tibi Vs. Ecuador, anteriormente citados.

#### IV. CONCLUSIONES

De esta manera, al interpretar la Convención de derechos del niño, y la Convención americana, la Corte Interamericana de derechos humanos, ha establecido que el niño es un sujeto de derechos específicos, que deben tomarse en consideración al intervenir en procesos judiciales. Estos derechos específicos son, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en consideración en asuntos de su interés, lo que implica informar al niño sobre las consecuencias de cada una de las decisiones que se adopten, y en consecuencia que tenga acceso a su propio caso. Ello trae como consecuencia,

---

31 Corte IDH: *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar; Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

además que el tribunal deberá fundamentar, en torno a los derechos del niño, la adopción de sus decisiones, señalando si se consideró la opinión del niño y en qué medida se acogió o no dicha opinión, y los fundamentos de hecho y de derecho que justificaron el rechazo de la medida.

Del mismo modo, la CIDH ha señalado que el niño es un ser vulnerable y que requiere de una protección especial. Ello implica que el Estado, la familia y la sociedad, en general, deben adoptar resguardos especiales para garantizar la plena eficacia de los derechos del niño, consagrados en instrumentos internacionales o en su propia legislación. En razón de ello, el Estado debe adoptar medidas de protección de los derechos del niño, pero además de prevención de vulneraciones a sus derechos humanos, en especial de las niñas que están más expuestas a la violencia de género. Como señaló en el Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de sus derechos esenciales, y en caso de violación de dichos derechos, el Estado tiene la obligación de sancionar a los responsables e indemnizar a las víctimas de tales violaciones.

En cuanto al acceso a la justicia de niños víctimas en los procesos penales, la CIDH ha señalado que es obligación del Estado investigar los hechos y determinar las correspondientes responsabilidades penales y, además, que la investigación se realice en un tiempo razonable, de manera diligente y exhaustiva.

En el caso de víctimas especialmente vulnerables o en condición de multi vulnerabilidad, como en el caso de niñas indígenas que viven en condición extrema pobreza -caso Rosendo Cantú-, la CIDH ha impuesto a los Estados la obligación de adoptar medidas especiales de protección, tales como, la adaptación del proceso penal en atención a esta especial vulnerabilidad, el derecho del niño a ser oído en un ambiente protegido y adaptado en razón de su edad y madurez, evitando su revictimización o un impacto traumático en el niño. De esta manera, la CIDH ha ido profundizando esta idea en fallos

posteriores, desarrollando el concepto de “debida diligencia reforzada” profundizando las medidas específicas que debe adoptar el Estado para evitar la revictimización de niños, niñas y adolescentes en su intervención en el proceso penal.

Del mismo modo, la CIDH ha impuesto a los Estados la obligación de investigar, castigar e indemnizar a las víctimas y a reparar el daño causado por la vulneración de sus derechos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

CARMONA Luque, María del Rosario: “La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2011. ISBN: 8415454953.

DELPANO, Cristián: Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2012. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/235985345\\_Derechos\\_e\\_Interes\\_Superior\\_del\\_Nino\\_en\\_el\\_Sistema\\_Interamericano\\_de\\_Derechos\\_Humanos](https://www.researchgate.net/publication/235985345_Derechos_e_Interes_Superior_del_Nino_en_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos)

NOGUEIRA, Humberto: La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Parte respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes. Revista *Ius et Praxis*, Año 23, N° 2, 2017, pp. 415 – 462. ISSN 0717 – 2877.

PEREZNIETO, Leonel: La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado. Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/15211/16178>

**Jurisprudencia:**

Comité de Derechos Humanos. Observación general número 13. Administración de justicia (artículo 14). 21º período de sesiones (1984).

Corte IDH: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Corte IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

Corte IDH: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

Corte IDH: Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014.

Corte IDH: Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH: Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH: Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Corte IDH: Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH: Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte IDH: Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte IDH: Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2013.

Corte IDH: Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de Mayo de 2014.

Corte IDH: Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH: Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Corte IDH: Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

## LA IMPORTANCIA DE CONSTITUCIONALIZAR LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CHILE

THE IMPORTANCE OF INCORPORATING THE PARENTAN  
CO-RESPONSABILITY IN THE POLITICAL CONSTITUTION

Alejandra Isabel Hermosilla Besoain<sup>1\*</sup>

Hugo Tórtora Aravena<sup>\*\*</sup>

**Resumen:** La corresponsabilidad parental, junto con el interés superior del niño, es un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien el Código Civil chileno lo recoge, no lo ha hecho de la misma forma el resto del ordenamiento jurídico nacional. Como caso paradigmático, mencionamos el caso del Código del Trabajo. En este contexto, proponemos la incorporación de la corresponsabilidad parental en la Constitución Política. Esto no solo permitiría generar uniformidad en el ordenamiento jurídico chileno, sino que, además, ayudaría a abordar algunas de las principales demandas sociales que motivaron el proceso constituyente iniciado en 2019, derivadas tanto del movimiento feminista, como de las exigencias por mejores condiciones de vida para niños, niñas y adolescentes.

**Palabras clave:** Interés superior del niño; corresponsabilidad parental; Constitución Política.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 14 de noviembre y aceptado el 15 de diciembre de 2022.

\* Magister en Derecho por la Universidad de Valparaíso, Master en Derecho de Género por la Universidad de Jaén. Académica de la Universidad de Viña del Mar. Viña del Mar, Chile. Correo electrónico ale.hermosilla@gmail.com

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca. Académico de la Universidad de Playa Ancha. Valparaíso, Chile. Correo electrónico hugo.tortora@upla.cl

**Abstract:** Parental joint responsibility, along with the best interests of the child, is a fundamental principle of International Human Rights Law. Although the Chilean Civil Code includes it, the rest of the national legal system has not done so in the same way. As a paradigmatic case, we mention the case of the Labour Code. In this context, we propose the incorporation of parental co-responsibility in the Political Constitution. This would not only make it possible to generate uniformity in the Chilean legal system, but would also help address some of the main social demands that motivated the constituent process that began in 2019, derived from both the feminist movement and the demands for better living conditions for children and adolescents.

**Keywords:** Best interests of the child; co-responsibility parental; Political Constitution.

## I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, en adelante “la Convención” en el año 1989 trajo consigo importantes transformaciones en materia de derecho de la infancia y adolescencia en los diferentes Estados parte.

En el caso chileno, se iniciaron distintos procesos de adecuación de su legislación, procurando ajustarse a una protección integral. En efecto, Chile firmó y suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año, fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto. El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

Se extraen de la Convención, dos principios rectores fundamentales para el presente trabajo, como son el interés superior del niño y la corresponsabilidad parental, que aluden al pleno respeto de los Derechos esenciales del niño, niña o adolescente (en adelante NNA) y a raíz de los cuales se establece por el legislador, un derecho-deber que implica, por una parte, que ambos adultos deban relacionarse física y emocionalmente con el niño y, por la otra, el deber de crianza y ejercicio de una parentabilidad responsable. Estas normas no solo permiten la plena efectividad de los derechos de NNA, sino que se avanza en igualdad de derechos y deberes de padres y madres, sin preferencias ni exclusiones de ningún tipo.

Así Chile ha comenzado una larga carrera por dar un tratamiento a hombres y mujeres como iguales a raíz de la protección de los NNA, modificando gran parte de su normativa interna. Es así como antes de la entrada en vigor de la Convención en Chile, en 1990, la sociedad se regía por normas discriminatorias que establecían diferencias y preferencias entre hombres y mujeres respecto de sus hijos, con la entrada en vigor de la Convención el legislador estructura su normativa a fin de propender el interés superior del niño, pero eso tiene un impacto directo en la igualdad de género e igualdad de padre y madre, ya que termina con la preferencia de las mujeres y pone a los hombres en un pie de igualdad de derechos con respecto a sus hijos.

El problema es cómo el Derecho, en tanto discurso social, constituye y configura identidades, reproduce estereotipos y mantiene, limita y condiciona la posición de las mujeres en la sociedad, partiendo de la premisa que en cuanto Derecho, este es un producto de la sociedad principalmente discursiva que reproduce un contenido que, desde la perspectiva feminista del Derecho, reproduce una ideología sexual determinada denominada *ideología patriarcal* y en tanto producción social, veremos como el derecho se interrelaciona con otros elementos como la cultura, la economía, el género, entre otros, cuya transformación constante y legitimación mediante el poder, nos muestra que el fenómeno si bien se presenta como herramienta para

alcanzar la justicia e igualdad de género, a su vez es producto, produce y reproduce situaciones de inequidad o injusticia, como es el caso concreto del Derecho Laboral, que hace una clara distinción entre si se trata de un trabajador o trabajadora, no teniendo derecho en la legislación vigente a sala cuna los trabajadores padres, todo aquello que se recoge en la legislación pero que no es concordante o bien que se consagra en la constitución, se hace, a lo menos, inexigible, al ser todas ellas normas de rango legal que, por más que contengan un derecho de aplicación transversal no son capaces de sostener el discurso y confluyen entre ellas de manera incompatible, he ahí, la importancia de constitucionalizar la corresponsabilidad parental ya que es la base necesaria que da certeza de una, a lo menos, exigibilidad de corresponsabilidad viable para ser aplicada.

En este contexto, lo que la autora y el autor pretendemos demostrar en el presente trabajo es la necesidad que algunas materias en relación con los NNA, específicamente lo vinculado con la corresponsabilidad parental, deban incorporarse al ordenamiento constitucional chileno, de manera de avanzar hacia la uniformidad en torno a patrones comunes de protección de la infancia y la adolescencia, y de aseguramiento de la igualdad de género.

### **1.- Referencias a la evolución normativa del Derecho de Familia en Chile**

El Código Civil, desde su promulgación en el año 1855, ha experimentado numerosas modificaciones, particularmente en el derecho de familia y en la concepción que se tiene sobre la familia.

El modelo original suponía la consagración de un ideal de familia que se había venido construyendo en el mundo occidental desde la Edad Media, fundado en la existencia de un matrimonio celebrado según el rito religioso católico y cuya regulación quedaba entregada íntegramente al derecho canónico, por su naturaleza sacramental, que le daba carácter indisoluble. Además, confería grandes poderes al marido, cabeza de la familia, tanto sobre

la persona y los bienes de su mujer, como sobre la persona y los bienes de sus hijos, siendo una de sus misiones la de asegurar un espacio de certeza para la procreación y la transmisión de la propiedad a través de la herencia<sup>2</sup>. La Ley de Matrimonio Civil, de 16 de enero de 1884, hizo obligatoria la ceremonia civil entre los cónyuges, otorgando competencia a las autoridades civiles para dictar la normativa concerniente al matrimonio y conocer de aquellas.

Durante el siglo XX seguirían suscitándose reformas en el derecho de familia. El cristianismo, el liberalismo, la revolución industrial y la revolución sexual iniciada en la segunda mitad del siglo XX han sido factores incidentes en la extensión y organización de la familia<sup>3</sup>.

La reforma introducida por medio de la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, tuvo como finalidad mejorar la posición de la mujer casada. Se le reconoció el derecho a ejercer la patria potestad en forma subsidiaria al padre; se le confirió plena capacidad jurídica en aquellos casos en que se encuentre divorciada perpetuamente o separada totalmente de bienes; dada la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, se creó un patrimonio especial para aquellos casos en que, encontrándose autorizada por su marido, ejerciera una actividad profesional; y se permitió a los esposos pactar el régimen de separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales. Con posterioridad, nuevas reformas serían introducidas a través de las Leyes N° 7.612 y 7.613, ambas de 21 de octubre de 1943, y de la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, que mejoraría en algo la posición del hijo nacido fuera del matrimonio que hubiera sido reconocido por su padre, sin llegar a equipararlo con el hijo legítimo<sup>4</sup>.

Con el fin de la incapacidad relativa que afectaba a la mujer casada en sociedad conyugal, originado por la Ley N° 18.802 de 9 de julio de 1989, el antiguo edificio construido por Andrés Bello ha ido dando lugar a una nueva

---

2 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo: “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. N° 1, 2014. p. 281.

3 DEL PICÓ, Jorge: *Derecho de Familia*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016. p. 13.

4 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo, ob. cit. p. 280.

forma de concebir las relaciones familiares, que pone énfasis en una visión asociativa de esta, estructurada en torno a ideas de igualdad y solidaridad entre sus miembros, quienes se deben mutuo respeto y protección. Esto se complementa con el reconocimiento del interés superior de los NNA como principio que debe informar toda decisión que concierna a estos, como consecuencia de la entrada en vigor en el país de la Convención.

Podemos observar que la familia ha pasado de ser considerada por la legislación chilena como una institución fundada exclusivamente en la existencia del vínculo matrimonial, destinada a crear un marco único e indisoluble que permita la procreación y crianza de los hijos, a construir un espacio definido por la existencia de vínculos de afectividad y solidaridad entre sus miembros quienes comparten sus vidas y encuentran en ella un sustento moral y patrimonial irremplazable para su desarrollo personal, proceso que está determinado por la irrupción de un nuevo paradigma en el derecho privado<sup>5</sup>, se instaura una nueva forma de relación filial, más inclusiva y democrática, invitando a un cambio de mentalidad en la manera de concebir la relación entre padre, madre e hijos que han dejado de convivir, como consecuencia de la ruptura matrimonial<sup>6</sup>). En la actualidad, la familia se entiende como una institución anterior al matrimonio, el cual se concibe a su vez como una construcción cultural que perfecciona la unidad o alianza convenida entre dos personas<sup>7</sup>.

Este proceso de reforma de los principios reguladores de la familia chilena reconoce como uno de sus puntos más significativos la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, que vino a estructurar los vínculos de filiación conforme al principio de igualdad y al interés superior del niño, eliminando la distinción hasta entonces existente entre hijos legítimos y naturales, reconociendo los mismos derechos para todos ellos, con una prescindencia casi absoluta acerca de cuál sea el marco que rige la relación de pareja de los

---

5           Ibíd. p. 281.

6           ABBOUD, Neylia: *El cuidado compartido*. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018. p. 14.

7           DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 15.

progenitores<sup>8</sup>. La noción tradicional ha sido progresivamente abandonada en los textos de autores más recientes, ya que no se ajusta a los cambios jurídicos y culturales que se sucedieron a partir de finales del siglo XX<sup>9</sup>.

Esta transformación en la manera en cómo se estructuran los vínculos de filiación supone no solamente un reconocimiento de la vigencia del principio de igualdad entre todos los NNA, también una profundización de la igualdad en las relaciones de pareja, que importa un reconocimiento legislativo en orden a que existen múltiples bases sobre las cuales puede estructurarse la familia. Este mismo criterio sería posteriormente reiterado en la Ley N° 19.947 de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004, que, en su artículo 1°, reconoce la existencia de otras familias, no fundadas en torno a él, al señalar que el matrimonio es la base principal -pero no exclusiva- de la familia.

De esta forma, se refuerzan por la legislación chilena los elementos asociativos del matrimonio y la individualidad de los cónyuges. Una vez que desaparece el proyecto de vida en común, el derecho se encarga de reconocer dicha situación regulando sus consecuencias de manera equitativa lo que permite plantear que en aquellas realidades familiares en las que es aconsejable que el cuidado personal se radique en uno solo de los padres, sea posible trascender al tradicional “sistema de visitas quincenales, o de fines de semana”, mediante el empleo de una opción legal que, inspirada en la concepción del cuidado compartido, renueve el paradigmático cuidado unilateral. Esta opción supone distribuir las funciones parentales que, aunque en la práctica jurídica requiere un trabajo minucioso, responden al mejor interés de los hijos y al desarrollo el derecho a la corresponsabilidad<sup>10</sup>.

Profundizando estos cambios de paradigma, la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013, introdujo importantes cambios en materias de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad. En materia de cuidado

---

8 ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo, ob. cit. p. 281.

9 DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 15.

10 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 14.

personal, establece cambios en la forma de atribución del cuidado personal y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados precisamente en el principio rector del interés superior del niño. Se introduce el principio de corresponsabilidad, fundado en el principio de igualdad de los padres. La ley se encarga de ello poniendo tanto al padre como a la madre en un plano equitativo, fomentando de esta forma la erradicación de la desigualdad de género, fenómeno que requiere no solo modificaciones legales, sino también políticas públicas con perspectiva de género que permitan incluir a la mujer, dando cumplimiento al mandato de igualdad entre las personas, tanto en el ámbito público como privado<sup>11</sup>.

Avanzando a la igualdad de género y en consecuencia en la corresponsabilidad, y dando un gran paso en el cambio de paradigma de cómo la familia se adapta a la realidad humana y no a estereotipos culturales, Chile se convierte en el sexto país de América en reconocer como familia a aquellas constituidas por personas del mismo sexo mediante la ley publicada en el diario oficial el 10 de diciembre de 2021 otorga a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio civil, el que antes de esta ley solo permitía contraer matrimonio a las personas de distinto sexo. Así las cosas, la ley otorga reconocimiento en materia de filiación a las familias homoparentales así como disponer los regímenes patrimoniales que regularán las relaciones económicas de las parejas del mismo sexo entre ellos y con terceros. Lo que hace la ley para darles reconocimiento a las parejas del mismo sexo es neutralizar el lenguaje, refiriéndose a los o las cónyuges y las o los progenitores, dando cabida a la inclusión, reconocimiento y fomento de todo tipo de familias lo que implica una protección a los NNA, ampliando la posibilidad de adopción para que muchos NNA tengan acceso a pertenecer a una familia reconocida y en consecuencia protegida por la legislación.

---

11 GARZA, María: “Garantizar la igualdad de género”. En: *Ciencia, técnica y mainstreaming social*, Universitat Politècnica de Valencia, N° 3, 2019, p. 62.

Asimismo en este camino hacia una igualdad integral, en diciembre de 2019, el Instituto de Previsión social, se convierte en la primera institución del Estado en especializarse en la Norma Chilena sobre Igualdad de Género, conciliación de la vida laboral, familiar y personal (NCh3262). Dicha norma tiene por objeto impulsar a que las organizaciones se desarrollen en igualdad de condiciones, siguiendo, entonces con el cambio de paradigma que hemos venido enunciando, impulsando con ello un cambio cultural necesario para la corresponsabilidad de roles, para conciliar la vida laboral y las actividades en familia. Es esta norma una herramienta fundamental para avanzar adecuadamente y enteramente a la igualdad de género, a la equidad de género, para conciliar la vida familiar con la laboral y para ejercer de manera correcta la corresponsabilidad, es del caso señalar que la NCh 3262 es un instrumento que mide estándares del ideal que se busca con la igualdad de género y en consecuencia con la corresponsabilidad, mas no se trata de una norma de rango legal que establezca penas o castigos, sino que se intenta aplicar esta norma a las empresas para que ellas se eduquen y eduquen a sus trabajadores y trabajadoras avanzando hacia la igualdad en todos los ámbitos de la vida, es esta norma un gran aporte en especial luego de la crisis sanitaria a nivel mundial que tuvo a las mujeres recargadas de trabajo, haciéndose cargo de las labores propias del hogar, de los hijos que estaban encerrados en sus casas asistiendo a clases virtuales y además muchas de ellas con teletrabajo, esta NCh, es sin duda un aporte que llama a la reflexión y el reconocimiento de las labores de todas las personas y cómo hacerlo para lograr la tan ansiada igualdad.

Asimismo entendiendo lo que se busca con la implementación de la NCh 3262 y a fin de avanzar efectivamente en el trabajo conjunto e igualitario en las familias, en noviembre de 2021 se promulga la ley de corresponsabilidad parental y pago efectivo de pensión alimenticia que establece un mecanismo de pago permanente para las deudas de alimentos, trasladando al estado el deber de investigar las cuentas bancarias y/o documentos financieros de los

deudores y estableciendo medidas cautelares, facilitando así el pago efectivo de la pensión alimenticia, evitando que los NNA queden desprovistos de lo necesario para su subsistencia.

## **2.- El interés superior del niño, en el Derecho Internacional y en Chile**

El interés superior del niño es un concepto que tiene su mayor desarrollo en la Convención, pero que ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2), en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b y 16, párr. 1 d), así como en instrumentos regionales y en numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales. Se ha entendido que es una declaración de principios del ordenamiento jurídico, que determina que los agentes de los poderes públicos deben cautelar de un modo imperativo el respeto de los derechos fundamentales del NNA, considerados como personas que no han alcanzado la adultez, debiendo entenderse que tales derechos están basados y determinados por el desarrollo equilibrado de su personalidad<sup>12</sup>.

La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8) y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

---

12

DEL PICÓ, Jorge, ob. cit. p. 39.

La definición y objetivo de este principio ha sido delimitado por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 14 del 29 de mayo de 2013. En ella se plantea que el objetivo del interés superior del niño radica en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y su desarrollo holístico, precisando que el Comité ya ha señalado que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Además, recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. La plena aplicación de este concepto exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual del NNA y promover su dignidad humana.

A fin de dar cumplimiento a la Convención, el Código Civil, en los artículos 222 y 242, establece al interés superior del niño como principio rector en todas aquellas materias que involucren menores de edad. La Corte Suprema ha dicho que *“puede afirmarse que el concepto alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad”*<sup>13</sup>.

Este es un principio complejo en cuanto como concepto jurídico es abierto e indeterminado, en consecuencia permite incluir algo general a un caso particular, es decir permite considerar aquello que aparezca como lo más beneficioso para el desarrollo integral del NNA y para la satisfacción de sus necesidades, físicas, psíquicas y espirituales, pero sin definir qué es lo más beneficioso para un NNA. La Corte Suprema ha establecido esta visión en su jurisprudencia al describir el interés superior del niño como un *“[...] principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento ju-*

---

13 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol. 1384-2008, de fecha 14 de abril de 2008.

*rido, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, entre otros, el artículo 222 del Código Civil y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”<sup>14</sup>.*

### **3.- Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental en Chile**

El Código Civil chileno regula el cuidado personal de los hijos y el deber de mantener con ellos un trato regular y directo en el Título IX del Libro I, “De los derechos y obligaciones entre los padres e hijos”. El legislador nacional, al referirse al cuidado de los hijos y la responsabilidad que pesa sobre los padres respecto de estos, no establece una definición de cuidado personal. Para Lepin, “el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”<sup>15</sup>.

El artículo 224, inciso 1º, del Código Civil prescribe que “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos*”. El esquema responde, por un lado, al deber y derecho de ambos, padre y madre de consuno, de criar y de educar a sus hijos y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, derecho y deber que se encuentra establecido por nuestro legislador, en el Código Civil, en los artículos 222, inciso segundo,

---

14 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol 3666-2014, de fecha 6 de octubre de 2014.

15 LEPIN, Cristian: “Reformas a las relaciones paternofiliales. Análisis de la Ley N° 20.6880”. En: *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*. Universidad de Chile, N° 3, 2000. p. 285.

y 224 y, a nivel constitucional, en los artículos 1 y 19 N° 10. Esto obedece a la constatación de la doble función, paternidad y maternidad, que ejercen los progenitores conjuntamente en la crianza y educación de sus hijos. Sin embargo, el creciente reconocimiento legislativo y doctrinal que ha tenido el modelo de cuidado compartido de los hijos invita a un cambio de mentalidad en la manera de concebir la relación entre padre, madre e hijos que han dejado de convivir producto de un quiebre matrimonial.

Para poder distribuir funciones filiales de manera concreta, hay que penetrar en el contenido de la responsabilidad parental, por lo que se hace importante la disociación entre el título y el ejercicio de la responsabilidad parental, entendida esta última como el bloque de derechos, deberes y funciones establecidos por el ministerio de la ley, a cargo de los padres, o quien haga sus veces, orientados en la protección, desarrollo y formación de los hijos menores de edad no emancipados. Esta categoría se ubica en la cúspide de las relaciones paterno-filiales y supone la representación legal de los hijos en complemento a sus capacidades progresivas, así como la potestad decisoria de asuntos relacionados al desarrollo de la vida de estos.

En regla de principios, es un deber-función que, por atribución de ley y sentido natural, corresponde en conjunto a la madre y al padre, a menos que uno de ellos no pueda o no deba. Este deber-función que tienen ambos padres puede verse desmembrado cuando se produce la separación, quedando la titularidad, en principio, a la cabeza de ambos<sup>16</sup>.

El Código Civil, en su artículo 222, inciso primero, establece que: “*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*”.

---

16                      ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 21.

Se procura poner énfasis en el interés superior del niño, entendiendo que es responsabilidad de ambos padres procurar la mayor realización posible de sus hijos.

#### **4.- Atribución del cuidado personal en la legislación nacional chilena**

Cuando se produce la separación de los padres, es preciso establecer, por tanto, quién y de qué forma va a ejercer los cuidados personales, determinando el titular del derecho-deber y modalidad de ejercicio. Para ello la reforma mantiene el esquema de atribución del cuidado personal en base a tres fuentes: convencional, legal y judicial.

(a) Atribución convencional: La Ley 20.680 permite pactar acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos en dos sedes: (a.1) extrajudicialmente, en cualquier momento, en base al artículo 225 del Código Civil, inciso primero; y (a.2) en los juicios de separación y divorcio, mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947.

(a.1) Conforme al artículo 225, inciso primero, del Código Civil, los padres pueden regular la atribución y forma de ejercicio del cuidado personal de sus hijos, pudiendo atribuir su ejercicio de modo exclusivo a uno de ellos, o pactar alguna forma de ejercicio compartido. Dicho acuerdo, que no requiere aprobación judicial, se manifiesta por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, sub-inscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de treinta días siguientes a su otorgamiento.

Como una forma de impulsar la corresponsabilidad parental, el legislador estableció el cuidado personal compartido por medio de la Ley 20.680, con el objeto de proteger la integridad del menor de edad, una vez producida la separación de sus padres. Este régimen se basa en los principios de corresponsabilidad parental, interés superior del niño, igualdad de los padres e integridad física y síquica de los niños.

El artículo 225 del Código Civil, define al cuidado personal compartido como “*un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad*”.

La Ley 20.680 por tanto, agrega como régimen alternativo, el cuidado personal compartido, debiendo los padres estar de acuerdo en ello. No se posibilita al juez para imponerlo contra la voluntad de sus padres, esto debido a que se ha sostenido que las mejores circunstancias que se dan a fin de establecer una custodia compartida son, entre otros, la cooperación y comunicación entre los padres<sup>17</sup>.

Si bien este régimen procura estimular e impulsar la corresponsabilidad, ella no se circunscribe a esta sola modalidad. La inexistencia de un régimen compartido no obsta a que ambos padres deban ejercer su rol de manera activa, estable y responsable. Tanto a la madre como al padre les asiste la obligación de corresponsabilidad, ya que se configura como un pilar de las relaciones paterno-filiales y no un derecho limitado a la custodia compartida.

El Tribunal Constitucional ha dicho que: “*cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas*”<sup>18</sup>.

(a.2) Para los casos de separación o divorcio la Ley N° 19.947, en sus artículos 27 y 55, establece que los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con

---

17 LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás: *Responsabilidad parental*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013. p. 163.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile. Rol 2699, de fecha 16 de junio de 2015.

respecto a sus hijos. Por su parte, su artículo 21, que señala las materias que deben regularse para que el acuerdo se considere completo, establece expresamente que los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido, el que se regirá por las reglas recién reseñadas.

(b) **Atribución legal:** La segunda forma de atribución es la legal, que opera a falta de acuerdo de los padres. En ese caso, el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 225, inciso tercero, del Código Civil. Es una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual (Lepin, C. 2013, p. 291).

La atribución legal es el reconocimiento de una situación de hecho, que ocurre cuando los padres, que viven separados, nada han dicho sobre el cuidado personal de sus hijos. El legislador reconoce la situación que en la realidad ya se está dando, con el objeto de mantener la estabilidad de los niños, atribuyéndole el cuidado personal al padre o madre que viva con él. En consecuencia, si se ve alterada la situación residencial del hijo, la atribución del cuidado también cambiará.

(c) **Atribución judicial:** El artículo 225, inciso cuarto, del Código Civil establece que *“En cualquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo hagan conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”*. En este caso, padre y madre se encuentran en igualdad de condiciones, debiendo el juez otorgar el cuidado personal a aquel que dé garantías de satisfacer mejor el interés de su hijo.

En concordancia con el deber de los padres de ejercer la corresponsabilidad parental de manera conjunta, como asimismo con el principio de igualdad entre ellos, se eliminó lo que se conocía como el “cuidado personal declarativo”. La antigua legislación establecía una preferencia para la madre, radicando en ella el cuidado personal, salvo que tuviese alguna inhabilidad. Al producirse la separación, el juez declaraba que, en virtud de esta preferencia legal, le correspondía a la madre dicho cuidado. Hoy, esa preferencia se ha eliminado, y el cuidado personal simplemente lo detentará quien esté efectivamente ejerciéndolo en ese momento, por lo que no podría pedirse al tribunal que simplemente constate una situación de hecho. Toda demanda judicial en esta materia debe fundamentarse en el interés superior del NNA, explicando el motivo por el cual es más beneficioso radicar el cuidado personal exclusivamente en el padre o madre.

En la misma lógica recién explicada, se eliminó la exigencia de que el cambio de titularidad del cuidado solo procediera en casos de maltrato, descuido u otra causa calificada<sup>19</sup>. Así, en la actualidad, cualquier solicitud de modificación en esta materia debe estar fundada en el interés superior del NNA.

### **5.- Cuidado personal radicado en el padre o la madre exclusivamente**

Cuando el cuidado personal es radicado en uno de los padres, quien lo ejerza se hace cargo de los cuidados diarios del NNA, sin perjuicio de lo cual ambos continúan detentando el título, esto es, la responsabilidad parental de procurar el mejor desarrollo físico y psíquico del hijo, aunque no ejerzan la custodia compartida. Así lo establece el legislador en el artículo 229, inciso cuarto, del Código Civil al señalar: “Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

---

19 LEPIN, ob. cit. pp. 292-293.

Es tan importante que la corresponsabilidad parental se lleve a cabo por ambos progenitores que la actitud del no custodio no puede ser pasiva respecto del derecho de relación directa y regular, sino, muy por el contrario, debe ser una conducta activa y positiva, con un actuar flexible y comprensivo, en beneficio de los hijos. Esto en el entendido de que el progenitor que impide o limita el ejercicio del derecho puede estar causando un perjuicio al hijo al privarle de la necesaria relación con el padre no custodio, afectando su desarrollo integral<sup>20</sup>.

El Código Civil refuerza la separación que existe entre el deber de corresponsabilidad con el derecho deber de relación directa y regular al incorporar el artículo 229, inciso segundo, del Código Civil, que establece el derecho de los NNA de mantener una relación directa y regular con sus abuelos, a quienes, por su parte, no les asiste el deber de corresponsabilidad, deber exclusivo de los padres, que no cesa ni se incrementa por la modalidad que tengan para relacionarse con sus hijos<sup>21</sup>.

#### **6.- Relación directa y regular con el padre que no ejerce el cuidado personal**

A diferencia del cuidado personal, la ley sí define lo que debe entenderse por relación directa y regular en el artículo 229, inciso segundo, del Código Civil, indicando que es *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*.

De acuerdo con lo prescrito por el legislador en el artículo 229 del Código Civil, existen dos maneras de determinar el régimen comunicacional que mantendrá el padre o madre no custodio con su hijo:

---

20 ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014. pp. 146-148.

21 *Ibid.*, p. 34.

(a) Determinación convencional: Esta forma de establecer un régimen comunicacional se materializa mediante un acuerdo que debe constar por escritura pública y debe sub-inscribirse dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, acuerdo que se puede regular de conformidad al artículo 225, inciso primero, del Código Civil, o bien de acuerdo con los artículos 21, 27 y 55 de la LMC, caso en el cual queda sujeto al control judicial de suficiencia<sup>22</sup>.

(b) Determinación judicial: Se realiza a través del juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo, oír al niño, niña o adolescente, dependiendo de su edad y madurez, y considerar los criterios establecidos en el inciso tercero del artículo 229 del Código Civil para la regulación del régimen, como la edad de los hijos, la vinculación afectiva, los acuerdos sobre la materia. Dichos criterios no son taxativos, por lo que debe ponderarse cualquier elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo<sup>23</sup>.

En cuanto al ejercicio del derecho-deber de relación directa y regular, se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre no custodio y el hijo, asegurando el juez la mayor participación y corresponsabilidad de los padres. Distribuir las funciones parentales debe entenderse no como una forma de disgregar, sino de compartir e integrar las mismas, de forma similar a la que se organiza un trabajo de equipo. Esto, ya que educar y formar a los hijos es la labor del equipo que integran padre y madre, y el esfuerzo conjunto beneficiará tanto a los hijos como a la familia en su integridad<sup>24</sup>.

---

22 LEPIN, Cristian, ob. cit. p. 297.

23 Ídem.

24 ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 30.

## 7.- La corresponsabilidad e igualdad de los padres en atención al interés superior del niño

La corresponsabilidad es un principio reconocido por el legislador chileno, siguiendo lo que señala la Convención sobre los Derechos del Niño a la que adherimos ya en 1989, es decir el legislador ha tomado en consideración que los hijos necesitan para su equilibrio emocional y el mejor desarrollo de sus potencialidades, de ambos progenitores, siempre que ello no los perjudique. Así, en virtud del principio de corresponsabilidad, ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. El deber de crianza es un deber genérico de la relación parental, independiente de la situación fáctica o jurídica en la que se encuentran los progenitores, por lo que no es transigible<sup>25</sup>.

La ley N° 20.680 pone en un plano de igualdad a los padres, elimina preferencias e impone, por medio de la corresponsabilidad, las mismas obligaciones a ambos, en atención a la realización personal de los hijos y a su formación durante su crecimiento. Sin embargo, el principio de igualdad, tal como la corresponsabilidad, es una derivación del principio del interés superior del niño, ya que más que buscar la equidad entre padre y madre satisfaciendo sus propios intereses, es funcional al interés superior del niño, protegiendo los derechos e intereses de los hijos<sup>26</sup>.

La ley no entrega una definición del principio de corresponsabilidad. Siguiendo a Acuña, se puede entender que consiste en “el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial”<sup>27</sup>. Este principio es explicitado por el legislador tomando en consideración que los hijos necesitan de am-

---

25 SCHMIDT, Claudia: “Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!” En: *Revista de Derecho de Familia N° 1*, 2014, pp. 29-39.

26 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental”. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, 2013, p. 34.

27 *Ibidem*. p. 28.

bos progenitores para su equilibrio emocional y el mejor desarrollo de sus potencialidades, por lo que la ley pretende reforzar la responsabilidad de ambos padres en la crianza, educación y establecimiento de los hijos<sup>28</sup>. En el ámbito de la relación de filiación, resulta propio que los padres desempeñen ciertas funciones básicas respecto de sus hijos; nadie discute hoy que ambos tienen responsabilidades en su crianza, desarrollo y educación, aunque por diversas circunstancias no siempre se asuman<sup>29</sup>.

Es en atención al interés superior del niño que la Corte Suprema, a propósito del cuidado personal de los hijos, ha señalado que: “*Es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, es decir, que postula que ambos padres deben comprometerse y participar en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos*”<sup>30</sup>.

El legislador dota de contenido a la corresponsabilidad en el artículo 224 del Código Civil, que permite apreciar sus distintas dimensiones. Según él, la participación de ambos padres debe ser activa, equitativa y permanente, con lo cual, la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados, debe ser de parte de ambos diligente, eficaz y no pasiva (activa); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (equitativa); y en forma constante, mantenida y estable en el tiempo (permanente)<sup>31</sup>.

---

28 RODRÍGUEZ, María Sara: “*Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013*”. Revista de Derecho de Familia N° 1, 2014, p.78.

29 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental”, ob. cit. p. 28.

30 Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Chile. Rol. 99861-2016, de fecha 23 de mayo de 2017.

31 ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*, ob. cit. p. 26.

La corresponsabilidad parental es, en lo terminológico, un concepto nuevo. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 de Código Civil, en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental ha cobrado relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro<sup>32</sup>.

“En términos simples la corresponsabilidad es el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, en atención a su interés superior, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer acuerdos, derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables”<sup>33</sup>.

## 8.- Caso paradigmático chileno

Nuestro país ha experimentado numerosos cambios en la forma de diseñar y vivir la familia. La evolución de las relaciones paterno-filiales en la segunda parte del siglo XX y principios del XXI, caracterizada por la democratización de las relaciones de familia y la autonomía de sus miembros, propicia un giro cualitativo a la configuración del cuidado de los hijos tras la ruptura de pareja, lo que hace que hoy se asuma que la falta de convivencia no es causal para privar del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, la que ha sido definida como el bloque sólido de derechos, deberes y funciones

---

32 Ídem.

33 ACUÑA, Marcela: “El principio de corresponsabilidad parental” p. 28.

establecidos por el ministerio de la ley, a cargo de los padres, o quien haga sus veces, orientados en la protección, desarrollo y formación de los hijos menores de edad no emancipados<sup>34</sup>.

Es imprescindible el adecuado entendimiento de la normativa y, en consecuencia, la correcta aplicación del principio de corresponsabilidad, puesto que trae consigo numerosas consecuencias positivas en las relaciones personales entre padres e hijos luego de la separación. Cuando los padres ejercen su rol de manera conjunta, este se manifiesta mediante acuerdos implícitos dentro de la convivencia conyugal. Sin embargo, al momento de producirse la separación se hace necesario acudir a la ley para comprender cómo el legislador pretende que se aplique dicho principio y de qué manera se manifiesta<sup>35</sup>.

En el caso concreto del Derecho del Trabajo la corresponsabilidad parental es un término fundamental y debe establecerse como principio hacia el camino a la paridad de género toda vez que un correcto ejercicio de la corresponsabilidad supone alcanzar una armonía y balance en el ámbito familiar y laboral, con foco a que las responsabilidades sean compartidas, esto porque históricamente las tareas que corresponden al ámbito privado han recaído prácticamente en su totalidad en las mujeres, existiendo en consecuencia una sobrecarga de trabajo no remunerado que supone un completo desequilibrio entre hombres y mujeres. En el ámbito laboral, la incorporación del concepto, como principio, de corresponsabilidad persigue que hombre y mujeres tengan los mismo derechos y obligaciones, pero también las mismas oportunidades, ya que con ello se “permite” que las mujeres puedan ejercer su derecho, como ciudadanas, personas, humanas, a participar en todos los aspectos de la vida pública y por ende en la toma de decisiones, al igual que los hombres, para ello es imprescindible “permitir” que los hombres

---

34        ABBOUD, Neylia, ob. cit. p. 21.

35        ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*, ob. cit. p. 30.

se involucren en el ámbito privado para así dar espacio, sin dejar de ejercer la corresponsabilidad, a las mujeres, produciéndose entonces un balance necesario, que permita que coexista la vida familiar y laboral.

No basta, para que la sociedad evolucione, que la ley consagre y recoja principios como la corresponsabilidad parental, abriendo el espacio público a las mujeres, si no se abre paralelamente la posibilidad de que los hombres ingresen y conozcan el espacio privado.

En nuestro caso concreto la legislación laboral se ha abierto a la incorporación de las mujeres como pares respecto de los hombres, sin embargo, no lo ha hecho guardando equilibrio entre ambos sexos. Por el contrario, se ha producido una verdadera sobrecarga sobre las mujeres, dejándolas como líderes en el ámbito público y pares en el ámbito privado.

A manera de ejemplo, se puede mencionar que, de acuerdo con el art. 203 del Código del Trabajo chileno, la obligación de contar con salas cuna solo rige para aquellas empresas que cuenten con veinte o más trabajadoras (vale decir, mujeres), por lo que es evidente el sesgo, al suponer que es la madre (y no el padre) quien debe hacerse responsable de los hijos, y que, por lo mismo, solo ellas reciben el beneficio señalado en el ámbito laboral.

También se puede hacer referencia a la especial situación que opera respecto del permiso parental postnatal. Esto, porque a partir de la Ley 20.545 del año 2011, que modificó el Código del Trabajo, el padre podrá hacer uso del permiso posnatal que, originalmente solo tenía la madre. Sin embargo, para que ello opere, será la madre trabajadora quien deberá entregar o ceder este derecho al hombre. Vale decir, nuevamente la ley supone, *a priori*, que la encargada de responsabilizarse de los hijos en común es la mujer, y solo supletoriamente actúa el padre. Esto ha significado que, según cifras oficiales

de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) menos del 1% de los padres hayan hecho uso de esta posibilidad, ya que prioritariamente lo usan las madres<sup>36</sup>.

Estas diferencias en materia laboral, que no se advierten del mismo modo en materia civil y de familia, se explican por factores culturales. Como lo asevera Alejandra Sepúlveda, la sociedad chilena “sigue siendo sumamente conservadora y machista, principalmente, en la asignación de las responsabilidades familiares y sociales que a cada uno le competen y que claramente se diferencian entre hombres y mujeres” (2017).

Aun cuando estamos de acuerdo con la afirmación anterior, creemos que la época de cambios jurídicos y políticos que vive Chile, especialmente en materia constitucional, puede permitir que la actualización y la homogenización de nuestras normas se produzca sin que sea necesario que operen los cambios culturales, los que pueden tomar muchas décadas en ocurrir. El proceso constituyente chileno pasa a ser una interesante oportunidad para recoger de manera amplia y coherente los deberes de ambos padres respecto de sus hijos, sin que medie ninguna clase de prejuicio de género.

Por lo mismo, intentaremos explicar en qué sentido una nueva Constitución, nacida al alero de movimientos sociales que han activado el poder constituyente soberano, puede colaborar con esta tarea.

---

36 SEPÚLVEDA, Alejandra: *Postnatal parental masculino: no hay derecho (ni deber)*, publicación de fecha 30 de octubre de 2017, en el periódico digital El Mostrador, enlace: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/10/30/posnatal-parental-masculino-no-hay-derecho/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

## **9.- Razones por las cuales la constitucionalización de la corresponsabilidad parental en Chile**

La falta de homogeneidad normativa en Chile en torno a la idea de corresponsabilidad se demuestra, como se ha señalado, por un diferente trato de la misma entre las legislaciones civil y laboral. En buena medida, dicha disparidad proviene del hecho que este principio no ha sido recogido por la norma de mayor jerarquía, como es la Constitución.

En efecto, a partir de la supremacía y de la fuerza vinculante de la Constitución, la inclusión en ella de los principios fundamentales de organización social, produce un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, el que es conocido como la constitucionalización del Derecho.

No obstante ello, claro está que no cualquier axioma, por importante que pueda parecer, merece ser incluido en la norma superior de un ordenamiento. Algunos de los criterios que han de tenerse cuenta para adoptar esta decisión tendrán que ver, en primer lugar, con las circunstancias históricas que motivaron el momento constituyente que da origen al nuevo texto, y también si se trata de una materia que pueda ser considerada propia de derechos fundamentales.

En relación con el primero de los dos criterios, efectivamente la inclusión de la corresponsabilidad parental puede obedecer, al menos a dos fenómenos históricos que han motivado el proceso constituyente que actualmente vive Chile, estos son: la fuerza del movimiento feminista y una creciente demanda social por mejorar las condiciones de vida de NNA.

Respecto del primero de ambos fenómenos, el protagonismo del movimiento feminista en la demanda constituyente en Chile ha sido clave. Esta circunstancia debe ser destacada con particular fuerza ya que, como señalan Viviana Ponce de León y Yanira Zúñiga, “como las mujeres históricamente

han estado excluidas de todos los procesos que implican toma de decisiones relevantes, es evidente que también han estado excluidas de los procesos de cambio constitucional<sup>37</sup>.

Dentro de muchas otras, mencionaremos tres manifestaciones incidentes de este movimiento reivindicatorio en el ámbito constitucional.

La primera fue la instalación de una *performance*, creada por el colectivo “Las Tesis”, denominada “Un violador en tu camino”, la cual protestaba en contra del sistema patriarcal y machista instalado en Chile. La creación artística se alzó como un grito desesperado en contra de la violencia de género y su impunidad, identificando diversos culpables: el Estado (a quien se le acusa de ser “opresor” y “un macho violador”), la policía (“los pacos”), el sistema de justicia (“los jueces”), el Gobierno (“el presidente”) y, en general, la propia sociedad que disminuye y justifica la gravedad de la violencia de género (“la culpa no era mía, ni donde estaba, ni cómo vestía”). La coreografía asociada a este verdadero himno contra la violencia de género se reprodujo innumerables veces en todo el país, y fue una expresión recurrente de las movilizaciones sociales por una nueva Constitución. A tal llegó su relevancia que, a juicio de Rita Segato, fue algo que se “salió de control de los medios habituales [y] circuló por el planeta por sus propios pies, evadió todos los filtros, todas las selectividades de los canales convencionales”<sup>38</sup> (2019).

La segunda manifestación del clamor feminista fue la conmemoración del Día Internacional de la Mujer, el 8 de marzo de 2020, a casi dos meses del Acuerdo de Paz y Nueva Constitución y pocos días antes de iniciarse la cuarentena producto de la pandemia por COVID-19. Según se ha documentado, más de un millón de personas, esta vez casi exclusivamente mujeres,

---

37 PONCE DE LEON, Viviana y ZÚÑIGA, Yanira: “Las mujeres y los procesos constituyentes”. En: Bassa (editor): *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020. p. 214.

38 SEGATO, Rita: *La violación no es un acto sexual, es un acto de poder de dominación, es un acto político*, publicación de fecha 11 de diciembre de 2019, en el sitio web de BBC News, enlace <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50735010> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

salieron a las calles de Chile, ya no solo con el petitorio general de una nueva Carta Fundamental, sino que, además con la exigencia de que ella debía tener una perspectiva de género que recogiera de una vez, los derechos de las mujeres y, en general, de las diversidades postergadas históricamente. De allí que se planteara, por parte de las convocantes a estas movilizaciones, que “la Constitución será feminista, o no será”<sup>39</sup> en clara alusión a que esta materia no puede ser un elemento accesorio del texto que se redactara, sino más bien, debía tratarse de un eje transversal ineludible y necesario.

La tercera manifestación es, por supuesto, el hito histórico fundamental de ser la Convención Constitucional chilena, la primera asamblea constituyente de la Historia diseñada de manera paritaria, esto es, compuesta por mismo número hombres y mujeres. La paridad fue una conquista fundamental del movimiento feminista ya que se entendió que no bastaba con un documento donde los hombres reconocieran derechos en beneficio de las mujeres, de forma nuevamente paternalista, sino que era imprescindible que este fuera redactado con el máximo equilibrio posible entre ambos géneros, donde las constituyentes femeninas tuvieran exactamente la misma voz que los constituyentes varones. Más allá que la propuesta constitucional fuera rechazada en el plebiscito del día 4 de septiembre de 2022, la sola circunstancia que se instalara una asamblea con estas características es una circunstancia de enorme trascendencia.

Al menos estas tres circunstancias, simbólicas, política y jurídicas, pueden llevar a concluir la necesidad de que la nueva Constitución se haga cargo de las inequidades históricas entre hombres y mujeres, lo cual, en el ámbito familiar y *filiativo*, se manifiesta, entre otras cosas, en la necesidad de asumir la corresponsabilidad parental, sin beneficios, exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo por motivo de género. Postulamos, por lo tanto, que la impronta de las demandas provenientes de los movimientos

---

39 SEPÚLVEDA, Bárbara: “La Constitución será feminista, o no será”. Columna de opinión de fecha 8 de septiembre de 2021, en el periódico The Clinic, enlace <https://www.theclinic.cl/2021/09/08/columna-de-la-convencional-barbara-sepulveda-hales-la-constitucion-sera-feminista-o-no-sera/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

feministas va dirigida a proclamar una efectiva igualdad de géneros en todos los ámbitos, por lo que el principio en análisis debiera ser reconocido en el próximo texto constitucional.

El segundo fenómeno que analizaremos y que debiera justificar la inclusión de la corresponsabilidad parental en la Constitución, es la necesidad de garantizar en ella, los derechos de NNA.

Como primera referencia, debe tenerse presente que, en buena medida, las movilizaciones sociales de octubre de 2019 que desencadenaron el proceso constituyente fueron iniciadas por estudiantes secundarios, vale decir personas mayoritariamente menores de 18 años, que protestaron en contra de un alza de pasajes del Metro de Santiago, ya referido previamente. Todo se inicia con la evasión del pago de la tarifa, saltándose los torniquetes de ingreso al tren subterráneo de la capital, como método de protesta pacífica en contra de la medida gubernamental. Esta demostración de consciente rebeldía en contra de un modelo que conducía a “una vida difícil de sobrellevar, muy cara de costear y que, además, se verifica en un entorno de abusos en que los más poderosos parecen ser impunes a la acción de la ley”<sup>40</sup>, inspiró que, días después, se desarrollaran todas las demás movilizaciones tendientes a redactar una nueva Constitución.

Pero, adicionalmente, las exigencias por un sistema que se haga cargo de las necesidades y de los derechos de NNA fueron demandas muy habituales en dichas movilizaciones. Por una parte, la falta de inversión y la absoluta despreocupación del Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo estatal encargado de velar por los derechos de niños y niñas en situación de riesgo social, llevó a una crisis profunda del mismo, lo cual derivó en abusos y descuido inexcusable de NNA bajo su resguardo. A su vez, innumerables

---

40 LOVERA, Domingo: “El camino constitucional de los pingüinos: ensayo y aprendizaje”. En: Guiloff, Lorca, Marshall y Selame (editores y editoras): *La hoja en blanco, claves para conversar una nueva Constitución*. Ediciones La Pollera, Santiago de Chile, 2020. p. 148.

casos de abuso infantil, provenientes de diferentes fuentes, incluso de agentes del Estado y de miembros de las iglesias, terminaron por colmar la paciencia de millones de chilenos.

Es así como la agenda referida a NNA adquirió una relevancia probablemente nunca antes vista en Chile. La sensación de indefensión de este grupo vulnerable de personas fue uno de los tantos detonantes de un estallido social incontrarrestable.

De esta forma, nuevamente, los temas de infancia pasan a ser un elemento fundamental del cambio constitucional. A la necesaria inclusión de principios básicos, como el del interés superior del niño, se agregan otros derivados del mismo, como es el aseguramiento efectivo del derecho a una educación de calidad, pública, gratuita, laica y no sexista, y también garantías de un cuidado adecuado de los derechos de NNA, en todos los ámbitos de sus vidas. En ese escenario, la constitucionalización de la corresponsabilidad parental también aparece como una necesidad ineludible.

Finalmente, será necesario señalar que no solo circunstancias históricas motivan la incorporación de la mencionada corresponsabilidad parental en una eventual próxima Constitución. También ella se explica por cuanto se trata de una cuestión propia de derechos fundamentales y, por lo tanto, una de las materias esenciales de todo texto fundamental.

Diremos que la corresponsabilidad es, efectivamente, una materia que pertenece a los derechos fundamentales, por dos razones que ya hemos esbozado previamente y sobre las cuales no es necesario insistir.

En primer término, porque es una de las tantas vías idóneas para asegurar igualdad de trato entre hombres y mujeres, entre padres y madres. Por lo tanto, está relacionado con el derecho a no ser discriminados en razón de nuestro sexo o género.

Y, en segundo lugar, porque es manifestación de los Derechos de NNA, asegurados por la Convención, pero que el ordenamiento constitucional chileno no recoge de manera concreta y uniforme.

De esta forma, la constitucionalización de la corresponsabilidad parental queda justificado tanto por razones históricas, vinculadas con la génesis misma del próximo texto constitucional, como por razones materiales, al tratarse de un asunto vinculado con los derechos fundamentales de las personas.

## II. CONCLUSIÓN

El Derecho Civil chileno de mediados del Siglo XIX, y que rigió hasta la entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño, estaba inspirado en concepciones tradicionales que incluían, entre otros aspectos, la primacía de las familias matrimoniales respecto de las demás, y la preferencia de los hijos nacidos dentro del vínculo conyugal por sobre los procreados fuera de él. Además, dicha visión tradicional marcaba muy claramente las diferencias de roles entre hombres y mujeres: los primeros, proveedores de los medios de sustento para la familia, y las segundas, las encargadas de cuidar a los hijos en común.

En gran medida, fue la mencionada Convención la que, a partir del año 1990, fue transformando nuestra legislación civil, gracias a la incorporación del principio del interés superior del niño al ordenamiento jurídico. Dentro de estos cambios, y a través de diferentes reformas al Código Civil, comienza a incorporarse la idea de corresponsabilidad parental en nuestra legislación.

Sin embargo, los avances que se advierten en la el Derecho de Familia no han marchado al mismo ritmo en las demás áreas. Particularmente, en el Derecho del Trabajo, si bien se advierten aproximaciones interesantes que tratan de recoger la idea de la corresponsabilidad parental, lo hacen de manera

incompleta, manteniendo sesgos y prejuicios, con lo que no solo se afectan los derechos de NNA, sino que además son indicios de discriminaciones de género inaceptables para el Siglo XXI.

Paralelamente, Chile está viviendo un proceso de cambio constitucional que, a la fecha del presente trabajo, se encuentra en un plano de negociaciones políticas de incierto futuro.

Sin embargo, sin perjuicio de la contingencia, lo que se ha postulado en este artículo es que el proceso de redacción de una eventual nueva Constitución puede ser una oportunidad invaluable para recoger el principio de corresponsabilidad parental en la norma de mayor jerarquía. De esta forma, se podría permitir un grado de mayor homogeneidad entre las diferentes normas que componen nuestro ordenamiento, sin las diferencias detectadas entre el Código Civil y las demás leyes.

Por lo demás, esta posibilidad podría encontrar su sustento, tanto en las condiciones históricas que hacen reflexionar acerca de la necesidad de una nueva Constitución, como en la aplicación de criterios propios de derechos humanos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABBOUD, Neylia: *El cuidado compartido*. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

ACUÑA, Marcela: "El principio de corresponsabilidad parental". En: *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, 2013. Págs. 21 y ss.

ACUÑA, Marcela: *Derecho de regulación directa y regular*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

ARANCIBIA, María José y CORNEJO, Pablo: “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. En: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. N° 1, 2014. Pág. 279 y ss.

DEL PICÓ, Jorge: *Derecho de Familia*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol. 1384-2008, de fecha 14 de abril de 2008.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol 3666-2014, de fecha 6 de octubre de 2014.

Excma. Corte Suprema de Chile. Sentencia rol. 99861-2016, de fecha 23 de mayo de 2017.

GARZA, María: “Garantizar la igualdad de género”. En: *Ciencia, técnica y mainstreaming social*, Universitat Politècnica de Valencia, N° 3, 2019. Págs. 62 y ss.

LATHROP, Fabiola y ESPEJO, Nicolás: *Responsabilidad parental*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

LEPIN, Cristian: “Reformas a las relaciones paternofiliales. Análisis de la Ley N° 20.680”. En: *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*. Universidad de Chile, N° 3, 2000. Pág. 285 y ss.

LOVERA, Domingo: “El camino constitucional de los pingüinos: ensayo y aprendizaje”. En: Guiloff, Lorca, Marshall y Selame (editores y editoras): *La hoja en blanco, claves para conversar una nueva Constitución*. Ediciones La Pollera, Santiago de Chile, 2020. Págs. 147 y ss.

PONCE DE LEON, Viviana y ZÚÑIGA, Yanira: “Las mujeres y los procesos constituyentes”. En: Bassa (editor): *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020. Págs. 207 y ss.

SEGATO, Rita: *La violación no es un acto sexual, es un acto de poder de dominación, es un acto político*, publicación de fecha 11 de diciembre de 2019, en el sitio web de BBC News, enlace <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50735010> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SEPÚLVEDA, Bárbara: “La Constitución será feminista, o no será”. Columna de opinión de fecha 8 de septiembre de 2021, en el periódico The Clinic, enlace <https://www.theclinic.cl/2021/09/08/columna-de-la-convencional-barbara-sepulveda-hales-la-constitucion-sera-feminista-o-no-sera/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SEPÚLVEDA, Alejandra: *Postnatal parental masculino: no hay derecho (ni deber)*, publicación de fecha 30 de octubre de 2017, en el periódico digital El Mostrador, enlace: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/10/30/posnatal-parental-masculino-no-hay-derecho/> (revisado el 30 de septiembre de 2022).

SCHMIDT, Claudia: “Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!”. En: *Revista de Derecho de Familia N° 1*, 2014, pp. 29-39.

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 2699, de fecha 16 de junio de 2015.

## EL NEOFEMINISMO, O LOS NUEVOS FEMINISMOS

### NEO-FEMINISM, OR THE NEW FEMINISMS

Laura Albornoz Pollmann<sup>1\*</sup>

Rodrigo Barcia Lehmann<sup>\*\*</sup>

**Resumen:** El presente artículo pretende, basándose en la evolución del pensamiento y de las diferentes escuelas del feminismo, explicar qué es el feminismo hoy. Como no es posible analizar el impacto de todas estas corrientes –por ejemplo, no analizamos en profundidad el feminismo liberal-, nos centramos en lo que denominamos corrientes neofeministas. Estas Escuelas o corrientes del feminismo que calificamos como comprensivas o completas, por tener una visión total sobre la sociedad, le dan un alcance ideológico al feminismo que va mucho más allá de las Escuelas o corrientes, que más bien se enfocan en la igualdad entre géneros. En este trabajo no abordamos el impacto que estas visiones tienen sobre el Derecho, pero creemos que lo afectan desde dos vertientes, a saber, como metodología de investigación y en su sustrato ideológico. Naturalmente que, en esta parte, solo nos abocaremos a lo que es el feminismo.

**Palabras clave:** feminismo; neofeminismo; teoría feminista.

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 17 de octubre y aceptado el 10 de diciembre de 2022.

\* Doctora en Derecho. Universidad de Chile. Email: lalbornoz@derecho.uchile.cl  
<https://orcid.org/0000-0003-3536-6435>.

\*\* Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Chile. Email: rodrigo.barcia@uaautonoma.cl  
<https://orcid.org/0000-0003-1021-446X>.

**Abstract:** This article aims, based on the evolution of thought and the different schools of feminism, to explain what feminism is today. As it is not possible to analyze the impact of all these -for example, we do not analyze in depth the liberal feminism-, we focus in enter to distinguish between what we call neo-feminist currents. These Schools or currents of feminism that we qualify as comprehensive or complete, for having a total vision about society, give an ideological scope to feminism that goes far beyond the Schools or currents that rather focus on gender equality. In this paper we do not address the impact that these visions have on the law, but we believe that they affect it from two aspects, namely, as a research methodology and in its ideological substratum. Of course, in this part, we will only focus on what feminism is.

**Keywords:** feminism; neofeminism; feminist theory.

## I. INTRODUCCIÓN

Muchas feministas murieron ignorando que pasarían a la historia bajo tal denominación. Este trabajo tiene como objetivo, más que analizar las primeras corrientes del feminismo (que se plantean como una lucha por la igualdad de derechos de las mujeres, y están íntimamente unidas al activismo político), distinguir algunas corrientes que nos permitimos denominar como neofeministas. En cierta forma estas teorías, que estimamos comienzan a desarrollarse fuertemente durante los años 80, van mucho más allá que sus predecesoras. Ambas se enfrentan a un escenario político y sociocultural que quieren reformar, pero las segundas tienen, a nuestro juicio, una visión más comprensiva o completa de la sociedad. Metodológicamente optamos por estas últimas formas de feminismo, no solo porque es imposible abarcarlas todas, sino porque queremos especificarlas e identificarlas. Dicho de otra forma, queremos hacernos cargo del análisis del feminismo denominado “duro”, ya que en su visión estratégica promueve un tipo de sociedad, e intenta impactarla fuertemente. Estas corrientes nos proveerán una noción distinta de feminismo del que estábamos acostumbradas.

## II. LOS FEMINISMOS LIBERAL, SOCIALISTA Y RADICAL

Es difícil realizar una clasificación precisa de las ramificaciones habidas en las ideas y cuerpos teóricos feministas. Entre las estudiosas del feminismo consultadas en este trabajo, unas realizan una clasificación por hitos históricos generales<sup>2</sup>; otras, por hitos relacionados con los avances en la situación de la mujer, y algunas otras, como la de Vitale<sup>3</sup>, de acuerdo con la cronología de hechos. Aquí interesa analizar los diversos enfoques y cómo fueron incluyéndose en el tronco principal. Es importante recordar, que estos movimientos crearon tensiones, pero también aportaron al enriquecimiento teórico, lo que por cierto influyó y sigue influyendo en la creación de nuevas estrategias, objetivos y prácticas feministas.

El feminismo liberal, que comenzaría con los trabajos de Stuart Mill, se desarrollará posteriormente basándose en los sustentos antropológicos, sociales, culturales, y sobre todo, económicos, de las diferencias entre hombres y mujeres. En este sentido, Boserup<sup>4</sup> señala que la diferencia en el trabajo entre hombres y mujeres no se daba en las sociedades primitivas. En ellas el ser humano no estaba especializado. Por lo tanto, no había mayores diferencias en la productividad de ambos, hombres y mujeres debían dedicarse a una multiplicidad de tareas. En cambio, cuando surgió la especialización en el trabajo, y la formación de oficios fuera de la familia, la diferencia se acrecentó. Luego, ello llevará, en una etapa muy posterior, a que los oficios

2 FISCHER, Pamela: "Post-Communist Feminism in Germany: Equality and Difference in the Party of Democratic Socialism", En: *German Politics & Society*, Spring 2002, Vol. 20, N° 1 (62), pp. 69-70.

Fischer destaca que el feminismo no tuvo mayor importancia dentro de la teoría marxista, desde que Marx consideraba que una vez que se impusiese la victoria del proletariado, el machismo caería. Pero ya con Lenin esta visión se modificaría, y el feminismo se entendió como una lucha de clases entre mujeres oprimidas y un sistema capitalista calificado como machista-opresor. Esta concepción del feminismo, dentro de la teoría marxista fue elaborada por Clara Zetkin (1857-1933).

3 VITALE, Luis: *Cronología comentada del Movimiento Sindical de Mujeres en Chile y del Movimiento Sindical chileno*. Editorial LOM, 1996.

4 BOSERUP, Ester: *La mujer y el desarrollo económico*. Minerva ediciones. Madrid, España, 1993, pp. 19-98.

y profesiones percibidos como “relevantes” correspondiesen a los hombres, y los menos deseables y rentables a las mujeres. Así se impusieron ciertas tareas como “típicamente femeninas”. La mujer comienza a destacarse en el mundo de las letras, para de a poco entrar en los espacios de mayor relevancia, como las ingenierías o la medicina<sup>5</sup>. Este fenómeno todavía se produce en muchos países, especialmente en los del tercer mundo.

En el caso del feminismo en Latinoamérica, se observa un predominio de los postulados de doctrinas de Europa y estados unidos en perjuicio de las de nuestra región u otros países con menos niveles de desarrollo. El pensamiento teórico y político latinoamericano está subordinado, pero también como señala Curiel<sup>6</sup>, las producciones de las afrodescendientes, de las lesbianas, de las pocas indígenas feministas son las más subalternas de todas las historias.

Este período de la historia estuvo marcado por procesos revolucionarios de distinto tipo, pero también por dictaduras que marcaron con sangre los destinos de países latinoamericanos.

### III. HACIA TEORÍAS FEMINISTAS COMPRENSIVAS Y NUMEROSAS

Según Susana Gamba, con la primera ola feminista, “es posible agrupar todas las corrientes feministas en tres principales: una radical, otra socialista y otra liberal, entrecruzadas por las tendencias de la igualdad y la diferencia”.

---

5 Los estudios de Boserup son bastante interesantes desde que ellos explican cómo, en nuestro país, las mujeres se han abierto paso efectivamente en el mundo de las letras y el arte para luego entrar en el mundo de las ingenierías y de la medicina. Así en estudios recientes se señala que el 33% de los investigadores en Chile son mujeres, poco más que el promedio mundial (28,8%).

6 CURIEL, Ochy: “Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. En: *Nómadas* (Col), N°26, 2007. Universidad Central Bogotá, Colombia, pp. 29.

En efecto, en los años setenta, como nos recuerda Alda Facio, la teoría feminista se desarrollaba profusamente, sobre todo en los países más industrializados (tendencias que naturalmente influirían en América Latina). La abundancia teórica llevó a hablar de diferentes feminismos: además de los ya mencionados liberal, socialista o marxista, y el radical más el lésbico radical encontramos al feminismo cultural y otras tantas formas de feminismo<sup>7</sup>. Esta misma exuberancia de pensamiento feminista, dio origen en nuestros días, a cada vez más perspectivas teóricas y activismos, según la cultura territorial de sometimiento y discriminación, como el feminismo islámico, el indígena o comunitario, y el feminismo negro (decolonizadores). Podemos nombrar además el feminismo mariano;<sup>8</sup> el anarcofeminismo; el ecofeminismo; el feminismo de la diferencia reaccionando al feminismo de la igualdad; el feminismo neomarxista y el feminismo liberal vs. el feminismo conservador. Junto a lo anterior, en los últimos tiempos se ha visto aparecer otras corrientes como el feminismo separatista y el feminismo interseccional, además del ciborg-feminismo. Por último, podemos identificar otras corrientes de pensamiento feminista, dueñas de sólidas estrategias de acción o embrionarias. Así, estas formas de feminismo se refieren a diferentes formas de sometimiento y marginación, que permanecían ocultas en el blancocentrismo, el judeocristianismo y la heteronormatividad<sup>9</sup>.

Esbozando una primera definición, podríamos señalar que el feminismo es el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres, es decir, un mayor igualitarismo en las relaciones que se dan entre los géneros

---

7 FACIO, Alda: “¿Por qué soy Feminista?”. En: *Ideas feministas de Nuestra América*, 1995, pp. 139-157

8 Está basado en la exaltación de las virtudes de “madre y esposa fiel” reconocidas en la figura de la Virgen María, significando superioridad moral de las mujeres y debilidad en los hombres. Propone la complementación de estos dos estereotipos. Definición disponible en: <https://cutt.ly/HQN0hOD>

9 SILVAMONGE, Mónica: “Feminismo mapuche en Chile. Una perspectiva desde lo blanco”. En: *Red de Mujeres Mapuche de Chile*. Ed. RMM. Santiago, 2017, p.7.

en la sociedad humana.<sup>10</sup> Nótese que no es solo una igualdad ontológica, sino una igualdad de género, es decir, de las mujeres con relación a los hombres (los dos géneros impuestos de forma predominante). El feminismo es la guía del movimiento de las mujeres, persiguiendo la igualdad de derechos y oportunidades en todas las esferas de la vida, y empleando un amplio espectro de tácticas y estrategias para alcanzar dicho objetivo. Este es un feminismo activista en el cual se interconectan distintas formas de feminismo. Por otra parte, el feminismo puede ser pensado, como señala Álvarez<sup>11</sup>, “más que como un movimiento unificado como un campo discursivo de acción/actuación, amplio y heterogéneo que no se limita a las organizaciones o grupos denominados feministas, sino que se extiende a otros grupos y espacios de actuación”. Pero esta es solo una de las formas de feminismo, en realidad este trabajo se centrará en aspectos más bien teóricos del feminismo. Así, estas visiones nos llevarán a evidenciar que no es equivocado suponer que los trayectos de la teoría y praxis feministas estarán siempre tensionados por cuestionamientos y disidencias de las que es necesario dar cuenta no para intentar uniformarlas sino quizá para buscar en ellas elementos comunes que permitan que otras instituciones, entre ellas el derecho, logren eliminar los sesgos de que adolece<sup>12</sup>.

El feminismo, dentro de las principales corrientes de pensamiento, llevaría al desarrollo de teorías que promueven una visión explicativa del funcionamiento de la sociedad en su conjunto. Las tesis feministas, aún las más radicales, deben ser analizadas con rigor, ya que ellas nacen, desde un

---

10 El concepto de género se emplea en su amplio sentido definido por la Organización Mundial de la Salud, como referido a “los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres”. El “enfoque de género” se considera aquí como un instrumento de análisis y planificación especialmente usado en el ámbito de las políticas públicas de género, ya que entrega indicadores precisos para medir y monitorear las igualdades en la materia.

11 ÁLVAREZ, Sonia: “Feminismos Latinoamericanos”, En: *Estudios Feministas*, N°2, 1998, s.p.

12 CABRERA, Marta y VARGAS, Liliana: “Transfeminismo, decolonialidad y el asunto del conocimiento: algunas inflexiones de los feminismos disidentes contemporáneos”. En: *Universitas humanística*, N°78 Bogotá, 2014, p. 23.

punto de vista rawlsiano, de una concepción de justicia como imparcialidad,<sup>13</sup> o como una respuesta ante un mundo que se percibe como abusivo. Estas tesis van más allá de las primeras corrientes del feminismo, desde que se manifiestan como una respuesta a lo que se denomina sistema patriarcal, y suelen basarse, más que en la búsqueda de la igualdad, en un cambio radical de la sociedad en su conjunto. En este sentido, entre quienes más fuertemente critican estas visiones comprensivas de una sociedad, está la académica lesbiofeminista Camille Paglia<sup>14</sup>, quien ha señalado, a través de distintos medios aquella conocida afirmación que señala: “*Feminism has exceeded its proper mission of seeking political equality for women and has ended by rejecting contingency, that is, human limitation by nature or fate*”.<sup>15</sup>

13 RAWLS, John: *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 47. Según Rawls un “sistema justo” permite la subsistencia de tesis comprensivas de la sociedad, pero sin que alguna de ellas predomine. En este orden de ideas podría entenderse que las tesis feministas más radicales lo que en el fondo buscan, según algunos, es una justicia imparcial, que se enfrente a un mundo patriarcal e injusto que se debe eliminar. Objetivo que según Rawls no sería admisible cuando afirma que: “El hecho de que profesemos determinada doctrina comprensiva, religiosa, filosófica o moral, a la par de cualquier concepción del bien que lleve adjunta, no es razón válida para que propongamos, o esperemos que otros acepten, una concepción de la justicia que favorezca a quienes tienen ese credo”.

14 PLAGIA, Camille: *Sexual Personae: Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*, 1990, p.3

15 Paglia explica la sociedad como una continua lucha de fuerzas opuestas. Entre ellas está la corriente que destaca al ser humano como ser racional y civilizado. Esta tesis sería deudora del dios Apolo, y se desarrollaría por Rousseau, y en general por el racionalismo. A ella se opone la verdadera esencia del ser humano, lo animal o salvaje, lo que está debajo de la superficie, lo latente y que no vemos. Estas motivaciones se explicaban por los griegos en Dionisio, y sería desarrollada por Hobbes, Sade y Nietzsche. La mujer representaría, a través de su sexualidad, esta parte oculta o latente del ser humano, que es tratada vanamente, según la autora, de ser negada u ocultada. En este sentido, Paglia (op.cit. p.16) afirma: “repression is an evolutionary adaptation permitting us to function under the burden of our expanded consciousness. For what we are conscious of could drive us mad. Crude male slang speaks of female genitalia as slash or gash. Freud notes that Medusa turns men to stone because, at first sight, a boy thinks female genitals a wound, from which the penis has been cut. They are indeed a wound, but it is the infant who has been cut away, by violence: the umbilical is a hawser sawed through by a social rescue party. Sexual necessity drives man back to that bloody scene, but he cannot approach it without tremors of apprehension. These he conceals by euphemisms of love and beauty. However, the less well bred he is—that is, the less socialized—the sharper his sense of the animality of sex and the grosser his language. The foulmouthed roughneck is produced not by society’s sexism but by society’s absence. For nature is the most foulmouthed of us all”.

También se discute si estas formas de feminismo en realidad constituyen una tercera ola de feminismo.<sup>16</sup> En la primera parte de este acápite se contextualiza cómo se ha llegado a estas nociones comprensivas del feminismo, para más adelante desarrollar estas teorías.

### a) El feminismo como movimiento social o nuevo feminismo

Como nos recuerda Gamba<sup>17</sup>: “Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, las mujeres consiguieron el derecho al voto en casi todos los países europeos, y en forma paralela, se desencadenó un reflujo de las luchas feministas. En una etapa de transición, se señala como precursora a Emma Goldman, quien ya en 1910 había publicado *Anarquismo y otros ensayos*. En ellos, la anarquista rusa relacionaba la lucha feminista con la de la clase obrera, refiriéndose, además, a la sexualidad femenina”.

Posteriormente aparecen las pioneras del “nuevo feminismo”, dentro de las cuales destaca Simone de Beauvoir, con su libro *El Segundo sexo*, publicado en 1949, y Betty Friedan, con su reconocido libro *Mística de la femineidad*, de 1963. Ambos textos son reconocidos como “clásicos” dentro de la literatura feminista<sup>18</sup>.

Como nos recuerda Gamba<sup>19</sup> el “nuevo feminismo” de fines de los sesenta, surge conjuntamente con los movimientos sociales que irrumpieron en aquella época en países de Europa y también en Estados Unidos. Uno de los principales argumentos que defiende el nuevo feminismo, se basó en la

16 SNYDER, Claire: “What is third-wave feminism? A new directions essay”. En: *Signs: Journal of Women in Culture & Society*, 34, 2008, pp. 175-196.

Snyder plantea que estas tesis del feminismo se diferenciarían de un feminismo de segunda ola en tres aspectos, pero entre ellos el fundamental nos parece que es una concepción diferente de la mujer.

17 GAMBA, Susana: *Feminismo: historia y corrientes. Diccionario de estudios de Género y Feminismos*. Editorial Biblos, 2008, p. 11.

18 AVITAL, Bloch: “Betty Friedan: el trabajo de las mujeres, el liberalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial y los orígenes de la liberación femenil en Estados Unidos”, En: *Signos Históricas*, N°30, 2013, p. 71-73

19 GAMBA, ob.cit., p. 11.

transformación de la relación entre los sexos, como condición para modificar las estructuras económicas, iniciando de esta forma la visibilización del concepto de género. Así, la autora citada señala, que: “Las líneas más importantes que definieron la versión de este “nuevo feminismo,” estuvieron marcadas por la redefinición del concepto de patriarcado, los orígenes de la opresión de la mujer, el rol de la familia, la división sexual del trabajo y el trabajo doméstico, la sexualidad, el replanteamiento de la separación entre espacios público y privado y el estudio de la vida cotidiana a partir del eslogan *lo personal es político*”<sup>20</sup>. Alba Carosio<sup>21</sup> es algo más drástica cuando afirma que: “en América Latina el feminismo de los setenta fue además radical, político y popular, y las feministas fueron también víctimas y combatientes frente a las dictaduras que comenzaron a imperar en la región. Los golpes de estado en Chile, Bolivia, Uruguay y Argentina, y las revoluciones centroamericanas, obligaron a muchas feministas a enlazar el elemento íntimo y personal del feminismo con reivindicaciones políticas. La demanda de “democracia en el país, la casa y la cama” de las chilenas Julieta Kirkwood y Margarita Pisano sintetiza el sentir de las latinoamericanas”.

No obstante, este sentir de avance colectivo, heredero de las sufragistas que lucharon por el derecho al voto y otros derechos civiles y políticos, para gran parte de la doctrina estas reivindicaciones lo lograron materializar la igualdad formal que se comenzó a reconocer en las normas, en igualdad sustantiva.

Por su parte, como también nos recuerda Gamba, aportes esenciales como los de la socialista Alexandra Kolontai, estaban teñidos de una ideología patriarcal, y “las revoluciones socialistas”, por su parte, no significaron un cambio sustancial para la mayoría de las mujeres<sup>22</sup>.

---

20 GAMBA, ob.cit., p.12

21 CAROSIO, Alba: “El feminismo Latinoamericano y su proyecto ético-político en el siglo XXI”. En: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 14 (33), 2009, p.p. 13-24.

22 GAMBA, ob.cit.,p.12

El nuevo feminismo del que habla la autora española-argentina se arroga la tarea de probar que la naturaleza o la biología no determina el cómo llegamos a ser las personas, o como decía Simone de Beauvoir “no se nace mujer, se llega a serlo”, por lo que es revisado la vinculación natural e histórica entre el género femenino los roles reproductivos, domésticos y de cuidado asociados a él, su nulo reconocimiento y valoración y la necesidad de visibilizarlo. Junto con ello, Carosio<sup>23</sup> nos recuerda: “la producción de los saberes feministas en Latinoamérica nació de la experiencia cotidiana de visibilizar una sujeta que no era reconocida como tal, frente a las propias mujeres y frente a la sociedad. La producción de saberes del feminismo se hizo al nombrar lo que hasta ese momento no tenía nombre, produciendo discursos propios, evidenciando la distancia entre teoría y práctica. Así, al nombrar lo privado en clave política era posible convertir lo personal en un proyecto colectivo”.

La incorporación de la mujer al trabajo, pero también su precarización subsecuente, sería un importante acicate para las ideas feministas. En Europa, especialmente en Francia e Italia, surgieron al hilo de diferentes escisiones o disensiones dentro del movimiento feminista de los setenta, feminismos que se autoproclaman defensores de la diferencia sexual. De ahí su designación como feminismos de la diferencia, frente a los igualitarios.

Aparece el feminismo radical, que plantea que las mujeres estarían oprimidas por las instituciones patriarcales que tienen el control sobre ellas y, básicamente, sobre su reproducción. De alguna forma podríamos señalar que la mujer transitó desde la emancipación de formas de esclavitud hacia formas de inferioridad o superioridad masculina, que en el fondo se sustentan en la procreación. Así, el fenómeno económico, social y cultural determinaron nuevas formas de feminismo. Si bien, la Ilustración hizo incompatible la modernidad con la dominación del padre hacia los hijos, y del marido hacia su mujer, la industrialización no afectaría el rol reproductivo de la mujer. La discriminación se justificaba esta vez, no en la inferioridad de la mujer,

---

23 CAROSIO, ob.cit., p. 14

sino en su rol reproductivo. Los estudios del feminismo radical, sobre todo en materia de prostitución, han llevado a esta tendencia a separarse de las tesis más clásicas del feminismo respecto de aquella. Para el feminismo de la dominación, el sexo y la prostitución se plantean como formas de dominio (se mantiene posiciones antisexo). En cambio, para el feminismo radical la dominación se presenta como una forma de degradar el sexo, por lo tanto, podría afirmarse que las feministas radicales son más bien prosexo y se acercan a las posiciones de las minorías sexuales<sup>24</sup>.

Firestone<sup>25</sup> sostiene que las mujeres constituyen una clase social; pero “al contrario que en las clases económicas, las clases sexuales resultan directamente de una realidad biológica; el hombre y la mujer fueron creados diferentes y recibieron privilegios desiguales”. El feminismo radical tiene como objetivos centrales, que la mujer retome el control de su sexualidad y capacidad reproductiva, destruir las jerarquías y la supremacía del discurso de la ciencia, creando organizaciones no jerárquicas, solidarias y horizontales, y el aumento de su poder económico, social y cultural. Un rasgo principal de esta corriente, según Susana Gamba, es su independencia total de los partidos políticos y los sindicatos. El feminismo radical también está relacionado con el “feminismo esencialista”, y con alguna de las etapas de la denominada Teoría Queer, las que se plantean como una resistencia al modelo de sexo binario. Se diferencian de las demás corrientes del feminismo, en que su modelo de sociedad no se centra en “lo femenino”, sino más bien en la resistencia a la distinción binaria hombre/mujer. Podría señalarse que

24 SHOWDEN, Carisa: *Theorising maybe: A feminist/queer theory convergence*, 2012, p. 6. En palabras de Showden: “Story One is the familiar narrative of dominance (so-called ‘anti-sex’) feminism and the sex radical (‘pro-sex’) feminism that arose largely in response.” La autora señala que la crítica del feminismo a la teoría queer consiste en que no cumple un verdadero rol reivindicatorio, disruptivo o subversivo. La teoría queer, al desarticular la función sexual naturalmente rompe no solo con la sociedad actual, sino con el propio feminismo. Así la crítica de Showden, aunque entendible, porque esta tesis no se enfrenta al modelo sexual imperante en de la sociedad, simplemente lo supera en términos absolutos.

25 FIRESTONE, Shulamith: *La dialéctica de los sexos*. Lectulandia editorial, 1971, p.11.

es una corriente de pensamiento que se desprende del feminismo, pero no es una forma de feminismo. Se trata de un movimiento deconstructivista y sobre todo antiidentitario<sup>26</sup>.

Según el exhaustivo e influyente análisis de Echol<sup>27</sup>, el feminismo radical estadounidense habría evolucionado hacia un nuevo tipo de feminismo para el que utiliza el nombre de “feminismo cultural”. La evolución se sustenta en el paso desde una concepción constructivista del género, a una concepción esencialista. Pero la diferencia fundamental estaría dada en que mientras el feminismo radical -y también el feminismo socialista y el liberal- luchan por la superación de la desigualdad entre los géneros, el feminismo cultural parece afianzarse en la diferencia.

También se debe destacar que el feminismo se ha desarrollado de diversas formas en los países subdesarrollados. En muchos de ellos, el feminismo se ha centrado en una lucha contra la discriminación, más que en problemas de género. Tal vez el feminismo que más ha destacado a este respecto es el feminismo africano<sup>28</sup>.

---

26       Ibíd. p. 8 En este sentido Showden señala: “so, while (dominance) feminism presumes unity through identity –the political subject ‘women’, crafted through shared experiences– queer is anti-identity. Acts do not reveal anything ontologically significant about one’s subjectivity. Queer theory is, finally, firmly deconstructive, but at best only implicitly and uncomfortably constructive. It is then perhaps not surprising that dominance feminism has triumphed in the legal and political sphere, where positive projects are necessary for action to happen”.

27       ECHOLS, Alice: “Daring to Be Bad: Radical Feminism in America 1967-1972”. En: *Minneapolis, MN*: University of Minnesota Press, 1989.

28       LEMMA, Bonny: “Africa. A million women’s movements. Reconciling diverse conceptions of feminism”. En: *Harvard International Review*, Vol. 40, N°. 3 (summer). *Mind the Gap: The Interplay of Transportation and Inequality*, 2019, p. 14.

Lemma, a este respecto, se refiere al feminismo Latinoamericano propuesto por María Lugones (como se verá más adelante), y en África, destaca que este último feminismo no se sustenta en una lucha de género. La autora precedente, señala, en este sentido: “therefore, Africana womanism is entirely different from traditional feminism, focusing on women’s struggle against racial oppression. By contrasting the term with feminism, Hudson-Weems staked an African position on the fundamental social issue of feminism. This opened a conversation between the traditional feminist world and the Africana world, where women have participated in activism for decades”.

## b) El feminismo de la diferencia

La mayoría de las feministas radicales se pronuncian también por el “feminismo de la diferencia”, que surge a comienzos de los setenta en los EE.UU. y Francia con el eslogan “ser mujer es hermoso”. Propone una revalorización de lo femenino, planteando una oposición radical a la cultura patriarcal y a todas las formas de poder, por considerarlas propias del varón. Esta forma de feminismo rechaza la organización, la racionalidad y el discurso masculino. En la defensa de la diferencia reivindica que lo irracional y sensible es lo característico de la mujer, revaloriza la maternidad, exalta las tareas domésticas como algo creativo que se hace con las propias manos, rescata el lenguaje del cuerpo, la inmensa capacidad de placer de la mujer y su supremacía sobre la mente, además de la existencia de valores y culturas distintas para cada sexo, y más. El mundo femenino se define en términos de antipoder o no-poder<sup>29</sup>. Esta tendencia, que nace a mediados de los años 60 en EE.UU., daría lugar a una segunda ola de feminismo. Esta segunda ola del feminismo se desarrollaría mayoritariamente en Francia e Italia y tuvo bastante fuerza en España. Sus principales ideólogas fueron Annie Leclerc y Luce Yrigaray en Francia, Carla Lonzi en Italia y Victoria Sendón de León en España<sup>30</sup>. A su vez, el feminismo de la diferencia surge en la península itálica asociada a un grupo denominado DEMAU, denominación que según Granell “tiene su origen en el manifiesto programático del grupo Desmitificación del Autoritarismo Patriarcal y plantea el reconocimiento de la autoridad femenina y establecimiento de confianza mutua como forma de relacionarse entre sí” a mediados de la década del sesenta<sup>31</sup>. De la misma forma, De Miguel señala como momento definitorio, de lo que vendría con posterioridad, la difusión en 1970 de los escritos *la Rivolta Femminile* y *Escupamos Sobre Hegel* ambos escritos por Carla Lonzi.<sup>32</sup>

29 GAMBÀ, ob.cit.,p.4

30 DE MIGUEL, Ana: “Feminismos”, En: *10 palabras clave sobre mujer*, 1995, p.81.

31 GRANELL, Xavier: “Teoría y práctica del feminismo autónomo italiano en la década de 1970”. En: *Revista de cultura, poder y sociedad*, 133 (2), 2019, p. 2

32 LONZI, Carla: *Escupamos sobre Hegel y otros escritos*, Editorial traficantes de sueños, 2018, p.119.

Para Granell esta corriente: "...plantea la demarcación con las feministas de la igualdad y la crítica a cierto *democratismo* que aspiraba a conseguir mediante igualdad de derechos una igualdad entre hombres y mujeres"<sup>33</sup>. El cuestionamiento a la igualdad jurídica y al control del poder real sigue siendo el eje central desde donde se posiciona esta tendencia, y alega por reconocer las diferencias desde las que se paran hombres y mujeres en la vida.

Como destaca Guerra y Sciortino, esta corriente se sustenta en la crítica a la revolución, a la familia y al poder, recalcando la masculinización que de estos fenómenos se había hecho a lo largo de la historia, la mujer era comprendida como "la otra cara de la tierra"<sup>34</sup>. Para esta visión la familia, entendida como el núcleo central de la sociedad, sería el sustento para el patriarcado. Para esta forma de feminismo: "la ley del varón nunca es neutral, y el pretender resolver, a través de leyes y reformas generales, la situación de las mujeres es descabellado. Critican al feminismo reivindicativo por victimista y por no respetar la diversidad de la experiencia de las mujeres. Además, plantean que de nada sirve que las leyes den valor a las mujeres si estas de hecho no lo tienen. Esta corriente, según Ana de Miguel afirma que para la mujer no hay libertad sin el pensamiento de la diferencia sexual, como la determinación ontológica fundamental"<sup>35</sup>.

En el fondo, se trata de una concepción del ser humano, que busca redefinir la personalidad, y que conduce a un nuevo pacto social y constitucional<sup>36</sup>. El feminismo francés de la diferencia, tiene entre sus máximas representantes a Annie Leclerc, Hélène Cixous y Luce Irigaray. La diferencia en el pensamiento postmoderno señala Posada: "viene a convertirse en el reverso de la identidad, que se reinterpreta en clave del sujeto constituyente de la modernidad, al que se declara finiquitado o periclitado, en tanto

---

33 GRANELL, ob.cit.,p.83

34 GUERRA, Luciana y SCIORTINO, María: *Volver a los Setenta. El Feminismo Italiano de la Diferencia Sexual* - 1a ed. La Plata: EDULP, Buenos Aires, Argentina, 2013. p. 109.

35 DE MIGUEL, ob.cit., p. 85.

36 ESQUEMBRE, María del Pilar: "Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva". En: *género, ciudadanía y derechos*, 2010, pp. 47-85.

que pura ficción en estado de caducidad: Postmodernidad.”<sup>37</sup> En esta concepción, la mujer sería un objeto por parte de un sujeto único: el hombre. Ello configuraría un sistema ideal de funcionamiento social que utiliza la exploración del inconsciente como medio privilegiado de reconstrucción de una identidad propia, exclusivamente femenina. Esta tendencia, como nos señala De Miguel<sup>38</sup>: “criticaba duramente al feminismo igualitario por considerarlo reformista, por asimilar las mujeres a los varones y no lograr salir del paradigma de dominación masculina”.

Por último, como señala León Rodríguez: “La diferencia desde el punto de vista de los feminismos materialistas es una realidad empírica (se manifiesta en la vida concreta de un modo material), una forma lógica (una forma de razonar) y una actitud política (en tanto se presenta como un proyecto)”<sup>39</sup>.

La autora además pone énfasis en el elemento contextual que afecta a las mujeres y las coloca en una situación de inferioridad respecto de los hombres, ya que como ella señala, no poseen los mismos derechos. La diferencia de las mujeres, agrega, constituye su propia condición de grupo oprimido, en tanto enuncia una regla o una norma de conducta universal que permite la dependencia y la dominación masculina.

### c) El feminismo de la igualdad

Para Rodríguez<sup>40</sup>: “El feminismo de la igualdad denuncia las diferencias de género como construcciones de la razón patriarcal. Esta razón asigna espacios a las mujeres desde valores considerados esencialmente femeninos, contrapuestos a los valores masculinos analogados con el genérico humano”.

---

37 POSADA, Lucia: “Diferencia, identidad y feminismo: una aproximación al pensamiento de Luce Irigaray en Araucaria”. En: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades Universidad de Sevilla España* vol. 8, núm. 16, diciembre 2006, p.108

38 DE MIGUEL, ob.cit., p. 33.

39 LEÓN, María Elena: “Ética feminista y feminismo de la igualdad”. En: *Revista Espiga*, núm. 16-17, enero-diciembre, Universidad Estatal a Distancia, San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 2008, pp. 79-88.

40 *Ibíd.* p. 85.

Según la referida autora se olvida que han sido justamente los hombres quienes han creado y establecido las diferencias y las han fijado como reglas de relacionamiento.

Otras corrientes, según Gamba<sup>41</sup>: “se proponen ser una alternativa de poder, como las socialistas y liberales, se pronuncian por la igualdad, aunque con significados muy distintos”. En este sentido afirma la autora, que el “feminismo liberal”, ve de forma más favorable un sistema económico capitalista a la hora de obtener igualdad entre mujeres y hombres. En este mismo orden de ideas, estima que es necesario educar a las mujeres para evitar la perpetuación de los tradicionalismos que las ha tenido condenadas al fracaso y subordinadas. La crítica desde las tesis igualitarias al feminismo es que éste en realidad no tiene un sustento propio, no existen “valores feministas”, sino que ellos vienen dados por la desigualdad. El fundamento de la diferencia estaría más bien dado por la opresión y la desigualdad.

A estas formas de feminismo se enfrentaría un feminismo más orgánico, estructuralista y constructivista de la sociedad. Muchas de estas teorías serían una respuesta al existencialismo, y sentarían sus bases o se relacionarían con el liberalismo, estructuralismo, esencialismo, constructivismo, teorías queer y distintas formas de neo-marxismo.

#### **d) Los neofeminismos**

Las razones de la diversificación teórica, que se observa en lo va del siglo XXI, en cuanto al diagnóstico y su explicación son complejas. La socióloga peruana Gina Vargas,<sup>42</sup> fundadora del movimiento Flora Tristán, al exponer en 1998 en una Conferencia regional afirmaba que, en esa década, y en el marco de los procesos de transición democrática de la mayoría de los países, el feminismo se enfrentaba a nuevos escenarios atravesando

---

41 GAMBÁ, ob.cit.,p. 5.

42 VARGAS, Gina: *Gender and Rights in Latin America*. Conferencia en el Institute of Latin American Studies, de la Universidad de Londres, octubre de 1998.

tensiones y nudos críticos caracterizados por su ambivalencia. Las nuevas lógicas, frente a las transformaciones paradigmáticas, no se terminan de adecuar a estas nuevas dinámicas, ni pueden reconocer siempre los signos que da la realidad, dilema no exclusivo del feminismo, sino de casi todos los movimientos sociales. Por lo general, estos surgieron y se desarrollaron en el marco de la lucha contra gobiernos autoritarios, o en los inicios de procesos democráticos postdictatoriales, con el énfasis y las certezas de los años setenta. La incertidumbre posterior repercutió en un movimiento menos movilizad, pero más reflexivo, y a la búsqueda de lógicas dialogantes.

En este contexto, uno de los cambios significativos lo constituye el pasar (en general) de una actitud antiestatista a una postura crítica, pero negociadora con el Estado y los espacios internacionales. En América Latina, más allá de las múltiples diferencias y matices, las feministas han estado dentro de las ONG o partidos políticos, o bien en las filas de un feminismo más autónomo. El primero es heredero del feminismo de la igualdad y valora la negociación política. El segundo, como nos recuerda Gamba<sup>43</sup>, consisten en que las banderas del feminismo radical *aggiornado* cuestiona severamente la institucionalización del movimiento. Estos grupos y/o movimientos feministas tienen como prioridad la militancia, recogiendo demandas e intentando nuevos liderazgos.

### **e) El feminismo de la interseccionalidad y la disidencia**

En lo que va de este siglo, han nacido nuevas vías de expresión feminista que avanzaron hacia campos diversos, con fuertes cuestionamientos al feminismo hegemónico, focalizado en las mujeres blancas de occidente, de clase media y heterosexuales, y donde poco se cuestionaron los efectos de la relación patriarcado-capitalismo.

---

43 Gamba, ob.cit., p. 7.

Sobre esta base, se hace relevante mirar cuáles han sido los nuevos caminos, cuestionamientos y tesis del feminismo desarrolladas en las últimas décadas y que han entregado diversas propuestas y estrategias políticas para superar las opresiones patriarcales y occidentales. Por eso, el objetivo de este ensayo es hacer una revisión de las principales conceptualizaciones elaboradas por las teóricas feministas post-colonialistas, entendiéndolas como teorías y praxis nacidas a partir de la crítica al feminismo desarrollado en occidente. Es un enfoque relativamente reciente, sustentado básicamente por feministas negras, feministas islámicas y feministas indígenas. Es un enfoque teórico relativamente nuevo para hacer investigación en las ciencias sociales. La interseccionalidad es un marco diseñado para explorar la dinámica entre identidades coexistentes (por ejemplo, mujer, negra) y sistemas que miran a la sociedad como un sistema interconectado de opresión (por ejemplo, patriarcado, supremacía blanca)<sup>44</sup>.

Poco después de que se propagara el feminismo de la primera ola en América y Europa, surgieron posiciones críticas de parte de mujeres, organizadas o no, que decían estar excluidas de un discurso que pretendía representar a todas las mujeres, siendo que sus experiencias eran muy diferentes de la mujer objeto del feminismo promedio, vale decir, blanca y de clase media, que conformaba la mayor parte del movimiento feminista. Estas corrientes críticas señalan que los análisis, a menudo generalizados para todas las mujeres, en realidad se fundamentan en las prioridades y experiencias de una minoría. Así las cosas, aparece por primera vez el término interseccionalidad, el que fue acuñado por Kimberlé Crenshaw, jurista y académica afroestadounidense, quien afirma que las experiencias de las mujeres negras son mucho más amplias que lo estipulado por el discurso de discriminación de categorías; y, a este respecto, agrega, que la “continua insistencia en

---

44 Véase: <https://afrofeminas.com/2019/01/24/interseccionalidad-definicion-historia-y-guia/>

filtrar las demandas y necesidades de las mujeres negras mediante análisis categóricos” que ignoran sus experiencias, es “garantía de que rara vez se atenderán sus necesidades”<sup>45</sup>.

Entre las propuestas críticas, Sara Salem plantea que el feminismo siempre ha tenido “una relación tormentosa con la religión”. Esto es especialmente cierto cuando se trata de los países musulmanes, que se centran en el sometimiento de la mujer a la religión<sup>46</sup>. Vuola<sup>47</sup>, por su parte, también critica que el análisis suele estar situado desde las religiones que él o la investigadora conoce o practica. Se genera de esta forma una ceguera ante la importancia de la religión para las mujeres. De esta forma el feminismo se plantea contextualizado con relación a la religión<sup>48</sup>.

Existen vínculos evidentes entre la teoría de la interseccionalidad y la cuestión del feminismo islámico. Ambos luchan contra el continuado dominio del feminismo occidental que delinea y excluye versiones no liberales del feminismo. Estos procesos de exclusión se basan en la representación de culturas homogéneas, estáticas y esencializadas. La interseccionalidad es tanto una manera en que las feministas islámicas pueden acercarse a sus propias experiencias de vida de manera más compleja, como también una forma de analizar los múltiples frentes en que frecuentemente son oprimidas las musulmanas y la forma en que interactúan entre ellos<sup>49</sup>.

---

45 CRENSHAW, Kimberle: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. En: *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 1989, Article 8, p. 139.

46 *Ibid.*

47 VUOLA, Elina: “Intersections of gender and minority status. Perspectives from Finnish Jewish women”. En: *Nordisk Judaistik/Scandinavian Jewish Studies* 30(1), 2019, pp. 55-74.

48 SALEM, Sara: “Feminismo islámico, interseccionalidad y decolonialidad”. *Tábula Rasa* 21, 2014, pp. 111-122. En este sentido, Salem critica que se pueda estar actuando: “...como si el feminismo debiera ser –por definición– secular”. Salem propugna que el feminismo islámico hay que verlo en el contexto de un movimiento islámico más amplio, cual es, el islam reformista, que debe entenderse –dice– como un intento de ejercer poder sobre la producción del conocimiento y la creación de significado dentro del Islam.

49 *Ibid.* p.119.

## f) El feminismo separatista

La visión del feminismo separatista es espacial. Como ha señalado la historiadora feminista Lillian Faderman: “Todos los espacios se convierten en espacios masculinos, a menos que las mujeres realicen un esfuerzo conjunto demarcándolos para sí mismas”<sup>50</sup>. Los espacios solo de mujeres existen desde tiempos inmemoriales, nos lo recuerda la historiadora Doménica Francke, y destaca que los clubes de lectura, a finales siglo XIX y principios del XX, fueron separatistas. En ellos las mujeres tuvieron acceso a la producción intelectual de numerosas autoras, y allí se generaron las inquietudes y las formas primarias de los primeros movimientos políticos feministas, como el sufragismo. También hubo organizaciones solo de mujeres en el comunismo y el anarquismo<sup>51</sup>.

El separatismo propiamente feminista surge en las mujeres de la izquierda revolucionaria de los años setenta, por la necesidad de reunirse para pensar y reflexionar sin la interferencia de los varones. Como destaca Francke: “En muchos casos los propios compañeros de organización son los perpetradores de violencia contra ellas, encubridores o cómplices; en la mayoría de los casos, estos hombres consideran que los problemas de las mujeres son secundarios en el desarrollo de los conflictos de clase y no constituyen un asunto político sino personal, y que entorpecen o sabotean los verdaderos objetivos políticos en pos de intereses egoístas y fraccionadores de la unidad de clase”. Para ella, no debe parecer extraño que los hombres rechacen el separatismo feminista, pues no se trata de que no sean capaces de entender o que necesiten ser informados, sino porque “sencillamente, el separatismo los hace enfrentarse a la posibilidad de que sus privilegios sean minados”<sup>52</sup>.

---

50 <https://kalindalamar.medium.com/qué-es-el-separatismo-feminista-35e2ce00b741>

51 Entrevista a Doménica Francke Arjel (en línea, última revisión 02 de octubre de 2022) <http://mujeresobresalientes.blogspot.com/2017/07/entrevista-domenica-francke-arjel-yo.html>

52 De este modo, Francke señala que: “Los hombres durante toda la historia, que les pertenece, han practicado activamente el separatismo, a través de exclusiones sistemáticas de las mujeres de todos los ámbitos que han considerado importantes para mantener sus jerarquías de poder. Por una parte, pueden ser prácticas explícitamente sancionadas por las normas religiosas o jurídicas, escritas o consuetudinarias, por ejemplo, en determinadas

La filósofa estadounidense Marilyn Frye<sup>53</sup> escribió hace medio siglo, que el separatismo es un elemento de tensión en el feminismo, pero lo cierto es que, con el paso de los años, ha ido ganando popularidad. Actualmente hay mucho más interés que rechazo y su reaparición se ha visto impulsada por la reacción contraria –y sus diversas manifestaciones– de muchos varones ante el resurgimiento del feminismo. Se trata de una corriente que tiene sus propios temas de debate, por ejemplo, si el feminismo debe ser un objetivo permanente o temporal, si debe observarse solo en determinadas instancias, si debe ser una opción colectiva o una decisión personal.

Esta separación estaría justificada, según Francke, por la dependencia masculina respecto de las mujeres, consideradas esenciales para que los hombres alcancen su bienestar. Y en este sentido, la autora precedente agrega que: “Los hombres tienden en números sorprendentemente significativos, y en grado alarmante, a caer en enfermedades mentales, delitos menores, alcoholismo, enfermedad física, desempleo crónico, adicción a las drogas y neurosis cuando se les priva de la atención y la compañía de una pareja o cuidadora”<sup>54</sup>.

### **g) El feminismo como una respuesta al neo-colonialismo**

Una de las feministas que más influencia han tenido, en lo que nos hemos permitido denominar neo-feminismo, es la argentina María Lugones, quien desarrolló su carrera académica en la Universidad de Wisconsin–Madison<sup>55</sup>. Para ella, el género es una imposición colonial, que se manifestaría en la

---

sociedades como la Grecia clásica, los Estados teocráticos o los gobiernos occidentales decimonónicos.” <http://autonomiafeminista.cl/el-retorno-de-viejas-preguntas-el-separatismo-feminista-otra-vez/>

53 FRYE, Marilyn: “Algunas reflexiones sobre separatismo y poder”. En: *Política de la realidad: ensayos en teoría feminista*. Crossing Press, 1983, s.p.

54 En <https://www.wattpad.com/928510270-tipos-de-feminismo-feminismo-separatista>

55 La obra de Lugones es bastante extensa, pero un trabajo que la sintetiza bastante bien es: MIGNOLO, Walter: “¿Cuáles son los temas de género y (des)colonialidad?”.

En: *Género y descolonialidad*. Colección el desprendimiento, 2014, pp. 13-54.

actualidad como una explotación global. Su tesis, como ella señala, está íntimamente ligada al sociólogo peruano, Aníbal Quijano, uno de los intelectuales latinoamericanos que rearticulaban el pensamiento de izquierda frente al fracaso de esta en los años 80 y 90<sup>56</sup>. La filósofa y teórica argentina María Lugones habría observado este fenómeno a partir del tratamiento a las mujeres afroamericanas, sobre todo en los Estados Unidos. Naturalmente, esta forma de explotación patriarcal no estaría circunscrita solo a las mujeres, sino también a los hombres. En su vertiente original esta forma de explotación colonial se articula a través del género, raza y colonización. Este fenómeno se ha traducido en que el feminismo ha sido impulsado por mujeres blancas, por lo que empieza a hacerse visible la existencia de la “interseccionalidad”,<sup>57</sup> que ha mostrado la exclusión social, política y cultural de las afroamericanas, tanto por su origen como por ser mujeres. Esto llevaría, en palabras de la autora, a “un sistema moderno colonial de género”. Este modelo colonial se presenta, en el pensamiento de Lugones, como un modelo capitalista-eurocéntrico y basado en el concepto de raza.

Así, más que la dicotomía hombre/mujer, el colonialismo habría sobrevivido especialmente, merced a la discriminación de raza hacia lo chicano, negro, asiático, hispano, etc. Se trataría de un fenómeno que mezcla múltiples pertenencias de personas marginadas, dentro de una escala jerárquica. Entre un hombre y una mujer blancos, el hombre está por sobre la mujer; entre una pareja de blancos y una pareja de no-blancos, la primera ocupa una posición superior en dicha escala. Un rico hacendado protestante se sitúa por encima de una pareja de esclavos no-blancos y sus descendientes, y por sobre cada uno de ellos individualmente. Desde el punto de vista de quien está en posición de privilegio, en esta intersección la mujer negra no tiene valía como mujer, ni como negra, ni como una pobre esclava. Por lo

---

56 Quijano explica la sociedad a través de la “colonialidad del poder”.

57 Término acuñado en 1989 por Kimberlé Williams Crenshaw, académica afroamericana especializada en el campo de la teoría crítica de la raza. Su autora define la interseccionalidad como “el fenómeno por el cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegio sobre la base de su pertenencia a múltiples categorías sociales”.

tanto, generada la discriminación interseccional, es posible dominar a todo lo que esté fuera del estatus dominante, uno de cuyos más fuertes componentes de base es la raza.

Aunque no profundizaremos en este aspecto, podemos mencionar que no es difícil reconocer que esta tesis, como otras tesis neo-feministas comprensivas, tienen un fuerte sustento freudiano en cuanto a lo ontológico y epistemológico,<sup>58</sup> y también, neo-marxista. La tesis neo-marxista de Lugones, explica la sociedad a través de una dialéctica de lucha de poder –entre dominantes o explotadores y dominados o explotados-, es estructuralista –la institucionalidad es una manifestación más de la dominación-, y tiene la particularidad de explicar la dominación en el sexo (lo que se extiende a la raza).

#### **h) El feminismo lésbico y transfeminismo**

El surgimiento del lesbianismo feminista podríamos ubicarlo en la década de los setenta. Si contextualizamos esta época, podríamos concluir que la misma revolucionó el pensamiento político a nivel internacional, aunque, como señala Curiel: “Si bien muchos de los cientistas sociales han reconocido en los últimos años los aportes del feminismo como teoría crítica y como propuesta de mundo, la mayoría solo se detiene a hacer una simple acotación de ello. Las producciones de las feministas en la mayoría de los casos no forman parte de las bibliografías consultadas”<sup>59</sup>.

Los primeros intentos del movimiento lésbico y homosexual en América Latina y El Caribe estuvieron ligados a los grupos de izquierda, quienes se asumieron “*como un grupo marginal que encontraría la libertad junto a la so-*

58 El psicoanálisis ha demostrado que el sujeto, solo se constituye como tal en tanto sexuado y que además, esta construcción es el resultado de una compleja trama de relaciones intersubjetivas, en la que habrá de dársele una especial importancia a los procesos identificatorios que conducen a la formación del yo y del superyó. En: [https://www.iztacala.unam.mx/errancia/v17/polieticas\\_3.html](https://www.iztacala.unam.mx/errancia/v17/polieticas_3.html)

59 CURIEL, ob.cit., p. 95.

*ciudad en su conjunto y lucharía por la consecución de la patria socialista*<sup>60</sup>. La clase social fue la categoría de análisis desde donde se interpretaba la cuestión homosexual masculina y femenina.

En cuanto al transfeminismo, es importante verlo como una línea de pensamiento que amplía los sujetos del feminismo a otras personas, que también están oprimidas por la heteronormatividad, pero que no necesariamente han de ser o sentirse mujeres.

Con el impacto del feminismo de los años setenta –o como suele denominarse, el movimiento de liberación de las mujeres– el movimiento lesbo-feminista empieza a perfilarse de manera relevante. Esta nueva ola feminista ya no buscaba la igualdad en el mundo androcéntrico; por el contrario, algunas tendencias comenzaron a considerar la diferencia sexual como algo a reivindicar para la lucha feminista, bajo el supuesto de que la desvalorización que se hacía de lo femenino era parte de la estrategia del patriarcado, para acabar con las mujeres como grupo social. Se inicia, entonces, la mayor experiencia de autonomía de las mujeres. Cada vez más, grupos solo de mujeres, lejos de partidos y grupos de izquierda, se organizaban en colectivos. Los grupos de autoayuda se convirtieron en escenarios importantes de la política feminista donde, en palabras de Curiel “lo personal se hizo político”<sup>61</sup>, frase que se le atribuye a diversas feministas de la segunda ola, pero que una gran mayoría se lo atribuye a Charlotte Bunch. Esta feminista sostuvo a fines de la década de los sesenta que el lesbianismo no es una postura sexual, sino que una postura política<sup>62</sup>. Así, el cuerpo, la sexualidad, pasan a ser centrales en la política de estos años. Pero el feminismo lésbico se presenta como una

---

60 MOGROVEJO, Norma: *Disidencia sexual e identidades sexuales y genéricas*. Ed. Conapred, México D.F., 2006, p. 196.

En este sentido, Mogrovejo señala: “Aun en los años sesenta y principios de los setenta no existía la palabra lesbiana, la cual viene a aparecer en 1975 a propósito del Año Internacional de la Mujer, por la influencia feminista.

61 CURIEL, ob.cit., párrafo 9.

62 MOGROVEJO, ob.cit., 60.

forma radical de feminismo. Esta forma de feminismo se va configurando de forma negativa, enfrentándose a la noción de familia matrimonial, y una positiva, la feminista como lesbiana<sup>63</sup>.

En esta época aparecen también críticas al matrimonio como institución patriarcal, y de la heterosexualidad como sistema de opresión para las mujeres. El lesbianismo, como pensamiento y práctica política, comienza a definirse como corriente importante dentro del feminismo, y el separatismo se hace una necesidad para las lesbianas, como una forma de buscar sus propios intereses feministas. Para Curiel<sup>64</sup> se considera que: “a pesar de los análisis feministas en torno a la subordinación de las mujeres, el carácter pequeño burgués, heterosexista y racista del feminismo en el continente, hacía asumir la categoría mujeres como algo universal y homogéneo, reproduciendo lo mismo que criticaban a la masculinidad ilustrada”.

Aun cuando se veía el separatismo como una necesidad, también lo era mantener las vinculaciones políticas y teóricas con el movimiento feminista a nivel general. En este contexto el feminismo lésbico, como nos recuerda Ochy Curiel, reconoce su origen en el lesbianismo político. Al mismo tiempo, el feminismo se hizo más transformador, analítico, propositivo y enriquecedor cuando las lesbianas comenzaron a generar un pensamiento y una acción política más radical. Desde el lesbianismo feminista, la heterosexualidad es un sistema normativo y obligatorio, con efectos nefastos para las mujeres en el plano económico, social, cultural, simbólico y emocional, limitando su autonomía y su libertad. Como afirma la psicóloga y doctora en filosofía, docente universitaria y educadora popular dominicana, Yuderkys Espinosa: *“negar u ocultar el nexo entre la política lesbiana a la política feminista*

---

63 En palabras de Sullivan (2016: 272): “the mark of radical feminism in the early 1970s was the refusal of femininity as conscripted by heterosexuality and full-scale rejection of the nuclear family. Although mainstream feminist politics sought to cast off the confines of the feminine social position through a liberal politics of assimilation, a radical approach advocated a more destructive form of feminism - often articulated in a politics of lesbian separatism. Beyond practice, such feminism was enacted largely through manifestos, political writings, and direct action”.

64 CURIEL, ob.cit., párrafo 47.

*sería negar nuestra propia historia y nuestra propia refundación*<sup>65</sup>. De alguna forma el feminismo lésbico le otorga nuevas fuerzas a la lucha por la libertad que se planta como anterior a la lucha de la mujer en general<sup>66</sup>.

### **i) El feminismo comunitario o feminismo indígena**

Esta forma de feminismo, a raíz de la reconceptualización del feminismo y el patriarcado, busca resignificar su utilidad en las luchas de sus pueblos. En este orden de ideas, Paredes agrega que “las feministas comunitarias de Abya Yala nos atrevimos a nombrarnos feministas, nosotras mismas, hablando de igual a igual, como debe ser con cualquier mujer y con cualquier historia de lucha de mujeres y de pueblos”<sup>67</sup>. El feminismo comunitario se alimenta de diferentes vertientes. De los procesos sociales, se retomó la denominada “memoria larga”, es decir, las luchas de las abuelas contra las formas de dominación que les tocó vivir en los territorios del Kollasuyo (hoy Bolivia) y que constituyen sus raíces. Así, para Paredes, el feminismo comunitario ha impulsado un proceso de cambio instaurado por el pueblo boliviano a partir de octubre del año 2003, y del cual, en sus palabras: “nosotras también somos artífices y constructoras”, planteando la despatriarcalización y la descolonización como un proceso capaz de socavar también las bases del capitalismo y la explotación<sup>68</sup>. Este movimiento reprocha al indianismo al no reconocer la existencia de opresión para las mujeres, y se aleja de la mirada del esencialismo también en relación a la población india.

65 ESPINOSA, Yuderkys: “Etnocentrismo y colonialidad en los feminismos Latinoamericanos: Complicidades y consolidación de las hegemonías feministas en el espacio transnacional”. En: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 14(33), 2009, p. 37.

66 SULLIVAN, Mairead: “Kill Daddy: Reproduction, futurity, and the survival of the radical feminist”. En: *Women’s Studies Quarterly*. Spring/summer. Vol. 44. N° ½, 2016, p. 269. Esta idea la destaca Sullivan, recurriendo a autores como Hesford y Edelman.

67 PAREDES, Julieta: “El feminismo comunitario: la creación de un pensamiento propio”. En: *Corpus*, Vol. 7, N° 1, 30 junio 2017, p. 83.

68 A este respecto Paredes agrega: “para nosotras el patriarcado es el sistema de todas las opresiones, de todas las explotaciones, de todas las violencias y discriminaciones que vive la humanidad (mujeres, hombres y personas intersexuales) y la naturaleza, históricamente construidas sobre los cuerpos sexuados de las mujeres. El feminismo comunitario cuestiona el patriarcado no solo colonial, sino también el que deriva de las propias culturas y que ha marcado también un doble rasero para las mujeres”.

## j) El feminismo ciborg

Llegamos hasta el ciborgfeminismo, definido como la expresión de la búsqueda de un nuevo *feminismo* socialista capaz de luchar contra lo que denomina la “informática de la dominación”<sup>69</sup>. Conocido es el Manifiesto *Cyborg*, ensayo de la estadounidense Donna Haraway de 1985, publicado en su libro “*Simios, cyborgs y mujeres: la reinvención de la naturaleza*”, en cuyas páginas analiza los discursos científicos y tecnológicos que define como cómplices del patriarcado capitalista y blanco. Esta autora denuncia a través de la metáfora del cyborg, la construcción esencialista de la identidad, defendiendo la idea de que ellas están en constante desarrollo, propugnando la eliminación de dualismos occidentales como hombre/mujer o cultura/naturaleza. Aparece entonces el cyborg, como un ente híbrido entre el ser humano y la máquina, un “transgresor sin sexo, raza ni clase social”, definiendo posibilidades y límites diferentes a los mitos actuales en el mundo occidental, acerca del hombre y la mujer. Esta visión feminista es capaz de entregar un nuevo argumento para romper con los resistentes puntos de vista heterosexual, capitalista, esencialista, homogenizadores y centralizadores.

## IV. FEMINISMO Y DERECHO

### a) Los rasgos comunes del neo-feminismo

Como se puede apreciar de este trabajo, no existe una visión única del feminismo. A partir de finales de los ochenta, y más claramente en los años noventa del siglo pasado podemos detectar unas corrientes feministas que

---

Julieta Paredes es una destacada líder poeta y escritora, activista de los DD.HH. y fundadora del movimiento Mujeres Creando en Bolivia. Para ella, el feminismo comunitario es lo que le devuelve energía y vida al “feminismo caduco”, cuestión no casual, sino fruto del proceso de cambio del pueblo boliviano iniciado en 2003 por sus movimientos y organizaciones.

69 SANDOVAL, Chela: “Nuevas ciencias. Feminismo cyborg y la metodología de los oprimidos”. En: *Otras inapropiables: feminismo desde las fronteras*. Editorial Traficantes de sueño, 2004, p. 85.

son comprensivas, es decir, que tienen una visión de la sociedad en su conjunto. Si bien, no existe una forma única de feminismo, estas corrientes no pueden ser ignoradas, por su gran variedad y diversidad de planteamientos.

Sin perjuicio de lo ya señalado, creemos que es posible ordenar el pensamiento feminista escalonadamente en el siguiente sentido:

a) El feminismo que promueve la lucha de las mujeres por la igualdad ante la ley. Este avanza hacia la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

b) El feminismo se plantea, a partir de visiones críticas de la sociedad, como una ideología que considera la reestructuración de la sociedad, que es vista como una sociedad patriarcal que genera un abuso de poder contra las mujeres. Ya no se trata de luchar por la “igualdad ante la ley”, ni por el reconocimiento de los mismos derechos entre hombres y mujeres, sino en actuar en pos de la reestructuración de una sociedad esencialmente opresiva y diferenciadora. En estas formas de feminismo, el mismo término mujer es desplazado por género, ya que esta denominación se refiere al sometimiento de los sexos a roles diferenciados y sometidos a la sanción social. Esta tendencia o corriente ideológica se mezcla fuertemente con visiones neo-marxistas y estructuralistas basadas en el género, que asocian “lo femenino” a una lucha más amplia del ser humano contra un “paradigma de sociedad”.

c) Se levantan visiones comprensivas o completas de la sociedad, que siendo diferentes, comparten ciertos rasgos. Podríamos clasificar estos rasgos como negativos o positivos. Todas estas perspectivas comparten rasgos de lucha contra “una sociedad opresora”, patriarcal y/o machista; pero se diferencian en sus rasgos positivos. En otras palabras, proponen sociedades diferentes, pero siempre desde la periferia (desde grupos excluidos u oprimidos), ya sea por razones de raza (indigenistas, afroamericanas, asiáticas, etc.), por razones de identidad sexual, u otra variable social que participe en marginaciones, opresión y desigualdades.

d) Estos planteamientos han llevado a ir más allá del “feminismo”, como se puede apreciar claramente en la teoría queer, generando nuevas ideologías. Tampoco puede excluirse que muchas de estas corrientes del feminismo, -sino todas- en realidad no son más que variantes de otras tesis provenientes del neo-marxismo, estructuralismo, etc. (este planteamiento excede el objetivo de este trabajo).

### **b) El neofeminismo y el Derecho.**

Como ya habíamos señalado no es el objetivo del presente trabajo determinar la relación entre feminismo y Derecho, pero a partir de lo ya expuesto, se pueden señalar algunas cuestiones.

El feminismo contemporáneo considera que la igualdad jurídica y política reclamada por las mujeres del siglo XIX, no obstante constituir un avance, no fue suficiente para modificar en forma sustantiva el rol que se le atribuye y asigna a las mujeres en nuestras sociedades. Se concebía su emancipación como igualdad ante la ley, pero las causas de la opresión demostraron ser más complejas, más amplias y más profundas. Las feministas de la diferencia plantean que de nada sirve que las leyes den valor a las mujeres si en los hechos las diferencias subsisten.

Como señala Alicia Ruiz, la teoría crítica del Derecho desde una mirada de género gira en torno a los temas omitidos por el pensamiento jurídico desde Ihering a Kelsen, pasando por Weber, y al hacerlo, producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-comprensivo. Ese modelo explicativo subyace tanto al naturalismo como al positivismo en cualquiera de sus variantes<sup>70</sup>. Lo anterior, ya que como sabemos el Derecho es un discurso social, y como tal, confiere sentido a las conductas de las personas y las convierte en sujetos.

---

70 RUIZ, Alicia: “Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género”. En: *Colección Equidad de género y democracia*. Vol. 6; México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013, p. 11.

De la misma forma, actúa como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna, en un cierto momento y lugar<sup>71</sup>.

Sin embargo, el mundo donde el Derecho nace, se aplica y deroga no es homogéneo ni admite una **única** lectura, sino múltiples. El Derecho opera no solo con relación a las desigualdades de género, sociales, económicas, sino también afectado por situaciones de conflicto, pandemias, crisis y desastres ecológicos.

El Derecho siempre es una “reconstrucción” de informes, testimonios, confesiones, dictámenes, que deben pasar por el colador conceptual de la dogmática jurídica y, sin duda, por la teoría del Derecho.

El método que propone Alda Facio, y que en mucho coincide con Katharine Bartlett, otra exponente del feminismo jurídico, es sacar a la luz lo que aparentemente es una mera aplicación neutral del Derecho<sup>72</sup>.

Las tesis feministas concuerdan en la importancia de aplicar una forma de razonamiento feminista en el ámbito jurídico, que ponga de relieve aquellos aspectos ignorados por el Derecho y que determinan las situaciones de discriminación, desigualdad y opresión. Ambas, de algún modo también enfatizan en que, si entendemos cuáles son las consideraciones políticas y morales que son tenidas en cuenta, podremos saber cuáles son los verdaderos intereses en juego. Es decir, que la utilización de métodos contextualizados puede poner en evidencia las injusticias y discriminaciones que los propios ordenamientos jurídicos amparan.

---

71           Ibíd. p. 50

72           BARTLETT, Katharine: “Feminist Legal Methods”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 103, N° 4, 1990, pp. 828-888.

En definitiva, se pretende revertir la ideología *del otro* o de *la otra*, evidenciando que no se trata tanto de hacer normas específicas dirigidas a las mujeres, o a las personas migrantes, o a las/os menores de edad, sino de tener presentes las diferencias de género, clase, etnia, u orientación sexual, de manera transversal, superando así la noción de neutralidad del Derecho. Y para ello, tanto Facio como Bartlett, abogan por la toma de conciencia como un proceso para evaluar la justicia de las normas, partiendo de la experiencia de las distintas personas o grupos afectados. En ese sentido, no solo es relevante el contenido que le dan a las normas y políticas públicas los operadores públicos, sino que es fundamental colectivizar y dar voz a quienes históricamente han sido silenciados/as.

El feminismo jurídico emerge como una disciplina académica al fragor de la enseñanza académica, pero ha ido más allá de los límites universitarios, lo que de peregrino no tiene nada, ya que todos los feminismos, como todas las propuestas políticas que tienen por objeto permanecer vivas, son teoría y práctica. Y el campo del Derecho es crucial para la igualdad entre los géneros.

Quienes ejercen el Derecho, tienen la obligación de conocer y aplicar la normativa de Derechos Humanos y de Derechos Humanos de las Mujeres para sus argumentaciones jurídicas. Sin embargo, estas materias tienen aún poco espacio en la formación de las universidades y de la enseñanza del Derecho más formal. Ello plantea como tarea urgente bregar por la inclusión de ellas en las mallas de estudio de estudiantes de Derecho, por períodos prolongados, vale decir, por más de tres semestres. Esto, junto con reactivar las actividades de sensibilización y capacitación a los agentes del estado vinculados con la justicia y la democracia.

El presente trabajo evidencia que hay diferentes feminismos y uno de los más fuertes, son los que hemos denominado neofeminismos; pero, aunque muchos de sus planteamientos son tributarios a tesis neo-marxistas

o estructuralistas, es evidente que ellas aportan una visión del Derecho que no solo no debe ser ignorada, sino que permite ver y abordar aspectos que nos permiten ampliar la mirada del fenómeno jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Sonia: “Feminismos Latinoamericanos”, En: *Estudios Feministas*, N°2, 1998. (disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43904051> )

AVITAL, Bloch: “Betty Friedan: el trabajo de las mujeres, el liberalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial y los orígenes de la liberación femenil en Estados Unidos”, En: *Signos Históricos*, N°30, 2013. (disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/sh/v15n30/v15n30a3.pdf> )

BARTLETT, Katharine: “Feminist Legal Methods”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 103, N° 4, 1990, pp. 828-888. (disponible en: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1119&context=faculty_scholarship) )

BOSERUP, Ester: *La mujer y el desarrollo económico*. Minerva ediciones. Madrid, España, 1993, pp. 19-98.

CABRERA, Marta y VARGAS, Liliana: “Transfeminismo, decolonialidad y el asunto del conocimiento: algunas inflexiones de los feminismos disidentes contemporáneos”. En: *Universitas humanística*, N° 78 Bogotá, 2014, p. 19-37 (disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n78/n78a02.pdf> )

CAROSIO, Alba: “El feminismo Latinoamericano y su proyecto ético-político en el siglo XXI”. En: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 14 (33), 2009, p.p. 13-24 (disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-37012009000200001](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012009000200001) )

CRENSHAW, Kimberle: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. En: *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 1989, Article 8, pp. 139-167. (disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/3007/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3007/) )

CURIEL, Ochy: “Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. En: *Nómadas* (Col), N° 26, 2007. Universidad Central Bogotá, Colombia, pp. 92-101 (disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1051/105115241010.pdf> )

DE MIGUEL, Ana: “Feminismos”, En: *10 palabras clave sobre mujer*, 1995, pp. 217-256.

ECHOLS, Alice: “Daring to Be Bad: Radical Feminism in America 1967-1972”. En: *Minneapolis, MN*: University of Minnesota Press, 1989.

ESQUEMBRE, María del Pilar: “Género, ciudadanía y derechos. La subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva”. En: *género, ciudadanía y derechos*, 2010, pp. 47-85 (disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/277273559\\_Genero\\_ciudadania\\_y\\_derechos\\_La\\_subjetividad\\_politica\\_y\\_juridica\\_de\\_las\\_mujeres\\_como\\_clave\\_para\\_la\\_igualdad\\_efectiva](https://www.researchgate.net/publication/277273559_Genero_ciudadania_y_derechos_La_subjetividad_politica_y_juridica_de_las_mujeres_como_clave_para_la_igualdad_efectiva) )

ESPINOSA, Yuderkys: “Etnocentrismo y colonialidad en los feminismos Latinoamericanos: Complicidades y consolidación de las hegemonías feministas en el espacio transnacional.” En: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 14(33), 2009, pp. 37-54. (disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-37012009000200003&lng=es&tlng=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012009000200003&lng=es&tlng=es) )

FACIO, Alda: “¿Por qué soy Feminista?”. En: *Ideas feministas de Nuestra América*, 1995, pp.139-157. (disponible en: <https://ideasfem.wordpress.com/textos/k/k09/> )

FIRESTONE, Shulamith: *La dialéctica de los sexos*. Lectulandia editorial, 1971 (disponible en: <https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Shulamith%20Firestone%20-%20La%20dialectica%20del%20sexo.pdf>). )

FISCHER, Pamela: “Post-Communist Feminism in Germany: Equality and Difference in the Party of Democratic Socialism”. En: *German Politics & Society*, Spring 2002, Vol. 20, N°. 1 (62), pp. 68-91.

FRYE, Marilyn: “Algunas reflexiones sobre separatismo y poder”. En: *Política de la realidad: ensayos en teoría feminista*. Crossing Press, 1983, s.p.

GAMBA, Susana: *Feminismo: historia y corrientes*. *Diccionario de estudios de Género y Feminismos*. Editorial Biblos, 2008, (disponible en: <https://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1397>).

GUERRA, Luciana y SCIORTINO, María: *Volver a los Setenta. El Feminismo Italiano de la Diferencia Sexual* - 1a. ed. La Plata: EDULP, Buenos Aires, Argentina, 2013.

LEMMA, Bonny: “Africa. A million women’s movements. Reconciling diverse conceptions of feminism”. En: *Harvard International Review*, Vol. 40, N°. 3 (summer). Mind the Gap: The Interplay of Transportation and Inequality, 2019.

LEÓN, María Elena: “Ética feminista y feminismo de la igualdad”. En: *Revista Espiga*, núm. 16-17, enero-diciembre, Universidad Estatal a Distancia, San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, 2008, pp. 79-88.

LONZI, Carla: *Escupamos sobre Hegel y otros escritos*, Editorial traficantes de sueños, 2018.

MOGROVEJO, Norma: *Disidencia sexual e identidades sexuales y genéricas*. Ed. Conapred, México D.F., 2006.

MIGNOLO, Walter: “¿Cuáles son los temas de género y (des)colonialidad?”. En: *Género y descolonialidad*. Colección el desprendimiento, 2014, pp. 13-54.

PAREDES, Julieta: “El feminismo comunitario: la creación de un pensamiento propio”. En: *Corpus*, Vol. 7, N° 1, 30 junio 2017.

PLAGIA, Camille: *Sexual Personae: Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*, 1990.

POSADA, Lucía: “Diferencia, identidad y feminismo: una aproximación al pensamiento de Luce Irigaray en Araucaria”. En: *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades Universidad de Sevilla España* vol. 8, núm. 16, diciembre 2006.

RAWLS, John: *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, 1993.

RUIZ, Alicia: “Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género”. En: *Colección Equidad de género y democracia*. Vol. 6; México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2013.

SALEM, Sara: “Feminismo islámico, interseccionalidad y decolonialidad”. *Tábula Rasa* 21, 2014. pp. 111-122.

SANDOVAL, Chela: “Nuevas ciencias. Feminismo cyborg y la metodología de los oprimidos”. En: *Otras inapropiables: feminismo desde las fronteras*. Editorial Traficantes de sueño, 2004, pp. 81-106.

SILVAMONGE, Mónica: “Feminismo mapuche en Chile. Una perspectiva desde lo blanco”. En: *Red de Mujeres Mapuche de Chile*. Ed. RMM. Santiago, 2017.

SHOWDEN, Carisa: *Theorising maybe: A feminist/queer theory convergence*, 2012 (disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1464700111429898> )

SNYDER, Claire: “What is third-wave feminism? A new directions essay”. En: *Signs: Journal of Women in Culture & Society*, 34, 2008, pp. 175-196.

SULLIVAN, Mairead: “Kill Daddy: Reproduction, futurity, and the survival of the radical feminist”. En: *Women's Studies Quarterly*. Spring/summer. Vol. 44. N° ½, 2016, pp. 268-282.

VARGAS, Gina: *Gender and Rights in Latin America*. Conferencia en el Institute of Latin American Studies, de la Universidad de Londres, octubre de 1998.

VITALE, Luis: *Cronología comentada del Movimiento Sindical de Mujeres en Chile y del Movimiento Sindical chileno*. Editorial LOM, 1996.

VUOLA, Elina: “Intersections of gender and minority status. Perspectives from Finnish Jewish women”. En: *Nordisk Judaistik/Scandinavian Jewish Studies* 30(1), 2019, pp. 55-74.

## LA TEORÍA DEL DERECHO DE ALEJANDRO VERGARA: ¿LOCAL O GENERAL?

ALEJANDRO VERGARA'S LAW THEORY:  
LOCAL OR GENERAL?

Javier Valle Silva<sup>1\*</sup>

**Resumen:** Alejandro Vergara ha desarrollado una concepción del derecho junto con una original formulación del contenido y función de la teoría del derecho. Se trata de un enfoque muy promisorio y que este artículo somete a examen. Se postula que la definición de la disciplina por Vergara presenta algunas inconsistencias con sus reflexiones generales sobre el fenómeno jurídico. Su teoría del derecho pareciera aproximarse a un análisis conceptual y desarraigado del contexto temporal y territorial. En su lugar, se propone que la lectura más coherente con la ontología jurídica que reivindica Vergara es un estudio local y situado, que indague en la cultura jurídica que predomina en una específica comunidad de intérpretes.

**Palabras clave:** teoría del derecho; cultura jurídica; principios jurídicos.

**Abstract:** Alejandro Vergara has developed a conception of law along with an original formulation of the content and function of jurisprudence. This is a very promising approach and this paper examines it. It is postulated that Vergara's definition of the discipline presents some inconsistencies with

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 14 de noviembre y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

\* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique. Correo electrónico: javalle@academicos.uta.cl

his general reflections on the legal phenomenon. His jurisprudence seems to approach a conceptual and rootless analysis of the temporal and territorial context. Instead, it is proposed that the most consistent reading of Vergara's legal ontology is a local and situated research, which investigates the legal culture that predominates in a specific community of interpreters.

**Keywords:** jurisprudence; legal culture; legal principles.

## I. INTRODUCCIÓN

En un conjunto de publicaciones<sup>2</sup> el profesor Alejandro Vergara Blanco ha ido construyendo un corpus teórico que contiene varios aspectos interesantes que merecen ser examinados con cuidado<sup>3</sup>. Entre otras razones, porque si bien

---

2 Aunque no exhaustiva una lista de sus obras con importancia teórica es la que sigue: VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho. Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC, Santiago, 2019; VERGARA, Alejandro: “Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°44, 2015; VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”. En: *Derecho Administrativo*, N°119, 2018; VERGARA, Alejandro: “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los ‘núcleos dogmáticos’”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°3, 2014; VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016; VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como derecho común*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010; RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: “Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad”. En: Carolina Rojas y Andrés Haye (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012; VERGARA, Alejandro: “Los temas de la teoría del derecho y la interpretación rigurosa. En el sendero de Betti y Larenz”. En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°28, 2010.

3 En la obra teórica de Vergara se tratan muchos temas de interés que aquí solo serán esbozados. Sus reflexiones sobre el carácter y naturaleza de los principios, sobre la costumbre como fuente del derecho (y la conexión entre ambos tópicos); así como su descripción del derecho chileno como neomoderno o su visión del rol de los juristas y jueces merecen un estudio detenido, pero ello deberá esperar otra ocasión.

su trabajo como administrativista ha sido ampliamente apreciado, su obra en teoría del derecho – a la que no le faltan méritos – ha pasado inadvertida con pocas excepciones<sup>4</sup>.

En este artículo se pretende analizar un aspecto de sus reflexiones ius-filosóficas. A nuestro juicio, la original formulación que Vergara hace de la disciplina “teoría del derecho” tiene un interesante potencial para fundar y promover un tipo de pesquisa jurídica poco cultivada (y mucho menos pensada) en nuestro medio. De la lectura de su obra, según nuestro criterio, hay espacio para dos formas de entender su teoría del derecho. Una es la que explícitamente menciona y cuyo contenido intenta elaborar: sería una disciplina que se encarga de examinar el método con que se construyen y emplean los conceptos, normas e instituciones del derecho. La segunda forma es, en rigor, una interpretación de su trabajo y se puede deducir de los argumentos que ha desplegado en múltiples piezas académicas. Esta relectura guardaría más coherencia con los postulados troncales de su empresa intelectual y está respaldada por su trabajo anterior. Así leída su teoría, toma la forma de una inspección cultural de cada sistema jurídico y se emparenta con lo que otros autores, como Roger Cotterrell o William Ewald, han denominado *jurisprudence*. En este artículo, cabe prevenir desde ya, se prescinde del detalle y se concentra en la estructura central de la argumentación de Vergara.

## II. LA ONTOLOGÍA JURÍDICA DE ALEJANDRO VERGARA

En este apartado el objetivo es delimitar el concepto de derecho de Alejandro Vergara, intentando presentar sus planteamientos centrales. Antes de seguir se debe consignar que su objetivo es dar cuenta de una praxis y sus formas de expresión, no es la búsqueda de un derecho ideal<sup>5</sup>.

4 Ver PEDRALS, Antonio: “Teoría del derecho, Alejandro Vergara Blanco”. En: *Ius et Praxis*, vol.25, N°2, 2019; PEÑA, Carlos: “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del Derecho: Identidad y transformaciones”. En: *Revista Chilena De Derecho*, vol. 48, N°1, 2021.

5 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 5-6; VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 958.

En primer lugar, para Vergara el fenómeno jurídico tiene un carácter multidimensional. Es incorrecto identificar al derecho con las reglas escritas, pues el derecho “se halla vivo en las relaciones cotidianas del pueblo del que formamos parte y su ámbito de influencia se expande hacia confines que para muchos pasan inadvertidos”<sup>6</sup>. La ley es solo una de sus manifestaciones, aunque muchas veces esta se haga equivalente al derecho tanto en la teoría como en la praxis<sup>7</sup>. En algún momento Vergara también lo plantea diciendo que el derecho no solo está formado por “normas positivas, sino también por principios”<sup>8</sup>. Las normas son el “primer presupuesto”, pero conviven con otras fuentes de igual relevancia<sup>9</sup>. El texto legal, en palabras de Vergara, es “un mero proyecto de justicia, seguridad y certeza jurídicas”<sup>10</sup>, el cual es completado por jueces y juristas recurriendo a principios y valores. Lo crucial, para mí, es que el derecho no se trata de un *factum*, un objeto completado e indisponible, es más bien un “fenómeno que no es ni totalmente formulado ex ante por el legislador, ni totalmente formulado ex post por el juez; es un fenómeno de varias dimensiones (...) constantemente renovado (en un flujo y reflujo, desde y hacia: los hechos, las reglas, los principios)”<sup>11</sup>.

6 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. XIV.

7 *Ibíd.*, pp. XIV-XV.

8 VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”, ob. cit., p. 898.

A mi juicio Vergara muestra cierta confusión sobre el significado de norma positiva, y esa confusión merma la profundidad de su trabajo. Los principios son un *tipo* de norma jurídica y, en la medida que son puestos o creados por el ser humano, son normas jurídicas *positivas*. Por eso es incorrecto afirmar que “la tradición positivista niega la existencia de los principios” (*Ibíd.*, p. 899). El origen del problema se registra en otro texto, cuando afirma que “para un positivista, no hay más que el derecho positivo (las reglas), dadas de antemano por el legislador” (VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 6). Es correcto decir que para un positivista hay solo derecho positivo, pero eso no es igual a decir que solo hay reglas, y tampoco los positivistas reducen el derecho a lo producido por el legislador. Vergara, por cierto, tiene razón al reprobar la identificación del derecho con las reglas o con la ley. Pero creer eso es compatible con adherir al positivismo jurídico, por la sencilla razón que norma positiva no es igual a regla o ley. Vergara, me parece, adhiere a la tesis de las fuentes sociales del derecho, núcleo del positivismo jurídico.

9 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 632.

10 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 23.

11 VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 986.

El modo en que el derecho se estructura es una interacción entre cuatro fuentes. Aquí es necesario aclarar que la respuesta de Vergara es contingente, es decir, no pretende pronunciarse sobre propiedades necesarias del derecho (esto es, universales o atemporales) como lo haría un filósofo analítico<sup>12</sup>. Vergara en más de una ocasión deja claro que se trata de una aproximación al esquema de fuentes del derecho contemporáneo y que esta “resulta de sus sendas sedes de producción, todas culturales y temporales, frutos de desarrollos y acuerdos actuales”<sup>13</sup>. ¿Cuáles son estas fuentes? La ley (el resultado del acuerdo parlamentario), la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Estas cuatro dimensiones están conectadas entre sí “son fuente, transmisión y resultado”<sup>14</sup>, están afincadas en la cultura jurídica, y en su interacción el derecho se desarrolla y manifiesta. Detrás de cada fuente hay un actor social: el legislador, el pueblo, los jueces y los juristas<sup>15</sup>. Este cuadro que delinea Vergara sería la instanciación más acabada del Derecho en toda su complejidad.

Entre las fuentes mencionadas hay una a la que Vergara, en cada trabajo que ha escrito, le da una especial atención. Destaca siempre la relevancia de los principios en nuestro *ethos* jurídico. Estos tendrían una fuerza equivalente a las leyes, “que proviene de una democracia subterránea: del espíritu del pueblo, del sentimiento jurídico popular”<sup>16</sup>. E identifica, acertadamente, que una determinada comunidad de intérpretes vive sobre un fondo de principios<sup>17</sup>, aunque esa potente observación no está aprovechada del todo en su propuesta general.

12 Por ejemplo, el célebre Joseph Raz escribió que “las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho dondequiera y cuando quiera que exista” (RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría del derecho?”. En: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 57).

13 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 3.

14 *Ibíd.*, pp. 9.

15 *Ibíd.*, p. 3-4.

16 *Ibíd.*, p. 24.

17 *Ibíd.*, p. 27.

Los principios, para Vergara, no son una síntesis inductiva de la legislación escrita, ni el reflejo de una propuesta filosófica; tampoco son exigencias morales (que provendrían del derecho natural), ni declaraciones genéricas que el legislador incorpora en un cuerpo escrito<sup>18</sup>. Los principios “están en la realidad inmanente del derecho vivido en sociedad, cuyo reconocimiento marca el pulso de cada sociedad”<sup>19</sup>. Ante la ausencia de la ley los jueces deben buscar esos principios que se ubican en la conciencia jurídica y moral de la sociedad, que no están puestos por escrito<sup>20</sup>. Se recogen y configuran para superar las contradicciones y lagunas de las reglas. Eso se hace leyendo la complejísima trama del derecho, auscultando el espíritu del pueblo<sup>21</sup>. Se debe recopilar “la conciencia jurídica popular que ronda en los usos y costumbres”<sup>22</sup> para así sintonizar la producción normativa del juez y la dogmática con valores populares, que precisamente por ser compartidos por la comunidad no necesitan de una promulgación o validación formal, su fuerza jurídica proviene de una tradición que, por cierto, debe actualizarse.

Vergara desdeña en parte el debate entre ius positivistas y ius naturalistas porque lo ve como una disputa meramente filosófica<sup>23</sup>. Su aproximación claramente hermenéutica elude esa división o se ubica en una zona aparte. Y, a propósito de esta ubicación, es que podemos observar de forma palmaria la huella de Dworkin y Savigny<sup>24</sup>, dos autores insignes difíciles de encasillar en alguna de las dos tradiciones clásicas de la filosofía del derecho.

18 VERGARA, Alejandro: *Para una teoría de los principios jurídicos*, ob. cit., p. 902.

19 *Ibíd.*, pp. 898-899.

20 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 637.

21 VERGARA, Alejandro: *Para una teoría de los principios jurídicos*, ob. cit., p. 899.

22 *Ibíd.*, p. 904.

23 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 6.

24 Creo identificar una vinculación más estrecha y poderosa con Dworkin. Para Vergara la teoría de Ronald Dworkin es el planteamiento teórico contemporáneo “más actual, famoso y coherente”. Dworkin sería un caso “único en la historia del método jurídico, pues sus propuestas teóricas más famosas (la distinción de reglas y principios; y la integridad del derecho)” han originado una nueva tradición (VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 643). Además, Vergara en más de una ocasión elabora una lista que incluye otros distinguidos juristas cuya perspectiva está cerca de Dworkin y Savigny: Emilio Betti, Josef Esser, Giorgio Del Vecchio, Karl Larenz, Claus Canaris y Eduardo García de Enterría (*Ibíd.*, p. 639).

Son varias las ideas de Dworkin y Savigny que Vergara identifica o cree identificar y que – implícita o explícitamente – hace suyas. El punto aquí, ciertamente, no es si son leídas correctamente por Vergara sino cómo sus postulados lo definen. En primer término, ambos pensadores se apartan del lenguaje iusnaturalista pues no incorporan absolutos morales a su comprensión del derecho. Junto a ello, no reducen el derecho a la normatividad legal y escrita sino que descansa en el espíritu del pueblo o en los principios. Esto los conduce a reivindicar las “fuentes populares del derecho” y el rol del juez, que adjudica rescatando valores de la comunidad a la hora de aplicar el derecho. Por estas razones, según Vergara estas propuestas teóricas serían las concepciones democráticas del derecho por antonomasia. Por último, ambas teorías estudian y reflexionan en torno a un derecho nacional<sup>25</sup>.

### III. LA TEORÍA DEL DERECHO SEGÚN ALEJANDRO VERGARA

Nuestro autor ha dedicado estudios a elaborar una propuesta sobre el rol y las funciones de la teoría del derecho, visión que – como ya explicamos – tiene un muy interesante potencial, precisamente porque arranca de una perspectiva singular sobre la ontología jurídica, que intentamos dibujar en la sección anterior.

Aclaremos en esta fase del trabajo que la teoría del derecho de Vergara se distancia de la perspectiva más compartida, al menos a nivel intuitivo, sobre la naturaleza de esta disciplina. Uno de quienes la ha formulado es Norberto Bobbio, para él la teoría del derecho es una de las ramas de la filosofía jurídica y está dedicada al estudio del concepto de derecho<sup>26</sup>.

El contenido principal parece condensarse en la afirmación de que la teoría del derecho es una “metaciencia dedicada al método”, que permite “observar las estructuras de *lo jurídico* y la aplicación empírica de sus fuen-

---

25 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 199-205.

26 BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta 2015 Madrid, p. 56.

tes”<sup>27</sup>. Desde la perspectiva de Vergara la construcción del derecho se hace por medio de un instrumental conceptual y valorativo cuya inspección se entrega a la teoría del derecho. En ese sentido, esta disciplina es insustituible, pues provee un lenguaje para inteligir la forma y estructura de las fuentes del derecho y de sus instituciones, así como los hábitos intelectuales de quienes las operan. Su ausencia en los planes de estudio y en la conversación académica impide una comprensión más profunda y compleja del fenómeno jurídico. Su desconocimiento resulta en una desconexión entre juristas y los demás operadores jurídicos<sup>28</sup>. La segunda idea básica es que se trata de una disciplina que está conformada por un mapa de teorías o temas que cubren diversas esquinas del derecho y que permite observar su entramado conceptual y su funcionamiento<sup>29</sup>. Así las cosas, la teoría del derecho sería una “supra-especialidad” que provee de cierta unidad a un fenómeno tan diverso como el derecho, pues lo reconstruye, entiende y explica<sup>30</sup>.

Esa red de teorías estudia el trabajo intelectual de los juristas cuando hacen dogmática<sup>31</sup>, la producción normativa por parte de los jueces<sup>32</sup>; estudia también la interpretación, rastreando cánones que guían la tarea hermenéutica<sup>33</sup>. También incluye en su estudio al hecho jurídico. Conviene detenerse aquí para aclarar que esta categoría está distante del significado que le atribuye el derecho privado. En un trabajo Vergara señala que el hecho jurídico “se manifiesta en el actuar cotidiano de los ciudadanos, en sus relaciones con relevancia jurídica; en medio del sentimiento popular de lo que es «justo» o «equitativo», así como en las costumbres: es el espíritu del pueblo; la con-

27 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 5, ver también VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 630-631.

28 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 214-215.

29 *Ibíd.*, p. 193.

30 RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: “Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad”. En: ROJAS, Carolina; HAYE, Andrés (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012, p. 66.

31 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 195.

32 *Ibíd.*, p. 194.

33 *Ibíd.*, p. 194 (“Es la interpretación el gozne que permite comprender el dato representativo (las normas) con la realidad a la cual se debe aplicar ese mandato imperativo (los hechos, cada hecho)”).

ciencia jurídica popular; el derecho vivido<sup>34</sup>. Una definición algo esotérica y que puede solaparse con lo que en su terminología son distintas fuentes y teorías. Por último, integra esta red una teoría de la norma jurídica que observa la estructura del ordenamiento, donde se estudian dos especies de reglas, leyes y constitución y también la tarea de sistematización normativa<sup>35</sup>.

Para hacerse una idea más completa de la propuesta de Vergara corresponde enumerar una serie de rasgos importantes sobre esta disciplina, que permiten distinguirla mejor.

Primero, la teoría del derecho es una disciplina descriptiva, Vergara es enfático al señalar que no ofrece una propuesta sobre el derecho justo o una definición de su naturaleza<sup>36</sup>. De modo que debe adaptar su método al objeto, esto es, al derecho tal y como está configurado actualmente, a la estructura contemporánea de sus fuentes y a cómo estas mutan. Esa descripción podría tomar la forma de un análisis conceptual, pero Vergara insiste más de una vez que se trata de una descripción *empírica*<sup>37</sup>.

Este punto se conecta con otra idea de gran relevancia. La teoría del derecho no debe confundirse con la filosofía del derecho. Según Vergara, la filosofía del derecho no asume una perspectiva empírica, sino que hace una especulación en torno a la justicia<sup>38</sup>. La filosofía del derecho se orientaría al derecho ideal, a decisiones legislativas futuras, no al derecho positivo, a la actual práctica situada<sup>39</sup>. La teoría del derecho, en cambio, busca explicar la realidad práctica del derecho, no es una disciplina especulativa. Su objetivo

34 VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016, p. 394.

35 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 632-634.

36 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 4.

37 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 624-626, 630.

38 *Ibíd.*, p. 648. Vergara, por alguna razón, excluye el naturalismo de Brian Leiter o la aproximación histórica de Gerald Postema. Dos enfoques positivistas pero no analíticos. Ver LEITER, Brian: *Naturalismo y teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2012; POSTEMA, Gerald: “Jurisprudence, the sociable science”. En: *Virginia Law Review*, Vol. 101, N° 4, 2015.

39 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 651.

es describir sin necesidad de adscribir a alguna tradición iusfilosófica<sup>40</sup>. Si bien asignarle a la filosofía del derecho únicamente el papel de teoría de la justicia puede mostrar cierto desconocimiento de sus otras tareas, creo que Vergara sí apunta en la dirección correcta pues entre la teoría del derecho y la filosofía al derecho habría una diferencia de niveles de abstracción. Hay, además, una cuestión de perspectiva. Cuando se hace teoría del derecho es “una autoobservación que se realiza desde la perspectiva de un jurista positivo sobre su propio obrar”<sup>41</sup>, se observa el fenómeno jurídico desde un punto de vista que podríamos denominar interno, mientras que la filosofía del derecho lo hace desde afuera<sup>42</sup>. La teoría del derecho, eso sí, obtiene de la filosofía “categorías y conceptos necesarios para desarrollar su plan de análisis, pero sin perder su autonomía epistemológica”<sup>43</sup>.

En la misma línea, esta disciplina no debe traslaparse con la doctrina o dogmática jurídica o, más precisamente, con cada una de sus ramas. La doctrina diseña cada disciplina jurídica, formula instituciones y principios y sistematiza el material normativo<sup>44</sup>. Y esas no son las tareas de la teoría del derecho, esta observa la estructura y está conectada con la dogmática, pero su aproximación es especializada, mientras que la de la teoría del derecho es general<sup>45</sup>. Lo que, en este caso, debiese significar que se hace abstracción de los detalles de cada rama y se mira conceptos, hábitos y argumentos comunes.

En conexión con este deslinde, conviene hacer mención a un rasgo en el que Vergara se detiene poco, pero que a mi juicio cumple un rol relevante. Se trata del sincretismo de la teoría del derecho: en su estudio integra aportes de diferentes disciplinas jurídicas y también de otras próximas al derecho<sup>46</sup>.

40 Ibid, p. 628.

41 VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 960.

42 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 644.

43 Ídem.

44 VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016, pp. 395-396.

45 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 644.

46 Ibid, pp. 626, 645, 656.

Por último, y para cerrar esta explicación, una idea que resume buena parte de lo dicho. La teoría del derecho de Alejandro Vergara tiene un carácter, aunque suene redundante, jurídico. Es una disciplina *para* el derecho. Esto queda claro en un párrafo que conviene citar en extenso: “Pareciera que la teoría del derecho es terreno más propio de juristas positivos y eruditos, que conocen y controlan cada detalle y contraseña de las dimensiones de la positividad del derecho; de las estructuras y funciones de todas las fuentes, y de las técnicas de aplicación de esas fuentes”<sup>47</sup>.

#### IV. UN EXAMEN CRÍTICO DEL PLANTEAMIENTO DE VERGARA

En este punto del artículo pretendo escrutar los planteamientos de Vergara, distinguiendo los elementos que me parecen rescatables y valiosos de los que merecen objeciones o generan nudos críticos.

Comenzaremos con los elementos positivos. Vergara presenta una concepción del derecho que me parece interesante desde varios puntos de vista, porque enfatiza elementos no siempre tratados, en particular por juristas dogmáticos. El derecho es entendido como un producto dinámico y en constante (re)laboración (a esto se refiere cuando entrelaza las cuatro fuentes). En segundo lugar, la importancia que se atribuye al imaginario o conciencia jurídica, lo que rotularía como el carácter *cognitivo* del fenómeno jurídico. Es decir, el derecho es algo que ocurre también en las mentes, y por lo tanto está configurado – aunque sea parcialmente – por una cultura. Y, en tercer lugar, una idea consistente con las dos anteriores: una comprensión no universal del concepto de derecho. El fenómeno jurídico (y su intelección) siempre tiene un carácter local.

---

47                   Ibíd, p. 653.

En cuanto a la disciplina que Vergara va perfilando, existen consideraciones que estimo valiosas, fuertemente conectadas entre sí y que deben reivindicarse. Primero, creo que Vergara acierta al hablar de una teoría *para* el derecho en la que debe primar una actitud interna, preocupada de las tensiones de la práctica concreta. En seguida, es correcto distanciarse tanto del análisis o examen valorativo como de la especulación ejercida desde una suerte de equilibrio reflexivo; prefiriendo un estudio descriptivo y orientado empíricamente. Se trata de una modalidad poco desarrollada ante el predominio aplastante de esas otras dos formas de análisis del derecho. En esa línea, Vergara da en el clavo al distinguir la teoría del derecho de la filosofía del derecho como dos tipos de trabajo intelectual distintos. Asimismo, considero apropiado defender un sincretismo disciplinario en la teoría del derecho, en especial si se considera la extraordinaria variedad del objeto a investigar, no tiene sentido privilegiar algún enfoque sobre otro. Para inteligir esa compleja trama necesitamos (solo a título ejemplar) aportes desde la historia, la filosofía y la sociología.

Ahora podemos pasar a las observaciones críticas, las cuales arrancan fundamentalmente de la inconsistencia que identifiqué en la forma en que Vergara articula la teoría del derecho y los elementos que acabo de rescatar de su pensamiento. El núcleo del problema radica en la interacción entre su concepción del derecho y la teoría que propone para estudiarlo. A nuestro juicio, hay elementos de su comprensión del derecho que están insuficientemente plasmados en su propuesta disciplinaria. Vergara acierta al pretender dar cuenta del derecho chileno y no hablar de una teoría universal o global, pero esa intuición tan valiosa queda trunca. En este punto de mi exposición, para evitar confusiones, quiero puntualizar que no es el propósito de este artículo desahuciar la propuesta disciplinar de Vergara. Solo pienso que es más consistente, con su propio planteamiento sobre el derecho, un encuadre diferente que privilegie aspectos que no están presentes o bien aprovechados.

Los elementos que destacamos a propósito de la concepción del derecho de Vergara no están adecuadamente expresados en su teoría del derecho, o son oscurecidos al entenderla como una metadisciplina cuyo objeto es el método jurídico. Un breve elenco de inquietudes puede iniciar mi argumentación. Cuando se estudian las “teorías” o el “método” ¿Se estudian teorías globales o teorías nacionales? Las formas de interpretación, los principios jurídicos o el ejercicio de dogmática jurídica ¿Son objetos universales u objetos contingentes? Es decir, ¿Es local o general la teoría de Vergara?

En su presentación da la impresión de que, cuando habla de método, se refiere a una serie de operaciones intelectuales abstractas; y se indagaría por tanto una suerte de patrimonio conceptual del derecho sin referencia a un *ethos* particular. Pareciera estar describiendo una actividad propia de un concepto de derecho (y de una precomprensión filosófica) diferente a las que se ha esforzado en desarrollar. Por momentos, Vergara nos sugiere que se representa a la teoría del derecho como un corpus fijo que se debe conocer y cuyo desconocimiento es un déficit. Si es así (y considero que es una forma legítima de leer su trabajo) la disciplina que propone Vergara se tensiona con su propia obra. Eso es un error que contradice parte de su aproximación hermenéutica al derecho. De partida porque desconoce el carácter cognitivo del derecho y cómo las creencias de los participantes definen su contenido. Y también porque, evidentemente, la atención a lo local sobre lo universal es insuficiente o no está reflejada correctamente. Es más, una lectura perfectamente aceptable de su caracterización de la teoría del derecho como un estudio del instrumental metodológico, se parece a un análisis conceptual como el que propone Francesca Poggi para la teoría (general) del derecho<sup>48</sup>.

No es el espacio para conjeturar dónde reside el defecto que explica esta inconsistencia parcial de la propuesta de Vergara, pero probablemente la ausencia de un desarrollo de la noción de práctica social para tematizar al derecho tenga cierta responsabilidad. La imagen de cuatro fuentes imbricadas

---

48 POGGI, Francesca: “La Teoría General del Derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 48, 2017.

sugiere la idea de práctica social, pero también puede entenderse como un esquema más bien estático. Y cuya intelección se hace mediante el examen de conceptos rígidos.

Todas las anteriores consideraciones dirigen a una conclusión. El planteamiento disciplinar de Vergara no honra ni aprovecha sus meditaciones sobre el derecho. Lo que debiese ocurrir es una reformulación de la teoría del derecho. ¿Cuáles son los pasos de esta reorientación? En primer término, los elementos equívocos que se acercan a una teoría universal y abstracta, que desdeña el carácter local y cognitivo del derecho deben ser purgados. El resultado, en mi opinión, consistiría en forjar una visión más coherente y también más original de la teoría del derecho. La postura de Vergara se acercaría a propuestas que entienden a la teoría del derecho (o *jurisprudence*) como un trabajo intelectual situado, y que en buena parte realiza una indagación cultural. Ejemplos conspicuos son las reflexiones de Roger Cotterrell y William Ewald. Pero para darle sustancia a esta afirmación es necesario realizar una digresión.

## V. LA ALTERNATIVA DE WILLIAM EWALD Y ROGER COTTERRELL

Como anticipamos, las propuestas de Vergara se acercan a lecturas que se han hecho en las últimas décadas en la academia angloamericana. Para fundar mejor este aserto pasaremos revista a dos aportes cuyo vínculo con nuestro autor es evidente.

William Ewald, en un trabajo de derecho comparado, propuso que esta disciplina girara hacia el estudio del “derecho en las mentes” de cada jurisdicción. Esa expresión nos permite exponer un punto de contacto con la visión de Vergara. Ewald concibe el derecho como un fenómeno cognitivo: “[d]ebemos tratar de integrar las reglas escritas dentro de una red de creencias, ideales, opciones, deseos, intereses, justificaciones, principios,

técnicas, razones y supuestos”<sup>49</sup>. De modo tal que, para entender la compleja práctica social en la que consiste el derecho, cobra una importancia central excavar un conjunto de teoría y creencias<sup>50</sup> que animan y articulan tal práctica; y que rotula genéricamente como “principios”<sup>51</sup>. Ewald confía en que conocer y entender esos “principios” (que ciertos lectores podrían denominar cultura jurídica) permitirá comprender adecuadamente un sistema jurídico extranjero<sup>52</sup>.

En otra coincidencia con Vergara, Ewald distingue entre *jurisprudence* (o teoría del derecho) y filosofía del derecho. Ésta última es una rama de la filosofía que intenta responder cuestiones generales del derecho, sin referencia a sistemas jurídicos particulares, salvo con propósitos ilustrativos. La *jurisprudence*, a su turno, es la teoría de un país concreto, es nacional y contextual<sup>53</sup>. Y a esta disciplina le corresponde efectuar el tipo de indagación que describimos en el párrafo anterior, analizando los fundamentos intelectuales de sus instituciones principales<sup>54</sup>, y así develar los principios que subyacen a las reglas legales<sup>55</sup>, y eso se hace estudiando la teoría del derecho, local y situada, de cada país.

En el caso de Cotterrell su posición es más explícita. Al igual que Ewald y Vergara distingue entre filosofía del derecho y *jurisprudence* (o teoría del derecho). La primera es una rama de la filosofía que busca o rastrea verdades universales, más que un conocimiento atento a las particularidades de cada sistema jurídico. Su foco actual no está en la experiencia jurídica con toda su complejidad práctica y especificidad contextual, sino que en problemas

49 EWALD, William: “Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, N° 6, 1995, p. 1948.

50 *Ibíd*, p. 1941.

51 *Ibíd*, p. 2129.

52 Ewald menciona como ejemplos principios sobre la naturaleza del derecho, la justificación del poder del Estado, la responsabilidad política de los legisladores y las Cortes, la justificación del castigo o la legitimidad de la propiedad privada, ver *Ibíd*, p. 2144.

53 *Ibíd*, p. 1958.

54 *Ibíd*, pp. 1958-1960.

55 *Ibíd*, p. 1948.

abstractos definidos por el interés filosófico<sup>56</sup>. Cotterrell hace suyas críticas a la insularidad (y cierta esterilidad) de la filosofía del derecho. Una disciplina, cabe agregar, cercana al positivismo contemporáneo estándar, y analítica en su método. Su desdén por la experiencia temporal y territorialmente situada limita su relevancia y ha reducido su audiencia y perdiendo contacto con la práctica del derecho y su contexto social y político<sup>57</sup>.

La teoría del derecho, en cambio, no tiene como propósito buscar verdades últimas sobre la naturaleza del derecho o características esenciales o necesarias de lo jurídico<sup>58</sup>. Se trata de un tipo de investigación que arranca y se vincula con las condiciones de la práctica jurídica y la experiencia de su particular tiempo y lugar. Su enfoque se basa en la perspectiva profesional y popular sobre el derecho. Desde el punto de vista metodológico, carece de compromisos firmes, toma herramientas y conocimientos de muchas escuelas, tradiciones y disciplinas<sup>59</sup>. Algo que por momentos parece jugarle en contra, porque parece ser un paquete inconexo de miradas sobre el derecho, obtenidas con poca discriminación de las humanidades y ciencias sociales; así como de las especulaciones hechas por las y los abogados desde su propia práctica y conocimiento.

Como puede notarse, son varios los elementos que Vergara comparte con estos dos destacados académicos. Pero ninguna de las dos determina como objeto el “método” o convierte a la teoría del derecho en una “red de teorías” de objetos aparentemente rígidos. Se enfatiza el carácter dinámico y local del derecho, y se persigue – con claridad en el caso de Ewald – rastrear ese *ethos* que explica las singularidades de cada práctica jurídica.

---

56 COTTERRELL, Roger: “Why jurisprudence is not legal philosophy”. En: *Jurisprudence*, vol. 5, N°1, 2014. pp. 50-52.

57 *Ibíd.*, pp. 46-48.

58 *Ibíd.*, p. 42.

59 *Ibíd.*, p. 53.

## VI. LA TEORÍA (LOCAL) DEL DERECHO EN ALEJANDRO VERGARA

A pesar de lo dicho en los apartados anteriores, esta reorientación (local) para tener alguna justificación debe fundarse en la misma obra de nuestro autor. Conocemos ya varias ideas en esta dirección, pero también que es admisible interpretar la teoría del derecho de una forma algo inconsistente. ¿Qué elementos de su trabajo pueden ser útiles para esta reorientación? A mi juicio dos. Primero, su profunda lectura de los principios del derecho. En ella se condensan las bases de su pensamiento y, además, los rasgos que él atribuye a los principios son coherentes con un giro cultural y situado de su teoría del derecho. Segundo, su propia faena de investigación, porque mientras *deslinda* la disciplina también *hace* teoría del derecho. Existen en su reflexión dos excelentes ejemplos: el estudio del mito del Código Civil como derecho común y su caracterización del derecho chileno de las últimas décadas como “neomoderno”.

Ya explicamos, con cierto detalle, la importancia de los principios en el planteamiento de Vergara, y también intentamos mostrar la singularidad de su comprensión. Ahora, apoyándome en ese mismo material quiero justificar mi relectura.

Un primer punto es que Vergara, al menos explícitamente, le atribuye a los principios un rol algo disminuido, en contraste con el entusiasmo y la profundidad con que recrea su fisonomía. Trataré de explicar este punto. Vergara sostiene que los principios jurídicos “esconden, en su clásica fórmula epigramática, tan resumida y breve, un poso o sedimento del espíritu jurídico del pueblo”<sup>60</sup>. Les otorga el valor de una democracia subterránea y una legitimidad cultural y popular. Sin embargo, a la hora de ubicar su función generalmente les atribuye el clásico rol de una fuente a la que se recurre cuando hay lagunas o contradicciones del material normativo escrito<sup>61</sup>.

---

60 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 30-31.

61 Ver, por ejemplo, *Ibíd.*, pp. 28-29.

El mismo Vergara dice que los principios “siempre andan rondando en nuestras ideas”<sup>62</sup> y que son valores de justicia material que existen en el imaginario jurídico de la sociedad<sup>63</sup>. Cuando se refiere así a los principios pareciera estar hablando de una normatividad *implícita*. Si es así, su presencia en la arquitectura de un sistema jurídico es mucho mayor. Operan como cánones interpretativos, ideales regulativos o tradiciones que van configurando, en la mentalidad de los juristas (en sentido amplio), una determinada actitud interpretativa que impacta de muchas formas en la normatividad *explícita*. Dicha actitud interpretativa es, en el fondo, la cultura jurídica, la cual debe rastrearse para tener una comprensión más afinada y densa del derecho. Y eso se hace a través de una investigación local. Los principios jurídicos son un objeto de conocimiento que por sus propias características va siendo moldeado por discursos académicos y prácticas administrativas, pero también por narrativas historiográficas o por ideologías económicas. El análisis de un principio va a ser siempre situado y por ello va a ser relevante reconstruir las ideas que lo nutren y que explican el modo en que *cada* comunidad lo entiende.

Una segunda cuestión, en orden a refrendar la reorientación de la teoría del derecho de Vergara es mostrar cómo, en parte de sus estudios, su reflexión precisamente se dirige a un análisis de las premisas culturales que definen una práctica jurídica concreta. Los trabajos de Vergara tienen esta orientación a comprender la especificidad cultural de la comunidad de intérpretes de Chile. Hemos elegido dos ejemplos claros y de gran valor por separado.

Vergara ha intentado refutar un argumento muy extendido: el carácter de derecho común del Código Civil. Ha elaborado una crítica a la “la excesiva y extendida tesis” de la supletoriedad general del Código Civil<sup>64</sup>, que se sostendría como posición doctrinaria pero también como una práctica acrítica que, frente a lagunas de la normativa administrativa, recurre a las

---

62        *Ibíd.*, p. 25.

63        VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”, *ob. cit.*, p. 901.

64        VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo*, *op. cit.*, p. 32.

disposiciones del Código Civil para colmarlas. ¿Por qué se persiste en el error? La respuesta de Vergara es un análisis local, escudriñando ideas que explican esa práctica. Son componentes de la cultura jurídica chilena. Existiría un mito que ubica a este cuerpo legal como centro del ordenamiento jurídico<sup>65</sup>. Que a su vez “descansa en un fenómeno psicológico: la creencia de la vigencia actual de un residuo histórico: el *ius commune* medieval”<sup>66</sup>. Esa presunta supletoriedad – más allá de un mero análisis normativo – se funda en una “creencia”.

Su idea del derecho neomoderno – con la que se puede coincidir o no – es una propuesta que, al menos al hilo de sus propios argumentos, busca caracterizar la evolución que ha sufrido el derecho chileno en los últimos cuarenta años. En esta nueva atmósfera jurídica los principios rivalizan con la ley y el mercado con el Estado. Las personas ejercen autónomamente sus derechos, actuando a través de las innumerables relaciones y decisiones que el mercado acoge, de modo que este último suprime el antiguo monopolio del Estado, quien abandona su rol interventor. A la luz de estos fenómenos, el estatismo de la cultura jurídica desaparece. Por otra parte, el esquema de las fuentes del derecho ha mutado. Desde una perspectiva estrictamente jurídica el rol privilegiado de la ley se ha alterado. Las leyes con pretensiones de racionalidad y perennidad declinan e irrumpen nuevas fuentes (derecho global, constitución, reglamentos, circulares) o son rehabilitadas otras (como los principios), que descentralizan y multiplican las potestades normativas<sup>67</sup>.

Puede ser una explicación extrapolable a otras jurisdicciones, pero los argumentos y hallazgos son referentes a Chile<sup>68</sup>. Vergara, al referirse al derecho neomoderno, no escatima expresiones que dan cuenta de un espacio

---

65       Ibíd, pp. 67-68.

66       Ibíd, pp. 33-34.

67       VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 14-17.

68       Aunque cabe reconocer que hay cierta ambigüedad en este punto cuando desarrolla esta idea en VERGARA, Alejandro: El espacio jurídico neomoderno. El ejemplo paradigmático del derecho administrativo. En: *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, N°80, 2019.

cultural: un “nuevo *ethos*”<sup>69</sup> o “nuestro hábitat”<sup>70</sup>. Junto con la “revolución hermenéutica” que supuso la Constitución vigente<sup>71</sup>, se trata de un conjunto de creencias, ideales y formas institucionales que nos orientan, que posemos no de una forma electiva. Es un cambio de la cultura jurídica, que acontece primero en las reglas y luego se disemina por el resto de las fuentes<sup>72</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha reivindicado el valor de la obra teórica de Alejandro Vergara. Su concepción del derecho es original e integra diversas influencias que enriquecen su análisis y le proveen de una rara singularidad. Al mismo tiempo, también hay un enorme mérito al intentar delimitar un campo propio de la teoría del derecho, una disciplina que él entiende de modo diferente a la ortodoxia iusfilosófica. Vergara desarrolla una reflexión muy promisoría, que al definir el contenido de esa disciplina cae en cierta ambigüedad y pueda ser entendida como una forma de estudio abstracta y especulativa, algo diferente a lo que debiera resultar de su aproximación. Una forma legítima de entender su teoría del derecho es como una rama de la enciclopedia jurídica próxima a ese análisis desarraigado y especulativo que Vergara reprueba. Dicho en términos figurativos, Vergara abre una veta extremadamente interesante pero no la explota como debería, e incluso su propuesta acusa inconsistencia. Así entendida su “teoría del derecho” se vuelve una amenaza para su intelección del derecho, o al menos para la originalidad de su exhortación iusfilosófica; y compromete los futuros rendimientos que cabe esperar de un esfuerzo tan inteligente y valioso.

¿Qué proponemos? Considerando las propias ideas de Vergara, la disciplina que él describe debiese caracterizarse de otro modo. Una práctica, que existe en un contexto temporal y geográfico, y que está en permanente

---

69 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. XI.

70 *Ibíd.*, p. 18.

71 *Ibíd.*, p. 219.

72 *Ibíd.*, pp. XI-XII.

construcción debe estudiarse de otra forma. El análisis debiese focalizarse en el imaginario y las creencias efectivas, predominantes en una cultura jurídica específica. Esta perspectiva nos llevará a pensar la teoría del derecho como una disciplina que indaga los ideales, principios y horizontes de sentido de una determinada comunidad de intérpretes, valiéndose de un sincretismo metodológico. Es decir, una teoría local fundada en la original aproximación del profesor Alejandro Vergara.

## BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta, Madrid, 2015.

COTTERRELL, Roger: “Why jurisprudence is not legal philosophy”. En: *Jurisprudence*, vol. 5, N°1, 2014.

EWALD, William: “Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, N° 6, 1995.

PEDRALS, Antonio. “Teoría del derecho, Alejandro Vergara Blanco”. En: *Ius et Praxis*, vol.25, N°2, 2019.

PEÑA, Carlos “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del Derecho: Identidad y transformaciones”. En: *Revista Chilena De Derecho*, vol. 48, N°1, 2021.

POGGI, Francesca: “La Teoría General del Derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 48, 2017.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2007.

RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: “Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad”. En: Carolina Rojas y Andrés Haye (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012.

VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho. Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC, Santiago, 2019.

VERGARA, Alejandro: “Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°44, 2015.

VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”. En: *Derecho Administrativo*, N°119, 2018.

VERGARA, Alejandro: “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los ‘núcleos dogmáticos’”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°3, 2014.

VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016.

VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como derecho común*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010.

VERGARA, Alejandro: “Los temas de la teoría del derecho y la interpretación rigurosa. En el sendero de Betti y Larenz”. En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°28, 2010.

**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO POR  
VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN  
POR LA IMPLEMENTACIÓN DEFICIENTE DE  
SERVICIOS DE INTERNET PARA LA REALIZACIÓN  
DE CLASES TELEMÁTICAS EN PANDEMIA.**

THE STATE'S LIABILITY UNDER CIVIL LAW ARISING FROM  
THE BREACH OF THE RIGHT TO EDUCATION DUE TO THE  
POOR IMPLEMENTATION OF INTERNET SERVICES TO  
CONDUCT DISTANCE LEARNING DURING A PANDEMIC.

Nadia Borie Mecklenburg<sup>1\*</sup>

Víctor Guerra Cortés<sup>\*\*</sup>

Patricia Salinas Figueroa<sup>\*\*\*</sup>

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo probar la posibilidad de imputar responsabilidad civil en contra del Estado por falta de servicio por la vulneración del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes que cursan la enseñanza básica y media en el sistema escolar público por la falta de conectividad al servicio de internet para acceder a las clases telemáticas, buscando probar la existencia de un daño real producido por la falta de previsión del Estado al implementar un modelo telemático de clases en contexto de COVID-19. Se estructura en tres capítulos; en el primer capítulo, se describe el contenido del derecho a la educación que tienen los NNA y se determina el marco normativo aplicable en esta materia. En el segundo

---

<sup>1</sup> Artículo recibido para su evaluación el 10 de mayo de 2022, y aprobado para su publicación el 23 de junio de 2022.

\* Egresada Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. Email: borie.nadia@gmail.com

\*\* Egresado Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. Email: victor.guerra@alumnos.uv.cl

\*\*\* Egresada Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. Email: salinasfigueroa@gmail.com

capítulo, se analiza y explica la vulneración del derecho a la educación en el contexto de pandemia por parte de los órganos de la Administración del Estado competentes en esta materia. En el tercer capítulo, se estudia la posibilidad de configurar la responsabilidad civil del Estado ocasionada por la vulneración del derecho fundamental de educación en tiempos de pandemia.

**Palabras clave:** Clases telemáticas; Conexión a internet; COVID-19; Derecho a la educación; Responsabilidad civil del Estado.

**Abstract:** The article's objective is to examine the possible liability arising from the breach of the right to education of children and adolescents attending primary and secondary public schools against the State under civil law due to the poor implementation of internet services and thus limited access to distance learning, by seeking to prove the existence of real damage caused by the lack of foresight of the State when implementing distance learning in the context of COVID-19. It is structured in three chapters: The first sets out the children and adolescents' right to education and the applicable regulatory framework. The second analyses and explains the competent State Administration bodies' breaches of the right to education in the context of a pandemic. The third explores the possibility of amending the liability of the State under civil law arising from the breach of the fundamental right to education during a pandemic.

**Keywords:** Distance learning; Internet connection; COVID-19; Right to education; State responsibility under civil law.

## I. INTRODUCCIÓN

Producto de la llegada de la pandemia COVID-19 a nuestro país a principios del año 2020, se decretaron medidas sanitarias para controlarla y una de ellas fue el cierre de establecimientos educacionales, que según los datos de la UNESCO afectó a 1.514.761 estudiantes que cursan enseñanza básica y a

1.520.724 alumnos de educación media<sup>2</sup>, lo que conlleva la implementación de un sistema telemático de educación en todo el territorio nacional para que se siguiera prestando el servicio educacional. Luego, durante el año 2021, existía un régimen de apertura parcial de este tipo de recintos que afecta a 1.552.914 de estudiantes que cursan educación básica y a 1.537.232 de estudiantes de enseñanza media durante el año 2021<sup>3</sup>, es necesario recalcar esto pues el retorno a clases presenciales es voluntario, lo que implica que el modelo online es el principal o bien es un complemento en este sistema híbrido de clases. Es importante estudiar si respecto de estos hechos se han vulnerado el derecho a la educación de los estudiantes de enseñanza media y básica, porque la conectividad a internet no es una condición generalizada en todos los hogares, de manera que el acceso a la educación telemática se ve condicionado por diversos factores en estas circunstancias, siendo que el Estado está sujeto a deberes generales en esta materia de acuerdo a la normativa nacional e internacional vigente.

A través de la siguiente investigación buscaremos probar que de conformidad al Derecho nacional vigente es posible hacer valer la responsabilidad civil en contra del Estado por la vulneración del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) que cursan la enseñanza básica y media en el sistema escolar público, en el contexto de desarrollo de clases telemáticas durante la pandemia por la falta o insuficiencia en la conectividad al servicio de internet. La persecución de la responsabilidad del Estado por los hechos mencionados se presenta como una respuesta viable para resolver el problema o ser parte de las medidas paliativas para que las ulteriores consecuencias de este hecho sean menos perjudiciales para los NNA adscritos en el sistema público de educación, así como también consideramos que su utilidad será proporcionar insumos básicos de una defensa jurídica que sea útil para la propuesta de una pretensión susceptible de ser presentada en los tribunales de justicia, diferente a la acción de protección, ya que el derecho a la educación no es justiciable por esta vía. No existe

---

2 Disponible en: <https://es.unesco.org/covid19/educationresponse>

3 Ídem.

en la actualidad un estudio que abarque la entrega por parte del Estado de conexión a internet de calidad como parámetro de cumplimiento deberes estatales a proporcionar una educación de calidad o a facilitar el acceso a esta en el contexto de la pandemia por lo reciente de esta problemática, siendo concordante con su permanente monitoreo.

Esta investigación será de tipo documental, se revisará brevemente jurisprudencia nacional y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para comprender sus criterios sobre el resarcimiento de los daños y no se pretenderá hacer un estudio estadístico del resultado de las sentencias, así tampoco de las cifras proporcionadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones. A su vez, tendrá el nivel de analítico y para su desarrollo, adoptaremos una modalidad de investigación dogmático porque lo que procederemos a realizar, será un ejercicio interpretativo para buscar una solución en el contenido descriptivo de las normas jurídicas existentes sobre la problemática ya planteada y a su vez comparativa, puesto que estableceremos ciertas afinidades entre el ordenamiento jurídico chileno existente en la actualidad, con un sector determinado del ordenamiento jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde el punto de vista de la protección del derecho a la educación de los NNA como parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Se estructura en tres capítulos; en el primer capítulo, se describe el contenido del derecho a la educación que tienen los NNA y se determina el marco normativo aplicable en esta materia. En el segundo capítulo, se analiza y explica la vulneración del derecho a la educación en el contexto de pandemia por parte de los órganos de la Administración del Estado competentes en esta materia. En el tercer capítulo, se estudia la posibilidad de configurar la responsabilidad civil del Estado ocasionada por la vulneración del derecho fundamental de educación en tiempos de pandemia.

## II. DERECHO DE EDUCACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

### 1. Introducción.

En este capítulo nos referiremos acerca del contenido del derecho a la educación del cual son titulares los NNA, los deberes generales a los cuales está sujeto el Estado sobre esta materia, consistentes en aquellos relativos a proteger<sup>4</sup>, respetar<sup>5</sup> y garantizar<sup>6</sup> este derecho fundamental, revisaremos de manera rápida los estándares que se utilizarán en este trabajo para determinar en el capítulo posterior si se han cumplido con los deberes relativos a este derecho fundamental.

### 2. Contenido del derecho a la educación.

El derecho a la educación<sup>7</sup> tiene dos dimensiones, una de ellas, es la relativa al derecho de los niños, niñas y adolescentes a instruirse a lo largo de las distintas etapas de su vida y que tiene por objeto infundir conocimientos, valores y habilidades en forma libre y expresiva<sup>8</sup> y, la otra, el derecho a escoger el tipo de educación que le corresponde a los educandos en circunstancias que la edad lo permita, de manera que este es ejercido por los padres mientras los educandos son menores de edad<sup>9</sup>. Sin embargo, el presente trabajo no desarrollará el derecho a escoger el tipo de educación que

---

4 Consagrado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de acuerdo con el razonamiento utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “*Masacre de Mapiripán*”, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N°. 134, párr. 111.

5 Consagrado en el artículo 1.1 de la CADH.

6 Ídem.

7 El derecho a la educación está definido en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

8 FLORES, Juan Carlos: “Derecho a la educación. Su contenido esencial en el Derecho Chileno”. En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, N° 12. pp. 111-112.

9 Íbidem, p. 114.

tienen tanto el educando como los padres, puesto que este tiene la intención de abordar problemáticas relativas al acceso a la educación entendido como el derecho a instruirse en el sistema público.

Este derecho tiene como titular al estudiante que debe y necesita recibir la instrucción necesaria para desarrollar ampliamente sus capacidades y progresar moral e intelectualmente y a su vez, tiene una perspectiva prestacional. En este sentido, se sostiene que reconocer la educación formal básica como derecho fundamental implica un cambio radical en el modo en que se concibe la relación entre los NNA como sujetos activos de la educación y el Estado como sujeto destinatario. Esto implica el reconocimiento de posiciones jurídicas que deben ser respetadas por los particulares y el Estado, lo cual se traduce en que este último tendrá el deber de proteger, organizar, coordinar, disponer recursos, fiscalizar el sistema educativo garantizando su justiciabilidad<sup>10</sup>.

A su vez, este derecho a la educación entendido de esta forma ha sido consagrado en diversos cuerpos normativos tales como tratados de DDHH tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>11</sup>, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>12</sup>, así como también en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>13</sup>. De estos tratados internacionales pueden verse reflejados principios tales como la universalidad

10 SCIOSCIOLI, Sebastián: *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*. 1ª edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015. p. 229.

11 Descrito en el artículo 13, haciendo hincapié en la obligatoriedad y gratuidad en los niveles de enseñanza primaria, así como también prescribe el cumplimiento progresivo de estos estándares en la educación secundaria y superior.

12 Descrito en los artículos 28 y 29, estableciendo una especial relevancia al principio del interés superior del niño, reiterando aspectos como la obligatoriedad y gratuidad en la educación, además de enfatizar que los países deben poner sus esfuerzos en evitar la deserción escolar.

13 Descrito en el artículo 26, estableciendo la obligación de los Estados partes a tomar medidas o providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos la cual, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericana, se comprometen a aunar esfuerzos para que los pueblos alcancen un desarrollo integral en ámbitos como la educación, cultura, tecnología, entre otros.

y gratuidad en nuestro ordenamiento jurídico, en específico en la Constitución política en su artículo 19 N°10. Además, puede verse reflejado en la Ley General de Educación, la cual en su artículo 3 establece una concretización legal en nuestro ordenamiento jurídico sobre algunos principios básicos sobre los cuales se asienta el sistema educativo chileno, de los cuales nosotros destacamos el principio de la gratuidad, el principio de responsabilidad, la universalidad y la equidad del sistema educativo, e integra nuevamente en su artículo 4 el derecho a la educación al ordenamiento jurídico chileno, pormenorizando lo establecido en la CPR en su artículo 19 N°10.

Ahora, para verificar el grado de cumplimiento de los deberes estatales con respecto al derecho a la educación<sup>14</sup>, es necesario evocar los indicadores que ha confeccionado Tomasevski, que buscan medir la calidad de la educación otorgada de acuerdo con parámetros objetivos, y que han sido recogidos a su vez por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación N°13. Cabe precisar que la importancia de este marco conceptual reside en que contiene los criterios que nos permitirán dilucidar si se garantizó el contenido de educación en torno a los NNA adscritos al sistema educativo público en el contexto de impartición de clases telemáticas producto del COVID-19.

1. Asequibilidad: Por un lado, desde una perspectiva de los derechos civiles y políticos, implica que los Estados deben permitir la creación de escuelas para que los individuos puedan educarse. Y por otro, como derecho social, económico y cultural se refiere al deber del Estado de promover y asegurar que la educación gratuita y obligatoria sea asequible para todos los estudiantes en edad escolar<sup>15</sup>.

---

14 El deber general de protección se encuentra consagrado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de acuerdo con el razonamiento utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “*Masacre de Mapiripán*”, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N°. 134, párr. 111. El de respetar y garantizar están consagrado en el artículo 1.1 de la CADH.

15 RUIZ, Guillermo: *El derecho a la edición: definiciones, normativas y políticas públicas revisadas*. 1ª edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020. p. 3.

2. Accesibilidad: Las instituciones y los programas de enseñanza desde lo jurídico y de hecho estén al alcance de todos, sin discriminación. Además, consta de tres dimensiones que coinciden de forma parcial<sup>16</sup> :

2.1. No discriminación: La educación debe ser accesible para todos, considerando especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos<sup>17</sup>.

2.2. Accesibilidad material: La educación debe tener un carácter accesible materialmente, ya sea porque la escuela tiene una proximidad al domicilio del alumno o que la accesibilidad se traduzca en la disponibilidad de herramientas tecnológicas que faciliten su asistencia a las clases telemáticas.

2.3. Accesibilidad económica: La educación debe estar al alcance de todas las personas, incluso aquellas que tengan dificultades económicas.

3. Aceptabilidad: Se relaciona con la calidad de la enseñanza, para esto los gobiernos tienen la obligación de establecer, controlar y exigir determinados estándares de calidad tanto para establecimientos educacionales públicos como privados<sup>18</sup>.

4. Adaptabilidad: Alude a que la educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos socioculturales variables. Además, este proceso debe fundarse en el respeto a las diferencias, multiculturalismos, la democracia y los derechos fundamentales<sup>19</sup>.

---

16 SCIOSCIOLI, Sebastián, ob. cit., pp. 233-234.

17 Consagrados en el artículo 2 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tales como: color de piel, sexo, idioma, religión, opinión política, etc.

18 RUIZ, Guillermo, ob.cit., p. 31.

19 SCIOSCIOLI, Sebastián, ob. cit., p. 234.

A su vez, debemos incorporar el estándar de cumplimiento al que está sujeto el Estado ante este derecho económico, social y cultural visto desde el Comité de PIDESC en su Observación N°13, que interpretan el estándar de cumplimiento del derecho a la educación desde la progresividad establecida en el artículo 26 de la CADH. Sobre esto, resultaría imposible que por parte de las instituciones internacionales se pida a los Estados adoptar medidas totalmente satisfactorias de ellas, si no tienen los recursos económicos correspondientes. La progresividad como está establecida debe ir orientada en el avance de los Estados hacia el logro del pleno goce de los DESC que, si bien no implica un avance rápido hacia la consecución de las metas sobre este particular, no puede entenderse que estos tengan un desarrollo regresivo sin un motivo cualificado o que los Estados adopten una actitud inactiva frente a ellos<sup>20</sup>.

### III. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

#### 1. Introducción.

El problema de las clases en modalidad telemática como una medida de emergencia frente a las restricciones a la libertad ambulatoria no fue un suceso particular de Chile, sino que de la gran cantidad de países existentes en la actualidad. Alguna de las estrategias tomadas por países como China y Francia fue realizar préstamos de dispositivos a estudiantes más vulnerables, así como también entregar material impreso a los alumnos<sup>21</sup>, también es una medida generalizada entregar dispositivos como routers y lo han realizado países como Reino Unido<sup>22</sup>, Somalilandia, Burkina Faso<sup>23</sup>. Siendo un factor

---

20 PINTO, Mónica: “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”.

En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 56, 2012. pp. 162-179.

21 Disponible en: <https://gem-report-2020.unesco.org/es/inicio/>

22 Ídem.

23 DREESEN, Thomas, AKSEER, Spogmai, BROSSARD, Matt, et al.: “Promising practices for equitable remote learning Emerging lessons from COVID-19 education responses in 127 countries”. En: *Innocenti Research Briefs*, N°2020-10, 2020. p. 5.

denominador de los países optar por métodos alternativos para que los NNA más vulnerables tuvieran acceso a los materiales de clases o instrucción telemática para el período en que se suspendieron las clases presenciales.

Uno de los aspectos particulares que debemos tener en cuenta para verificar si se ha alcanzado el estándar de cumplimiento del deber del Estado de Chile acerca de proteger, resguardar, promover y respetar el derecho a la educación en los términos establecidos en la normativa vigente es constatar si los estudiantes contaban con el acceso al servicio de internet que se requiere para el desarrollo de las clases en modalidad telemática en virtud de la emergencia sanitaria ya mencionada y el cierre de los establecimientos educacionales dependiendo de la fase en que se encuentran, que, para efectos de este trabajo, examinaremos si se ha proporcionado de este servicio a los estudiantes sin discriminación. Consideramos que este aspecto es relevante para posteriormente analizar el estándar de cumplimiento de los deberes estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC).

El Estado de Chile ha declarado que utiliza todos los recursos disponibles para la realización de clases en modalidad telemática, incluyendo entre las tecnologías utilizada para la instrucción de los alumnos, entrega de documentos en papel como libros y guías, uso de televisión, radio, internet, transmisiones abiertas (unilaterales o bilaterales), closed circuit, cable, fibra óptica, satélite, dispositivos inalámbricos, banda ancha, conferencias de audio, video cassette, DVDs y CD-ROM, siendo uno de los países pertenecientes al 19% que han reportado usar todos los instrumentos referidos a través de todos los niveles educativos, incluyendo clases en modalidad a distancia<sup>24</sup>. Sin perjuicio de ello, criticaremos en su oportunidad las medidas adoptadas por el Estado de Chile respecto del acceso a la educación telemática.

---

24 OCDE: the state of school education: One year into the COVID pandemic. 2020. pp.16-18.

## 2. Medidas adoptadas en Chile.

Durante los años 2020 y 2021, el Ministerio de Interior y Seguridad Pública ha adoptado medidas tendientes a enfrentar la situación de emergencia, entre ellos se dictó el D.S N°104 del año 2020 que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública y sus sucesivas prórrogas<sup>25</sup>, las cuales entregan prerrogativas a la autoridad para afectar la libertad ambulatoria de las personas en Chile. A su vez, el Ministerio de Salud, ha dictado diversos actos en el contexto de la emergencia sanitaria, de los que podemos indicar el Decreto N°4 del 8 de febrero de 2020 que decreta la alerta sanitaria y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII<sup>26</sup>) por brote del nuevo coronavirus (SARS-COV-19), a su vez podemos destacar aquellos relativos a restringir las libertades personales y suspender las clases presenciales<sup>27</sup>, estableciendo regulaciones específicas de la suspensión de clases relativas al conocido “plan paso a paso”.

Las posteriores resoluciones del MINEDUC, con este contexto del cierre de establecimientos educacionales, estaban orientadas a realizar una serie de directrices que se dividía en diversos ejes tales como el plan de aprendizaje remoto, programa de alimentación escolar y parvulario, turnos éticos, apoderados y sobre subvenciones, entre ellas la Subvención Escolar Preferencial (en adelante SEP). También recomendó que se realice un levantamiento de información sobre la situación de cada uno de sus estudiantes respecto de la conectividad, habilidades digitales y se sugiere además que en el caso de un supuesto de falta de conectividad, se coordinen acciones para tomar otras medidas, tales como facilitar el acceso a material impreso, ya sea de los recursos “Aprendo en Línea” o textos escolares y disponer de herramientas educacionales de distintos medios de comunicación tales como “TV educa”

---

25 Consagradas en los D.S. N°269, N°400, N°646 del año 2020 y los D.S. N°72 y 153 del año 2021 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública.

26 Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional.

27 Tales como la Resolución Exenta N°180, N°591, N°43, N°644 y N°994 del Ministerio de Salud.

y “Radio Enseña”. Asimismo, podemos encontrar la Resolución Exenta N°3.431 del 14 de agosto del 2020, que aprueba el “plan abrir las escuelas paso a paso” que contiene orientaciones para establecimientos educacionales de conformidad con las directrices sanitarias vigentes establecidas por el MINSAL.

La Superintendencia de Educación (en adelante SUPEREDUC) mediante las facultades consagradas en la Ley N°20.529 ha dictado diversos actos administrativos, entre ellos directrices en orden a dirigir el uso de la SEP por parte de las comunidades educativas, autorizando la adquisición de software y hardware destinado al mejoramiento educativo, extendiéndose esta a los hogares de alumnos, profesores y asistentes de educación que realicen actividades de aula<sup>28</sup>. Por medio de la Resolución Ordinaria 9, N°1315, de octubre del año 2020, la SUPEREDUC, solicitó a los sostenedores de los establecimientos educativos información sobre las estrategias tomadas acerca de la implementación de clases en modalidad telemática, haciendo especial énfasis en que la no entrega de la información, su entrega incompleta o inexacta será considerada como una infracción, la cual será sancionada en virtud de las facultades sancionadoras que tiene la SUPEREDUC en virtud del artículo 49 letra l) de la Ley N°20.596.

Algunas medidas específicas que se han tomado en la pandemia son las adoptadas por la Resolución Exenta N°599 de la SUPEREDUC, que aprueba la circular que imparte instrucciones para la realización de las clases en establecimientos educacionales del país, indica que las comunidades educativas tienen autonomía y libertad para definir las estrategias de educación remota, además de reiterar el derecho de los alumnos a recibir una educación adecuada y oportuna, así también su derecho a no ser discriminado arbitrariamente para posteriormente indicar que se permitirá a los alumnos asistir a los establecimientos educacionales para participar en clases en modalidad presencial y a su vez, aquellos que se vean impedidos de asistir tendrán derecho a ser parte de un plan de trabajo elaborado por los mismos establecimientos.

---

28 Dictamen N°47 del 9 de noviembre del 2018 de la SUPEREDUC.

Se ha mantenido el criterio interpretativo del Dictamen N°47 anteriormente señalado, autorizando a los sostenedores de los establecimientos educacionales a hacer uso de la SEP para proporcionar servicios de internet a estudiantes prioritarios y preferentes que no cuenten con este, durante el tiempo que los alumnos se vean imposibilitados de retomar las clases presenciales de manera normal<sup>29</sup>. También los establecimientos educacionales ubicados en zonas o territorios aislados que no cuenten con acceso a internet y a su vez tengan un importante porcentaje de estudiantes prioritarios o preferentes, podrán utilizar los recursos de la SEP para contratar servicios de espacios radiales, siempre que se asegure la equidad en el acceso a clases a distancia a todos sus estudiantes y mejorar la entrega de contenidos educativos o de reforzamiento pedagógico<sup>30</sup>.

### **3. Vulneración del derecho a la educación respecto de la impartición de clases telemáticas.**

Para los propósitos de este trabajo hemos utilizado en nuestra metodología para determinar si se ha incumplido los deberes generales que tiene el Estado respecto al derecho a la educación, diferentes datos relativos a las comunas que tienen menor acceso a internet a través de redes fijas y móviles.

#### **3.1. NNA matriculados en establecimientos educacionales del sistema escolar público.**

Producto de la pandemia, el MINSAL ha emitido ciertos actos administrativos tendientes a restringir la libertad ambulatoria de las personas, lo que afectará a una cantidad determinada de alumnos que han sido matriculados

---

29 Dictamen N°55 del 29 de julio del año 2020.

30 El dictamen mencionado indica que serán los establecimientos educativos quienes estarán facultados para seleccionar el mecanismo que prefieran considerando los aspectos particulares de la comunidad educativa en el caso de los servicios de internet y software que permita llevar a cabo las clases en línea, debiendo centrarse en aquellos estudiantes prioritarios y preferentes que no cuenten con equipamiento tecnológico o servicios de internet en sus hogares y que a su vez, no hayan sido beneficiados por otros programas del Estado que provean de los mismos elementos.

en el año 2020<sup>31</sup>, de los cuales, hemos seleccionado aquellas comunas con menores índices de acceso a internet que nos sirven como un estimativo de los estudiantes que podrían contar con problemas de conectividad al servicio de internet<sup>32</sup> requerido para acceder a las clases telemáticas y que nos permitirá contrastar dicha información con los datos sobre la conectividad en distintas comunas del país que presentan problemas con el acceso al servicio de internet.

**Tabla 1**

Región	Comuna	Dependencia	Educación Básica	Educación Media H-C
I Tarapacá	Colchane	Municipal	110	28
	Huara	Municipal	341	58
II Antofagasta	San Pedro de Atacama	Municipal	1.132	185
III Atacama	Freirina	SLEP	864	140
	Huasco	SLEP	1.041	278
IV Coquimbo	Canela	Municipal	895	284
	La Higuera	Municipal	556	83
	Río Hurtado	Municipal	413	111
VIII Biobío	Alto Biobío	Municipal	676	144
IX Araucanía	Cholchol	Municipal	454	78
	Curarrehue	Municipal	390	97
	Lonquimay	Municipal	966	477
X Los Lagos	Cochamó	Municipal	378	139
	San Juan de la Costa	Municipal	408	S/E
XI Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo	Lago Verde	Municipal	69	S/E
	Río Ibáñez	Municipal	255	25

31 Ver tabla 1.

32 Los cuales podrán ser revisados en el próximo apartado.

XII Magallanes y Antártica Chilena	Laguna Blanca	Municipal	32	S/E
	Primavera	Municipal	43	S/E
	San Gregorio	Municipal	34	S/E
XIII Metropolitana de Santiago	San José de Maipo	Municipal	1.062	273
	San Pedro	Municipal	1.054	293
	Tiltil	Municipal	549	184
XVI Los Ríos	Corral	Municipal	549	184
	Futrono	Municipal	1.033	280
	Lago Ranco	Municipal	985	315
XV Arica y Parinacota	Camarones	SLEP	88	S/E
	Putre	SLEP	157	S/E

### 3.2. Vulnerabilidad Energética.

Durante el año 2019, el Ministerio de Energía, en su división de Acceso y Desarrollo Social elaboró un mapa de vulnerabilidad energética que reflejó que a nivel nacional existe un total de 24.556 viviendas que no poseen acceso a energía eléctrica, lo que equivale a 75.000 personas, las cuales representa un 0,4% de la población a nivel país y el 3,5% del total de la población rural. Asimismo, se identificó que el déficit de suministro eléctrico se concentra mayoritariamente en las regiones de Los Lagos, La Araucanía, Coquimbo y Biobío<sup>33</sup>. Queremos mencionar esto puesto que la electricidad es uno de los sustentos necesarios para que se pueda establecer una efectiva conexión a internet de los alumnos y es el antecedente que permite comprender la falta de conectividad de varias comunas del territorio nacional; a su vez, en el marco de las comunas elegidas para examinar el estándar de cumplimiento, pocos

33 Además, en la región de Aysén se detectaron 1.589 viviendas con déficit energético, detallando que 1.058 no cuentan con suministro eléctrico en sus hogares y las otras 531 poseen un suministro parcial de energía eléctrica. Disponible en: <https://energia.gob.cl/noticias/aysen-del-general-carlos-ibanez-del-campo/mapa-de-vulnerabilidadenergetica-ruta-de-la-luz>

hogares cuentan con electricidad<sup>34</sup>. Por cierto, se trataba de información de la cual tenía conocimiento el Estado según lo indicado anteriormente y se debía en consecuencia revisar para implementar un sistema telemático de educación y el diseño de planes educativos.

**Tabla 2**

	Comuna	Hogares sin electricidad
I Tarapacá	Colchane	78
	Huara	185
II Antofagasta	San Pedro de Atacama	69
III Atacama	Freirina	169
	Huasco	520
IV Coquimbo	Canela	238
	La Higuera	127
	Río Hurtado	55
VIII Biobío	Alto Biobío	587
IX Araucanía	Cholchol	72
	Curarrehue	80
	Lonquimay	111
X Los Lagos	Cochamó	274
	San Juan de la Costa	485
XI Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo	Lago Verde	74
	Río Ibáñez	98
XII Magallanes y Antártica Chilena	Laguna Blanca	71
	Primavera	79
	San Gregorio	107
XIII Metropolitana de Santiago	San José de Maipo	95
	San Pedro	144
	Tiltil	69

34 Ver tabla 2. Para este criterio hemos elegido aquellas comunas que superan las 50 viviendas sin electricidad.

XVI Los Ríos	Corral	111
	Futrono	176
	Lago Ranco	298
XV Arica y Parinacota	Camarones	211
	Putre	101

### 3.3. Falta de acceso o mala señal del servicio de internet.

El Informe Anual del Sector de Telecomunicaciones del año 2020 da a conocer que la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante SUBTEL) indica que, durante ese año en la región de Tarapacá, un 54,81% de los hogares cuenta con internet fija residencial; en la región de Antofagasta el porcentaje es de 56,87%; en la región de Atacama es de un 58,81% y en la región de Coquimbo con un 60,40%<sup>35</sup>, no mencionando los indicadores de las otras 12 regiones del país. Además, informa que a nivel nacional el 58,8% de los hogares poseen conexión a internet fijo<sup>36</sup>.

La SUBTEL participó en un estudio denominado “Radiografía de la brecha digital comunal en Chile”<sup>37</sup>, donde cabe destacar lo relativo a la situación que se vive en las zonas rurales, porque se señala que las regiones de Arica y Parinacota, Coquimbo, Biobío y Los Ríos, presentan muy malos índices de conectividad fuera de sus capitales regionales y ciudades grandes, debido a que existe un bajo número de operadores, bajos niveles de ingresos en todas las comunas y bajos o nulos porcentajes de población urbana; en este sentido se tiene que hacer presente que en el caso de las otras regiones los indicadores son parecidos.

35 Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/estudios-y-estadisticas/informes-sectoriales-anauales/>

36 Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/conexiones-moviles-alcanzan-los-198-millones-e-internet-fijo-crece-cerca-del-8-a-septiembre-de-2020/>

37 Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/conexiones-a-fibra-optica-se-duplican-en-distintas-comunas-del-pais-durante-primer-semester-de-2020/>

Con estos antecedentes a la vista, se puede concluir que no se han aumentado sustantivamente el número de conexiones a internet fijas y móviles en estas comunas, lo que refleja una actitud inactiva por parte de las comunidades educativas en informar a la SUPEREDUC esta problemática y se refleja una falla en la entrega del servicio debido a los inconvenientes relativos a la factibilidad del servicio de internet que otorgan este tipo compañías, lo que no se condice con una política estatal tendiente a mejorar el acceso a la conexión a internet de la población, así como tampoco mejorar sus condiciones de vida, teniendo en consideración que esta información se contaba con anticipación y no era por tanto un hecho imprevisible. Por ende, esto refleja el incumplimiento de los deberes generales a los que está sujeto el Estado con respecto al derecho a la educación, pues estos NNA han sido discriminados en el acceso a la educación, ya que no han tenido un acceso regular a sus clases telemáticas.

#### **4. Estándares del cumplimiento de los deberes generales de protección, respeto y garantía respecto al derecho a la educación.**

##### **4.1. Estándares específicos del derecho a la educación en contexto de COVID-19.**

En lo que se refiere al análisis de las dimensiones A-4 (Asequibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Adaptabilidad), estos son útiles para determinar si se garantiza o no el derecho a la educación<sup>38</sup>, que a su vez son estándares de cumplimiento de los deberes estatales de proteger, respetar y garantizar el derecho a la educación adoptados por el Comité del PIDESC en su Observación general N° 13. En este trabajo se considerará la dimensión de la asequibilidad y la accesibilidad, porque son los dos parámetros rele-

---

38 Gelber, Denisse, Castillo, Carolina, Alarcón, Luciano, Treviño, Ernesto, Escribano, Rosario: “COVID-19 and the right to education in Chile: An opportunity to revisit our social contract”. En: *International Review Of Education*. 67, 2021. p.89.

vantes que corresponde analizar para demostrar que no se ha garantizado el derecho a la educación y que tampoco se ha cumplido con su progresividad en el período en el que se han realizado clases en modalidad telemática:

#### 4.1.1. Asequibilidad.

La gran parte de las medidas que se implementaron por el gobierno durante los primeros meses de la pandemia COVID-19 fueron con el objetivo de garantizar la disponibilidad de infraestructura para la educación telemática, por medio de 4 mecanismos tales como las herramientas tecnológicas consistentes en becas TIC<sup>39</sup>; acceso a los alumnos a plataformas online como el sitio web *Learning on Line*, facilitar el acceso gratuito a Google Suite; Generar instancias de educación a distancia diferentes a las clases telemáticas tales como el programa televisivo “TV educa Chile”<sup>40</sup>. Además, MINEDUC puso a disposición recursos pedagógicos a todos los niveles educativos tales como útiles escolares, materiales de lectura para familias residentes en zonas aisladas, una biblioteca digital para la descarga de libros electrónicos, capacitaciones a docentes a educación remota y tutorías para los directores por parte de la Agencia Calidad de la Educación y se promueve la educación colaborativa a través de la página web del MINEDUC y sus dependencias<sup>41</sup>.

Sin embargo, el estudio de impacto del COVID-19 en los resultados de aprendizaje y escolaridad en Chile que fue desarrollado por el MINEDUC, en lo relativo a la cobertura de provisión de educación a distancia señaló que solo alcanzó un 27% a nivel nacional en el caso de los establecimientos con mayor vulnerabilidad. Asimismo, se realizó una proyección con dos escenarios: en el escenario A considerando un 60% de pérdida del año escolar,

---

39 Iniciativa presidencial que tiene por objeto acortar la brecha de acceso y uso de las tecnologías de la información y comunicación, y apoyar los procesos de aprendizaje a través de la entrega de un computador portátil que incluye una banda ancha móvil por un año a cada estudiante que curse séptimo año de enseñanza básica de todos los establecimientos públicos del país.

40 GELBER, Denisse, CASTILLO, Carolina, ALARCÓN, Luciano, TREVIÑO, Ernesto, ESCRIBANO, Rosario, ob.cit., p. 89.

41 *Ibidem*, pp. 89-90.

el aprendizaje telemático tendrá una efectividad de un 30%, mientras que en un escenario B, donde exista un 100% de pérdida, la efectividad de esta modalidad telemática se reduciría a un 12%. Por último, se indicó que en el escenario A, la pérdida de aprendizaje en relación con los conocimientos adquiridos en un año normal sería de un 50% para el quintil más pobre mientras que en el escenario B la pérdida de aprendizaje llegaría a 95%<sup>42</sup>.

Por tanto, consideramos que no se cumple con este indicador de la asequibilidad, ya que no fue posible satisfacer las necesidades de los estudiantes por una parte al no proveer lo necesario para asistir a las clases en modalidad telemáticas, de manera que para poder acceder a ellas debían desembolsar los padres dinero para contratar planes independientes de internet, lo cual tampoco se podría en zonas inviables para la conexión por falta de infraestructura, lo que contrariaría el principio de gratuidad establecido en la Ley General de Educación y a su vez, que los medios de emergencias destinados a suplir la falta de este no pudieron morigerar la pérdida de aprendizaje.

#### 4.1.2. Accesibilidad.

Las medidas anteriormente mencionadas son en su mayoría de carácter digital, no tomando en consideración que no todos los estudiantes o profesores tienen un acceso adecuado a internet, equipos digitales y pocos poseen las habilidades digitales necesarias, pudiendo afirmarse que dichas medidas no son accesibles para todos<sup>43</sup>. La primera dificultad es el acceso desigual a los equipos digitales, según la última encuesta CASEN del año 2017 el 65,19% de las personas más pobres y el 65,3% de las personas que viven en sectores rurales no cuentan con una computadora en sus hogares<sup>44</sup>. Además, el 47%

---

42 MINEDUC, Centro de Estudios: Impacto del COVID-19 en los resultados de aprendizaje y escolaridad en Chile, Santiago. En: *Centro de Estudios*, 2020.

43 GELBER, Denisse, CASTILLO, Carolina, ALARCÓN, Luciano, TREVIÑO, Ernesto, ESCRIBANO, Rosario, ob. cit., p. 90.

44 Ídem.

de los estudiantes en Chile no tienen equipos digitales en sus hogares ni conexión a internet o si cuentan con esta conexión solo pueden acceder por medio de sus teléfonos <sup>45</sup>.

Asimismo, se suma como dificultad las condiciones estructurales de los hogares que condicionan la accesibilidad, ya que en Chile el acceso, uso de internet y el uso de las TIC se encuentran determinados mayoritariamente por el nivel socioeconómico, edad, zona de residencia y el nivel educativo<sup>46</sup>. En efecto, es necesario remarcar en este contexto la brecha digital que existe entre los distintos grupos económicos, según lo indicado por Ricardo Baeza y Cristian Ocaña, miembros del Consejo de Especialidad de Computación e Informática del Colegio de Ingenieros de Chile indican en su informe “Desconexión y brecha digital en Chile durante la pandemia COVID-19”, que es posible clasificar a determinados grupos de personas de acuerdo a su nivel económico, de los cuales las pertenecientes al grupo denominado como DE, cuyos miembros tienen los ingresos más bajos y que equivalen al 50% de la población (más de 9 millones de personas), el 70% de personas de este grupo accede a internet con móviles de prepago y 3,6 millones de personas no cuentan con internet en el hogar<sup>47</sup>.

El estudio “Experiencias educativas en casa de niñas y niños durante la pandemia COVID-19” reflejó que solo 4 de cada 10 estudiantes reciben clases online todos los días, manifestando una gran desigualdad socioeconómica con el tipo de establecimiento al que asisten: mientras 8 de cada 10 estudiantes de escuelas privadas sin subvención tienen clases online diariamente; solo 3 de cada 10 estudiantes de establecimientos públicos tienen clases todos los días y más grave aún, es que 2 de cada 10 estudiantes que asisten a este tipo

---

45 GELBER, Denisse, CASTILLO, Carolina, ALARCÓN, Luciano, TREVIÑO, Ernesto, ESCRIBANO, Rosario, ob.cit., p. 90.

46 Disponible en: <https://s3.amazonaws.com/paisdigital/wp-content/uploads/2020/02/03161635/Brecha-en-el-uso-de-Internetuna-expresi%C3%B3n-de-la-exclusion-social-Estudio-completo-web.pdf>

47 BAEZA, Ricardo, OCAÑA, Cristian: Desconexión y brecha digital en Chile durante la pandemia COVID-19, 2020. Disponible en: <https://www.ingenieros.cl/paper-desconexion-y-brecha-digital-en-chile-durante-la-epidemia-covid-19/>

de establecimientos señalan “nunca haber tenido clases online”. Asimismo, se indica que la totalidad de quienes participaron en este estudio poseen los dispositivos con capacidad para conectarse a internet, pero existe una variación en cuanto a la calidad de esta, 3 de cada 5 hogares tienen conexión fija como banda ancha, cable o fibra óptica mientras que 1 de cada 3 tiene algún tipo de conexión móvil<sup>48</sup>.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, consideramos que no se cumple con el estándar de la asequibilidad ni de la accesibilidad. La educación como un derecho social exige del Estado una prestación activa de servicios a los NNA de manera obligatoria y continua, además de contar con la característica de ser gratuita, de manera que todos las personas puedan acceder a la instrucción básica en la práctica teniendo los padres usar de los propios recursos para intentar sustentar la educación de los NNA, además producto de la forma en la que se han ejecutado las medidas tendientes a asegurar el derecho a la educación por parte del Estado, no han considerado la especial condiciones de desigualdad material propias del país, así como tampoco las dificultades técnicas de conectividad que tienen los estudiantes de comunas más vulnerables, donde ni siquiera cuentan con la infraestructura necesaria para implementar servicios de internet como es la electricidad. Incluso si se ha entregado material impreso, los estudiantes requieren del apoyo de un adulto para cumplir con sus quehaceres escolares, pero teniendo en cuenta que casi el 20% de los hogares chilenos está conformado por una figura monoparental, cabe una gran posibilidad de que los estudiantes en esta situación no cuenten con el apoyo requerido para continuar con el proceso educativo<sup>49</sup>.

---

48 PONCE, Tania, BELLEI, Cristián, VIELMA, Constanza: “Encuesta: experiencias educativas en casa de Niñas y Niños durante la pandemia COVID-19, primer informe de resultados”, 2020.

49 GELBER, Denisse, CASTILLO, Carolina, ALARCÓN, Luciano, TREVIÑO, Ernesto, ESCRIBANO, Rosario, ob.cit., p.90.

## IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

### 1. Introducción.

Con la determinación de que existe una vulneración del derecho fundamental a la educación, en primer lugar, cabe estudiar lo relativo al control de convencionalidad sobre los derechos fundamentales que efectúan los tribunales de justicia en Chile con el propósito de vislumbrar si es posible aplicarlo en el contexto de la responsabilidad civil para el resguardo de los derechos fundamentales. En segundo lugar, cabe referirse a la obligación que tiene el Estado de resarcir el daño ocasionado por la vulneración de derechos fundamentales y de esta manera determinar cuál sería la entidad de esta obligación. En tercer lugar, nos referiremos a la responsabilidad civil por vulneración de derechos fundamentales, lo establecido en la jurisprudencia para determinar cómo podría aplicarse en este caso particular. En cuarto lugar, determinaremos cuáles órganos del Estado incurrieron en la producción del daño a los NNA, analizando qué tipo de responsabilidad está presente en este caso.

### 2. Control de convencionalidad respecto a los derechos fundamentales realizado por los tribunales de justicia en Chile.

Esta integración del Derecho internacional a nuestro sistema nacional de acuerdo con lo asentado en la jurisprudencia nos permite fundar nuestro razonamiento sobre la vulneración del derecho fundamental de la educación por parte del Estado en el contexto de clases telemáticas con ocasión de la pandemia COVID-19<sup>50</sup>. En el ámbito interno, el control de convencionalidad puede ser llevado a cabo por diferentes agentes del Estado, principalmente, el que hacen los jueces, fiscales y defensores analizando la compatibilidad

---

50 Existen dos tipos de control de convencionalidad, el uno es el que efectúa la Corte IDH y el otro les corresponde a los tribunales nacionales, respecto a este último nos referiremos con mayor detalle.

de las normas internas con la CADH<sup>51</sup>. El límite al que están sujetos son sus facultades, pues no pueden expulsar normas de Derecho nacional del ordenamiento jurídico si no están contempladas dentro de estas prerrogativas, de esta manera estos operadores de justicia interpretan la normativa interna buscando la compatibilidad con las obligaciones o deberes del Estado y los derechos consagrados de manera interna e internacionalmente por vía de preferencia de la normativa internacional<sup>52</sup>.

Este control es fruto de la concreción interpretativa y jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH, que se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato del poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se reconocen en la CADH, además del principio de *ius cogens* de *Pacta Sunt Servanda*<sup>53</sup> consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De esta manera el control de convencionalidad cuenta con respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que podrían plantearse respecto a su aplicación con las restricciones relativas a la soberanía de los Estados<sup>54</sup>. Una materia sobre la cual el Estado ha aplicado de manera constante el control de convencionalidad son los crímenes de lesa humanidad, en los cuales se ha condenado al Estado a pagar indemnizaciones por concepto de

---

51 NASH, Claudio: "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá. p. 492.

52 Ídem.

53 Entendida como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte.

54 NASH, Claudio, ob.cit., p. 494.

daños con ocasión de vulneración de DD. HH., reflejado en el criterio que ha adoptado la Corte Suprema en las siguientes sentencias: rol N° 79.259-2020<sup>55</sup>, rol N° 99.422-2020<sup>56</sup>.

El control de convencionalidad que se efectúa respecto de los DD.HH. es también aplicable al ámbito de los derechos fundamentales como el derecho a la educación, ya que en este caso al aplicar lo dispuesto en los instrumentos internacionales que aluden a este derecho y los estándares internacionales al que está sujeto, nos permite afirmar que existe una vulneración a este derecho por parte del Estado, considerando en especial que pertenecen al grupo más vulnerable de la población y que se debía resguardar el derecho de los NNA a recibir educación aún en tiempos de pandemia. Si el tribunal que conoce acerca de estos asuntos hace aplicación directa del control de convencionalidad, es una razón menos para preocuparnos porque el Estado utilice una estrategia relativa al funcionamiento medio del órgano administrativo, porque no cabría usar las disposiciones del Derecho interno para eludir la responsabilidad si hacemos aplicación del mismo criterio.

---

55 El considerando cuarto señala que: “el derecho de las víctimas y familiares a obtener la plena reparación de los perjuicios ocasionado por agentes del Estado encuentra su fundamento en los principios generales del derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho en virtud del artículo 5 y 6 de la CPR”. Además, en el considerando quinto se indica que: “la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material, lo que se recoge de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados en su artículo 27, además, se indica que en razón del artículo 6 de la CPR, el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de disposiciones legales que no se conformen o sean contrarias a la CPR”.

56 El considerando quinto señala que: el estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile y a su vez en su consagración de reconocimiento interno, corresponden a normas de *ius cogens*, que ha debido ser reconocido por los jueces de instancia al resolver la demanda intentada, y en su considerando sexto, afirma que el Derecho Internacional de los DD.HH. ha importado un cambio significativo en la configuración de la responsabilidad estatal en materia de DD.HH., teniendo los Estados una obligación de resultado de la efectiva vigencia de los derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales, por ello la responsabilidad del Estado por violación a los derechos fundamentales es una cuestión objetiva, ya que el ilícito por violaciones a los derechos fundamentales se produce al momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente.

### **3. Responsabilidad civil del Estado por la vulneración de derechos fundamentales.**

Sobre este particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia rol N° 943-2008 en su considerando décimo sexto señala que: “como es sabido, la responsabilidad civil como deber de indemnizar el daño inferido a otro es también procedente tratándose de la lesión de un derecho constitucional. Ello no es sino por la aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, configurada por ciertos principios y valores básicos, entre otros, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad propia es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas; el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y las disposiciones constitucionales, que no los crea sino que reconoce y asegura. Todos ellos principios que se encarnan en disposiciones concretas de la CPR, como los artículos 1, 4, 5 y 19, respecto de los cuales este Tribunal ha dicho: *“estos preceptos no son meramente declarativos, sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”* (Rol 46, considerando 21)”.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha reconocido la procedencia de la responsabilidad civil por vulneración de derechos fundamentales, señalando en la sentencia rol N° 2.080-2008 en el considerando quinto indicando que: “tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector en cuanto a la fuente de responsabilidad civil está en normas y principios de Derecho internacional de Derechos Humanos, y ello ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder

a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada en la segunda mitad del siglo XX”.

En este punto, podemos afirmar que es posible atribuir la responsabilidad civil del Estado por la vulneración del derecho fundamental a la educación en el contexto de la pandemia, al implementar como medida la impartición de clases telemáticas y la manera en cómo han sido adoptadas las acciones para respetar, proteger y garantizar este derecho, surgiendo el deber de reparar el daño causado a los NNA adscritos al sistema escolar público por omisiones de deberes respecto de la posición de garante que el Estado frente a este derecho y la no satisfacción de los estándares específicos de este en el contexto de pandemia del COVID-19, como lo son la accesibilidad y asequibilidad de la educación.

#### **4. La obligación del Estado de reparar los daños ocasionados por la vulneración de derechos fundamentales.**

La reparación como una obligación de los Estados debe tener ciertas características, y sobre esto se entiende que la reparación de la víctima está concebida como el deber de restitución hacia la víctima el goce de los derechos en la mayor medida de lo posible disponiendo de mecanismos de reparación patrimonial y extrapatrimonial que sean apropiados y proporcionales a la vulneración y las particularidades del caso<sup>57</sup>. Pero, además la reparación tiene que otorgarles a las víctimas: 1) alternativas reales para la restauración de las condiciones anteriores al daño; 2) soluciones que les permitan continuar con los proyectos de vida afectados por actos que vulneraron DD.HH.; 3) compromiso en cuanto a la satisfacción y de la no repetición, para que las vulneraciones juzgadas no afecten a ninguna otra persona<sup>58</sup>.

---

57 RÍOS, Lucero: “La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, Nº133, Medellín, 2020. p. 433.  
58 *Ibidem*. p. 434.

En una Asamblea General de las Naciones Unidas se trató este tema y se ha señalado que se “(...)ha confirmado que la obligación del Estado de proporcionar reparación se extiende mucho más allá de la compensación monetaria y abarca otras necesidades, como la investigación pública y el enjuiciamiento, la reforma jurídica, la restitución de la libertad, el empleo o las propiedades, la atención médica, y las disculpas públicas y el reconocimiento oficial de la Responsabilidad del Estado por las violaciones cometidas”<sup>59</sup>.

En el plano nacional, la Corte Suprema ha indicado que “el derecho de las víctimas y de sus familiares de recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los DD.HH. en el Derecho interno chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5 de la Constitución Política de la República”<sup>60</sup>. Además, se precisa que “la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos no solo por la CPR sino también de los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán solo si no están en contradicción con esta preceptiva”<sup>61</sup>.

De acuerdo al razonamiento expuesto, debemos adoptar una concepción única de reparación, considerando que el principio orientador es el de reparación integral del daño, aplicable a toda especie de perjuicio incluyendo los extrapatrimoniales, tomando en cuenta que este tipo de daño debe tratarse de una reparación razonable, es decir, que la indemnización debe ser lo más integral posible, abarcando de la mejor manera posible la entidad del daño

---

59 DE GREIFF, Pablo: “Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf)

60 Sentencia Rol N° 2080-2008, considerando noveno.

61 *Ibidem*, considerando décimo.

y no como un reintegro exacto de lo afectado<sup>62</sup>. Esto es debido a que es sumamente difícil devolver aquello que fue dañado tratándose de intereses extrapatrimoniales, como es en el caso particular en el que se ha vulnerado el derecho fundamental a la educación de los NNA en este contexto de pandemia COVID-19 y la implementación de una modalidad telemática de educación sin las condiciones necesarias para que los NNA accedan a este tipo de educación en el sistema escolar público.

### **5. Régimen general de los órganos de la Administración del Estado.**

Este tipo de responsabilidad tiene ciertas particularidades que cabe recalcar considerando que cuando se busca atribuir el daño a una actuación del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas, normativas o de servicio, la configuración del hecho para que proceda la responsabilidad debe encargarse de la naturaleza de este tipo de funciones. A pesar de esto, el régimen normativo de la responsabilidad civil extracontractual tiene una aplicación general y supletoria respecto de las materias que no prevean un tratamiento especial por parte del Derecho público. Esto se refleja en que los requisitos para configurar este tipo de responsabilidad son los que están consagrados en el Código Civil tales como: el daño, la causalidad, titularidad de la acción y la extinción por prescripción<sup>63</sup>.

Es posible aplicar el principio de responsabilidad establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), el cual señala “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”, tratándose de una responsabilidad orgánica, que tiene como criterio de imputación la falta

---

62 DOMÍNGUEZ, Carmen: “El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno”. En: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo V, Thomson Reuters, Santiago, 2009. p. 8.

63 BARROS, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010. pp. 482-483.

de servicio que lo establece el artículo 42, inciso primero de esta ley “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio” con la salvedad que hace esta norma en su inciso segundo señalado que no obsta al derecho de repetición del Estado en contra del funcionario que incurre en falta personal”<sup>64</sup>.

Para este propósito, consideraremos que los órganos tales como el MINEDUC, la SUPEREDUC y los SLEP forman parte de la administración de acuerdo al artículo 1 de la LOCBGAE. De acuerdo al artículo 1 de la LOCBGAE, el MINEDUC es un ministerio que forma parte de la Administración del Estado, es posible aplicar esta normativa y por tanto se puede atribuir responsabilidad de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 4 y 42 de esta ley. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley N°20.529, la SUPEREDUC es un servicio público funcionalmente descentralizado y territorialmente desconcentrado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, por lo que según el artículo 1 de la LOCBGAE como un servicio público que forma parte de la Administración del Estado, siendo aplicable esta normativa. Según el artículo 16 de la Ley N° 21.040 señala que los SLEP son órganos públicos funcional y territorialmente descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propios, por lo que podemos señalar que los SLEP forman parte de la Administración del Estado.

En cuanto al régimen de responsabilidad de las Municipalidades está determinado en el artículo 152 de su LOCM<sup>65</sup> y según el artículo 1, inciso segundo, de esta misma normativa indica que las Municipalidades tienen personalidad jurídica propia y patrimonio propio. Asimismo, este tipo de responsabilidad también está consagrado a nivel constitucional en el artículo 38, inciso segundo, de la CPR, “Cualquier persona que sea lesionada en

---

64 CORRAL, Hernán: *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011. p. 301.

65 El cual prescribe “las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las Municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado un daño”.

## **6. Responsabilidad concurrente de los órganos de la Administración del Estado.**

Primero cabe hacer una breve mención del por qué descartamos estar frente a una hipótesis de responsabilidad solidaria, el artículo 2317 del Código Civil (en adelante CC) consagra la solidaridad legal en el supuesto de que exista una pluralidad de autores de un delito o cuasidelito civil. Sin embargo, como se advierte del tenor literal de esta norma se exige que se trate del mismo ilícito<sup>66</sup> y en este caso en particular no es posible aplicar esta disposición, ya que la vulneración del derecho a la educación de los NNA en cuanto a la falta de conectividad a internet para acceder a las clases telemáticas surge de varios hechos ilícitos a causa de distintas acciones u omisiones que contribuyeron al daño producido por esta vulneración de derechos fundamentales por parte de las Municipalidades, los SLEP, el MINEDUC y la SUPEREDUC. Por lo que, no podríamos sostener que en este caso que los órganos de la Administración del Estado deben responder de manera solidaria.

Una vez tratado este punto, cabe preguntarnos si es posible estar frente a un supuesto de obligaciones in solidum o concurrentes. Esta categoría de obligaciones de manera tradicional ha sido ajena a nuestro Derecho, cuyo origen se debe al esfuerzo intelectual jurisprudencial y doctrinal en países que no cuentan en su ordenamientos jurídicos con una disposición como el artículo 2317 del CC y que en forma paralela consagra el denominado “principio de no presunción de la solidaridad” que es similar a lo establecido

---

66 CORRAL, Hernán: “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”.  
En: Vidal, Álvaro, Severín, Gonzalo, Mejías, Claudia: *Estudios de Derecho Civil X-Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Valparaíso*. Thomson Reuters, Santiago, 2014. p. 465.

en el artículo 1511 del CC, lo que conlleva a la regla general de que si no se pacta solidaridad expresamente los diferentes deudores responden solo por su cuota o parte<sup>67</sup>. Con el fin de evitar esta consecuencia, los tribunales de justicia de esos países tuvieron que crear una figura alternativa justificándose en el principio *in dubio pro damnato* o *favor victimae*, que busca la protección principal de los intereses del perjudicado producto del daño<sup>68</sup>.

Se ha planteado que la obligación *in solidum* o concurrente descansa sobre la idea de indivisibilidad debido a la imposibilidad de dividir las responsabilidades, a pesar de que surgen por distintas causas y tener diversidad de objeto. A este respecto, se ha sostenido que su origen se encuentra en la fuerza de las cosas, porque nacen sin convención o ley<sup>69</sup>. No estamos frente a un supuesto de obligaciones solidarias, puesto que solo existe una coincidencia con el principal efecto que tiene relación con que el acreedor (víctima) puede reclamar por el todo a cualquiera de los deudores y el pago de la deuda total tiene como efecto la extinción de la obligación principal, con respecto a los efectos secundarios<sup>70</sup> de la solidaridad, no tienen aplicación en este tipo de obligaciones<sup>71</sup>.

En el ámbito nacional, existe una tendencia naciente que acepta este tipo de obligaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, esto se debe a que la solidaridad del artículo 2317 del CC no es aplicable a todos los casos en que existe pluralidad de responsables por un daño causado, lo que genera una zona gris respecto de la cual los tribunales no han podido determinar de manera pacífica si el caso concreto califica o no como obligación solidaria<sup>72</sup>. Pese a que exista claridad respecto que no se aplica la disposición en comentario

67 MENDOZA, Pamela: “Obligaciones concurrentes o *in solidum* (Corte Suprema)”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XXXI, N°1, Valdivia, 2018. p. 390.

68 Ídem.

69 MENDOZA, Pamela: *La obligación solidaria impropia*. La Ley, Madrid, 2015. p. 52.

70 En las obligaciones concurrentes no se produce la subrogación y la acción de reembolso está condicionada a la causa de cada obligación y a la forma en que se relacionan. CORRAL, Hernán, *ob.cit.*, p. 471.

71 MENDOZA, Pamela: “Obligaciones concurrentes o *in solidum* (Corte Suprema)”, *ob.cit.* p. 391.

72 *Ibidem*, p. 392.

en supuestos de causalidad concurrente, en donde cada hecho por sí solo hace nacer la responsabilidad por causas de atribución distintas<sup>73</sup>, el principio favor victimae busca consagrar una solución más equitativa condenando por la total in solidum y no por la cuota correspondiente de la indemnización<sup>74</sup>.

Desde un punto de vista conceptual, las obligaciones in solidum o concurrentes son varias obligaciones independientes que convergen en el objeto o la prestación, lo que implica que deben cumplir con pagando la misma prestación, a pesar de que los vínculos surgen de diferentes fuentes o títulos<sup>75</sup>. Creemos que dentro de las hipótesis que plantea este autor, es relevante para nuestro trabajo los supuestos obligaciones concurrentes por participación en la producción de un mismo daño. Como lo explicamos en este apartado el artículo 2317 del CC consagra una solidaridad legal que solo tiene lugar cuando existe una unidad en el hecho ilícito, en cambio si el daño surge por hechos ilícitos distintos que al combinarse se produce el daño no se aplica esta disposición, lo que conlleva a pensar que en este caso los autores de cada ilícito solo estarían obligados en forma simplemente conjunta<sup>76</sup>. Pero, se sostiene que como cada ilícito es causa del daño en su totalidad, cada autor debe responder por la totalidad de indemnización, a pesar de que se trate de ilícitos independientes entre sí, estando frente a un supuesto de obligaciones concurrentes y no solidarias<sup>77</sup>.

Como indicamos en el capítulo anterior, la vulneración al derecho a la educación se produce en principio por una implementación de políticas públicas sin antes considerar las capacidades operativas y de infraestructura del país, decretando en un primer lugar la suspensión de las clases presenciales para implementar las clases en modalidad telemática en la totalidad de los

---

73       CORRAL, Hernán: “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, ob.cit., p. 466.

74       MENDOZA, Pamela: “Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)”, ob.cit., p. 392.

75       CORRAL, Hernán: “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, ob.cit., p. 457.

76       Ibídem, p. 465.

77       Ibídem.

establecimientos educativos en primer lugar por parte del MINSAL, sin hacer un análisis exhaustivo acerca de cómo la falta de los insumos necesarios para desarrollarlas, afectarían de manera posterior a los NNA del sistema escolar público. A su vez, se han establecido criterios para establecer la infraestructura necesaria para realizar clases en modalidad telemática. Pero, que son poco realistas en la realidad ya que el uso de estos recursos está condicionado a una cantidad de alumnos importante, lo que es poco factible en establecimientos rurales en sectores con baja densidad poblacional.

Por su parte, las Municipalidades y los SLEP debían en calidad de ser los sostenedores de los establecimientos educacionales asegurar la entrega del servicio educativo, las Municipalidades en virtud del D.F.L. N°2 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°20.370 con las normas no derogadas del D.F.L. N°1, de 2005, ya que tiene una vigencia diferida en conformidad con el artículo transitorio N°2 de la Ley N°21.040, y éste a su vez, establece en su artículo 81 que los SLEP serán los sostenedores de los establecimientos educacionales, por lo que al no implementar las medidas otorgadas por el MINEDUC efectivamente, utilizar los fondos que estaban a disposición por la SEP para mejorar o proporcionar las herramientas necesarias para desarrollar las clases en modalidad telemática, principalmente la conexión a internet.

También podemos señalar que la SUPEREDUC tenía un rol importante sobre la fiscalización<sup>78</sup> de los fondos a título de la SEP que emplean los sostenedores de los establecimientos educacionales, así como verificar que se esté entregando la continuidad del servicio educativo y asegurar finalmente el acceso a la educación de los NNA, el Estado por medio de éste órgano ha cometido determinadas infracciones relativas al deber de proteger, promover

---

78 Según el artículo 48 de la Ley N° 20.529, sus principales funciones son: la fiscalización a los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la SUPEREDUC; la legalidad del uso de recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aportes estatales; proporcionar información dentro del ámbito de su competencia a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados y atender las denuncias y reclamos de estos, aplicando las sanciones correspondientes.

el derecho a la educación de estas personas que son especialmente vulnerables por ser precisamente jóvenes que están desarrollando su personalidad y potenciales, ya que si bien ha actuado de manera lícita de acuerdo a su ley, pues conocía de las denuncias y sobre estas estaba condicionada la fiscalización, el rol pasivo de esta institución para esperar las denuncias relativas a mal funcionamiento del servicio ha incidido también en el daño efectuado.

En este mismo orden de ideas, El MINEDUC realizó ciertas directrices que fueron entregadas a los establecimientos educacionales para desarrollar las clases en modalidad telemática, y a su vez, estos eran fiscalizados cuando existía una denuncia acerca de su deficiencia al funcionar por la SUPEREDUC. Sin embargo, no es que desde los órganos centrales tuvieran un rol activo para impedir la vulneración al derecho a la educación de los NNA, en el sentido de que no hubo una coordinación entre los órganos para verificar la existencia de una vulneración a un derecho fundamental que se traduce a un daño real para estos NNA. De esta forma, los resultados relativos a la limitación en el desarrollo de las potencialidades de estos jóvenes están derechamente vinculados a la vulneración de su derecho a la educación, en la cual el Estado mediante diversos órganos fallaron en entregar una protección oportuna y eficaz en el contexto de pandemia, continuando su inactividad durante el año académico 2021. Por estas razones, consideramos que estamos frente a una hipótesis de responsabilidad concurrente entre estos distintos órganos del Estado relacionado con el ámbito educacional.

Finalmente, podemos señalar que estamos frente a un supuesto de obligaciones concurrentes, puesto que todos estos órganos forman parte de la Administración del Estado de acuerdo al artículo 1, inciso segundo, de la LOCBGAE en cuanto se tratan de órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, además de mencionar expresamente a las Municipalidades, lo que da aún mayor sentido al razonamiento expuesto en este apartado donde podemos concluir que en este caso en particular se configura una responsabilidad concurrente por la vulneración del derecho a la educación de los NNA en contexto de la impartición de

clases telemáticas producto de la pandemia COVID-19, que reflejó la mala organización y política estatal para implementar un modelo educativo que no se condice con la realidad de varias comunas rurales del país que tienen problemas de conectividad al servicio de internet o bien hay deficiencias en la entrega de este mismo, lo que impide el acceso a la educación telemática de estos NNA.

## V. CONCLUSIONES.

De acuerdo con todo lo expuesto en este trabajo, cabe mencionar que el Estado ha contraído efectivamente deberes respecto de los ciudadanos o personas sobre las cuales debe su protección, ya que este tiene el deber proteger, garantizar y respetar los derechos fundamentales de todas las personas de su territorio, lo cual se deduce de diversos tratados internacionales tales como la DUDH, la CADH y el PIDESC. Como consecuencia de lo anterior, es necesario que el Estado se comprometa a establecer un determinado interés para proteger determinados derechos fundamentales caracterizados como los derechos sociales, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación, puesto que es clave para el surgimiento o desarrollo de la sociedad misma y el alcance de la igualdad de oportunidades dentro de la misma, entendiendo el derecho a la educación desde su punto de vista prestacional, el cual está concebido como el establecimiento de ciertos estándares orientadas a mejorar las condiciones de vida, acceso a la igualdad de oportunidades y acceso a bienes materiales así como culturales en términos inherentes a la dignidad humana.

Si bien es cierto que la conectividad ha aumentado de manera exponencial los últimos años, esta no es la realidad de determinados grupos de personas que históricamente se han visto desproveídas de los servicios de conexión a internet, por diferentes razones, algunas de ellas consiste en la imposibilidad de establecer conexiones fijas o móviles por la simple razón de que en diferentes comunas no se encuentran las condiciones óptimas de electricidad para desarrollar su vida cotidiana; en otros aspectos el problema

reside en la factibilidad de la prestación del servicio. También puede estar dado por la misma imposibilidad económica de las familias a contratar el servicio y que la infraestructura a lo largo del país no necesariamente es la óptima para que en todos los hogares exista una conexión a internet, los cuales tienen notoriamente menos posibilidades para acceder al servicio y respecto del cual el Estado tiene un deber prestacional. Cabe destacar que esta información estaba disponible para los órganos del Estado, ya que se trata de información obtenida a través de la aplicación de las disposiciones de la Ley N°20.285 de Transparencia y que nos proporcionó la SUBTEL en su oportunidad.

Continuando con este análisis, es cierto que las comunidades educativas tenían autonomía para determinar el plan a realizar con su equipo docente y estaban autorizados a hacer uso de la SEP, pero este uso estaba sujeto a que en el establecimiento educacional de la comuna rural estuviera matriculado una cantidad importante de estudiantes, pese a que es un hecho conocido que los establecimientos rurales tienen una cantidad de matrículas inferior a los establecimientos urbanos, lo que necesariamente implica que a falta de infraestructura y conexión a internet en estos casos debe tomarse acciones relativas a entregar por otros medios el servicio, tales como la entrega de materiales impresos, sin embargo, no fue posible morigerar la situación de los alumnos más vulnerables por estos medios porque solo un 27% de los alumnos pudo acceder a los recursos digitales.

Respecto a la asequibilidad, padres de los niños, niñas y adolescentes al no contar con servicios por proveedores de internet subvencionados o proporcionados por las comunidades educativas necesariamente debían desembolsar montos para contratar particularmente estos servicios. No es generalizado que todos los estudiantes que asisten a educación pública cuenten con una conexión a internet, en especial aquellos más vulnerables, y si bien los esfuerzos del MINEDUC también apuntaban a proporcionar a

las comunidades educativas plataformas que no usaran una gran cantidad de datos móviles, las clases expositivas realizadas a través de *Zoom* y/o *Meet* requieren usarlos para asistir a ellas.

Con respecto del estándar de la accesibilidad, consideramos que tampoco se ha cumplido con el estándar ya que esta misma situación de la falta de asequibilidad ha tenido como consecuencia que no todos los NNA del sistema público puedan asistir o atender sus clases en modalidad telemática, produciendo efectos discriminatorios en los estudiantes que no cuenten con los medios económicos para realizarlo. En este sentido, igual mencionamos que se vulnera el principio de la gratuidad y no discriminación establecido en la Ley General de Educación, lo que es particularmente grave considerando que los estudiantes no tuvieron tampoco accesibilidad material a las aulas de clases de manera presencial sino hasta mucho después de implementada la modalidad telemática de clases, sin perjuicio de que estos reciban material impreso, ya que si no se cuenta con la disponibilidad de un adulto supervisor para lograr los objetivos de aprendizaje, el acceso a la educación se vuelve ilusorio considerando que el 20% de las familias está conformada como monoparental.

Sobre el rol fiscalizador del Estado encontramos diferentes dificultades. En primer lugar, respecto de la SUPEREDUC, la fiscalización del uso correcto de la SEP por parte de los sostenedores está a su cargo, pero ellos conocerían de estas irregularidades a partir de una denuncia, lo cual iniciaría el procedimiento administrativo sancionatorio, además de que las sanciones aplicadas en virtud de la inobservancia de la Resolución Ordinaria 9, N° 1315, de octubre del 2020, tienen el carácter de ser sanciones administrativas sin proporcionar una garantía de solución para los estudiantes que se han visto privados del servicio educacional.

Sobre estos hechos ya mencionados, afirmamos que se ha vulnerado el derecho a la educación de NNA del sistema educativo público. Un punto central de nuestro trabajo es verificar si podría aplicarse el control de conven-

cionalidad en el caso concreto en sede nacional por los tribunales de justicia porque creemos relevante que no se apliquen determinadas disposiciones del ordenamiento jurídico con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de los NNA afectados, específicamente, el derecho a la educación, tal como en casos que los jueces civiles han inaplicado determinadas disposiciones relativas a la prescripción de las acciones civiles en materia de responsabilidad civil por vulneración a derechos fundamentales. De esta manera, el Estado no podrá excusarse de sus deberes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la educación cumpliendo con los estándares internacionales y consideramos que debe ser el caso en virtud del principio de la reparación integral del daño producido a las víctimas de los perjuicios producidos por actuaciones estatales.

En el caso de las Municipalidades y los SLEP, estos tienen la calidad de sostenedores de los establecimientos educacionales públicos, lo que implica que dentro de sus deberes se encuentra el asegurar el servicio educativo para la comunidad, y sobre este particular por los antecedentes expuestos, podría cuestionarse si se cumplió o no esta disposición en la práctica bajo el presupuesto que tampoco hayan adoptado medidas relativas a proporcionar a los estudiantes otros medios por los cuales realizar las clases, diferentes a las clases telemáticas. Cabría preguntarse también si respecto del daño producido se configura por la falta de servicio, y de esta manera atribuye responsabilidad a los diversos órganos de la Administración del Estado. La vulneración al derecho a la educación se produce en principio por una implementación de políticas públicas sin antes considerar las capacidades operativas y de infraestructura del país, decretando la suspensión de las clases presenciales para implementar las clases en modalidad telemática en la totalidad de los establecimientos educativos por parte del MINSAL<sup>79</sup> con la colaboración del MINEDUC para dicho propósito, sin proporcionar la conexión a internet a los NNA a los estudiantes del sistema escolar público de manera universal, así como tampoco implementar medidas relativas a

---

79 De acuerdo a las Resoluciones Exentas N°180, N°591, N°43, N°644 y N°994 dictadas por este órgano.

establecer comunicaciones con los diversos proveedores de internet para este caso excepcional de pandemia que cumplan con los estándares internacionales mencionados.

También debe resaltarse la inacción por parte del Estado al momento de garantizar este servicio educativo, estableciendo el MINEDUC directrices para la realización de clases en modalidad telemática, sin una supervisión activa. Por su parte, la SUPEREDUC, no realizó de manera amplia labores de fiscalización sobre este particular, limitándose a las situaciones denunciadas. Respecto de las Municipalidades responderían por falta de servicio en virtud de su LOC, así como también los SLEP, en la medida que no hayan previsto de medios alternativos para desarrollar las clases a distancia a los estudiantes, los cuales también deben satisfacer el estándar de accesibilidad y asequibilidad. Por lo anteriormente indicado, es posible perseguir la responsabilidad de los órganos pertenecientes a la Administración a través de diferentes modos; respecto del MINEDUC es demandar al Fisco de Chile para obtener una reparación, mientras que las Municipalidades y los SLEP su responsabilidad debe ser perseguida demandando a cada una de estas personas jurídicas individualizadas, dependiendo si tenían la calidad de sostenedores respecto del establecimiento educacional en el que estaba matriculada la víctima; respecto de la SUPEREDUC, deberá perseguirse una reparación demandando a este órgano.

Afirmamos que producto a la falta de coordinación de los diferentes servicios públicos relativos al ámbito de la educación se ha producido el resultado, que implica una vulneración al derecho a la educación y en consecuencia un daño que por cierto debe ser indemnizado, y que, por cierto, constituye un verdadero derecho de las víctimas de un hecho tal, adoptando una noción única de reparación razonable atendiendo a que lo afectado es un bien extrapatrimonial como lo es la educación. Si afirmamos esta contribución por parte de cada uno de los órganos del Estado, se torna posible imputarles una responsabilidad concurrente respecto de éstos respecto del daño y en ese sentido, podría demandarse a uno de los actores para que indemnice de

manera íntegra y a su vez pueda entregar alguna reparación in natura a los NNA afectados, pudiendo este último repetir en contra de los otros responsables, considerando además que todos estos órganos que concurrieron en la producción del daño pertenecen a la Administración del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

BAEZA, Ricardo, OCAÑA, Cristian: *Desconexión y brecha digital en Chile durante la pandemia COVID-19*, 2020. Disponible en: <https://www.ingenieros.cl/paper-desconexion-y-brecha-digital-en-chile-durante-la-epidemia-covid-19/>

BARROS, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

CORRAL, Hernán: *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

CORRAL, Hernán: “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”. En: Vidal, Álvaro, Severín, Gonzalo, Mejías, Claudia: *Estudios de Derecho Civil X-Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Valparaíso*. Thomson Reuters, Santiago, 2014. pp. 455-471.

DE GREIFF, Pablo: “Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. En: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf)

DOMÍNGUEZ, Carmen: “El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno”. En: *Estudios de Derecho Civil*, Tomo V, Thomson Reuters, Santiago, 2009.

FLORES, Juan Carlos: “Derecho a la educación. Su contenido esencial en el Derecho Chileno”. En: *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, Nº 12. pp. 109-136.

GELBER, Denisse, CASTILLO, Carolina, ALARCÓN, Luciano, TREVIÑO, Ernesto, ESCRIBANO, Rosario: “COVID-19 and the right to education in Chile: An opportunity to revisit our social contract”. En: *International Review Of Education*, Nº67, 2021. pp. 79-101.

MENDOZA, Pamela: *La obligación solidaria impropia*. La Ley, Madrid, 2015.

MENDOZA, Pamela: “Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)”. En: *Revista de Derecho*. Vol. XXXI, Nº1, Valdivia, 2018. pp. 387-392.

MINEDUC: Impacto del COVID-19 en los resultados de aprendizaje y escolaridad en Chile, Santiago, Chile. En: *Centro de Estudios*, 2020.

NASH, Claudio: “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, Bogotá. pp. 489-509.

OCDE: the state of school education: One year into the COVID pandemic. 2020.

PINTO, Mónica: “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”. En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 56, 2012. Pp. 158-187.

PONCE, Tania, BELLEI, Cristián, VIELMA, Constanza: “Encuesta: experiencias educativas en casa de Niñas y Niños durante la pandemia COVID-19, primer informe de resultados”, 2020.

RÍOS, Lucero: “La reparación de las víctimas y la justiciabilidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 50, N°133, Medellín, 2020. pp. 429- 453.

RUIZ, Guillermo: El derecho a la edición: definiciones, normativas y políticas públicas revisadas. 1ª edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020.

SCIOSCIOLI, Sebastián: La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal. 1ª edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015.

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2.080-2008 (2010): Ortega Fuentes María Isabel con Fisco de Chile.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°79.259-2020 (2021): Iribarren González Alejandro G. con Fisco de Chile.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°99.422-2020 (2021): Iribarren Arrieta María con Fisco de Chile, Consejo Defensa del Estado (D).

Sentencia de Tribunal Constitucional Rol N° 943-2008 (2008): Requerimiento de Inaplicabilidad del artículo 2331 del Código Civil.

**ABREVIATURAS**

4-A	Asequibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad, Adaptabilidad
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPR	Constitución Política de la República
DD.HH.	Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos Sociales y Culturales
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ESPII	Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Del Estado
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
MINEDUC	Ministerio de Educación
MINSAL	Ministerio de Salud
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SEP	Subvención Escolar Preferencial
SLEP	Servicio Local de Educación Pública
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile
SUPEREDUC	Superintendencia de Educación
TICS	Tecnologías de la Información y la Comunicación

**RECENSIÓN. GARGARELLA, ROBERTO – VIERA, CHRISTIAN: *EL DERECHO COMO CONVERSACIÓN ENTRE IGUALES*. EDEVAL, VALPARAÍSO, 2020<sup>1</sup>**

Catalina Lagos Tschorne\*

El presente libro forma parte de la colección de “Folletos” del sello EDEVAL y se titula “El Derecho como conversación entre iguales”. En sus breves –pero sustantivas- 44 páginas, compila el discurso de agradecimiento del profesor Roberto Gargarella, con ocasión de la investidura del grado de *doctor honoris causa* realizada por la Universidad de Valparaíso, mediante el cual, acepta formar parte de esta comunidad académica. Asimismo, integra esta publicación la *Laudatio* del profesor Christian Viera y el decreto de nombramiento, que le da forma jurídica a esta invitación extendida por la Universidad de Valparaíso al profesor Gargarella, de ser uno más de los suyos y suyas, en calidad honorífica.

Este folleto inicia con la presentación del señor Decano de la Facultad de Derecho, don Alberto Balbontín Retamales, y lo primero que salta a la vista, es que las reflexiones contenidas en el folleto fueron expuestas en el contexto de la ceremonia de investidura en el primer día de julio de 2019. Esto es llamativo, puesto que las múltiples reflexiones contenidas en esta obra -tan breve como valiosa-, parecen anticipar lo que ocurriría tan solo pocos meses después: el estallido social o revuelta popular de octubre de

<sup>1</sup> El presente comentario es una adaptación de la ponencia realizada en la presentación del libro el 15 de diciembre de 2021. La actividad se encuentra disponible en la página de youtube de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso: <https://www.youtube.com/watch?v=coaXi36xNxE>

\* Profesora de Derecho Universidad Diego Portales y Alberto Hurtado.

2019 y su desembocadura en el proceso constituyente que se vivió en Chile entre 2021 y 2022. Da la impresión de que el profesor Viera y el profesor Gargarella hubiesen tenido entre sus manos una bola de cristal, o la ayuda de un susurro en el oído, que les permitió anticiparse a lo que vendría y ofrecer una carta de navegación para el momento político y social que se experimentaría en el país.

Por su parte, la *Laudatio* del profesor Viera titulada “Derecho a la protesta, control judicial y constitucionalismo en América Latina”, además de recorrer los indudables y por todos conocidos méritos académicos del profesor Gargarella, sintetiza algunas de sus ideas en las tres áreas ya referidas.

Es interesante que hacia el final se incluye un anexo que contiene el extracto de un diálogo sostenido con posterioridad a la ceremonia de investidura entre el profesor Leonardo García Jaramillo y Roberto Gargarella. En esta conversación, el profesor García Jaramillo le pregunta -a propósito del ejercicio realizado por Christian Viera de enmarcar su obra en tres campos: el derecho a la protesta, el control judicial y el constitucionalismo latinoamericano – qué tan bien representado se siente por esa clasificación. El profesor Gargarella, en síntesis, señala sentirse muy identificado con la *Laudatio*, pero precisa que no sabe si identifica como primer tema a la protesta, y que si él tuviese que escoger un primer tema lo serían otras piezas, como la teoría de la justicia y la teoría de la democracia.

Sin embargo, como sugería en un comienzo, en mi opinión fue la vocécita al oído del profesor Viera, la que le sugirió incluir como primer punto el derecho a la protesta. Porque fue justamente el ejercicio de protesta social el que abrió las puertas al proceso constituyente que tanto él como la profesora Amaya Álvez protagonizaron.

No quiero arruinar la lectura de esta obra y sólo haré referencia a una cuestión que Viera resalta de la obra de Gargarella y que es fundamental para cuestionarnos la forma en que el poder público abordó las manifestaciones sociales.

Como reseña Viera, Gargarella en su libro *El derecho a la protesta. El primer derecho*, a propósito de algunas maneras de manifestación como son los cortes de ruta, plantea que “cualesquiera fueran los repudiables desmanes de los manifestantes, tenemos ideas en juego y, por ello mismo, la prioritaria obligación del poder público [es la] de resguardar tales ideas” (p. 15).

Vimos cómo en el marco de las manifestaciones populares el foco de atención estuvo primero puesto en la corrección del “desorden”, en los daños materiales producidos en dicho contexto, en poner freno, a través de la represión desmedida de las fuerzas policiales a estas expresiones, que buscaban –en definitiva- tornar visibles situaciones extremas de desigualdad, que por largo tiempo habían permanecido invisibles, innominadas, y silenciadas.

Fue, justamente, la atención a las ideas que estaban en juego, y la tarea de resguardarlas, la que permitió, pavimentar el camino para la discusión de una nueva Constitución.

La revisión que hace posteriormente el profesor Viera en relación con las ideas del profesor Gargarella respecto del control judicial y del constitucionalismo latinoamericano, adelantan una serie de interrogantes que actualmente nos vemos compelidos a responder, y que son cruciales para el éxito de una Constitución. ¿Cuáles son los problemas –u objeciones- que existen en relación con el control judicial de la constitucionalidad de las leyes?, ¿Cuál es la concepción particular de democracia que debemos tener en cuenta?, ¿Puede ser el control judicial compatible con ese ideal de democracia?, ¿Cuál es el rol de las Cortes en el proceso de toma de decisiones?, ¿Cómo nos hacemos cargo de la desigualdad a través de la Constitución?, ¿Cuál es la relevancia de atender a la organización del poder para introducir cambios sociales en la Constitución?, ¿Cuál es la importancia de bregar por la democratización

para un constitucionalismo que se proponga igualitario?, ¿Cómo incluimos en el diálogo colectivo las voces de grupos desaventajados, para revertir su situación de marginación y ausencia sistemática en el foro público?

Una última cuestión quisiera destacar de las palabras del profesor Viera y tiene que ver con una las notas previas que realiza en su *Laudatio*. A partir de la lectura de los diversos textos de Roberto Gargarella, describe la propuesta metodológica que se repite en sus diversos trabajos. Al respecto, concluye que “trabajar con textos de Gargarella supone un diálogo con él” (p. 13) porque las preguntas y observaciones que como lector o lectora nos vamos formulando al leer su obra, son planteadas y respondidas como si estuviese sosteniendo con nosotros una conversación. Al terminar de leer la descripción de la propuesta metodológica que identifica Viera, advierto dos cosas: primero, un deseo incontenible de volver a visitar su obra, y revivir esos diálogos. Y segundo, comprendí por qué, todos quienes hemos leído los textos de Gargarella, sin conocerlo personalmente, nos sentimos tan familiares y cercanos a él.

Por su parte, el profesor Gargarella, en su discurso de agradecimiento con ocasión de la investidura del grado de *doctor honoris causa*, titulado como esta publicación, “El derecho como conversación entre iguales”, nos invita a dejar atrás la desesperanza en la que habitualmente nos sume la práctica efectiva del derecho, y nos invita, asimismo, a insistir por el derecho como una conversación entre iguales, como si tuviéramos las fuerzas e ilusiones todavía intactas.

Identifica tres pilares sobre los cuales se funda una conversación entre iguales: la igualdad, la inclusividad y la deliberación. Y da cuenta de tres anomalías o imperfecciones y de tres patologías o defectos graves que, de distinto modos, socavan el ideal de la conversación entre iguales.

No intento arruinar la lectura sino más bien en motivarla, me permitiré simplemente adelantarles que el profesor Gargarella invita a repensar el Derecho y la práctica jurídica, atendiendo, por ejemplo, a las condiciones que deben existir para que en su creación no se excluya, como ocurre hoy de manera sistemática, a parte significativa de la población. Es decir, a proteger las voces que hoy resultan inaudibles, como si fuera nuestra propia voz. Nos convoca a apostar por el valor del diálogo, y recordando a Pedro Lemebel, aboga por reivindicar la capacidad crítica y transformadora de las palabras, sobre todo cuando nos sentimos sin fuerza o sin mayor esperanza.

Su invitación, en definitiva, es a dotar de humanidad al Derecho. A recobrar la esperanza. A pensar que si bien el Derecho ha sido una herramienta que ha estado al servicio de producir y reproducir desigualdades y exclusiones, también lo puede ser para emancipar a los grupos oprimidos. Y eso depende, en definitiva, de que quienes formamos parte de la comunidad jurídica, nos comprometamos a marchar sobre ese camino hermoso que comienza a trazar el derecho como un diálogo entre iguales.

Como alguna vez dijo el mismo Pedro Lemebel en su poema Manifiesto (hablo por mi diferencia):

“Hay tantos niños que van a nacer  
Con una alita rota  
Y yo quiero que vuelen compañero  
Que su revolución  
Les dé un pedazo de cielo rojo  
Para que puedan volar”

Pues bien, la apuesta de la comunidad jurídica, puede ser, justamente, concebir el derecho como una conversación entre iguales, y permitirles a esos niños y niñas, tener un pedazo de cielo para volar.

