

EDICIÓN N° 47 • 2025

REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



UCSC

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Comité Editorial

Dr. Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Dr. Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Dr. Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Dr. Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Dr. Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Dr. Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, Estados Unidos

Dr. Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Dr. Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

Dr. John Sorabji, University College of London, Reino Unido

Dr. José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

Dra. Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dr. Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Dr. Rodrigo Fuentes Guiñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Dra. Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: revistadederecho@ucsc.cl y fmacalusso@ucsc.cl

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

EDITORIAL

OPEN ACCESS

Publicamos el número 47 correspondiente al segundo semestre del año 2025, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El trabajo por alcanzar los estándares más altos continúa. A la fecha, se ha sumado la indexación de DOAJ y Redalyc, base a la que hemos accedido recientemente.

En cuanto al presente número, han sido aceptados y publicados trabajos de Derecho privado, público y penal, todos trabajos de gran calidad académica.

En primer lugar, un artículo de Alberto Díaz Rivero, presenta una interesantísima investigación sobre la polarización política y las redes sociales, acusadas de aguzarlas, al encontrarse en la selección algorítmica un espejo de la opinión propia, pero a la luz de la filosofía clásica. Le sigue el trabajo de Daniel Tapia Olivares, que analiza la idea de culpa infraccional en materia medioambiental a la luz de la doctrina y jurisprudencia especializada. Un tercer trabajo, de Francisco Ruay Sáez repasa el pensamiento de Zaffaroni a la luz de su obra relativa al colonialismo y los derechos humanos.

Un cuarto trabajo, de Derecho privado, es el publicado por Christian Díaz Sobene, este interesante trabajo se detiene en el conflicto entre el interés del niño, niña o adolescente y el derecho-deber de los padres de criar a los hijos, a la luz del particular problema de la vacunación obligatoria. Le sigue, como quinto trabajo, el presentado por Oriana Oviedo Carrasco y Sebastián Alvarado Montes, quienes se detienen en la rebaja de la pena a la luz del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y su impacto en el plazo de prescripción en la comisión de delitos sexuales por adolescentes. El lector encontrará un sexto trabajo de Francisco Caamaño Campos, en él se analiza un tema muy poco explorado, a saber, la suspensión de la acción penal.

Contamos con dos interesantísimos artículos de sentencia. Jorge Miranda Valdebenito analiza el fallo de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025, que declaró abusiva la cláusula de exoneración de responsabilidad civil de un contrato educacional. Y, el segundo, de Michael Sánchez Cárdenas, aborda la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 1298-2024, y nos propone una reflexión sobre un recurso de protección que rechaza el retiro de líneas eléctricas instaladas en sitios privados sin servidumbre, ni indemnización alguna.

Esta es mi última editorial. Desde el mes de marzo dejo la Universidad Católica de la Santísima Concepción para trasladarme a otra casa de estudios y comenzar nuevos rumbos académicos. El camino ha sido largo. La revista, una de las más antiguas del país, satisfacía estándares antiguos, era editada en formato papel y no cumplía con ningún criterio de indexación. Con el apoyo del decanato, primero de Fernando Monsalves y posteriormente de Carlos Céspedes, se abrieron los espacios y los apoyos para el desarrollo de la revista. A ambos debo agradecer no sólo por confiar en mi trabajo, sino permitirme crecer profesional y humanamente. Pero sin duda debo un agradecimiento especial a Sebastián González Mendoza, mi ayudante coordinador de la revista. En su seno logré formarlo a él, a Jorge Miranda y Gabriel Melendes, ambos hoy estudiantes de un doctorado, en Perugia y la UCSC, respectivamente. La revista no sólo ha servido entonces para mejorar la imagen de la Facultad, sino que fue y es una instancia para mostrar un camino profesional a los estudiantes, el académico, que merece la pena ser explorado. A ellos, sumado a Gedeón Gallardo, que ha decidido legítimamente dedicarse a la actividad profesional, les debo mucho. Sebastián y los ayudantes de la revista se han dedicado en cuerpo y alma a la revista, han sido mis fieles compañeros y cada número y postulación indexada, la hemos vivido como una batalla y un logro colectivo en favor de un proyecto común. Durante este tiempo hemos indexado la revista en EriPlus, Sherpa Romeo, DOAJ, Redalyc, Latindex2.0, LatinRev, Redib, Dialnet y vLex. Hemos postulado a Scielo y, hasta la fecha en la que la editorial se ha

entregado, hemos pasado el filtro formal. Para cada una de estas indexaciones, hemos contado con el enorme apoyo de la Universidad y, en particular de la Dirección de Postgrados, representada en la persona de Gabriel Arriagada. Aunque se ha avanzado mucho, la revista tiene enormes desafíos. Durante mi dirección, la revista ha experimentado profundos cambios de imagen, en su diseño y en sus políticas, para irse ajustando a criterios cada vez más profesionales y exigentes. Por tanto, hay todavía un margen amplio para mejorar si se quiere alcanzar indexaciones como Scopus o Wos. Ello le corresponderá a otro equipo que, estoy seguro, seguirá con el mismo compromiso.

Quiero terminar esta, mi última editorial, proponiendo el trabajo realizado de la revista como un humilde y sencillo ejemplo de que el compromiso, el trabajo desinteresado, el cariño por la institución, el trabajo colaborativo es el camino académico que debemos enseñar a nuestros estudiantes, porque si la academia tiene algún valor en nuestra sociedad, es para mostrar que puede construir un espacio común donde todos puedan vivir mejor.

CRISTIAN AEDO BARRENA

Director

Polarización política y socialización natural en los algoritmos computacionales

Political polarization and natural socialization in computational algorithms

ALBERTO DÍAZ RIVERO*

*Universidad Gabriela Mistral, Santiago, Chile.
Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile.
<https://orcid.org/0000-0002-0934-6978>

Recibido:

01 de mayo, 2025

Aceptado:

16 de septiembre, 2025

Publicado:

04 de diciembre, 2025

*Autor de

correspondencia

Alberto Díaz Rivero
Universidad Gabriela
Mistral, Santiago, Chile.

Correo electrónico:

alberto.diaz@ugm.cl

Polarización política y socialización natural en los algoritmos computacionales. (2025). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 47, (3-19). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.01>

RESUMEN

En los debates intelectuales actuales, se ha vuelto un tópico común relacionar la causa de la polarización política con los procesos algorítmicos presentes en redes sociales *online*, que tienen como característica especial reforzar las preferencias personales (algoritmos de recomendación). Se cree que, al realizar este refuerzo, las opiniones propias acerca de los debates políticos se radicalizan, dando lugar a tipos de polarización de grupos, tendientes a atacar las opiniones contrarias.

Más allá de si esto es o no una cuestión propia de la época actual, este breve ensayo pretende indagar sobre su naturalidad a la luz de la teoría filosófica clásica del Derecho Natural. Las preguntas que nos guiarán son: ¿es natural la conflictividad humana? ¿son, los *echo chambers* y las *filter bubbles*, responsables de una polarización política dañina? Estas preguntas nos permitirán distinguir el conflicto humano de la discordia y de la posible violencia de la que puedan formar parte quienes optan por ciertos tipos de radicalización. La polarización no siempre es igual, de modo que es fundamental la tarea filosófica de diferenciación de conceptos.

PALABRAS CLAVE

Cámaras de eco, filtros burbuja, polarización política, Ley Natural, socialización natural.

ABSTRACT

In current intellectual debates, it has become a common topic to relate the cause of political polarization to algorithmic processes present in online social networks, which have the special feature of reinforcing personal preferences (recommendation algorithms). It is believed that, by carrying out this reinforcement, one's own opinions about political debates are radicalized, giving rise to types of group polarization, tending to attack rival opinions.

Beyond whether this is a question of the current era, this brief essay aims to inquire about its naturalness in the light of the classical philosophical theory of Natural Law. The questions that will guide us are: is human conflict natural? Are the echo chambers and filter bubbles responsible for harmful political polarization?

These questions will allow us to distinguish human conflict from discord and from the possible violence that those who opt for certain types of radicalization may be part of. Polarization is not always the same, so the philosophical task of differentiating concepts is fundamental.

KEYWORDS

Echo chambers, filter bubbles, political polarization, Natural Law, natural socialization.

I. INTRODUCCIÓN

En la nueva, pero extensa, literatura que aborda la relación entre las redes sociales de internet y la polarización política, pareciera haber unanimidad en suponer que la causa de este problema se encuentra en ciertos algoritmos *online*. Tal como lo dan a entender Durrheim y Schuld en un reciente artículo, no solo se trata de un asunto que envuelve opiniones similares, sino que, además, permite agrupar individuos con lenguajes similares, que terminan por recluirse en redes "*polares*".¹ Suponiendo, entonces, que las discordias de este tipo son negativas, los estudios han estado focalizados en demostrar, no la razón de que esto sea así (malo) sino más bien, de que las redes sociales *online* producen un efecto polarizante respecto a las opciones políticas.

Por esa misma razón, y en esa misma dirección, no existen estudios que logren articular la teoría filosófica clásica² del Derecho Natural y la cuestión de la polarización "*producida*" por los algoritmos *online*. En primer lugar, porque cuando se observan los efectos nocivos políticos de las redes sociales de internet, no se cuestiona el estatus de la nocividad supuesta en este tipo de contextos; y, en segundo lugar, porque la literatura que estudia este tipo de repercusiones, de lo *online* en la vida humana, ha dejado de lado las preguntas originarias sobre la enemistad política como tal.

La cuestión de las redes sociales de internet y su influjo en la radicalización de las inclinaciones políticas aparece, entonces, estudiada desde diversas perspectivas, pero no bajo el esquema clásico. Sin embargo, el problema en cuanto tal no puede ser abordado coherentemente prescindiendo de los elementos que nos entrega la Ley Natural. La enemistad provocada por la radicalidad de ciertas posturas políticas llama hacia los principios naturales del ser humano, de su amistad necesaria para la convivencia, y sobre sus métodos para resolver los conflictos. ¿Cómo podemos dar cuenta de este tipo de aproximación?

En la primera parte de este texto expondré brevemente la relación antropológica que hay, entre la búsqueda de la verdad en el ser humano y la socialización, ambas constitutivas de nuestra naturaleza. En segundo lugar, daré cuenta, también solo de modo breve, de la imposibilidad de pensar en la socialización natural sin algún grado de amistad entre los hombres. En tercer lugar, intentaré analizar *grosso modo* la afirmación de que ciertos procesos algorítmicos de las redes de internet han favorecido fenómenos de "*discordia*", de manera general en las comunidades sociales, y específicamente en términos políticos. Finalmente, en cuarto lugar, pretendo probar en base a algunos estudios relacionados con este tipo de desarrollo algorítmico, que los tipos de discordia mencionados previamente, al interior de los que se encuentra la llamada "*polarización*", no son exclusivos del desenvolvimiento de este tipo de tecnología y, al contrario de lo que pueda parecer, no son una amenaza para el cumplimiento de la Ley Natural.

II. VERDAD, CIENCIA Y SOCIABILIDAD NATURAL

La Ley Natural nos da cuenta, en una aproximación básica, del carácter excéntrico del ser humano.³ El hombre

¹ DURRHEIM y SCHULD (2025), p. 4.

² Con esta expresión, me referiré a la teoría de la Ley Natural proveniente de las concepciones de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Si bien es cierto, estas han sido complejizadas en la actualidad en la *New Natural Law Theory* o Teoría Neoclásica —en gran medida, para hacer frente al dominio de ciertas teorías éticas de índole consecuencialista— siempre tienen en su base al esquema aristotélico-tomista. Para una breve contextualización sobre el influjo de la teoría Neoclásica en la noción de absolutos morales, véase CAVIEDES (2024), p. 985.

³ Si bien el término "*excéntrico*" como tal no es propio de Santo Tomás, el Aquinate explicita la tesis sobre la "*salida de sí*" del hombre a la realidad externa con las siguientes palabras: "*Ex hoc autem quod substantia aliqua est intellectualis, comprehensiva est totius entis*", AQUINO (1952), p. 702. Por el hecho mismo que una sustancia es intelectual —siendo ésta el hombre— es comprensiva de todo ente. Resulta evidente la influencia aristotélica, proveniente de que "*todo hombre desea por naturaleza saber*". ARISTÓTELES (2009), p. 3343 (la traducción del inglés es mía). Sin embargo, sobre el tratamiento de la excentricidad como tal, pueden verse distintas apropiaciones de la conceptualización realizada por Helmuth Plessner en torno al ser humano, que —según su teoría— es el único ser capaz de "*salirse de sí mismo*" a diferencia de los demás animales, que son "*céntricos*" precisamente por lo contrario, véase PLESSNER (2022), p. 312. Dos ejemplos que logran captar el aporte que, a pesar de haber sido contemporáneo a las teorías de Max Scheler, tuvo su noción de excentricidad en la antropología filosófica de raigambre aristotélico-tomista, son los de Anselmo González Jara, en su artículo "*La posicionalidad excéntrica del hombre*", GONZÁLEZ (2018), y el libro de J. Aranguren *Antropología filosófica: una reflexión sobre el carácter excéntrico de lo humano*, en el que reconoce la influencia de Plessner para

desea saber por naturaleza y, por la misma razón, solo se plenifica, florece, al salir de sí, al ir hacia las cosas en pos de su conocimiento. Para esta tarea, tal como lo ha concebido la tradición filosófica clásica del Derecho Natural, es fundamental el desarrollo de las virtudes del intelecto, que se especifican en diversos modos de conocer las leyes teóricas de las ciencias. Sin embargo, y a pesar de lo que muestra nuestra continua tendencia hacia lo infinito,⁴ nuestro conocimiento, al igual que todas nuestras facultades y operaciones, se caracteriza por ser limitado.

Aquel límite se expresa no solo en el alcance al que pueda llegar (la "*cantidad*" de conocimiento que terminemos por adquirir en una vida, en el mundo) sino también la carencia en cuanto a sus propias operaciones. Esto último, quiere decir, al menos, dos cosas: primero, que hay cierto tipo de conocimientos, que no pueden ser adquiridos de cualquier forma; y segundo que, si adquiero un tipo de conocimientos, es posible que no pueda adquirir otros. Acerca de lo primero, solo por medio de cierto tipo de razonamientos podemos llegar a saber, que mañana, muy probablemente, saldrá el sol por el mismo lugar en que salió hoy. Este tipo de razonamiento es el inductivo, y es protagonista de gran parte de nuestra ciencia empírica-experiencial.⁵ Pero, el saber inductivo es probabilístico y, por este hecho, no adquiere una certeza tan alta como el saber matemático, por ejemplo. A pesar de esto, es un tipo de saber fundamental, que nos permite llegar a conocer ciertas premisas generales, para gran parte del razonamiento deductivo. De este modo, nos damos cuenta, que nuestro conocimiento es limitado en cuanto a los modos que tiene de desempeñarse.

Ahora, además de ese primer límite relacionado con los modos de operar de nuestro conocimiento, es posible observar que no todos podemos poseer una misma "*red*" de conocimientos. Y es desde este punto, que quisiera centrar la atención en estos breves apuntes. La universalidad de las afirmaciones sobre la sociabilidad del ser humano en su búsqueda de la verdad, trascienden las esferas del pensamiento clásico. En general, quienes han propuesto sistemas políticos basados en el florecimiento humano, han debido referirse a nuestra natural sociabilidad. A continuación, me referiré a la visión de uno de los primeros pensadores liberales que sostiene una concepción del florecimiento humano marcadamente aristotélica, dada la importancia que otorga a la dependencia humana.

A. La infalibilidad humana en J. S. Mill

En materias importantes el hombre necesita poner su sabiduría, su conocimiento, "*a prueba*". Aristóteles nos puede ilustrar de manera excepcional sobre este punto, y es necesario hacerlo si comenzamos desde la teoría filosófica clásica. Sin embargo, la posibilidad de poseer conocimientos limitados, frente a la necesidad de hacer progreso en la ciencia, como características intrínsecas de la naturaleza humana, ha sido reconocida no solo por iusnaturalistas. El análisis que John Stuart Mill realiza sobre la supuesta infalibilidad humana nos puede servir para enfatizar la íntima relación entre lo social y la verdad.

Para Mill, en el proceso del progreso científico, que es un aspecto fundamental de nuestra propia naturaleza, las opiniones juegan un papel muy importante porque, a pesar de ser portadoras de verdades superficiales, sí dicen mucho sobre nuestra actitud frente a la verdad. Si las opiniones reinantes expresan un desprecio por todas las figuras políticas, entonces gran parte de la actitud social frente a las figuras políticas se configurará desde la suspicacia. Estas, las opiniones, sin embargo, pueden ser ciertas o no, y el hecho de que sean de la mayoría no las acerca o aleja de la verdad. El problema que hay, como resultado de la falta de discusión pública sobre estas materias, es que las opiniones se han "*fragmentado*", es decir, se les ha restado su sentido.⁶ Este sentido, solo puede ser recuperado, según Mill, con la correcta posesión de la individualidad, por lo que debemos aprender lo que esa

su visión tomista sobre el ser humano, como ser que "*sale de sí*" para conocer la verdad, ARANGUREN (2003), p. 63.

⁴ El énfasis sobre esta cualidad humana se encuentra en diversas obras, sin embargo, para una apreciación general, es sugerible analizarlo desde el estudio en torno a la felicidad, véase AQUINO (1786), pp. 23 y 24.

⁵ Sobre las limitaciones del conocimiento, de la ciencia y de las inducciones, puede leerse el capítulo llamado "*El Conocimiento*" en el libro *Introducción al pensamiento filosófico* de BOCHENSKI (2002), p. 68.

⁶ MILL (1985), pp. 46-48.

opinión significa para cada uno, esto es, las bases de las opiniones.⁷ Cuando se mezcla la opinión fragmentada con su preponderancia por la mayoría de los individuos, ocurre el fenómeno que Mill reconoce como "*el régimen moderno de la opinión pública*",⁸ que rechaza todo tipo de individualidad, la castiga de diversos modos y, según qué nivel de poder tenga, puede prescribir incluso penas institucionales.

Creer ciegamente en la opinión pública, esto es, tener absoluta fe en que lo que decimos todos es cierto, desechando cualquier intento de cambio en los estándares adquiridos, es lo que Mill denomina, "*la ilusión de la infalibilidad*": creemos que hemos llegado hasta un punto en que nadie puede refutarnos.⁹

De este modo, la teoría de J. S. Mill, padre de un tipo de liberalismo muy influyente en nuestra época, concibe la amenaza que tiene el poder de la opinión pública y, por lo tanto, una alardeante "*tiranía de la mayoría*",¹⁰ a la individualidad. Sin embargo, este acento en la individualidad nos parece, con razón, poco claro a quienes sostenemos que el ser humano se hace pleno en la coexistencia con los demás.¹¹

La noción misma de derecho implica la alteridad, el estar con otros. No hay justicia con uno mismo.¹² Creer que lo hay es desconocer que el derecho es lo que permite la justicia. Dado que algo es atribuido a alguien, entonces debe ser entregado a esa persona, lo que constituye un acto justo. La justicia nace del derecho, y explica un dar y recibir entre dos o más personas.¹³ Dado que Mill está proponiendo una teoría de carácter liberal, es comprensible que esté interesado en la individualidad de los ciudadanos. No obstante, el acento milliano debería cambiar y, en vez de apuntar a la amenaza que la tiranía de la mayoría pueda representar para los fines individuales de cada sujeto, este tendría que estar puesto en las repercusiones para la comunidad misma, dado que el hombre la crea justamente para su realización.

Dicho lo anterior, esta crítica no le atribuye a Mill un carácter radicalmente individualista. A diferencia de otras corrientes liberales, Mill representa una teoría (liberal) que tiene un componente comunitario muy fuerte. Su postura, logra dar cuenta de un punto central para la elaboración de la presente tesis: la búsqueda de la verdad necesita de la socialización. Y esta última, forma parte de nuestra propia naturaleza, tal como lo expresa Mill.

Algo debemos reconocerle a la teoría política de Hobbes: solo un conocimiento débil y embrutecido es lo que puede resultar de una vida solitaria sin sociedad,¹⁴ ya que no podría deberse a una adquisición de un conocimiento previo. En una sociedad con estas carencias, el traspaso de conocimiento, la tradición, resulta casi impensable. La crítica, que compartimos, a la teoría hobbesiana está centrada en la identificación necesaria entre lo asocial y la guerra, lo que hace pensar a Norberto Bobbio, que Hobbes escribía desde el miedo.¹⁵ Pero, imaginar una situación en la que el ser humano es desprovisto de civilidad, es decir, de todo tipo de beneficio obtenido por la coexistencia con los demás, es invitarlo a vivir en la pobreza misma de conocimiento. Para enfatizar definitivamente el hecho de que estamos hablando de afirmaciones que trascienden tanto este tipo de teorías como las aristotélicas, es necesario recordar que el mismo Estagirita es quien dejó plasmada la afirmación de que:

⁷ MILL (1985), p. 43.

⁸ MILL (1985), p. 82.

⁹ MILL (1985), p. II.

¹⁰ MILL (1985), p. 76.

¹¹ MASSINI (1994), p. 162.

¹² GARCÍA-HUIDOBRO (2016), p. 110.

¹³ HERVADA (1988), p. 31.

¹⁴ Las palabras de Hobbes aluden a una situación en la que se dan necesariamente dos fenómenos sociales: la falta de sociedad civil y la guerra. Se trata de una imagen deplorable del ser humano, en la que no existe ningún tipo de progreso: "*And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short*" HOBBS (1962), p. 97.

¹⁵ BOBBIO (1992), p. 143.

"el que no puede vivir en comunidad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios".¹⁶

La tradición, que es lo que permite intercambiar los saberes de una generación a otra, no tiene cabida en una vida imaginada de este modo. Así, es muy difícil imaginar qué tipo de saberes son los que puede poseer un individuo aislado, desde su nacimiento, sin conocimiento previo de ningún tipo. En cambio, las personas conocemos sobre aquello que ya ha sido conocido antes. Y eso es lo que diferencia al *"progreso"* humano de la *"evolución"*:¹⁷ respecto de las civilizaciones antiguas, la especie ha evolucionado notoriamente poco; pero ha progresado de modo grandilocuente. Sabemos cosas muy distintas a los antiguos, pero somos muy similares.

Esto es solo un reflejo más, de que la perfección humana es una *"obra común"*, no acabada,¹⁸ que forma parte de los pilares de la naturaleza humana, y por lo mismo, de la tradición filosófica clásica del Derecho Natural. Santo Tomás remarca que la razón, con la que podemos obtener todas las cosas, modificarlas, usarlas, del reino natural, no puede ser utilizada de modo solitario. Un solo hombre no basta, según el Aquinate, para vivir una vida con suficiencia.¹⁹ No obstante esto, la sociabilidad humana en la búsqueda de la verdad tiene otra característica que refuerza nuestra dependencia social, a saber, el hecho deliberativo.

B. Deliberación

En este punto solo quisiera detener el análisis en las palabras de Aristóteles sobre el hecho deliberativo. Existen ciertas verdades que son entregadas por la mera observancia a nuestra propia naturaleza, como el hecho de que todos deseamos conocer. Este tipo de verdades son básicas, y permiten iniciar cualquier tipo de investigación sobre un saber determinado. Dado que el hombre desea saber por naturaleza, es nuestro deber procurarnos un conocimiento tal, que responda a las exigencias naturales. Sin embargo, en la investigación pueden surgir también, diferencias sobre cómo abordar un tema o qué resultados han de obtenerse, y es entonces cuando reconocemos que, en materias importantes, las personas se juntan a deliberar.

Así, Aristóteles afirma que acudimos a ciertos *"consejeros"* para saber cuáles serán los medios, los caminos, con los que debemos llegar a los fines que vienen dados por la ocupación en la que nos desenvolvemos. El médico (en el ejemplo del Estagirita) sabe que su fin es curar a los enfermos, de modo que sobre esto no se delibera.²⁰ Sin embargo, sí lo hace en relación con los modos en que debe lograr ese cuidado respecto de los demás. Así, la deliberación forma parte necesaria de la investigación.

Sobre las verdades que nos son dadas como evidentes, no hay deliberación, pero sí la hay sobre cómo llegar a ellas. La historia de la aplicación de los principios iusnaturalistas a la ley positiva es un fiel reflejo de esta dificultad. De cualquier modo, la dificultad misma da cuenta, una vez más, de la necesidad de los demás para poder alcanzar la verdad.

Toda nuestra concepción sobre la ciencia y los modos en los que nosotros, los seres humanos hemos intentado llegar a las diversas verdades del mundo y el universo, ha estado marcada por el hecho deliberativo. La misma noción de *"revolución científica"* tratada por Kuhn en su afamado estudio sobre los paradigmas científicos, da cuenta del hecho deliberativo en la historia de la ciencia. Cuando los esquemas científicos fallan en dar respuesta acerca de ciertos tipos de realidades, existe la posibilidad de que el objeto estudiado sea reconceptualizado, que se deje en el olvido, o que el método científico específico entre en crisis. Esta última posibilidad, ocurre cuando

¹⁶ ARISTÓTELES (1988), p. 52.

¹⁷ Véase BOCHENSKI (2002), p. 84.

¹⁸ Véase MASSINI (1994), p. 159. Esta afirmación está a la base de su aguda crítica a la visión del tipo de liberalismo individualista reflejada en autores como Dworkin, sobre la justificación de los derechos humanos según un hecho fáctico, que sería justamente la existencia de deseos y preferencias. Massini considera que su asidero filosófico debe tener relación con la dimensión social, que es natural del hombre.

¹⁹ Véase AQUINO (1786), p. 2.

²⁰ ARISTÓTELES (1985), p. 187.

surgen nuevos modos de entender la ciencia que entran en conflicto con los anteriores. En ese sentido, las "crisis epistemológicas"²¹ forman parte central de toda nuestra historia de progreso científico.

La natural sociabilidad gracias a la cual nos hacemos plenos, puesto que logramos dar cuenta de nuestro progreso en los ámbitos del saber, refleja que para dedicar una vida a las actividades que más nos engrandecen, es fundamental deliberar. El argumento aristotélico del *ergon*, en que se da cuenta de que un "buen ser humano" lo es en la medida en que realiza una vida según la función que le es propia, consiste en que:

"como el caso de un flautista, de un escultor y de todo artesano, y en general de los que realizan alguna función o actividad parece que lo bueno y el bien están en la función, así también ocurre, sin duda, en el caso del hombre, si hay alguna función que le es propia".²²

La vida dedicada a la función propia del ser humano, racional, consistente en la adquisición de las virtudes necesarias para alcanzar la excelencia en las diversas actividades que realicemos, se encuentra necesariamente aparejada con la realidad conflictiva humana, y justamente en ella reside la adopción de los mejores métodos científicos para alcanzar el conocimiento. Es por esto por lo que, para dar cuenta de la relación que existe entre la sociabilidad natural y los diversos tipos de discordia y concordia, se hace necesario tratar el tema del modo en que se da esta sociabilidad. A esto es lo que dedicaré el siguiente apartado.

III. SOCIABILIDAD Y AMISTAD

En las anotaciones previas, quise detenerme en el carácter eminentemente natural de nuestra socialización. El hombre no se plenifica solo sino con otros, y no existe lo justo donde no hay una pluralidad de individuos. De esta forma, no hay justicia donde no hay atribución de propiedad, puesto que precisamente existe para dar cuenta de nuestras deudas respecto de quienes coexisten en comunidad. Sin embargo, como nos explica Gonzalo Letelier en su artículo "*El bien común político*", la justificación de la coexistencia misma no se encuentra en las relaciones de justicia, sino en cierto tipo de "*conciencia de que no es posible obtener nuestro propio bien sin el de los demás. O, lo que es lo mismo, de la conciencia de que nuestro propio bien es un bien común*".²³

Esta conciencia, de que lo esencial del individuo es común, consiste en una *amistad* que es "*en su grado mínimo, el origen de la vida social; en su grado máximo, es su fin*".²⁴ Eso ocurre por el hecho de que, la justificación de que la justicia sea una virtud moral, consistente en la administración de la titularidad de los bienes se encuentra en el hecho de nuestra, natural, dependencia. Dado el hecho de que necesitamos a los demás para nuestro florecimiento, la dificultad de llevar a cabo unas relaciones básicas de amistad impide o corrompe las relaciones de justicia.

Pero, si la concordia básica constituye las relaciones de justicia y debe estar en el centro de cualquier concepción de comunidad política ¿esto quiere decir que los conflictos deben evitarse a toda costa? ¿es lo mismo proponer una amistad política que una ausencia de relaciones conflictivas?

Timothy Fuller ha realizado una descripción sintética del carácter conflictivo del ser humano, y de cuál es la solución que ha propuesto el Estagirita:

"Aristóteles (...) notó que los seres humanos fueron diferenciados como los animales que podían hablar y razonar, y así discutir con los otros. Más allá del natural requerimiento de la unión sexual para la reproducción de las especies, su capacidad para el lenguaje configuró a los seres humanos hacia los demás en un

²¹ Véase MACINTYRE (1977), p. 465.

²² ARISTÓTELES (1985), p. 141.

²³ LETELIER (2015), p. 428.

²⁴ LETELIER (2015), p. 428.

compromiso de explotar ese talento especial conversando sin cesar, tratando de entender las cosas (...). Pero razonar, hablar y discutir también nos distancia de los demás, porque en el razonar, hablar y discutir, producimos opiniones conflictivas; no nos ponemos de acuerdo. Nuestra natural sociabilidad es una fuente de tensión y conflicto. Nuestra especial bendición es también nuestra especial maldición. (...) La tarea es transformar la maldición en una bendición, o al menos mantener las cosas en perspectiva y conducir nuestros debates con moderación. Esto, Aristóteles insistió, era algo que debía hacerse a través de la política".²⁵

En el esquema clásico, la política, como ciencia arquitectónica, es la que está destinada a la obtención del bien humano último. Evidentemente que, para esto, la ética debe realizar las distinciones teóricas previas, pero los alcances que pueda tener están delimitados por la política. Esto es así, por la capacidad y necesidad que tiene la política de entregar una visión compartida del bien que todos tienen en una comunidad determinada. Uno de los defectos (al interior de un engranaje numeroso) de haber pretendido abandonar la teoría aristotélica a la hora de analizar los fenómenos políticos de las sociedades modernas, es el de pretender separar ambas esferas: la ética y la política. Sobre la realidad ficticia o fáctica de esta pretensión moderna, es un asunto que hoy cobra cada vez más interés. El problema precisamente es este: la ética, como el estudio de las costumbres, del *ethos* de un pueblo, precisamente lo es en tanto es de ese pueblo. No se trata de una cuestión relativista, sino de dar cuenta cómo, en cada una de las costumbres humanas, hacemos frente a las mismas verdades éticas universales. De este modo, la ética es parte de una política determinada, y la política no puede sino destinarse a las prácticas de una comunidad determinada. ¿Es posible que este esquema, que responde a nuestra propia naturaleza dependiente y situada, tenga en el corazón un real "divorcio" entre ética y política? Como dije, esta es cuestión para otro análisis.

La razón de que exista progreso en la ciencia se debe, como dijimos antes, a la existencia de la tradición, es decir, a la posibilidad que tenemos solo los seres humanos, de aprender de las generaciones pasadas gracias al traspaso de conocimiento. En ese sentido, la tradición forma parte de nuestra naturaleza. Pero, hasta este punto, la mencionamos justamente como aquello que posibilita ese traspaso de conocimiento, no como las circunstancias científicas que dieron lugar a esa posibilidad.

La ciencia, es el modo que tenemos los seres humanos de acercarnos a la verdad. Dado nuestro carácter excéntrico (apuntado en el primer punto) "*salimos de nosotros mismos*" en búsqueda de nuevo conocimiento. De este modo, nadie podría decir que, al conocer algo, no nos importa conocerlo de manera fidedigna. Si no nos importara conocer verdaderamente algo, simplemente no nos importaría el conocimiento. Pero esto, sería negar uno de los aspectos característicos de nuestra humanidad. Conocer es acercarse a la verdad, y si no me acerco a ella, pues entonces, no me encuentro conociendo.

Tal como la tradición filosófica clásica del Derecho Natural lo explicita, la verdad en términos lógicos se encuentra en el juicio, no en el razonamiento ni en la aprehensión.²⁶ Por lo mismo, el conocimiento se da en el razonamiento y en la conceptualización. Luego, el establecimiento de juicios verdaderos necesitará siempre un verdadero conocimiento. Y esto solo puede ser realizado como fruto de nuestra deliberación. La argumentación que se produce gracias al movimiento de nuestra alma en pos del conocimiento de una verdad nueva, es un reflejo del carácter naturalmente deliberativo que tiene nuestro conocimiento. Sin embargo, para que las premisas generales (primeras premisas) sean establecidas, es necesario llegar a ellas a través de un proceso, que muchas veces, es inductivo. Si es así, entonces las premisas generales tienen necesidad de una previa deliberación, frente a lo que se hace necesario plantear una discusión.

Las circunstancias científicas que se presentan a la hora de establecer nuevos procedimientos de conocimiento, o nuevas premisas generales, ocurren justamente por eso que mencionábamos antes: cuando un modo de conocimiento se hace insuficiente para explicar, resolver, alcanzar un área del saber, sufre una crisis. Este tipo de crisis es el que explica, no solo el ámbito conflictivo de nuestra naturaleza, sino el que, gracias a la crisis, logramos acceder a ciertas verdades que antes nos aparecían como veladas.

Por ejemplo, el ámbito universitario necesita tener (o ser) un espacio de conflicto de posturas acerca de las cuales

²⁵ FULLER (2000), p. 74.

²⁶ AQUINO (2016), p. 102.

todavía no se conoce completamente. Según MacIntyre esto justamente permite dar cuenta de las bondades de cada una de las teorías, y lograr encontrar qué es lo que se puede aprender de una y de otra.²⁷

En resumidas cuentas, es cierto que, para un pleno florecimiento humano, existe una serie de conocimientos y modos de conocer que deben ser puestos frente a frente a los que se dan en otras esferas de investigación. Esto, refleja el carácter natural que tienen las instituciones educativas como lugares en los que se encuentran, de modo presencial, los diversos saberes. Para eso, es fundamental que cada área académica logre expresar sus descubrimientos en un idioma asequible para las otras áreas del saber. A su vez, ello supone necesariamente un ámbito de conflicto, en el que debe entenderse como parte de cualquier tipo de investigación rigurosa. Pero, para que esto ocurra, es básico un previo reconocimiento de cada corriente científica acerca de sus pretensiones de verdad: el conflicto, como la deliberación, forman parte de la investigación, y no un divorcio. Al revés, para que ese reconocimiento exista, pero también para que podamos aceptar que nuestra teoría estaba errada, es necesaria una previa concordia, una amistad en términos políticos. Conflicto y amistad no son dos conceptos excluyentes, sino complementarios.

Ahora bien, afirmar la necesidad del conflicto para la amistad política en la esfera de los saberes, no debe dar pie a concluir que estamos hablando de radicalizar la conflictividad humana con el objetivo de alcanzar la verdad en la ciencia. En el siguiente apartado, haremos la distinción entre la conflictividad y los problemas de polarización, específicamente relacionado con ciertos algoritmos computacionales. Estos últimos han sido objeto de críticas constantes, porque se presume que incitan y fomentan una radicalización política entre posturas rivales, negativa para la sociabilidad humana.

IV. DOS FORMAS DE POLARIZACIÓN POLÍTICA Y ALGORITMOS SOCIALES DE LAS REDES ONLINE

Este apartado está dividido en dos partes: la primera en la delimitación del uso que haremos del término "*polarización política*"; y la segunda en la pretensión de aplicar esta concepción a la observación de algunos procesos algorítmicos que conocemos en nuestras redes sociales *online*.

A. Polarización política

Tal como hemos indicado, la conflictividad humana en ningún caso obsta a la plenitud personal. Al contrario, es deber de las instituciones educacionales, evitar todo tipo de aversión a educar en las ciencias universales, desde lo que consideren que es el bien humano como tal. Las que se han llamado, entonces, universidades "*con ideario*" (comúnmente entendidas solo como universidades católicas) en nuestro continente, pueden perfectamente tener "*idearios*" diferentes (liberales o protestantes, por ejemplo) reconociendo el tipo de ideario que fomentan, es decir, el tipo de concepción del bien humano que abrazan. Frente a esto, es natural que haya que presenciar el surgimiento de conflictos entre las instituciones que sostengan posturas rivales. Y esto, sin embargo, permitirá fortalecer el debate, la búsqueda de la verdad, y poner a prueba las concepciones actuales de cada comunidad de investigación, para dar cuenta cuál es la mejor para cada comunidad.

Sobre este mismo marco de conflictividad necesaria, la democracia liberal moderna, en que vivimos la mayor parte de las civilizaciones occidentales, se ha erguido sobre la base de la tensión, separación y convivencia entre los distintos poderes que representan a las naciones.²⁸ Según Pierre Manent, Montesquieu estableció las bases más importantes en torno a la cuestión de las separaciones modernas y la convivencia-tensión de los poderes. Para esta visión, la única posibilidad de que el poder del estado, que es el representante de la mayoría (insisto, en gran parte de las sociedades occidentales) no sea cooptado por el mismo pueblo en contra de la minoría (o del pueblo mismo), es dividir a la nación en poderes de modo que sean opuestos.²⁹ De este modo, la gente se divide, y en la

²⁷ Véase MACINTYRE (2006), p. 207.

²⁸ Para el desarrollo de esta tesis, véase MANENT (2016), pp. 46 y 47.

²⁹ MANENT (1994), p. 56.

división es libre. Para el Montesquieu de Manent la libertad civil nace de la separación de las personas respecto del poder. Dado que se neutraliza por la separación, cada persona puede hacer lo que le plazca, en términos no-políticos.³⁰

No obstante, y a pesar de que esto forme parte de los aspectos que han permitido mantener a la democracia liberal moderna como el modelo político preferido por las sociedades occidentales, no podemos desconocer los males que representan sus bases filosóficas: las del neutralismo liberal, entendido como la escisión de la política respecto de los asuntos privados. Esta separación y presunta neutralización moral del estado, ha permitido que los intentos por encontrar la verdad por medio de debates pierdan efectividad. MacIntyre ha dado cuenta de que esto ha tenido una gran influencia en el modo en que los ciudadanos nos relacionamos con las esferas de los saberes, hasta el punto en que los problemas políticos pasan por alto sus justificaciones filosóficas; mientras tanto, la filosofía deja de lado su influencia política.³¹

En este sentido, la "*discusión acalorada*", apasionada, sustentada sobre una convicción de que la apreciación personal que tenemos es la más acertada, justamente favorece el intercambio y les entrega una dinámica saludable a estas democracias liberales. A esta defensa personal de las visiones sobre los aspectos que consideramos que son más acertados en materia política, se la ha llamado, análogamente, puesto que la palabra también es usada en el estudio del electromagnetismo, "*polarización*", que consiste en la radicalización, es decir, en la defensa de las apreciaciones personales hasta las últimas consecuencias, sobre ciertas nociones políticas determinadas. Este fenómeno supone, que los adherentes a las mismas opiniones políticas, al radicalizarse, coexistan de modo más o menos familiar, y de modo cada vez más recurrente. Dicho en modo resumido, la polarización reúne a quienes piensan parecido, sobre opciones radicalmente diferentes y muchas veces incompatibles. Permítanme llamar, a esta polarización, "*polarización propia*", puesto que se refiere a la radicalización de las apreciaciones que tienen los individuos, sobre sus mismas concepciones políticas.

Tal como expusimos en un principio, según lo expresado por la teoría aristotélica, las diferencias mostradas desde la polarización propia deben lograr ser subsanadas gracias a los procesos que le corresponden a la ciencia de la política, es decir, gracias a una concepción compartida del bien común en una comunidad determinada. Es completamente natural que la sociabilidad humana lleve a malentendidos y a enemistades; pero, es necesario lograr extraer los "*bienes del conflicto*" en cada uno de los que aparezcan, al interior de nuestra vida política.

Sobre este tipo de polarización se ha hablado mucho a lo largo de toda la historia política, sin embargo, nos hemos dado cuenta de que, al menos en nuestra sociedad actual (puesto que los estudios sobre este tipo de fenómenos son actuales), la polarización propia ha devenido en una "*polarización ajena*" (si se me permite, nuevamente, el uso de esta terminología). Esto último, consiste en que las personas se polarizan, ya no tanto en la radicalización sobre sus propias preferencias políticas, sino en el intento de dominar, demonizar y atacar, la opinión del otro.³²

Así, con la misma convicción que decimos que las discrepancias políticas sobre las propias preferencias políticas forman parte de nuestra naturaleza, es importante destacar la nocividad que pueden llegar a tener las actitudes tendientes a denostar las preferencias ajenas. En la historia chilena reciente, hemos podido ver cómo el fenómeno de la polarización terminó por invertir el orden que se encuentra en la base de lo político, a saber, la concordia.³³ A su vez, los resultados de los fenómenos de polarización ajena producto del uso de las redes sociales *online* tampoco son negables. La influencia que tienen estos entornos de comunicación virtual en las opiniones políticas es innegable, hasta el punto de que los partidos políticos destinan frecuentemente recursos al manejo informativo de sus preferencias en internet. Sin embargo, este problema traspasa el límite de lo que pretendemos realizar en este breve trabajo, de modo tal, que resulta importante dar cuenta de la naturaleza de esa línea divisoria.

³⁰ MANENT (1994), p. 60.

³¹ MACINTYRE (1997), p. 236.

³² FINKEL ET AL (2020), p. 533.

³³ Véase LINDH ET AL (2019).

1. Sobre el problema de la regulación *online* de las redes sociales

Sobre la influencia (positiva o negativa) de la información en las redes sociales *online* en las opiniones políticas y sus consecuencias en los procesos electorarios existe un debate constante, entre quienes abogan por una libertad de expresión en internet que les permita exponer sus opiniones políticas sin ningún tipo de censura; y los que consideran que un libertinaje en este tipo de espacios puede fomentar fenómenos como el de la polarización.³⁴ En este caso, la discusión se dirige, no hacia la cuestión de si las redes sociales *online* reflejan dinámicas sociales conflictivas que pueden encontrarse en otros ámbitos de la socialización humana. Más bien, se trata de una literatura que presupone, no solo la nocividad de todo tipo de polarización sin cuestionarla, sino que más importante aún, la pasividad de los consumidores de redes sociales *online* respecto de los emisores de la comunicación. Este tipo de cuestiones están lejos de ser zanjadas, si no se acude a otros aspectos concernientes a la naturaleza humana, relativos a la esencia de la comunicación en las personas³⁵ en su sociabilidad.

En ese sentido, las discusiones acuden a la evidencia de algunos efectos negativos del exceso de información entregada por las redes sociales *online* en los resultados electorales de ciertos procesos democráticos actuales. Pero, la cuestión de si los electores (receptores de la información entregada en internet) son sujetos simplemente pasivos de lo que se haga o deje de hacer en internet, o más bien pueden trabajar en un adecuado tipo de relación con esta extraordinaria herramienta, todavía es debatible.

Extendámonos un solo punto más en esta misma idea, de modo que podamos trazar el límite entre los debates acerca de las regulaciones de las redes sociales *online* por los discursos de odio, *fake news* y otro tipo de males que surgen de un defectuoso manejo de los medios de comunicación, cuestión que no nos ocupa especialmente en este trabajo; y la acusación de que estas mismas redes son causas de un tipo de polarización (ajena) por el uso de determinado tipo de programación algorítmica.

Las discusiones reglamentarias sobre los males de las redes sociales en los procesos democráticos son recientes y hay algunas que todavía se están llevando a cabo en diversos países. En el caso de Chile, por ejemplo, las partes contendientes en las elecciones presidenciales del año 2021 se detuvieron en una disputa sobre el manejo de las redes sociales, acusándose mutuamente de una "*campaña sucia*" consistente en un manejo desproporcionado de la información que se entrega a través de las redes sociales. Esto ha podido verse reflejado gracias a algunas técnicas computacionales, que permiten dar cuenta de la influencia que genera el manejo de la información de internet en los votantes.³⁶ En Brasil también ha ocurrido un caso similar con la prohibición del uso de la red social "X", en gran medida dada la posibilidad de que quienes fueron protagonistas de un supuesto intento de golpe de estado el año 2022, hayan ocupado dicha red para desinformar a la población.³⁷ El caso de Rumania es el que más se acerca a las indagaciones presentes, puesto que dentro de las argumentaciones se encuentra precisamente el abusar de los procesos algorítmicos de las redes *online* para desinformar y polarizar a los votantes, cuestión abordada en el dictamen del Tribunal Constitucional en diciembre del año 2024.³⁸

No obstante, las consideraciones centrales sobre estos debates regulatorios son, nuevamente, las que se relacionan con un mal uso de la información por medio de determinados medios de comunicación *online*, por el hecho de que las decisiones humanas se toman en base a la información que se tiene. En ese sentido, las penas están dirigidas hacia el resguardo de ciertas garantías correspondientes a la posesión de toda la información electoral necesaria de manera fidedigna y transparente. De este modo, al analizar estos debates regulatorios, nuevamente nos encontramos frente a las preguntas iniciales de este trabajo, acerca del tipo de polarización de que estamos

³⁴ Véase la bibliografía citada en el artículo de SANTOS ET AL (2024), pp. 236-238.

³⁵ Para una breve descripción de las patologías modernas relativas al consumo de información a través de internet, véase YEPES y ARANGUREN (2009), pp. 282 y 283. La cuestión se resuelve en una adecuada relación entre la semántica y la sintaxis, en la relación comunicativa entre medios de comunicación online y receptores.

³⁶ Véase SANTOS ET AL (2024), p. 238.

³⁷ *Sob sigilo con Sob sigilo* (2024).

³⁸ *Tribunal Constitucional de Rumania* (2024).

hablando, el modo de polarización que es realmente dañino para la población y, finalmente, si esto ocurre solo como causa de ciertos procesos algorítmicos de las redes sociales *online*.

2. Algunas formas de polarización

En la literatura actual sobre este tipo de fenómenos, el acento se ha puesto en lo que hemos llamado polarización ajena. Se insiste en que no se trata solo de un fenómeno de refuerzo de las preferencias particulares (en términos políticos) sino que, además, produce la extinción de las opciones moderadas.³⁹

El interés en realizar el análisis de este tipo de polarización desde una perspectiva contemporánea no responde a la mera ocurrencia de hechos que reflejen esta radicalización de los intentos por atacar las visiones opuestas a las propias. Más bien, lo que da pie a este énfasis es la progresividad que han tenido. Pareciera ser que, hoy, se repiten más los intentos de agresión hacia las opiniones contrarias, que la pretensión de radicalidad de las opciones políticas propias.

La causa de que esto ocurra es la llamada "*polarización de grupos*".⁴⁰ Este tipo de polarización consiste en lo siguiente:

"Después de la deliberación, es probable que la gente se dirija a un punto más extremo en la dirección a la cual los miembros del grupo estaban originalmente inclinados".⁴¹

De este modo, si un grupo de personas pro-aborto entra en discusión con un grupo que sostiene lo contrario, sus apreciaciones sobre los supuestos beneficios de realizarlo se "*alimentan*", se radicalizan. Este tipo de radicalización no tiene de negativo algo más allá que lo que demostraba la antigua noción de "*protesta*" (a diferencia de la protesta actual) en la que, por el hecho de que se logra encontrar una supuesta verdad, se responde de manera contraria a las visiones incompatibles.⁴² Lo que nos parece problemático para el presente trabajo, es la relación que esto tenga con la preponderancia que se otorga hoy, al mero hecho de estar "*en contra*" de las posturas contrarias. Esta direccionalidad de la discusión política parece no solo responder a características intelectuales, de contenido teórico, sino que se relaciona con las emociones, y con el carácter predominante que estas tienen hoy en la actualidad.

De este modo, la polarización de grupos también está en estrecha relación con el "*extremismo ideológico*", la "*polarización afectiva*" (en el que la gente se vuelve más positiva con quienes sostienen ideas similares a las suyas, pero más negativa con quienes sostienen lo contrario), y la "*polarización de cuestiones*" (*issue polarization*) en que la gente se siente más cercana a los partidos que comparten una serie de temas y cuestiones.⁴³ Este tipo de polarización evidentemente representa un problema, que ha de ser resuelto de manera política, puesto que afecta las bases necesarias para cualquier tipo de búsqueda de la verdad.

En la época presente pareciera que la gran víctima de las acusaciones sobre las causas que llevan a este tipo de polarización es el internet. Las redes sociales *online* son constantemente acusadas de fomentar opciones políticas propias, lo que resulta en una exacerbación de dichas posturas y la concomitante radicalización y polarización de los grupos conflictivos. ¿Es así? ¿Es cierto que las redes sociales *online* son causantes de este tipo de dificultad política? Veamos más de cerca esta relación.

³⁹ LINDH ET AL (2019), p. 102.

⁴⁰ SUNSTEIN (2002), p. 65.

⁴¹ SUNSTEIN (2002), p. 65.

⁴² MACINTYRE (1981), p. 71.

⁴³ GARCIA (2023), p. 40.

B. Polarización y algoritmos sociales

El discurso predominante acerca de la influencia de las redes sociales *online* en la participación política se caracteriza marcadamente por la protesta. El concepto de *echo chamber* relacionado con las implicancias de las noticias provenientes de internet, fue enarbolado el año 2001 por Sustain, en el análisis acerca de los resultados de las elecciones del 2000 en U.S.A.,⁴⁴ el acento en su uso y atención fue puesto después de la asunción de Trump y del Brexit.⁴⁵ La alarma fue puesta en la capacidad que puedan tener quienes regulan las grandes compañías de estas redes, para lograr ciertos niveles preocupantes de polarización política en los ciudadanos, por medio de algoritmos, basados en nuestras preferencias, que refuerzan nuestras propias opiniones.

Gracias a la previa articulación del concepto *filter bubble*,⁴⁶ se puede localizar un punto de inflexión en el advenimiento de este peligro, en la personalización de los filtros de búsqueda de Google; y su alcance ha sido tal, que (en su sitio llamado *technosociology*)⁴⁷ Zeynep Tufekcy se ha planteado como una afamada activista. En un artículo, afirma que las posibles consecuencias de los análisis de gigantescos volúmenes de datos a través de procesos algorítmicos en internet (*Big Data*) se asimilan a las hipótesis catastróficas expresadas por Bentham en su *Panóptico* o por Foucault.⁴⁸ La diferencia con el *Panóptico* estaría en que, en la actualidad, se trata de un proceso de hegemonización de las propias esferas de opiniones "*hacia dentro*", o sea, en la intimidad de los espacios privados. Desde su punto de vista, la problemática se encuentra en este uso abusivo del poder que tiene implicancias para las ideologías planteadas en teorías como la de Gramsci.

A pesar de que no es la única, aunque sí una de las más afamadas expositoras sobre el tema de la influencia política del *Big Data* en habla anglosajona, el hecho de analizar los esquemas con que las industrias de Google o Facebook han monetizado nuestra información, no necesita ser puesto en crítica solamente desde la teoría de la "*sospecha*". Si seguimos las afirmaciones de MacIntyre, la lógica de la protesta moderna, proveniente de las teorías de los autores que Tufekcy propone para criticar las "*amenazas*" de la *Big Data*, en la que solo nos manifestamos con quienes piensan similarmente, justamente facilitaría lo que ella misma considera que es una causa de la polarización:⁴⁹ la reproducción de nuestras propias opiniones para una posterior radicalización. Este tipo de protesta tiene como base ideológica la noción de "*desenmascaramiento*", que presupone que las operaciones políticas siempre tienen algo que ocultar, un deseo profundo de poder.⁵⁰ Una aproximación de este tipo a las realidades políticas es infructuosa, puesto que no logra dar cuenta que la misma noción sospechosa de todo tipo de realidad política, no permite ver que se trata solo de un tipo de ideología política.

Sin embargo, más allá del manejo de la información privada desde las redes sociales *online* (que puede ser analizada desde la perspectiva de Tufekcy, es decir, desde la ideología de la "*sospecha*", o no) nuestro foco está puesto en los efectos que pueda traer, esta misma fuente de información, en la radicalización de la polarización ajena. Martin Hilbert, quien también es conocido por los alcances de su discurso referido a cierto paralelo entre ciencias matemáticas y ciencias sociales, comprueba en sus estudios dichas consecuencias en los orígenes de la polarización de que hablamos: las emociones.⁵¹ Lo que demuestra Hilbert, es que no existe ninguna relación de causalidad entre el manejo de las emociones y las opciones políticas. Si bien, es cierto que logra demostrar cómo algoritmos de *Youtube* pueden fomentar o producir ciertas reacciones emotivas en los seres humanos, estas no se relacionan a la radicalización política en ningún caso. Pero, él es uno de los pocos que sostienen este

⁴⁴ SUNSTEIN (2002).

⁴⁵ NGUYEN y VU (2019), p. 2.

⁴⁶ PARISER (2017).

⁴⁷ Véase TUFEKCI (2014).

⁴⁸ TUFEKCI (2014), p. 9.

⁴⁹ MACINTYRE (1981), p. 71.

⁵⁰ MACINTYRE (1981), p. 72.

⁵¹ HILBERT ET AL (2018), p. 3.

punto de vista. La gran parte de la literatura concerniente con esta dimensión es realmente crítica sobre el uso de algoritmos porque creen que refuerzan las opciones políticas. En un artículo reciente, José Miguel Rojo-Martínez e Ismael Crespo-Martínez han logrado estudiar gran parte de la literatura relativa a la polarización afectiva. En este texto, dan cuenta de la importancia del internet, las *filter bubbles* y las *echo chambers* en este respecto desde una gran cantidad de autores, reafirmando la postura de que efectivamente causan, originan, un efecto polarizante en quienes las utilizan.⁵²

El tipo de automatización de reglas que supone cualquier algoritmo puede estar dividido en un gran número de especies, de modo que es importante recalcar, que aquellos que han sido analizados a la hora de criticar su influencia en la generación de la polarización ajena, son lo de un tipo específico de *Machine Learning* denominados "*algoritmos de recomendación*" de la IA de las redes sociales.⁵³

V. LA EXCLUSIVIDAD DE LAS REDES SOCIALES ONLINE EN EL FENÓMENO DE LA POLARIZACIÓN POLÍTICA

A pesar de todos estos trabajos investigativos actuales y el activismo *online*, existe también, dentro de la misma esfera investigativa, una visión bastante más conciliadora. Ya comenté más arriba los estudios realizados por Martin Hilbert. Aunque Eytan Bakshy le otorga un gran lugar a Facebook dentro de aquellos que pueden cambiar nuestras opiniones a unas más extremas, demuestra que hay aspectos que influyen de manera mucho más decisiva.⁵⁴ Por otro lado, An Nguyen y Hong Tien Vu descartan por completo la posibilidad de responsabilizar a los algoritmos productores de *filter bubbles* y *echo chambers*, como los generadores de polarización política.⁵⁵ Reconocen, al igual que Bakshy, la importancia de las redes sociales *online* en su papel limitado de creación de realidad política y social, pero no concuerda con el posible *brainwashing* que propone Bruce Bartlett respecto de las noticias en internet.

David Barrett, ha logrado dismantelar científicamente estos presupuestos teniendo en cuenta las tres razones que se esgrimen continuamente para considerar esta hipotética relación de causalidad.⁵⁶ Y si bien su ejemplo nos puede ayudar a reforzar la idea de que no existe tal relación entre las redes sociales y la polarización política, nos interesa más porque nos permite comprender lo siguiente: el contexto de las redes sociales de internet, con sus características exclusivas respecto de otras formas de sociabilidad humanas, necesita del mismo tipo de relación valórica que cualquier otra forma de relación social.

Si lo que planteo en este breve trabajo es correcto, la polarización ajena aparece justo cuando no ha sido posible convertir la maldición en bendición es decir, cuando las diferencias que surgen fruto de los intercambios de opciones políticas no son guiadas por la ciencia de la política. Si recordamos, esta debe estar guiada por una concepción compartida del bien común, lo que, al parecer, resulta más fácil encontrar en sistemas de vida política que tienen características intermedias, locales, más que siguiendo una política neutralista que inhibe la influencia pública de las discusiones privadas. Mientras intentamos pensar en posibilidades reales de una institucionalidad de este tipo, es importante dar cuenta del siguiente punto, que es el central de este ensayo.

La polarización propia es un asunto que ha inquietado a los pensadores políticos desde la antigüedad, y no algo moderno ni menos exclusivo de un solo fenómeno moderno, como el concerniente a las redes sociales de formato *online*. Así, los algoritmos, entendidos como modelos de automatización de ciertos esquemas de acciones relacionados con probables variaciones, no son solo cosa de la era computacional. Además, los filtros de burbuja y los *echo chambers* también reflejan comportamientos que los seres humanos hemos manifestado a lo largo de

⁵² ROJO-MARTÍNEZ y CRESPO-MARTÍNEZ (2023), p. 41.

⁵³ Véase BEARDOW (2021), p. 154.

⁵⁴ BAKSHY ET AL (2015), pp. 1130-1132.

⁵⁵ NGUYEN y VU (2019), p. 8.

⁵⁶ BARRETT (2022), pp. 85-104.

nuestra historia, independiente de la emergencia de plataformas de redes sociales *online* tales como Facebook u otras. De este modo, si solo nos basamos en el análisis de la polarización política, y en la amistad y enemistad que de ellos pueda generarse, los algoritmos computacionales no agregan ni restan nada a la naturalidad con la que nos comportamos en sociedad, los seres humanos.

VI. Conclusiones

Si hemos de sintetizar lo que hemos dicho, los algoritmos computacionales pueden dañar las relaciones sociales y fomentar la polarización política de los individuos de una sociedad. Sin embargo, este tipo de daño no es exclusivo de este modo de automatización, de modo que no es una amenaza real para nuestra natural sociabilidad, expresada por las bases de la Ley Natural. Esta, considera que los seres humanos encontramos nuestra plenitud, terrena, en y con los demás, pero también tiene en cuenta nuestra dimensión limitada en ese camino. Realizar una vida plenamente racional, por medio de la excelencia en las virtudes, necesita poner a prueba periódicamente, las concepciones sobre las cuales tomamos nuestras decisiones que giran en torno a los bienes comunes. Esa es la razón por la que Platón decidió expresar de modo más fiel sus nociones sobre la verdad en términos dialógicos. Pero también la que determinó a Santo Tomás a hacerlo en la fórmula de las "*cuestiones*", contrastándolas con quienes estaban "*en contra*", quienes estaban a favor, y proponiendo una mejor solución en relación con las que, hasta ahora, se manejan, en todo tipo de materias importantes.

La verdad solo se conoce gracias a un continuo diálogo, que muchas veces es conflictivo, pero que, por lo mismo, debe ser guiada políticamente. Las ciencias deben ser guiadas por la política, no solo por respeto a los estándares éticos, sino porque toda ciencia es una aproximación limitada, humana, a la verdad, y en ese camino, siempre habrá conflicto. La política es la ciencia arquitectónica no solo en un despliegue prescriptivo, sino también descriptivo: guía e informa sobre los bienes que compartimos entre todos. Pero también es importante recordar, que es una invención humana, porque justamente la necesitamos para nuestro propio florecimiento, nuestra felicidad.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Alberto Díaz Rivero: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

AQUINO, Tomás (1786): *Tratado del gobierno de los príncipes del Angélico doctor Santo Tomás de Aquino* (Madrid, Imprenta de Benito Cano).

AQUINO, Tomás (1952): *Suma contra los gentiles* (Madrid, Editorial Católica).

AQUINO, Tomás (2016): *Cuestiones disputadas sobre la verdad* (Pamplona, EUNSA).

ARANGUREN, Javier (2003): *Antropología filosófica: una reflexión sobre el carácter excéntrico de lo humano* (Madrid, McGraw-Hill).

ARISTÓTELES (1985): *Ética nicomáquea* (Madrid, Gredos).

ARISTÓTELES (1988): *La política* (Madrid, Gredos).

ARISTÓTELES (2009): "Metaphysics", en: Barnes, Jonathan (editor), *The complete works of Aristotle, Bollingen series* (Princeton, Princeton University Press).

BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; y ADAMIC, Lada (2015): "Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook", en: *Science* (vol. 348 núm. 6239).

BARRETT, David (2022): "Political Polarization and Social Media", en: *Philosophical Topics* (vol. 50 núm. 2).

BEARDOW, Jye (2021): "Scroll, Click, Like, Share, Repeat: The Algorithmic Polarisation Phenomenon", en: *ANU Journal of Law and Technology* (vol. 2 núm. 1).

BOBBIO, Norberto (1992): *Thomas Hobbes* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).

BOCHEŃSKI, Joseph (2002): *Introducción al pensamiento filosófico*, 15ª edición (Barcelona, Herder).

CAVIEDES THOMAS, Gabriela (2024): "Absolutos morales en la Teoría Neoclásica de la Ley Natural", en: *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica* (vol. 79 núm. 304).

DURRHEIM, Kevin y SCHULD, Maria (2025): "Polarization on social media: Comparing the dynamics of interaction networks and language-based opinion distributions", en: *Political Psychology* (año 2025).

FINKEL, Eli; BAIL, Christopher; CIKARA, Mina; DITTO, Peter; IYENGAR, Shanto; KLAR, Samara; MASON, Lillian; MCGRATH, Mary; NYHAN, Brenda; RAND, David; SKITKA, Linda; TUCKER, Joshua; VAN BAVEL, Jay; WANG, Cynthia y DRUCKMAN, James (2020): "Political sectarianism in America", en: *Science* (vol. 370 núm. 6516).

FULLER, Timothy (2000): "John Locke's Reflections on Natural Law and the Character of the Modern World", en: McLean, Edward (editor), *Common truths: new perspectives on natural law* (Wilmington, ISI Books).

GARCIA, David (2023): "Influence of Facebook algorithms on political polarization tested", en: *Nature* (vol. 620 núm. 7972).

GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín (2016): *El anillo de Giges: una introducción a la tradición central de la ética*, 2ª edición (Santiago, Instituto Res Publica).

GONZÁLEZ JARA, Anselmo (2018): "La posicionalidad excéntrica del hombre. En torno a la antropología de Helmuth Plessner", en: *Anuario Filosófico* (vol. 4).

HERVADA, Javier (1988): *Introducción crítica al Derecho natural*, 5ª edición (Pamplona, EUNSA).

HILBERT, Martin; AHMED, Saifuddin; CHO, Jaeho; LIU, Billy y LUU, Jonathan (2018): "Communicating with Algorithms: A Transfer Entropy Analysis of Emotions-based Escapes from Online Echo Chambers", en: *Communication Methods and Measures* (vol. 12 núm. 4).

HOBBS, Thomas (1962): *Leviathan* (Oxford, Clarendon).

LETELIER WIDOW, Gonzalo (2015): "El bien común político", en: Miranda, Alejandro y Contreras, Sebastián (editores), *Problemas de Derecho Natural* (Santiago, Thomson Reuters).

LINDH, Jaime; FÁBREGA, Jorge y GONZÁLEZ, Jorge (2019): "La fragilidad de los consensos. Polarización ideológica en el Chile post Pinochet", en: *Revista de ciencia política* (vol. 39 núm. 1).

MACINTYRE, Alasdair (1977): "Epistemological crises, dramatic narrative, and the philosophy of science", en: *Monist* (vol. 60 núm. 4).

MACINTYRE, Alasdair (1981): *After virtue: a study in moral theory* (London, Duckworth).

MACINTYRE, Alasdair (1997): "Politics, philosophy and the Common Good", en: Knight, Kelvin (editor), *The MacIntyre Reader* (Notre Dame, Notre Dame University Press).

MACINTYRE, Alasdair (2006): "Toleration and the goods of conflict", en: MacIntyre, Alasdair (autor), *Ethics and Politics: Selected Essays* (Cambridge, Cambridge University Press), vol. 2.

MANENT, Pierre (1994): *An intellectual history of liberalism, New French thought* (Princeton, Princeton University Press).

MANENT, Pierre (2016): *Curso de filosofía política* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).

MASSINI CORREAS, Carlos (1994): *Filosofía del derecho* (Buenos Aires, Lexis Nexis), Tomo I: el derecho y los derechos humanos.

MILL, John (1985): *On liberty* (London, Penguin Books).

NGUYEN, An y VU, Hong (2019): "Testing popular news discourse on the "echo chamber" effect: Does political polarisation occur among those relying on social media as their primary politics news source?", en: *First Monday* (vol. 24 núm. 6).

PARISER, Eli (2017): *El filtro burbuja: cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos* (Barcelona, Taurus).

PLESSNER, Helmuth (2022): *Los grados de lo orgánico y el hombre: Introducción a la antropología filosófica* (Granada, Universidad de Granada).

ROJO-MARTÍNEZ, José Miguel y CRESPO-MARTÍNEZ, Ismael (2023): "Lo político como algo personal: una revisión teórica sobre la polarización afectiva", en: *Revista de ciencia política* (vol. 43 núm. 1).

SANTOS ALTAMIRANO, Freddy; VALDEBENITO ALLENDES, Jorge y ORTIZ FUENTES, Jorge (2024): "Jiji, Jaja, Sabotaje y Campaña Sucia: WhatsApp en las Elecciones Presidenciales Chilenas de 2021", en: *Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación* (núm. 156).

SUNSTEIN, Cass (2002): *Republic.com*, 3ª impresión (Princeton, Princeton University Press).

TUFEKCI, Zeynep (2014a): "Engineering the public: Big data, surveillance and computational politics", en: *First Monday* (vol. 19 núm. 7).

TUFEKCI, Zeynep (2014): "Facebook and Engineering the Public — Crosspost", disponible en: <https://technosociology.org/?p=1627>.

YEPES STORK, Ricardo y ARANGUREN ECHEVERRÍA, Javier (2009): *Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana*, 6ª edición, 2ª reimpresión (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).

Jurisprudencia citada

Sob Sigilo con Sob Sigilo (2024): Supremo Tribunal Federal de Brasil, de 02 de septiembre de 2024, PET. 12.404.

Tribunal Constitucional de Rumania (2024): Decisión N°32, de 06 de diciembre de 2024.

Culpa infraccional y culpa subjetiva: una revisión a la jurisprudencia ambiental

Negligence per se and subjective liability: a review of environmental case law

DANIEL TAPIA OLIVARES*

*Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
<https://orcid.org/0009-0006-4652-344X>

Recibido:

12 de agosto, 2025

Aceptado:

22 de octubre, 2025

Publicado:

10 de diciembre, 2025

*Autor de

correspondencia

Daniel Tapia Olivares
Universidad de Valparaíso,
Valparaíso, Chile.

Correo electrónico:

danieltapiaolivares@gmail.com.

Culpa infraccional y culpa subjetiva: una revisión a la jurisprudencia ambiental. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (20-35).
<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.02>

RESUMEN

Es común la retórica general de una aplicación de principios penales en el derecho administrativo sancionador, y aquella voz esta también presente en la jurisprudencia ambiental nacional. Por su parte, de manera individual, en el área de la culpabilidad, se ha instalado en la jurisprudencia de la materia la llamada culpa infraccional, la que en este trabajo se analizará en el sentido de señalar su distancia en relación a principios penales aun sea con el salvavidas de los matices.

PALABRAS CLAVE

Culpa infraccional, derecho administrativo sancionador, derecho ambiental.

ABSTRACT

The general rhetoric of applying criminal principles to administrative law is common, and this view is also present in national environmental case law. For its part, individually, in the area of culpability, the so-called "negligence per se" has become established in the jurisprudence of the matter, which in this work will be analyzed in order to point out its distance in relation to criminal principles, even with the lifeline of nuances.

KEYWORDS

Negligence per se, administrative sanctioning law, environmental law.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales se avizora una tendencia que creemos es clara, y es la de adoptar a la culpa infraccional como la correcta forma de examinar e integrar en el procedimiento administrativo sancionador la intencionalidad, los aspectos psicológicos del supuesto infractor.

Por tanto, en este trabajo se buscará demostrar una inconsistencia dentro de la jurisprudencia especializada de los Tribunales Ambientales en tanto que se señala primero de manera general una aplicación si bien matizada, pero al fin y al cabo de principios penales en el derecho administrativo sancionador, para luego de manera específica al

tratar sobre la aplicación del principio de culpabilidad, aplicar la llamada culpa infraccional, la cual posterior a su estudio, se señalará como una culpa de sede más bien administrativa, y no posible de conectar con esta raíz penal que señalan los tribunales, amparados en esta unidad ontológica del *ius puniendi* único estatal.

En aras de lo antes mencionado, en esta investigación se analizará brevemente la aplicación general de principios en el derecho administrativo sancionador, para poder tener un contexto de cómo se comportan los principios en la materia en general, para posteriormente analizar la culpabilidad penal o subjetiva, la que debiera ser por deducción de la aplicación general, la correcta forma de interpretar y aplicar la culpabilidad en las sanciones administrativas. Ya luego se hará una revisión de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales del país para conocer cómo han interpretado y aplicado ellos la culpabilidad, analizando a la par la culpa infraccional, y demostrando la verdadera desconexión entre ella y una culpabilidad prototípica o penal estricta. Para terminar con las conclusiones respectivas.

II. APLICACIÓN GENERAL DE PRINCIPIOS PENALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La aplicación de la culpa en el derecho administrativo sancionador, y desde luego en el derecho administrativo sancionador ambiental, ha quedado inmersa en esta difusa área que es el derecho de sanciones, esto pues como es sabido, no existe una norma general que regule la materia,¹ existiendo así verdaderamente distintos sectores con potestades sancionadoras,² no siendo símiles por lo general entre ellas,³ y tampoco entonces su marco jurídico aplicable,⁴

Así, para tener un primer acercamiento a cómo será la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador ambiental, podemos remontarnos a la aplicación de principios en el derecho administrativo sancionador en general.

Al no existir norma que regulase la potestad sancionadora de la Administración, y justamente en una época, el siglo XX, en donde existía una hiperinflación de organismos con potestades sancionadoras y de un robustecimiento de las mismas potestades,⁵ ciertos autores postulaban la inconstitucionalidad de esta, en tanto dejaban derechos fundamentales de las personas muy desprotegidos.⁶ Ante la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la potestad sancionadora principalmente por la inmensa cantidad de órganos que contaban con ella y su necesidad, es que se implanta una idea, esta es la de sujetarla a un marco jurídico fuerte, ya no el administrativo, sino que se señala la sujeción de la potestad sancionadora bajo la reglas del derecho penal,⁷ esto al ser supuestamente ambas integrantes del denominado *ius puniendi* único del Estado,⁸ es decir, serían ontológicamente iguales,⁹ con ciertas diferencias cuantitativas,¹⁰ pero en el fondo cualitativamente lo mismo.

¹ GÓMEZ (2020), p. 38.

² ROMÁN (2009), p. 90.

³ CORDERO (2020), p. 252.

⁴ CORDERO (2014), p. 401.

⁵ ARÓSTICA (1991), pp. 176-183 y ARÓSTICA (1987), p. 77.

⁶ SOTO (1980), p. 108. La misma idea, pero en una época posterior, en SOTO (2005), p. 30 y SOTO (2014), p. 39.

⁷ NAVARRO (2014), p. 18.

⁸ VERGARA (2004a), p. 137 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006), p. 166.

⁹ GÓMEZ (2024), p. 50.

¹⁰ VERGARA (2004b), p. 319.

Esta postura estricta se consolida bajo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual en un fallo del 26 de agosto de 1996 señaló: *"Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado"*.¹¹

Si bien esta postura se instaló durante un tiempo en el derecho chileno, no estuvo exenta de críticas,¹² y debido a las grandes diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es que el Tribunal Constitucional cambia un poco de parecer y ahora nos señala otra forma de aplicación de principios, la cual, si bien sigue siendo penal, ahora se nos dice que se debe hacer aplicación de los llamados matices.¹³

Esta llamada aplicación de matices en los principios del derecho administrativo sancionador, más que dar claridad, ha sido sujeto de críticas en el sentido de que no entregan certeza de lo debido a aplicar,¹⁴ en otras palabras, el contenido de los principios es bastante flexibilizado, atenuado, y en ciertas circunstancias es rebajado a tal punto que se señala que incluso pierde esta naturaleza penal,¹⁵ y se llegan a aplicar verdaderos principios de índole administrativa.¹⁶ Por tal, esta aplicación matizada ha creado una verdadera confusión en los distintos sectores de referencia.

En contexto de lo anterior, también la jurisprudencia ambiental ha aceptado una aplicación de principios penales de manera general: *"En lo que respecta a la aplicación de los principios invocados por el reclamante, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la doctrina ha sostenido que "No obstante su autonomía, ante la inexistencia de un cuerpo dogmático sólido en cuanto a sus principios sustantivos, por razones de urgencia, deben serle aplicados, como pauta y cota máxima, aquellos que informan al Derecho Penal, pero, claro está, que con excepciones o matizaciones, según corresponda"* (ROMÁN CORDERO, Cristián. *El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador*. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Volumen 71, página 204)".¹⁷

Según lo visto, en el derecho nacional, la correcta aplicación de la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador correspondería entonces a aquella que proviene de su faz penal, es decir una culpa subjetiva.

III. LA CULPABILIDAD PENAL O SUBJETIVA

Dentro de los elementos del delito, estos se pueden agrupar en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o de otra manera, injusto (conducta) y culpabilidad, demarcándose dentro del delito dos juicios, uno que recae sobre la conducta realizada que permita determinar la gravedad y la pena merecedora, en el cual se revisa por lo general la tipicidad y antijuridicidad, y un segundo juicio, que recae sobre la voluntad del sujeto, sobre su intencionalidad, estamos hablando del juicio de culpabilidad.¹⁸ Es decir, es necesaria la revisión del elemento subjetivo para que surja la responsabilidad penal como tal.

La culpabilidad la entendemos como aquel juicio de reproche hacia el autor de una cierta infracción, al poder

¹¹ Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna (1996).

¹² FERRADA (2019), p. 208; ROJAS ET AL (2021), pp. 104-107; y FERRADA (2024a), pp. 281-290.

¹³ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2006).

¹⁴ GÓMEZ (2021), p. 47.

¹⁵ LETELIER (2017), p. 627.

¹⁶ SEPÚLVEDA y ZÚÑIGA (2014), p. 679.

¹⁷ García Jofré Luis Alejandro con Superintendencia del Medio Ambiente (2024).

¹⁸ VARGAS (2011), p. 6.

este último actuar conforme a derecho, y no hacerlo. En este estadio, hay tres elementos necesarios para poder reprochar la culpabilidad de un sujeto, los cuales son: 1) la imputabilidad, 2) la conciencia de la ilicitud, y 3) la exigibilidad de la conducta.¹⁹ Esto significa que no es necesario que el hecho lesivo sea solo atribuible al autor, sino que también es necesaria una reprochabilidad del autor, es decir, cuando existen ciertos requisitos mínimos que le permiten ser responsable de los mencionados actos.²⁰ De todos modos estas categorías no las revisaremos al no ser parte de lo central del trabajo, sino que representan una etapa anterior que no se verá.

La culpa subjetiva o de tipo penal, garantía esencial del *ius puniendi* único estatal, se centra en el elemento de carácter subjetivo que debe concurrir en el infractor, el cual será imprescindible para imponer una sanción.²¹ Esta se alza como una limitación a la potestad del Estado de castigar, en tanto que no es suficiente la mera inobservancia de la norma o la sola lesión o puesta en peligro de cierto bien jurídico, teniendo como causa la acción respectiva de cierto sujeto.²²

Dicha reprochabilidad está ligada al contenido interno como dijimos, a la voluntad que anima al sujeto a realizar tal conducta, tratando de poder conectar culpablemente al sujeto con el acto, lo que representaría este requisito que el derecho penal debe ponderar para poder castigar.²³ En otras palabras, el principio de culpabilidad se traduce en este juicio de valor, el cual desemboca en dos conceptos, dos nomenclaturas que explican de manera psicológica la acción del sujeto, nos referimos al dolo y la culpa.²⁴

Analizando más específicamente estas formas de analizar la culpabilidad en el sujeto, por su parte el dolo nos exige dos presupuestos: 1) de orden más bien intelectual que se refiere al conocimiento de la acción y, 2) de carácter más volitivo, que refiere a querer realizar la acción.

En cuanto a esta necesidad de que el sujeto conozca la acción y los efectos de ella, se exige para la configuración del dolo un conocimiento de todas las características materiales que forman parte del tipo penal, en su faz objetiva, es decir, deberá saber en su totalidad prácticamente la forma de desarrollar dicha actividad delictiva, estamos hablando de su naturaleza, forma y medios de ejecución, además de su curso de desarrollo, y luego los efectos de la realización de esta.²⁵ Además, este conocimiento que mencionamos, también debe ser real, cierto, y actual, es decir, no en potencia, el sujeto debe saber al momento de la realización los efectos de dicha acción. La simple posibilidad de conocer no es suficiente, debe saberlo.²⁶

En lo referido al segundo elemento, que es esta voluntad de realizar la acción, esta voluntad de concretar toda la acción típica, impone la realización de la conducta bajo la decisión del sujeto de lograr los efectos de la acción, aplicando los medios escogidos y accionando cada una de las etapas en la forma que se previó.²⁷ En otras palabras: *"Dolo es voluntad de concreción, y en el "querer" —en el sentido expresado— se comprende no sólo lo que se*

¹⁹ BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997), p. 140.

²⁰ NÁQUIRA (2015), p. 243.

²¹ PICÓN (2024), p. 371.

²² GARRIDO (1997), p. 47. Véase también QUINTEROS (1986), p. 94: *"El principio de culpabilidad es considerado actualmente por la doctrina penal mayoritaria en Europa, rector y límite de cualquier política criminal"*. KÜNSEMÜLLER (2001), p. 19: *"Nosotros hemos descrito al principio que nos ocupa como un postulado garantista esencial a un Derecho Penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa"*.

²³ ETCHEBERRY (1997), p. 270.

²⁴ BARRIENTOS (2019), p. 26. Véase también, KÜNSEMÜLLER (2001), p. 82: *"(...) una escala que va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión intencional de un delito, pasando por la imprudencia consciente, la negligencia y el dolo. Tanto desde el punto de vista fenomenológico como normativo, la lesión producida por falta de diligencia es otra cosa que la provocada por simple abandono o que la producida intencionalmente"*.

²⁵ MATUS y RAMÍREZ (2019), p. 190.

²⁶ GARRIDO (1997), p. 77.

²⁷ GARRIDO (1997), p. 77.

persigue realmente, sino los efectos o consecuencias concomitantes típicas inherentes, o sea aquellos que con elevado nivel de probabilidad sobrevendrán al llevar a cabo la acción, deseados o no, como se desprende del paradigma antes anotado".²⁸

En cuanto a la culpa, o también llamados delitos culposos, estos hacen referencia a que el sujeto no emplea el debido cuidado en el cumplimiento del deber, aplicable también en acciones que solo generen riesgos, es decir, sin un resultado necesario.²⁹ En otras palabras, al hablar de culpa, existe una falta de cuidado esperado o una negligencia. Se entiende *"que actúa con culpa quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita, pudiendo hacerlo".³⁰*

Desde una mirada más general, el injusto plantea la cuestión de cuál es el cuidado objetivamente esperado del sujeto en la situación de peligro que enfrentó, y la culpabilidad, es si ese cuidado le era exigible según las circunstancias específicas en que actuó.

IV. ANÁLISIS/CRÍTICA A LA CULPA INFRACCIONAL

En los comienzos de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales era mucho más común y reiterado el recibimiento de la culpabilidad subjetiva, es decir una culpa penal, a la hora de examinar una posible infracción, ejemplo: *"(...) que cuando el citado precepto alude a la "intencionalidad en la comisión de la infracción", se está refiriendo al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo".³¹*

Pero últimamente se ha asentado un cambio en cuanto a la interpretación de la culpabilidad en los fallos de los Tribunales Ambientales, introduciendo en sus sentencias la llamada culpa infraccional, ejemplo: *"En el campo del derecho administrativo sancionador, el elemento subjetivo del ilícito exige identificar la obligación o prohibición que el ordenamiento jurídico pone de cargo del sujeto y que en caso de inobservancia o quebrantamiento determinará la culpa infraccional del agente. Así, la culpabilidad en el ámbito administrativo más que definir si la infracción se comete con culpa o dolo implicará establecer si se vulneran las prescripciones contenidas en una norma, instrucción o mandato impartido por una autoridad, pues son tales prescripciones las que definen aquel deber de cuidado en el desempeño de las actividades reguladas, de modo que, bastará con acreditar la infracción de la norma y descartar las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito para tener por establecida la culpa".³²*

La llamada culpa infraccional o culpa contra la legalidad, la podemos encasillar como una categoría especial de culpabilidad o como un criterio de atribución de responsabilidad extracontractual, la cual se basa en la imputación por la contravención a una norma jurídica, al establecer esta última un deber de cuidado implícito.³³ Al verificarse positivamente dicha consecuencia ya prevista por el ordenamiento jurídico, nace así la responsabilidad por la sola inobservancia del precepto normativo, produciéndose también una especie de presunción general de culpabilidad en contra del supuesto infractor.³⁴

²⁸ GARRIDO (1997), p. 77.

²⁹ GARRIDO (1997), p. 162.

³⁰ POLITOFF ET AL (2003), p. 282.

³¹ *Minera Los Pelambres (MLP) en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2015), Cons. 81.

³² *Inmobiliaria Providencia Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023). Véase también *Ilustre Municipalidad de Ancud con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023), Cons. 45: *"(...) corresponde indicar que, en el derecho administrativo sancionador, basta que se acredite la mera inobservancia a los deberes de cumplimiento establecidos en la ley o reglamento -en este caso, de la obligación de ingresar al SEIA-, sin que se requiera evaluar el grado de intencionalidad con que actuó el infractor".*

³³ BASSI (2017), p. 37.

³⁴ BASSI (2017), p. 38.

A. Culpa contra ley

La primera cuestión que resalta, es el carácter de ser una culpabilidad *contra legem*.³⁵ La culpa contra ley también llamada, corresponde a aquella en que sólo es necesaria la contravención normativa, ya sea ley u otro tipo de norma, para que sea sancionable el actuar.³⁶ En ella se debe hacer un ejercicio de subsunción del actuar con lo que dicta la norma, en otras palabras, se debe evaluar si simplemente se verifica el resultado previsto por el legislador o por la autoridad quien creó la norma, excluyendo los aspectos psicológicos en dicho ejercicio.³⁷

*"En la responsabilidad objetiva se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, no se mira su culpabilidad, se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta que este daño se produzca para que el autor del hecho dañino esté obligado a indemnizar. Así, el problema de la responsabilidad se traduce en un asunto de causalidad y no de imputabilidad; basta encontrar la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, no siendo necesaria la relación de reprochabilidad entre el autor del hecho y el hecho mismo".*³⁸

La doctrina que respalda esta interpretación de la culpabilidad, señala que en definitiva la culpa y el dolo son verdaderamente intrascendentes para el derecho administrativo, pues la sanción es sólo instrumento en aras de que no se incumpla la norma, por tanto, simplemente la intencionalidad es superflua, si lo que se busca es el respeto a la normativa, no determinar los aspectos psicológicos que llevaron a incumplirla.³⁹

Señala Nieto en el mismo sentido: *"Lo que de todas formas parece claro es que a lo largo de este proceso el elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito porque a efectos de la prevención de peligros abstractos lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento".*⁴⁰

Del hecho de ser una culpabilidad contra ley, podemos fundamentarla señalando dos órdenes de cosas. La primera, basada en la interpretación que ha dado nuestra Corte Suprema a la culpa infraccional, es que esta se debe a una aproximación funcionalista para la Administración, al ser la sanción administrativa diferente a la penal, siempre que esta última tiene un fin más bien retributivo, la administrativa por su parte tiene un fin más bien preventivo, y por tal, esta no necesidad de probar la culpabilidad para sancionar se señala va en función de este fin, de que no se incumpla la norma, más no solo sancionar.⁴¹

Así, para el ejercicio de la potestad sancionadora es conveniente solo verificar que se cumpla el catálogo de deberes, prohibiciones y obligaciones que se le exigen al fiscalizado, significando que la sola contravención

³⁵ CORDERO (2015), p. 503. Véase también *"Que la noción de culpa infraccional también ha sido recogida por la doctrina de Derecho Administrativo, que en base a la doctrina anteriormente expuesta y a lo sostenido en jurisprudencia de esta Corte, ha señalado: "Al analizar la legislación regulatoria, se puede constatar que gran parte de estas normas, cuyo incumplimiento es la causa que motiva la puesta en acción de las facultades sancionadoras de los órganos administrativos sectoriales, están configuradas de manera que imponen a los administrados regulados una serie de obligaciones dentro del marco de las actividades que desarrollan (...) Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de la culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado". (Cordero Vega, Luis, "Lecciones de Derecho Administrativo". Editorial Legal Publishing Chile, 2015. Pág. 503-504)". Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente (2015), Cons. 15.*

³⁶ FEMENÍAS (2017), p. 24.

³⁷ Soto (2024), p. 408.

³⁸ DÍAZ (2007), p. 82.

³⁹ LETELIER (2017), p. 666. En el mismo sentido BERMÚDEZ (2014), p. 288: *"más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad"*; ROXIN (1997), p. 72: *"El injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa"*.

⁴⁰ NIETO (2005), p. 378.

⁴¹ Vantrust Capital Corredores de Bolsa S.A. con Comisión para el Mercado Financiero (2021), Cons. 14 y 15.

normativa satisface el tipo infraccional.⁴² Pues la sanción realmente no es un fin en sí mismo, sino un instrumento de *enforcement* normativo, no se analiza la intención, sino solo la conducta,⁴³ y podemos así decir que la sanción no tiene el mismo “peso” que la pena, es decir, no debe pasar por un tamiz procesal tan estricto. La pena realmente actúa en un contexto de *ultima ratio*, la sanción por su parte no.

La segunda, en sentido que el legislador implícitamente ya ha puesto con la sola constatación de la contravención normativa, con la verificación del incumplimiento del precepto normativo, un deber de conducta, es decir, lleva ya la sola contravención la implicancia de haber actuado culpablemente.⁴⁴

Una explicación que se entrega de por qué en el área del derecho administrativo sancionador ambiental se asume la culpabilidad ya implícita en la faz objetiva del tipo, al tener un deber de conducta esa misma acción adherido, es dado el carácter que presenta el infractor en materia ambiental: el ser experto en dicha área.⁴⁵ Se señala que el infractor en esta materia, no es cualquier persona, por lo general son expertos, sujetos que se desempeñan con vasta experiencia en el rubro, en donde el grado de conocimiento por parte del sujeto es alto, y por ello sabe las consecuencias del acto, sabe desde antes, que su actuar infringirá la ley.⁴⁶

En ese sentido, por estas circunstancias se plantea que se configura una especie de presunción de culpabilidad,⁴⁷ lo cual no tendría impedimento, pues es solo en materia penal que no se permite, más no en sede administrativa. Quienes refutan de dicha presunción, señalan que es la misma Constitución quien repele de manera enérgica dicha situación, en tanto que iría en contra de la libertad y de la misma dignidad humana, en el sentido de que la prueba de la culpabilidad no es sino el mayor contrapeso con el que cuenta la persona en relación al Estado.⁴⁸

Así, lo que ocurre es un verdadero traslado de la carga de la prueba, no siendo ya la Administración quien deba demostrar la culpabilidad del delito, sino, el administrado su inculpación, resultando más bien una aplicación de un principio de responsabilidad en vez que de culpabilidad.⁴⁹

En base a esto, si entendemos la culpa infraccional bajo conceptos de culpa *contra legem*, culpa objetiva u otra denominación similar, se nos presenta otro problema o consecuencia de lo anterior, que también marca distancia con la culpa subjetiva, esto es sobre cómo se mantiene la presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador.

Se ha señalado por la doctrina que es necesaria la relación entre el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia y viceversa, yendo una en resguardo de la otra, y lógicamente si una es atenuada la otra también.⁵⁰

Pues la presunción de inocencia, que se entiende integrante de nuestro ordenamiento jurídico incluso a nivel

⁴² LETELIER y ARANCIBIA (2024), p. 192.

⁴³ LETELIER (2020), p. 74 y ROJAS (2024), p. 192.

⁴⁴ LLEDÓ (2024), p. 270.

⁴⁵ OLIVARES (2018), p. 195.

⁴⁶ “Que el análisis de la intencionalidad y su magnitud pasa por el conocimiento de la norma por parte del infractor (el destacado es nuestro), de la conducta misma y de sus alcances jurídicos, de manera que ella se configura cuando pueda imputarse al sujeto el conocimiento preciso de sus obligaciones y que su conducta se realiza en contravención a ellas. Para este análisis tendrán especial relevancia, además, las características peculiares del infractor, en tanto el negocio desempeñado por éste constituye un antecedente que permite evaluar su grado de conocimiento previo en conexión a la normativa ambiental transgredida”. Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2016).

⁴⁷ CORREA (2023), p. 33.

⁴⁸ ALCALDE (2011), p. 75.

⁴⁹ CORREA (2023), p. 28.

⁵⁰ BARRIENTOS (2019), p. 119.

constitucional,⁵¹ esta exige por una parte que no se puedan establecer presunciones de responsabilidad, así se menciona que no sería posible que la ley dé por establecido un hecho infraccional o el grado de participación en ello, y también sin el sujeto poder demostrar su inocencia.⁵² También es necesario un trato de inocente durante el procedimiento, reduciendo las perturbaciones y limitaciones en su derecho a defensa, pudiendo este trato de inocente romperse solamente desde que una decisión ejecutoriada devenida de un debido proceso establezca la responsabilidad en el hecho.⁵³

Bajo dicho contexto, la culpa infraccional atentaría a la presunción de inocencia, principalmente por lo que decíamos antes, por esta inversión de la carga de la prueba, de esta presunción de culpabilidad, siendo esto un detrimento al supuesto trato de inocente. Por lo mismo la aplicación de esta última en el derecho administrativo sancionador no ha estado exenta de confusión, y no es unánime si es aplicable o no.⁵⁴ De todos modos mencionamos que la culpa infraccional es otro ejemplo ya de la no aplicación de la presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador ambiental, existiendo otras figuras también que no permiten su aplicación,⁵⁵ en tanto que por la diferencia de las garantías procesales generales, en este caso las penales procesales, no es posible un traspaso íntegramente de ellas.⁵⁶

B. Verdadero rol de la culpabilidad en la sanción ambiental

Esta concepción de culpabilidad *contra legem*, los Tribunales la han fundado desde el artículo 40 letra d de la Ley N°20.417 de 2010,⁵⁷ el que señala la intencionalidad del infractor como circunstancia a tener en cuenta por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente a la hora de diseñar una sanción para la respectiva infracción. Por tanto, se reitera que el elemento subjetivo del sujeto no forma parte realmente del tipo infraccional como tal, no es obligación para la autoridad administrativa el examen de los aspectos psicológicos por parte de quien ejecuta los hechos, en el sentido de determinar si es infracción o no.⁵⁸

⁵¹ Gracias al artículo 5 de la Constitución Política de la República, de 1980, que señala: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*". Así se entiende que el principio de presunción de inocencia se integra de las normas constitucionales al estado de Chile ratificar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978, tratados en donde se norma la presunción de inocencia.

⁵² MORALES (2021), p. 184.

⁵³ BARRIENTOS (2019), p. 122.

⁵⁴ Hay jurisprudencia que la acepta "*(...) la circunstancia de que un régimen de responsabilidad no se cimiente en la culpa del autor, no lo transforma en inconciliable con nuestro ordenamiento, desde que un sistema objetivo o estricto no viola el principio constitucional de la presunción de inocencia. En efecto, la Constitución Política de la República prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, mas no la civil, de manera que la construida sobre la base de la protección al usuario -cual la de la especie - con prescindencia del castigo a la idea de falta, inspiradora de los Códigos Civiles clásicos, no hace sino reflejar modernas tendencias del Derecho de Daños contemporáneo, centrado en la víctima más que en el castigo del autor*". Espinoza Pavez Ramón Renato con Coagra S.A (2008). También hay otra jurisprudencia que no la acepta: "*Que la doctrina se encuentra en debate en que cuando la Constitución habla de responsabilidad penal, ello no obsta a que la exigencia de culpabilidad sea aplicable al ámbito administrativo sancionador, pues esta Magistratura ha entendido que el lenguaje utilizado en estos preceptos es amplio y omnicompreensivo, incluyendo a las sanciones administrativas tal como se señaló en la STC rol N°480-2006, considerando 6°, (...) Que, sin embargo, la presunción de inocencia no resulta adecuado a la esfera del derecho administrativo sancionador, puesto que dicha categoría conceptual, se relaciona más bien con el campo penal y procesal penal, donde el legislador estableció un verdadero estado de inocencia mientras no existiera una sentencia ejecutoriada de condena, y el factor subjetivo (culpabilidad) en la explicación del ilícito penal, requería la presencia de elementos subjetivos para configurar el delito como tal en el campo penal*". Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Banco de Crédito e Inversiones, respecto del artículo artículos 289, letra a, y 292, inciso primero, del Código del Trabajo y del artículo 4°, inciso primero, parte final, de la Ley N° 19.886, en la causa Rol N° 22.939-2014 de la Corte Suprema (2015), Cons. 23.

⁵⁵ TAPIA (2025), p. 19.

⁵⁶ BORDALÍ (2023), p. 52 y BORDALÍ (2025), p. 39.

⁵⁷ López Aránguiz David Marcial en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente (2023).

⁵⁸ Véase también *Inmobiliaria Providencia Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2023), Cons. 36: "*De igual forma, se debe considerar que la aplicación matizada del principio de culpabilidad, no sólo se ve reflejado en las consideraciones recién expresadas, sino, además, en la decisión legislativa de trasladar la discusión sobre el elemento subjetivo, al análisis sobre los criterios que permiten graduar la*

Realmente la intencionalidad, el aspecto psicológico, queda relegado a un rol de elección de la sanción o de tasación de la multa en el caso de las sanciones pecuniarias.⁵⁹ Lo que también es ratificado por los Tribunales Superiores de Justicia al interpretar y aplicar las *"Bases Metodológicas para el Establecimiento de sanciones ambientales"*, las cuales mandatan lo ya señalado, la necesidad de la mera contravención de la norma, más no la culpa o dolo de quien comete la infracción.⁶⁰ Esto último, la adopción de la culpa infraccional por parte de dichas Bases Metodológicas, marca una lejanía sino abultada con lo que mencionamos al principio de este trabajo, que es esta raíz penal, al no poner como requisito la acción dolosa o culposa para sancionar, sino que aplica la llamada culpa infraccional, lo que baja bastante el nivel de exigencia a la hora de ejercer la potestad sancionadora.⁶¹

Dicho lo anterior, podríamos pensar, que estamos ante una verdadera culpabilidad objetiva,⁶² en donde solo se necesita la contravención normativa para acreditar la infracción y aplicar la sanción, pero autores como Hunter, en base a este artículo 40 de la LOSMA, hacen alusión a que esto no es así, debido a que aun cuando la intención del actor no forme parte del tipo como tal, esto no la transforma en objetiva, toda vez que aun el autor de la infracción puede probar su diligencia, y teniendo la Superintendencia que tomarla en cuenta a la hora de definir la sanción.⁶³

*"Que, al ser el artículo 40 letra d de la LOSMA, una circunstancia para determinar la sanción específica, su aplicación se traduce en el mayor o menor reproche que la SMA pueda hacer a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. Esto permitirá que se pueda considerar la gradualidad del reproche en la determinación de la sanción final, la que incluso puede ser utilizada para fundamentar una rebaja en el monto definitivo, en caso de que se opte por una multa, o justificar una sanción de menor entidad, como es el caso de la amonestación. Lo anterior, por cuanto no es lo mismo incurrir en una infracción no habiendo previsto lo que debía preverse o no habiendo evitado lo que debió evitarse (culpa), que incurrir en ella conociendo y queriendo hacerlo (dolo)".*⁶⁴

De todos modos, en contra de la opinión anterior, otra doctrina, y estimamos mayoritaria, no cree convincente que debido a la tan grande lejanía con la culpabilidad penal, en tanto que los aspectos psicológicos no entren ni siquiera en la infracción misma, es decir, no son parte del tipo sancionable, sea posible que se pueda seguir manteniendo como culpa subjetiva, si es claro, que no se considera la culpa o el dolo para verificar la infracción,

sanción a ser aplicada, según establece el art. 40 letra d) de la LOSMA". *Exportadora Los Fiordos Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016); también se explica aquello en PINILLA (2021), pp. 53-99.

⁵⁹ HUNTER (2024), p. 53. Verbigracia, *Inversiones La Estancilla S.A. en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2020), Cons. 88: "Que, a juicio del Tribunal, para resolver este punto de la reclamación, se debe tener presente lo ya señalado por esta magistratura en las sentencias correspondientes a las causas Roles R N° 51-2014 y R N° 128- 2016, en el sentido de precisar que la naturaleza jurídica de la circunstancia contenida en el artículo 40 letra d) de la Ley Orgánica de la Superintendencia, no es necesariamente la de una agravante, sino que la de un criterio o factor de modulación que el legislador ha entregado a la autoridad administrativa para que esta determine y fundamente, conforme a la concurrencia o no de ellas, la sanción específica que impondrá finalmente al infractor".

⁶⁰ FERRADA (2024b), p. 743.

⁶¹ Soto (2016), pp. 396 y 397: "Esta concepción funcional de la sanción administrativa como algo distinto a la idea dominante, que considera las sanciones administrativas originadas en un *ius puniendi* unitario para garantizar los derechos del sancionado, se aprecia en los siguientes puntos de las BMDSA: (...) iii) la exclusión del dolo para tener por configurada la infracción administrativa, marcando explícitamente el contraste con el Derecho Penal, contraviniendo a parte de la doctrina garantista mayoritaria que defiende una responsabilidad administrativa sancionatoria dolosa. Debe señalarse, con todo, que las BMDSA asumen un modelo de mera negligencia o culpa infraccional en la infracción, siguiendo una errática terminología defendida por alguna literatura y la Corte Suprema".

⁶² "Pareciera que el régimen sancionatorio ambiental, para el máximo tribunal, es de carácter objetivo. El principio de culpabilidad permite al Estado imponer una su conducta. Pareciera que la invocación del principio de culpabilidad funciona más bien como recurso de argumentación jurídico más que como un factor que permita verificar la intencionalidad del autor en la realización de la conducta. De este modo, la culpa infraccional se construye como una técnica de atribución de responsabilidad al administrado por haber excedido los términos de la RCA y no como un juicio de reproche por contravenir un deber de cuidado al medioambiente medida administrativa por la mera acreditación de los hechos. No interesa en lo más mínimo la culpabilidad del sujeto colectivo". OLIVARES (2018), p. 196.

⁶³ HUNTER (2024), p. 54.

⁶⁴ *Pampa Camarones S.A. en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente* (2016), Cons. 148.

sino, solo en el diseño de la sanción definitiva.⁶⁵

C. Origen civil

Otra dificultad para encajar la culpa infraccional como una culpa de tipo penal, o por último matizada, es su propio origen. La culpa infraccional remonta su origen desde la responsabilidad civil extracontractual,⁶⁶ en donde la doctrina civilista hace mención de dicha culpa contra ley.⁶⁷ Para recabar el comienzo de la utilización de esta denominación, es que debemos señalar la tradición jurídica continental europea, en donde autores como Henry Lalou a mediados del siglo XX señalaban dicha culpa infraccional.⁶⁸ Pero si queremos ir aún más atrás, el derecho estadounidense en el siglo XIX, esta denominación se puede encontrar en cierta jurisprudencia de la época.⁶⁹

Y es en esta sede civil que la culpa infraccional toma forma. Enmarcando este tipo de culpabilidad de tal manera que se considera innecesaria la participación de la intención del infractor, siempre que el legislador prescribió ciertas conductas que, de haber el ciudadano actuado con prudencia o precaución, no hubiese realizado, por tal, si se encuentra tipificada una infracción en una ley, la sola realización del tipo infraccional es razón suficiente para ser merecedor de una sanción.⁷⁰

Esto descrito arriba, es fundado en querer crear en los ciudadanos una noción de prevención, de prevenir la ejecución de daños.⁷¹ Es decir, volvemos a los conceptos ya visitados, como el *enforcement* normativo, pues lo que se busca es prevenir, más no ser un derecho de *ultima ratio*, no tiene como principal característica ser retributivo, sino preventivo.

Así, tal como menciona Millar, la aplicación matizada de los principios del derecho penal al derecho sancionador, ha permitido aplicar una institución proveniente desde el derecho civil, lo que más que ser un matiz, es un verdadero olvido de la fuente penal, y una plena adopción y aplicación de una institución civilista, esto gracias a que en cuanto a culpabilidad, la culpa penal no logra integrar las dos funciones de la sanción administrativa, cuestión que si logra la culpa civil, esto es castigar al infractor por la inobservancia de la norma, como también prevenir el incumplimiento de la norma, así no tan solo tener un fin retributivo, sino también de prevención general.⁷²

V. CONCLUSIONES

Como conclusión podemos afirmar que es errónea la aplicación de la llamada culpa infraccional por parte de los Tribunales Ambientales, toda vez que de manera precedente se hace mención de una aplicación de principios penales en el derecho administrativo sancionador.

⁶⁵ FERRADA (2024b), p. 743.

⁶⁶ Siendo la culpa objetiva, o la que solo necesita la contravención normativa, aquella que podemos remontar incluso en sistemas jurídicos primitivos. DOMÍNGUEZ (1989), p. 111.

⁶⁷ ALESSANDRI (1943), p. 175.

⁶⁸ LALOU (1962), p. 482.

⁶⁹ BLOMQUIST (2009), p. 225.

⁷⁰ ALESSANDRI (1943), pp. 174 y 175.

⁷¹ BARROS (2010), p. 98.

⁷² MILLAR (2019), p. 193. En esa misma línea el profesor Ferrada nos menciona: "Aún más, la Corte ha entendido que en estos casos opera una especie de presunción de culpa civil, lo que permite incluso llevar a aceptar la existencia de un régimen de culpabilidad objetiva en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, desde que la exclusión constitucional de este tipo de responsabilidad es solo exigible en el ámbito penal". FERRADA (2024b), p. 743.

Que, si bien es cierto, no es una aplicación de principios penales de manera idéntica, sino que debe existir una flexibilización, una matización de estas garantías penales al traspasarse al área administrativa sancionadora, existen fundamentos, y son los que se desarrollan en este trabajo, que permiten aseverar una inconsistencia entre la culpa infraccional y una, aunque atenuada, culpa subjetiva.

Que realmente las exigencias que pide la culpa subjetiva, como lo son ser parte del tipo infraccional, es decir, tomar en cuenta los aspectos psicológicos del infractor en la infracción misma, no se halla en la culpa infraccional y que, al contrario, el contenido de esta última se acerca mucho más al de una culpa objetiva, o de mera contravención normativa.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Daniel Tapia Olivares: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2011): "Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 24).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria), t. II.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1987): "Algunos problemas del derecho administrativo penal", en: *Revista de Derecho (Concepción)* (vol. 182).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1991): "Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)", en: *Revista de Derecho Público* (núm. 50).

BARRIENTOS CASTRO, Elías (2019): *La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Santiago, DER ediciones).

BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BASSI DÍAZ, Francisco (2017): "Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (vol. 27).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1997): *Lecciones de Derecho Penal* (Santiago, Trotta).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters).

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2023): "El debido procedimiento sancionador", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (núm. 37).

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2025): "Análisis bajo la exigencia constitucional del debido proceso: El caso de la Superintendencia del Medio Ambiente", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 41).

BLOMQUIST, Robert (2009): "The trouble with Negligence Per se", en: *South Carolina Law Review* (vol. 61 núm. 2).

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 42).

CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago, Thomson Reuters).

CORDERO VEGA, Luis (2020): "El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno", en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 26 núm. 1).

CORREA OLEA, Joaquín (2023): "La culpa infraccional y el principio de culpabilidad", en: *Revista Ius Novum* (vol. XVI núm. 2).

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1997): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial jurídica de Chile), t. I.

DÍAZ TOLOSA, Regina (2007): "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno", en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (vol. 14 núm. 1).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1989): "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en: *Revista de Derecho (Concepción)* (núm. 185).

FEMENÍAS SALAS, Jorge (2017): *La responsabilidad por daño ambiental* (Santiago, Ediciones UC).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2019): "La revisión judicial de las sanciones administrativas en materia ambiental", en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bordalí Salamanca, Andrés; Prieto Pradenas, Magdalena (coordinadores), *La Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (Santiago, Ediciones DER).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2024a): "La aplicación "con matices" de los principios penales en la configuración de la potestad sancionadora de la Administración Pública: una formulación vacía y de contenido normativo impreciso", en: Jiménez Salas, Guillermo (editor), *Problemas actuales del derecho administrativo chileno. Actas de las XVIII Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago, Tirant lo Blanch).

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2024b): "La aplicación con "matices" de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio ambiental", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (2006): *Curso de Derecho administrativo* (Madrid, Civitas), t. II.

GARRIDO MONTT, Mario (1997): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2020): "Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración", en: *Ius et Praxis* (vol. 26 núm. 2).

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021): *Infracciones y sanciones administrativas* (Santiago, DER ediciones).

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2024): "La distinción entre la infracción administrativa y el delito", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

HUNTER AMPUERO, Iván (2024): *Derecho ambiental chileno* (Santiago, DER ediciones).

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos (2001): *Culpabilidad y pena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LALOU, Henri (1962): *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*, 6ª edición (París, Librairie Dalloz).

LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017): "Garantías penales y sanciones administrativas", en: *Revista Política Criminal* (vol. 24 núm. 12).

LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020): "Sanciones administrativas regulatorias: 3 premisas sobre su función", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (núm. 32).

LETELIER WARTENBERG, Raúl y ARANCIBIA MADARIAGA, Tamara (2024): "Jurisprudencia funcionalista en materia de sanciones administrativas", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

LLEDÓ VELOSO, Camilo (2024): "Diseño institucional y estrategia punitiva: incentivos para el foco en la sanción y para la regulación responsiva", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2019): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Tirant lo Blanch).

MILLAR SILVA, Javier (2019): "Culpa e intencionalidad en la aplicación de administrativa de sanciones ambientales", en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Bordalí Salamanca, Andrés; Prieto Pradenas, Magdalena (coordinadores), *La Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (Santiago, DER ediciones).

MORALES ESPINOZA, Baltazar (2021): "Las garantías procesales en el derecho administrativo sancionador", en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Marcer, Ernesto; Huepe Artigas, Fabían y García Mira, Santiago (coordinadores), *El derecho administrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina: Actas de las VII Jornadas chileno-argentinas de Derecho Administrativo* (Santiago, DER ediciones).

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (2015): *Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2014): "La potestad sancionadora de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (Coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, Legalpublishing y Thomson Reuters).

NIETO GARCÍA, Alejandro (2005): *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Tecnos).

OLIVARES JATIB, Óscar (2018): "La doctrina de la Corte Suprema en materia de culpa infraccional de las personas jurídicas colectivas por daños al medioambiente (Comentario a la sentencia de casación de 13 de diciembre de 2016, Rol N° 17.736-2016)", en: *Revista Jurídica Digital UANDES* (vol. 2 núm. 2).

PICÓN ARRANZ, Alberto (2024): "La culpabilidad de las personas físicas en el derecho administrativo sancionador", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

PINILLA RODRÍGUEZ, Francisco (2021): "La aplicación de principios y garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionador en Chile", en: Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Marcer, Ernesto; Huepe Artigas, Fabían y García Mira, Santiago (coordinadores), *El derecho administrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina: Actas de las VII Jornadas chileno-argentinas de Derecho Administrativo* (Santiago, DER ediciones).

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (1986): *Derecho penal. Parte general* (Barcelona, Marcial Pons).

ROJAS CALDERÓN, Christian (2024): "La actividad sancionatoria de la Administración, y su configuración a partir de la Ley N°19.880 de Bases Generales de los Procedimientos Administrativos", en: Asenjo Asenjo, Karen (editora), *La modernización del Derecho Administrativo. Reflexiones a 20 años de las leyes de Procedimiento, Contratación y Alta Dirección Pública* (Santiago, Thomson Reuters).

ROJAS CALDERÓN, Christian; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2021): "La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Del tradicional ius puniendi único estatal a la función responsiva", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (núm. 34).

ROMÁN CORDERO, Cristian (2009): "El derecho administrativo sancionador en Chile", en: *Revista de Derecho (Montevideo)* (vol. 16 núm. 8).

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General* (Traducc. Luzón Peña, Diego-Manuel, Díaz; García Conlledo, Miguel y Vicente Remesal, Javier (Madrid, Civitas).

SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2014): "¿Privatización de la potestad sancionadora del Estado? Procedimiento administrativo sancionador y contencioso administrativo a propósito de una novedosa jurisprudencia", en: Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coordinadores), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo* (Santiago, Legalpublishing y Thomson Reuters).

SOTO DELGADO, Pablo (2016): "Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental", en: Couso Salas, Javier (editor), *Anuario de Derecho Público 2016* (Santiago, Ediciones UDP).

SOTO DELGADO, Pablo (2024): "Culpabilidad y sanciones administrativas: el régimen mínimo", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

SOTO KLOSS, Eduardo (1980): "Estado de derecho y proceso administrativo", en: *Revista de Derecho Público* (vol. 28).

SOTO KLOSS, Eduardo (2005): "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?", en: *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo*, 1era edición (Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino).

SOTO KLOSS, Eduardo (2014): "Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración", en: Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coordinadores), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)* (Santiago, Legalpublishing y Thomson Reuters).

TAPIA OLIVARES, Daniel (2025): "La incompatibilidad entre el principio de presunción de inocencia y los incentivos al cumplimiento en materia de sanciones ambientales: ¿adiós al ius puniendi?", en: *Revista de Derecho Público* (vol. 102 núm. 1).

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan (2024): "Principios generales del derecho administrativo sancionador: fundamento constitucional y legal, derecho penal y derecho administrativo, principios sustantivos y procedimentales", en: Gómez González, Rosa y Femenías Salas, Jorge (editores), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer Congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (Santiago, Tirant lo Blanch).

VARGAS PINTO, Tatiana (2011): *Manual de Derecho Penal Práctico* (Santiago, Abeledo Perrot).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004a): "Esquemas de los principios del derecho administrativo sancionador", en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (vol. 11 núm. 2).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004b): *Derecho eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia citada

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna (1996): Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de agosto 1996, Rol N°244-1996.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Iberoamericana de Energía IBENER S.A., respecto del artículo 3° N° 17, inciso 4° y N° 23, inciso 1°, 15, 16 N° 2 y 16 A de la Ley 18.410, en la causa Rol N° 5.816-2004 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, sentencia de 27 de julio 2006, Rol N°480-2006.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Banco de Crédito e Inversiones, respecto del artículo 289, letra a, y 292, inciso primero, del Código del Trabajo y del artículo 4°, inciso primero, parte final, de la Ley N° 19.886, en la causa Rol N° 22.939-2014 de la Corte Suprema (2015): Tribunal Constitucional, sentencia de 15 octubre de 2015, Rol N°2722-2014.

Aguas Araucanía S.A. con Comisión Nacional del Medio Ambiente (2015): Corte Suprema, de 19 de mayo de 2015, rol N°24262-2014.

Minera Los Pelambres (MLP) en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente (2015): Segundo Tribunal Ambiental, de 15 de julio de 2015, rol N° R-33-2014.

Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Corte Suprema, de 13 diciembre de 2016, rol N°17736-2016.

Exportadora Los Fiordos Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Tercer Tribunal Ambiental, de 26 de mayo de 2016, rol N° R-23-2015.

Pampa Camarones S.A. con de la Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Segundo Tribunal Ambiental, de 8 de junio de 2016, rol N° R-51-2014.

Inversiones La Estancilla S.A. con de la Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Segundo Tribunal Ambiental, de 4 de septiembre de 2020, rol N° R-195-2018.

Vantrust Capital Corredores de Bolsa S.A. con Comisión para el Mercado Financiero (2021): Corte Suprema, de 18 octubre de 2021, rol N°30509-2021.

López Aránguiz David Marcial con de la Superintendencia del Medio Ambiente (2023): Segundo Tribunal Ambiental, de 22 de agosto de 2023, rol N° R-363-2022.

Inmobiliaria Providencia Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente (2023): Tercer Tribunal Ambiental, de 27 de julio de 2023, rol N° R-44-2022.

Ilustre Municipalidad de Ancud con Superintendencia del Medio Ambiente (2023): Tercer Tribunal Ambiental, de 21 de noviembre de 2023, rol N° R-11-2023.

García Jofré Luis Alejandro con de la Superintendencia del Medio Ambiente (2024): Segundo Tribunal Ambiental, de 27 de agosto de 2024, rol N° R-414-2023.

Normas citadas

Constitución Política de la República, de 1980.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 18 de julio de 1978.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 30 de abril de 1948.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, de 26 de enero de 2010.

Paradoja histórico-iusfundamental y colonialismo. Una lectura de colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo de Eugenio Zaffaroni

Historical paradox and fundamental law. A reading of colonialism and human rights. Notes for a criminal history of the world by Eugenio Zaffaroni

FRANCISCO RUAY SÁEZ*

*Universidad de Talca, Talca, Chile.
<https://orcid.org/0009-0000-1872-2894>

Recibido:

22 de octubre, 2025

Aceptado:

29 de noviembre, 2025

Publicado:

15 de diciembre, 2025

***Autor de**

correspondencia

Francisco Ruay Sáez
Universidad de Talca,
Talca, Chile.

Correo electrónico:

fruaysaez@gmail.com.

Paradoja histórico-iusfundamental y colonialismo. Una lectura de colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo de Eugenio Zaffaroni. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (36-48). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n4703>

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la propuesta de comprensión historiográfica de los derechos humanos formulada por Eugenio Zaffaroni. Para realizar lo anterior revisamos pormenorizadamente su obra sobre colonialismo y derechos humanos, y analizamos las particularidades de esta forma de comprensión de origen y actualizada de los derechos humanos en América, y principalmente, en América Latina, a la luz del pensamiento crítico poscolonial.

PALABRAS CLAVE

Colonialismo, Derechos humanos, Otredad, historiografía.

ABSTRACT

This article analyzes Eugenio Zaffaroni's proposed historiographical understanding of human rights. To do so, we review his work on colonialism and human rights in detail, and analyze the specifics of this original and updated understanding of human rights in the Americas, and particularly in Latin America, in light of postcolonial critical thought.

KEYWORDS

Colonialism, Human Rights, Otherness, Historiography.

Pregunté a un hombre lo que era el derecho. Él me respondió que era la garantía de ejercicio de la posibilidad. Ese hombre se llamaba Galli Mathias. Lo devoré.

Manifiesto Antropófago. De Andrade, Oswald

(...) los salvajes si sabían convivir,
Y hasta donde se pudo averiguar,
no había cuenta de matanzas,
ni venganza encarnizada...
Muy a su pesar,
inquieto, se sentía por pensar,
que los verdaderos salvajes,
Habían venido,
De ultramar..."

Poesicrónicas desde el corazón Williche. De Leiva Díaz, Héctor

I. INTRODUCCIÓN

¿Cómo trascender la mera historiografía anecdótica normativa o el balbuceo jurídico teórico en la comprensión histórica de los derechos humanos? ¿Cómo rastrear su origen y despliegue histórico sin realizar una mera historiografía del derecho positivo y una mera lectura de textos jurídicos normativos relativos a derechos humanos? Zaffaroni nos entrega en su *"Colonialismo y Derechos Humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo"* una propuesta de lectura de la historia de los derechos humanos que no refiere meramente al despliegue temporal de comprensiones normativas jurídicas positivizadas de manera universal. Tampoco se reduce a una mera revisión de su tránsito positivo histórico hasta nuestros días. Zaffaroni pretende realizar una exposición que revele la relación histórica entre colonialismo y derechos humanos, desde su origen hasta el presente.

En lo que sigue realizaremos, en primer lugar, una exposición sintética del contenido del texto de Zaffaroni, para luego efectuar comentarios sobre el mismo teniendo en consideración lecturas fundamentales que permiten pensar la interacción colonialismo y derechos humanos tras la propuesta de Zaffaroni.

II. LA PROPUESTA DE ZAFFARONI

Eugenio Zaffaroni es un destacado jurista argentino, ex ministro de la Corte Suprema de dicho país (2002-2014), y, recientemente, ex miembro de la Corte Interamericana de Justicia (2016-2022). Sin perjuicio de lo que naturalmente podría implicar lo anterior, desde su especialidad disciplinar, cuando nos enfrentamos a su reciente obra *Colonialismo y Derechos Humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo* no estamos ante un ensayo eminentemente jurídico, sino más bien ante uno de carácter mucho más amplio, que interrelaciona historiografía, economía, filosofía, y otras disciplinas afines de ciencias sociales.

El texto se compone de ocho capítulos que se disponen consecutivamente como momentos de un despliegue histórico de criminalidad, a la vez que de desarrollo histórico de los derechos humanos. El colonialismo y su estudio se presentan como hilo conductor que atraviesa cada uno de dichos capítulos hasta arribar al presente.

La hipótesis de Zaffaroni se puede sintetizar de la manera siguiente: la historia de los derechos humanos se encuentra intrínsecamente vinculada con la historia de la criminalidad humana. Sostiene en un inicio que la historia de los derechos humanos puede ser presentada como una historia corta, eminentemente una ideológica; o bien, como una historia larga. Esta última sería su opción en el presente caso.

En las facultades de Derecho o en cursos impartidos tradicionalmente por organismos internacionales¹ el

¹ ZAFFARONI (2023), p. 18.

apartado historiográfico de estudio de los derechos humanos refiere usualmente a hitos de positivización de los mismos mediante la suscripción sucesiva de tratados internacionales y creación de órganos de control de estos [tribunales como el europeo, el americano (que integró el mismo Zaffaroni) o el africano, por ejemplo]. Esta revisión historiográfica se vuelve insuficiente si lo que pretendemos es comprender las razones de falta de eficacia de los mismos a lo largo de la historia, más aún cuando resultaría supuestamente evidente que podemos retrotraer una base de comprensión teórica de los mismos a propuestas filosóficas de carácter universalistas de la existencia humana, incluso posibles de encontrar de manera incipiente en la filosofía griega platónica y aristotélica. Como indica Zaffaroni, *"si la humanidad sabe que todo ser humano es persona, no se explica cómo no se evidenció ni se intentó antes una protección jurídica mundial, al menos del derecho a la vida de todos los seres humanos"*,² y son precisamente las circunstancias históricas particulares las que expone Zaffaroni como explicación de lo anterior.

La respuesta que otorgaría esta comprensión ingenua de los derechos humanos en su versión corta pasa por una lectura etnocéntrica y pretendidamente evolutiva de los mismos, que reconocería sobre todo en el hemisferio norte, y en Europa en particular, el horizonte de civilidad de la humanidad, desde el cual se irradiaría a los demás pueblos, pretendidamente atrasados evolutivamente, una comprensión de las relaciones intersubjetivas de los humanos de la cual carecerían por su falta de desarrollo. Podría situarse en este sentido a Europa y el hemisferio norte, como espacio de origen de la noción y comprensión de derechos humanos, a la vez como horizonte racional y civilizatorio, pero antes que aquello, como horizonte de realización de la humanidad en su totalidad. En esto consiste la comprensión clásica de los derechos humanos en su versión resumida o corta.

Lo que ha ocurrido en realidad, respecto de los derechos humanos, no es que aquellos se traten de un mero producto de la razón europea que viene a iluminar el mundo en su totalidad, según la propuesta de Zaffaroni. El camino de positivización y reconocimiento de los derechos humanos ha estado acompañado de la mano de una historia de la criminalidad humana. Para trascender esta respuesta ingenua de la historia de los derechos humanos que los reduce a su mera positivización *"no solo se debe traer el recuerdo de los crímenes mundiales previos a 1948, sino también a los posteriores y los que ahora nutren la cultura criminal humana"*.³ Pero, tal como el mismo autor señala, *"como nada mundial había antes del mundo (...) esos crímenes solo existen desde que apareció el mundo"*.⁴ He aquí el punto clave de su exposición: el mundo humano, que posibilita la comprensión de la noción de derechos humanos surge a fines del siglo XV. Es solo desde el inicio de la etapa de colonización que el mundo puede concebirse como tal. Sólo es posible plantear el problema de criminalidad mundial si el mundo existe, y aquello ocurre por lo tanto de manera simultánea. A su vez, también sólo es comprensible la existencia de derechos humanos universales, si previamente la noción de mundo se encuentra vigente.

Superar la idea de *"descubrimiento"* en este punto se vuelve esencial para comprender el tema que está trabajando Zaffaroni. Ya en O'Gorman encontrábamos la anticipación de este problema, dilucidando que historiográficamente nos encontramos más cercanos a la invención de América, que ante un descubrimiento, como presentaba la historiográfica clásica. En ese sentido es necesario develar el verdadero desafío que representó para el hombre la apertura a *"un nuevo mundo"*, sobre todo si *"mientras el hombre se conciba como algo ya hecho para siempre de acuerdo con un modelo previo e inalterable, tendrá que imaginar que su mundo tiene la misma e inmovible estructura o índole"*.⁵

El mismo O'Gorman devela las condiciones teóricas y existenciales que acompañaron la invención (no descubrimiento) de América. Historiográficamente América antes que un descubrimiento de *"nuevo mundo"* se presentó como desafío de interpretación de la otredad desde la mismidad occidental. América se presenta *"no ciertamente como el resultado de la súbita revelación de un descubrimiento que hubiese exhibido de un golpe un supuesto ser misteriosamente alojado, desde siempre y para siempre, en las tierras que halló Colón, sino como el resultado de un complejo proceso ideológico que acabó, a través de una serie de tentativas e hipótesis, por*

² ZAFFARONI (2023), p. 20.

³ ZAFFARONI (2023), p. 23.

⁴ ZAFFARONI (2023), p. 23.

⁵ O'GORMAN (2023), p. 112.

concederles un sentido peculiar y propio: el sentido, en efecto, de ser la "cuarta parte" del mundo".⁶

De esta manera, Zaffaroni nos adentra en la historia de la criminalidad mundial, eminentemente fáctica, antes que teórica, para poder comprender a su vez la historia de los derechos humanos. El colonialismo se transforma desde este momento en el hilo conductor de su exposición. De esta manera, es necesario también abordar críticamente la supuesta superioridad civilizatoria europea, que, con el paso del tiempo, sobre todo a mediados del siglo XX, mostró más bien su facticidad barbárica, antes que un desarrollo de civilidad que pudiese pretenderse como horizonte de realización de la humanidad en su totalidad.

El colonialismo, indica el mismo Zaffaroni, continúa gozando de muy buena salud hasta el día de hoy. Estaríamos más bien ante una etapa colonial tardía o avanzada, pero en ningún caso en un espacio de salida absoluto del mismo. Lo anterior no implica, por cierto, que el discurso de los derechos humanos pueda ser comprendido meramente como un recurso retórico de las potencias colonizadoras en el despliegue de su poder de dominación, sino que invita al desafío necesario de defender el discurso de los derechos humanos como instrumento de lucha de los pueblos, para precisamente revertir los posibles efectos de pretensión hegemónica imperial. Es necesario entonces también comprender la expresión "*colonialismo*" en un sentido amplio, y por lo mismo propone entender por dicho concepto "*la explotación sub-humanizante de una población extranjera mediante la sustitución o el control de su aparato de gobierno*".⁷

Luego de un capítulo introductorio que nos permite anticipar el camino a transitar en el libro, y que nos otorga luces sobre la inquietud a resolver por Zaffaroni en lo que prosigue del texto, podemos entrar directamente a su exposición. De inmediato (en su capítulo segundo) el colonialismo se presenta como criminalidad de origen en el patrimonio histórico de la humanidad. La invasión colonizadora de América se abre paso mediante la violación y el genocidio indígena, como una historia de mutilaciones y engaños. Nos invita desde este momento a transitar la historia de genocidio en América Latina y América del Norte.

La comprensión nula de los invasores ibéricos ante una lengua que les era desconocida configuró al Otro no sólo como un "*alguien*" distinto, sino derechamente como un *no persona*; un ente carente de humanidad. No sólo genocidio, proliferación de enfermedades, o violaciones fueron la imagen partera del mundo desde el siglo XV, sino que el mismo Zaffaroni destaca otro factor genocida: el de los suicidios. El derrumbe simbólico de los pueblos originarios trasuntó en la pérdida completa de sentido de la vida misma. Se persiguió alcanzar la destrucción de religiones, símbolos, imágenes y objetos de culto. Evidentemente dicho fenómeno no se vivió con la misma intensidad en todo América Latina. Antes que todo, el interés habría estado situado en el alcance de nuevas riquezas en muchos lares, sin que necesariamente todos los invasores se encontrasen imbuidos de un afán de conversión.

Zaffaroni crítica también la comprensión del colonialismo originario como comprensión de la leyenda de una "*Europa potente que se lanzó a expandir su dominio*". Históricamente da cuenta de la situación económico-política particularmente de la península Ibérica previo a iniciar las expediciones de conquista. La necesaria organización de conquista se habría sustentado además sobre un patriarcado preparatorio, un racismo ejecutor y el capitalismo consecuente que irradiaría a América.

La estructura social y su estratificación se compuso precisamente de dichas consideraciones raciales, que incluyeron también al esclavismo. Los indios y negros en la base, en ascenso piramidal los mestizos, y, por último, los blancos en la cúspide. Una estratificación sustentada sobre la melanina, en expresión del propio Zaffaroni.

Este colonialismo originario asociado a la revolución mercantil habría vivido su ocaso una vez entrada la etapa de revolución industrial. En paralelo en Europa, indica Zaffaroni, se habría vivido un proceso de expulsión, y en efecto "*durante el proceso de acumulación originaria se cometieron crímenes mundiales en la propia Europa, pues las masas urbanas eran mantenidas a raya con un control represivo similar al que se había puesto en práctica con la ocupación colonial americana, aunque con mucha menor letalidad expansiva*".⁸ A su vez, con posterioridad, el

⁶ O'GORMAN (2023), pp. 208 y 209.

⁷ ZAFFARONI (2023), p. 33.

⁸ ZAFFARONI (2023), p. 58.

periodo de independencia en América, a pesar de la cercanía temporal, habría sido completamente distinto en América del Norte y en América del Sur. En el primer caso se trataba de una disputa de los ingleses de América con los ingleses de Inglaterra fundamentalmente, mientras que para Latinoamérica se trataba de un proceso de desprendimiento de un imperio decadente, que terminó de todas formas dejando una jerarquización racista de nuestras sociedades. Aquello ni siquiera habría sido la misión seguida por los libertadores de América, que componían sus ejércitos con variantes multiétnicas, con visiones de igualitarismo expreso. Precisamente dichas figuras fueron borradas una vez concluidas las guerras de la independencia. Los "civilizados" americanos que quedaron para administrar política y jurídicamente el continente preservaron por cierto esa jerarquización racial, y se esmeraron en defender la libertad comercial, antes que un afán igualitarista interno.

En un tercer capítulo Zaffaroni transita por lo que denomina los "*nacionalcolonialismos*". Las experiencias alemana e italiana, y el auge de los nacionalismos europeos en general, abren lo que denomina el periodo neocolonial, que conserva rasgos del colonialismo originario y que culminaría (o más bien, se transformaría) sólo luego de concluida la segunda guerra mundial. El neocolonialismo inglés y su relación con África son un ejemplo paradigmático de este nuevo tipo de relación colonial. Lo mismo con el caso de India, Oceanía, y los crímenes de expansión norteamericana y de expansión Rusa. En América las repúblicas oligárquicas, luego de borradas las comprensiones libertadoras, desarrollarían a su vez una propia práctica neocolonial "*cuando nuestras oligarquías locales se quitaron de encima la molesta presencia de los libertadores igualitaristas*".⁹ En esta época los "*blancos hegemónicos sancionaron constituciones liberales que quedaron en un deber ser que nunca fue, pues se instalaron regímenes que subhumanizaron a las mayorías por considerarlas razas inferiores, mientras contraían deudas y firmaban ridículos tratados recíprocos de libre navegación que abrían nuestras arterias a la explotación*".¹⁰ Una sentencia clara de Zaffaroni diagnostica a la elite hegemónica de la época: "*las elites de nuestras repúblicas oligárquicas las componían los descendientes de los marginales europeos que, resubjetivizados en el colonialismo originario, planificaban sociedades blancas libres de indios y negros*".¹¹

La experiencia criminal no cesó. Entrado el siglo XX, sobre todo luego de la segunda guerra mundial tiene lugar la experiencia criminal en el mundo bipolar tratada en el capítulo 4 del libro de Zaffaroni. La cantidad de muertos, y el mismo origen de la segunda guerra mundial dejaba entrever que la pretensión civilizatoria de Europa, y del hemisferio norte, realmente se sostenía sobre pilares de papel. Los neocolonizadores a estas alturas ya no podrían justificar las atrocidades cometidas en su propio territorio, que abren el paso a repensar efectivamente quién es el sujeto concreto de la barbarie.

La reflexión en torno a los derechos humanos devela una vez más su realidad efectiva: "*salvo que se alucine una omnipotencia legislativa, era obvio que la tipificación internacional del genocidio y la consagración legal de los derechos humanos no detendría mágicamente los crímenes internacionales, como tampoco puede hacerlo con los de la actual etapa tardocolonial*".¹² No obstante lo anterior, sí se produce un efecto relevante: al menos desde la posguerra es posible pronunciarse con precisión jurídica sobre los hechos constitutivos de genocidio o, derechamente, crímenes contra la humanidad. Existiría por primera vez, más allá de las posibles discusiones filosóficas, la posibilidad de pronunciarse jurídicamente sobre los fenómenos criminales de alcance mundial. Este efecto simbólico de juridicidad (o anti juridicidad en realidad) se acompaña de otro efecto: desde este momento estos criminales, por regla general, serán ocultados, no nombrados, ni menos honrados con nombres en las calles y monumentos públicos, como sí ocurría hasta este momento.¹³

Se abre un nuevo periodo además para Sudamérica en este contexto: "*el neocolonialismo de seguridad nacional*

⁹ ZAFFARONI (2023), p. 99.

¹⁰ ZAFFARONI (2023), p. 99.

¹¹ ZAFFARONI (2023), p. 101.

¹² ZAFFARONI (2023), pp. 113 y 114.

¹³ ZAFFARONI (2023), p. 114.

latinoamericano”,¹⁴ el periodo de dictaduras latinoamericanas y la ejecución del denominado “Plan Condor”. Si bien se trató de experiencias diversas dependiendo de cada país, contaban con un espíritu común. Con una “publicidad” mas amplia en el caso chileno por el sinnúmero de atrocidades y crímenes cometidos, a la vez que la imposición por la fuerza de un modelo socioeconómico neoliberal, los casos argentino y brasileño no se quedaron atrás, caracterizándose todas además por ejecutar la criminalidad de manera selectiva. Por su parte, Irak, Libia y la tercera guerra de los Balcanes, además de ciertas secuelas en África y Asia son referidas y revisadas por Zaffaroni.

Con esto pasamos al quinto capítulo que compone el texto y que refiere al actual tardocolonialismo financiero, y lo que Zaffaroni denomina “*genocidio por goteo*”.¹⁵ Con el mundo bipolar de la segunda mitad del siglo XX se habría dado cierre una etapa de nacionalismos de viejo estilo, Y pasaríamos a una etapa en donde en realidad los Estados comienzan a debilitarse, se produce un cambio de algunos métodos, pero no el objetivo. En este sentido, indica Zaffaroni, América del sur sufre un tardocolonialismo, o etapa superior del colonialismo, que se encuentra “*travestido con formas jurídicas y discursos que invocan valores nobles, tales como democracia, libertad de expresión, garantías jurídicas y hasta Derechos Humanos*”.¹⁶ Existiría un cinismo descolonizador que escondería la realidad deshumanizante del tiempo actual y su pulsión totalitaria. En realidad, esta nueva versión colonial daría cuenta de un cambio del capitalismo, que, aunque no lo explicita de manera clara Zaffaroni, hemos de entender que acompaña tanto al colonialismo como a la noción de derechos humanos. Es el capitalismo el que se ha develado, por sobre la lógica nacional o estatalista, como el eje totalitario colonizador del mundo. Las empresas ni siquiera requieren reconocer una nacionalidad propia, el papel de los políticos se ha reducido al mínimo, y el capitalismo eminentemente productivo en el que aún los Estados tenían algún grado de injerencia relevante se han transformado en un recuerdo.

La lógica de este tardocolonialismo no estaría en la criminalidad activa de causar muerte, sino que en la opción por genocidios por goteo, en términos de Zaffaroni. “*Aunque no tendría reparo en ejercer el poder de matar, muestra preferencia por el de dejar morir*”.¹⁷ La globalización abrió espacio al totalitarismo financiero que comprende Zaffaroni como una macrocriminalidad organizada del norte, que además avanza con la insistente violación de derechos humanos. El desempleo, el empobrecimiento, el hambre, son el origen de un sistema de sometimiento que genera a su vez aumento de conflictividad social, acrecimiento de muertes violentas, violencia intrafamiliar, accidentes del trabajo, suicidios, entre otros, indica Zaffaroni, todos los cuales son constitutivos del *genocidio por goteo* en curso, a pesar de su normalización.

Como Quijano anticipaba, “*con las conquistas de las sociedades y las culturas que habitan lo que hoy es visto como América Latina, comenzó la formación de un orden mundial que culmina, 500 años después, en un poder global que articula todo el planeta*”.¹⁸

En este punto me parece que Zaffaroni realiza una de las afirmaciones más significativas desde una perspectiva netamente jurídica: “*todo esto nos llevaría a invertir la cronología de aparición de los derechos que relata la historia ideológica del norte, según la cual los hay de primera generación o individuales, de segunda o sociales y de tercera, entre los que se cuenta el derecho al desarrollo progresivo. Desde el sur, este último siempre fue nuestro primer derecho humano, tanto cronológica como lógicamente, porque sin independencia no existe posibilidad de desarrollo. De modo que los libertadores fueron los primeros defensores de derechos humanos y, en definitiva, toda lucha contra el colonialismo es por su eficacia real*”.¹⁹

Un segundo punto: Zaffaroni destaca lo que denomina “*la invención de la realidad*”. Indica que “*la superioridad*

¹⁴ ZAFFARONI (2023), p. 125.

¹⁵ ZAFFARONI (2023), p. 149.

¹⁶ ZAFFARONI (2023), p. 150.

¹⁷ ZAFFARONI (2023), p. 152.

¹⁸ QUIJANO (2019), p. 103.

¹⁹ ZAFFARONI (2023), p. 158.

*tecnológica de los ibéricos en el colonialismo originario no se limitaba a la pólvora, el acero y los caballos, sino que disponían de la comunicación escrita. Durante el neocolonialismo, al menos en nuestra América, los diarios le fueron perfectamente funcionales, e incluso subsisten algunos como tradicionales tribunas de doctrina colonial. Pero ahora el colonialismo tardío dispone de la comunicación digital".*²⁰ Las corporaciones transnacionales serían el sujeto guía de esta nueva herramienta colonial.

Es tal vez en este punto en donde se extraña mayormente el desarrollo de una reflexión teórica en torno a la vinculación entre derecho, lenguaje, escrituración de la ley y experiencia jurídica (o jurisdiccional) concreta en América Latina, o en los países colonizados, en general.

Esta dominación tardocolonial se acompaña de un debilitamiento estructural de los Estados, y de la degradación de la política como mera administración, o como centro de corrupción, generando caos, el auge de figuras de defensa autónoma de la ciudadanía, y la degradación de las fuerzas armadas a la realización de funciones policiales, el aumento de la pobreza, de la desigualdad, del desempleo y de las emergencias sociales.

En esta sociedad tardocolonial es necesario además crear una nueva forma de control social. En este sentido, la videovigilancia y la creación de una realidad paralela mediante una convención mediática que transforma el dominio encubriéndolo tras la mercadotecnia. Se trataría del surgimiento de un *control social medieval digital*. La población no solo se infantilizaría, sino que se feudalizaría.

En este contexto, el tardocolonialismo pervierte el derecho internacional de los derechos humanos para volverlo en su contrario: un instrumento a esgrimir en contra de los gobiernos del sur, o de los movimientos populares de estas latitudes.²¹ El discurso de los derechos humanos se convierte paradójicamente en la excusa de su violación mediante la criminalidad tardocolonial.

En la sexta sección del ensayo Zaffaroni realiza una exposición teórica que pretende identificar a quienes habrían permitido justificar en el mundo de las ideas la práctica colonial, en lo que denomina "*el camino al diletantismo*". El pensamiento colonialista habría decaído con el pasar de los años en su nivel de elaboración. Sitúa de esta manera el inicio de una disputa teórica en las diferencias teóricas de Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda.²² La diferencia se sitúa incluso desde su origen en una afirmación simple que infravalora la cultura originaria precisamente por su diferencia con la cultura del colonizador. Al mismo tiempo que se sostenía esta básica idea, de las Casas asentaba lo que serían las bases de la comprensión de los derechos humanos, a través del reconocimiento del Otro. En sus términos destaca el autor que "*en el famoso debate con Sepúlveda quedaron trazados los dos caminos ideológicos: el de superioridad cultural, inherente a las legitimaciones del colonialismo, y el del rechazo frontal a esa pretensión, sobre la base del respeto al otro, propio de los Derechos Humanos*".²³ Es precisamente este origen que pareciera plantearnos ante una reflexión teórica que no termina por ser resuelta por el autor: ¿acaso la legitimidad de los derechos humanos se asienta en un genocidio expropiador? Una reflexión que devela una dimensión aporética de los derechos humanos, que tampoco, a mi parecer, logra ser desarrollada de manera satisfactoria.

Con posterioridad el idealismo colonizador éste habría encontrado en el pensamiento eurocéntrico a sus cultores naturales, entre los cuales sitúa a Hume, Kant, y particularmente a Hegel, lo que le lleva incluso a afirmar intrépidamente que éste sostendría un idealismo racista, de alta elaboración técnica, pero que arribaba a la mismas conclusiones diletantes que Sepúlveda por vía dialéctica,²⁴ o que éste fue un "*fino y auténtico racista cultural*",²⁵

²⁰ ZAFARONI (2023), p. 159.

²¹ ZAFARONI (2023), p. 165.

²² ZAFARONI (2023), p. 172.

²³ ZAFARONI (2023), p. 175.

²⁴ ZAFARONI (2023), p. 181.

²⁵ ZAFARONI (2023), p. 212.

o "el mayor desaparecedor intelectual de personas de la historia de las ideas".²⁶ Aun así, se encontraría en Hegel una reflexión y exposición superior a la de los sucesores evolucionistas, lo que le permite en contraste reconocer en Spencer al gran origen de las expresiones diletantes de la modernidad. Un camino similar, pero en reversa, se habría desarrollado a fines del siglo XVIII en la consideración de un racismo biologicista involutivo, que nos reconduciría a una nostalgia por el origen. Ya sabemos en que concluyó esa lectura europea: genocidio, campos de concentración, deshumanización, entre otras cosas.

El neoliberalismo, en este contexto, concluye este proceso mediante la identificación de la posición de relevancia que adoptan los economistas en la difusión de un discurso diletante. Este discurso, a su parecer, de una pobreza teórica evidente, heredera del simplismo evolucionista de Spencer se impone configurando una nueva narración, básica en su contenido, heredera directa del pensamiento colonial originario. Pensadores como Von Mises, Friedman o Hayek son interpelados como diletantes en este punto, aún sin que hicieren manifiesta su herencia colonial. El pensamiento contemporáneo habría seguido en este desvarío, adoptando hoy la forma de pensamiento transhumanista.²⁷

Tras este recorrido el autor concluye con dos capítulos que destacan la relevancia de impulsar modos de resistencia ante el avasallador poder hegemónico. El colonizador en este sentido tendrá que verse enfrentado en lo que sigue a la resistencia de sus víctimas. El llamado es a recuperar el desarrollo cultural precolonial, y en particular buscar el *re-ligar* como movimiento de resistencia a la violación de los derechos humanos que es posible de pensar desde los elementos sincréticos que ha generado a estas alturas la humanidad.

III. DESCOLONIZAR LA JURIDICIDAD IUSFUNDAMENTAL, ¿UN RETO POSIBLE?

A. Principalmente, una historia criminal

La exposición de Zaffaroni puede comprenderse como una "*introducción al colonialismo para juristas*". Si bien tal vez la gran ausencia en este ensayo es una interlocución directa con el pensamiento jurídico de toda la época por la que transita (teórico y aplicado), el ensayo se vuelve en una introducción ineludible, de carácter más bien historiográfico, en torno a la relevancia y eficacia de los derechos humanos.

La exposición de Zaffaroni se convierte en una guía histórica de criminalidad que permite elevar el pensamiento hacia una reflexión en torno a la realidad y eficacia material del tradicional Derecho de Gentes, y contemporáneo derechos humanos con posterioridad, teniendo presente en todo momento que ha sido el colonialismo el que paradójicamente ha posibilitado el origen de los derechos humanos, a la vez que ha contaminado en su realidad efectiva la realización material de los mismos que arrastra una figura subjetiva de aplicabilidad normativa eminentemente etnocéntrica y eurocéntrica; una titularidad reconocida paradigmáticamente al hombre blanco europeo, tal vez porque "*por algún motivo, aquello que obligó a reconocer en las nuevas tierras una entidad separada y distinta del orbis terrarum no impide que se les pueda concebir como una de las partes de este*".²⁸

Zaffaroni despliega, bajo su propio concepto, el desarrollo de una historia no breve de los derechos humanos, que tiene a la vista el despliegue histórico de la criminalidad que acompaña la evolución regulatoria de los derechos humanos.

B. La invención de América y la invención de los derechos humanos: una tensión heredada desde el origen

La idea contemporánea de los derechos humanos, en la hipótesis de Zaffaroni, se encuentra vinculada al colonialismo, desde sus orígenes. El colonialismo originario habría posibilitado a su vez la aparición del concepto de derechos humanos, en su comprensión contemporánea. Aunque previo al despliegue del pensamiento colonial

²⁶ ZAFFARONI (2023), p. 212.

²⁷ ZAFFARONI (2023), p. 204.

²⁸ O'GORMAN (2023), p. 213.

pudiésemos encontrar referencias a la ley natural, en Aristóteles, o incluso en la lectura Aquiniana, no es sino hasta su revisión por Las Casas que es posible pensar una dimensión jurídico normativa universal vinculante que se presenta como límite en el despliegue del poder. En este sentido, la posibilidad que abre el periodo colonial en la comprensión del otro, es portadora a su vez de la posibilidad de pensar en la eficacia dialógica y jurídica de prescriptivas que regulen ese ámbito de relaciones jurídicas.

Sin perjuicio de esta apertura posibilitante de la existencia de los derechos humanos como consecuencia de la interacción existencial con Otro, los derechos humanos encontrarán su contaminación primera precisamente en el origen eurocéntrico de dicho pensamiento, tal como evidencia a propósito del logocentrismo García en su estudio sobre la *"razón situada"*. García indica a propósito de la revisión de Habermas y su teoría del discurso, que *"la modernidad europea no es una cultura más, sino que representa la culminación de un proceso de despliegue de los potenciales de racionalidad que, de acuerdo a la teoría de Habermas, se encuentran ínsitos en el habla"*.²⁹

El pensamiento en torno a los derechos humanos desde su origen, y hasta nuestros días prácticamente, es un pensamiento de *"encuentro"* (dominación, en realidad) unívoco; una lectura unidireccional sobre la posibilidad de interacción que es más bien una intelección activa dominante, en donde el hablante es sólo uno: el sujeto europeo de la historia que ya está en curso.

La exposición de Zaffaroni en el capítulo seis de su ensayo se relaciona directamente con lo expuesto en el primer capítulo de su texto. Creo que en este punto se encuentra la mayor novedad de esta exposición. La historia larga de los derechos humanos, a la vez que acompañada de la historia de la criminalidad del mundo, que desde su origen le contamina, debe necesariamente ser abordada de la mano de lo que el autor denomina el despliegue del pensamiento justificante de la criminalidad colonial. El debate entre Bartolomé de las Casas y Sepúlveda le permite al autor reconocer en esta bifurcación el origen de la idea de derechos humanos. Sin embargo, creo que más allá de la constatación histórica de la posibilidad histórica de creación de pensamiento de derechos humanos, se extraña en el texto una exposición y debate interno de los términos del mismo. Desde este punto, de hecho, abandona por completo una posible lectura optimista de los derechos humanos al interior de su despliegue imbricado a la criminalidad, o al menos la omite en su exposición, como expondremos más adelante.

Pero bien, si aún sostenemos que este debate inicial fue adoptado y modificado con posterioridad por varios autores diletantes, pasando por el pensamiento biológico racista, hasta llegar a la denominada *"ideología neoliberal"* y el solucionismo tecnocrático y transhumanista en el colonialismo tardío, aún así en el ensayo no es posible encontrar mayores despliegues teóricos que contextualicen de manera adecuada ciertas afirmaciones radicales, que parecen más bien tener un carácter polémico antes que una exposición teórica fundada, como las acusaciones reiteradas a Hegel como mayor pensador del eurocentrismo. Surgen preguntas evidentes que restan coherencia a la restante exposición: si Sepúlveda representa al pensamiento eurocéntrico, criminal, violento y avasallador, y Bartolomé de las Casas en su exposición habría abierto el camino de comprensión de los derechos humanos, ¿por qué no abordar de mejor manera a los herederos de este último? O, tal vez, lo que habría que esclarecer es que en este apartado seguimos al pensamiento que contraría la comprensión de los derechos humanos como universales, su titularidad y contenido, y que al apropiárselo ha cooptado esta posibilidad de comprensión de la alteridad adoptando como suyo, en una tensión interna constitutiva, la idea de vigencia de los derechos humanos. En otros términos, si ha existido una oposición histórica heredada desde Sepúlveda en torno a la idea de los derechos humanos, ¿qué ha ocurrido con los seguidores de Bartolomé de las Casas?, ¿no son también los iusnaturalistas (teológico o racionalistas), o los neoconstitucionalistas y iusmoralistas desde segunda mitad del siglo XX, herederos también de una comprensión eurocéntrica de los derechos humanos? ¿En qué medida podría ser relevante bifurcar internamente dos comprensiones deudoras del colonialismo de los derechos humanos? ¿Existe alguna línea de pensamiento jurídico en torno a los derechos humanos heredera de Las Casas que sea relevante rescatar? ¿Es posible pensar en una relación externa entre iusnaturalismo racionalista y iusnaturalismo teológico si en su origen se encuentran unidos en el pensamiento racial-euro-etnocéntrico colonial?

El estudio de la colonialidad y su dimensión teórica se torna el eje central del desarrollo de cualquier crítica, y la

²⁹ GARCÍA (2012), p. 89.

colonialidad basada en la clasificación racial/étnica siguen siendo temas de relevancia hasta el presente.³⁰

No se trata de una reinención absoluta del pensamiento desarrollado en torno a los derechos humanos. Como señala Quijano, *"no es necesario, sin embargo, recusar toda idea de totalidad para desprenderse de las ideas e imágenes con las cuales se elaboró esa categoría dentro de la modernidad europea. Lo que hay que hacer es algo distinto: liberar la producción de conocimiento, de la comunicación y de la reflexión, de los baches de la racionalidad-modernidad europea [...] la crítica del paradigma europeo de la racionalidad/modernidad es indispensable, más aún, urgente. Pero es dudoso que el cambio consista en la negación simple de todas sus categorías"*.³¹

En cualquier caso, creo que el desafío queda abierto en la propuesta de Zaffaroni. Un catálogo de posibles reflexiones queda a disposición de quienes quieran desplegar y profundizar en torno al devenir del pensamiento jurídico colonial y sus derivas.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA ESCRITURA, Y LA ESCRITURACIÓN DEL DERECHO, Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS. LA CIUDAD LETRADA Y EL ROL DEL DERECHO EN EL DESPLIEGUE COLONIZADOR

Otro momento que se extraña en la exposición de Zaffaroni es la relación entre escritura/derecho/derechos humanos. La categoría derechos humanos no sólo revelaría el origen de una nueva categoría de los derechos, sino que implicaría intrínsecamente una nueva forma de comprensión del fenómeno jurídico en su totalidad. No sólo aquello, sino que la relación entre derecho y escritura en la tradición continental del derecho, sobre todo en la escuela iuspositivista continental, abre una instancia de reflexión que encuentra en la configuración de la *"ciudad letrada"*³² una posible clave de lectura inconclusa en el texto de Zaffaroni. Como señala Cuadra, *"el diseño cultural latinoamericano está, pues, en directa relación con la palabra escrita, la cual fue detentada por un grupo privilegiado que constituyó lo que Rama ha dado en llamar la ciudad letrada"*.³³

Si la ciudad letrada se convierte en una metáfora relativa al dominio de los signos que permite dar cuenta de la forma de organización central y burocrática del poder racial en América, y en este contexto la escritura como dominio de signo privilegiado se muestra como un rasgo distintivo de la diferencia entre la burocracia de los colonizadores y colonizados en dicho contexto, la regulación normativo-jurídica de las relaciones entre el colonizador y el Otro también ameritan un análisis del devenir de la dimensión logográfica jurídica de los derechos humanos. En el ámbito jurídico no sólo debemos referir a tiempos pretéritos para comprender que quienes *"manejaban la pluma, estaban asociados a las funciones de poder"*,³⁴ sino que quienes hoy en día desde su escritorio pueden balbucear el lenguaje alambicado del Derecho siguen detentando la misma posición. Es la palabra colonizadora la que escriturada devela que, desde su origen, el Derecho posee un alcance restringido de su pretensión cautelar, aún en el contemporáneo paso de la *"ciudad letrada a la ciudad virtual"*.³⁵ el Derecho se muestra como un espacio de acceso restringido, sujeto a las posibilidades de administración de un sistema de signos poco accesible, que permite conservar en la mixtura del lenguaje político-jurídico la imposibilidad de comprensión del colonizado; su posición exterior frente al mismo.

Me parece que la reciente doblemente fallida experiencia constituyente en Chile permite dar cuenta de lo anterior. Esa distancia constitutiva entre los administradores de los signos lingüísticos jurídicos y el pueblo da cuenta del

³⁰ QUIJANO (2019), p. 151.

³¹ QUIJANO (2019), p. 151.

³² RAMA (1984).

³³ CUADRA (2003), p. 114.

³⁴ RAMA (1984), p. 25.

³⁵ CUADRA (2003), p. 115.

éxito colonial contemporáneo y los espacios reservados a quienes desde sus orígenes configuraron la ciudad letrada. El discurso de los derechos humanos, aún en su intento de versión postcolonial (esto es discutible, pero permítaseme la licencia), resultó insatisfactorio ante la reversa "*positiva*" que el propio colonialismo instaló en un eje adversarial de la propuesta constitucional inicial plebiscitada en 2022. Como señala Cabezas, "*la servidumbre neocolonial de lxs chilenxs se halla en el desenfreno de la pasión por el consumo y la internalización subjetiva de lo peor del espíritu de la "gran nación" de los United States of America*".³⁶

El discurso de los derechos humanos no sólo revela su carácter paradójico en la criminalidad de origen (colonialismo originario, indica Zaffaroni), sino que han transitado la historia, de la mano junto al colonialismo, la criminalidad humana y el discurso de los derechos humanos. La clave de comprensión de los derechos humanos no sólo es posible de escudriñarla entre quienes plantean un discurso diletante negacionista y totalitario, sino que sería posible de encontrarlo en su comprensión interna optimista inclusive. En este sentido, también podría rastreadse en De Las Casas una modalidad del pensamiento colonial que ha desplegado su sentido hasta la comprensión contemporánea de los derechos humanos.

Esta contradictoriedad interna es la que, desde otra perspectiva, comparten la modernidad y el capitalismo. Como señala Bolívar Echeverría "*La presencia de la modernidad capitalista es ambivalente en sí misma. Encomiada y detractada, nunca su elogio puede ser puro como tampoco puede serlo su denuncia; justo aquello que motiva su encomio es también la razón de su condena. La ambivalencia de la modernidad capitalista proviene de lo siguiente: paradójicamente, el intento más radical que registra la historia de interiorizar el fundamento de la modernidad --la conquista de la abundancia, emprendida por la civilización occidental europea-- sólo pudo llevarse a cabo mediante una organización de la vida económica que parte de la negación de ese fundamento*".³⁷

La importancia de la escritura del derecho, lo que se ha sido conocido como "*derecho positivo*", desde Alfonso X El Sabio al menos en nuestro continente, ha implicado la delimitación de origen en los legitimados frente al pronunciamiento del discurso jurídico, se muestra colonizador desde sus inicios. Si la condición de acceso a los derechos humanos es en realidad una especie de autolimitación y control dispuesta al interior del propio pensamiento colonial (como control de su masacre), y éste, a su vez, está circunscrito a los miembros de la ciudad letrada tanto en su intelección como su ejecución, aquella exclusión sistemática que instaló a los "*cautelados*" desde un origen como una exterioridad ha permanecido indefectiblemente hasta el tardocolonialismo.

El discurso y el lenguaje soberano se han vuelto oficiales y excluyentes desde el colonialismo originario. Tal como en el caso de la experiencia expulsiva judaica en España, desde su origen la experiencia colonizadora americana "*el poder está condenado al fundamentalismo moderno de la violencia jurídica y al terrorismo de las máquinas soberanas que reproducirán infinitamente el estado paranoico de la estructura perseguidor/perseguido que fundó la Inquisición española*".³⁸

La propuesta de invertir la comprensión lógico-histórica de los derechos humanos, que transitaban desde las libertades individuales como derechos humanos de primera generación (o tradicionalmente burgueses), hasta derechos medioambientales y sociales con posterioridad como derechos de segunda y tercera generación, me parece que es el mayor aporte de Zaffaroni, que, sin embargo, no termina de dar cuenta de lo gravitante de dicha afirmación. Esta idea central podría haber sido el núcleo de su exposición. No sólo se trata de una inversión histórica fáctica la propuesta de Zaffaroni, sino que dicha inversión representaría un cambio comprensivo en la lógica inherente a la existencia de los derechos humanos. La posibilidad de realización del pensamiento libertador expulsado por la aristocracia criolla tendría posibilidad de alzar un nuevo velo. Ahora bien, ¿qué relevancia presenta el logocentrismo en esta comprensión de los derechos humanos como un fenómeno jurídico y no sólo político? Creo que desde su origen la relevancia de la escritura en nuestra tradición jurídica, heredera del pensamiento continental, ha delimitado el transitar de los derechos humanos, y, por lo mismo, han delimitado, desde su escritura (en un sentido amplio, como determinación lingüística positivizada unívoca) los ámbitos de su eficacia.

³⁶ CABEZAS (2022), p. 42.

³⁷ ECHEVERRÍA (2000), p. 147.

³⁸ CABEZAS (2013), p. 64.

Por lo mismo, la escrituración de la ley, y la importancia de la letra, guardan estructuralmente una dimensión del secretismo que, como el guardián de la ley anticipa en el conocido cuento de Kafka. Si el campesino puede llegar a conocer al menos al guardián de la puerta de la ley, el indígena, el excluido latinoamericano, hasta el día de hoy, no alcanzará nunca ni siquiera a comprender el lenguaje con que dicho Guardian querrá develarle la imposibilidad de su acceso. La imposibilidad del ingreso al lenguaje de la ley, y de los derechos humanos en este caso, viene dada no sólo por la oscuridad del mismo, por su opacidad, sino que aún antes, porque el mismo interlocutor que anticipa la imposibilidad de su ingreso pretende comunicárselo en un lenguaje ajeno, incomprensible e intraducible.

A mi entender, en este punto el discurso de los derechos humanos muestra su verdadera naturaleza como instancia de acción expiatoria del colonialismo. Limitado internamente en la estructura jurídica desde su origen, el discurso de los derechos humanos no sólo se encuentra acompañado de la historia criminalidad de la humanidad, sino que se encuentra imbricado a este. He ahí su límite interno. La comprensión de la dimensión jurídica de la universalidad subjetiva que se abre con la creación del mundo en el siglo XV se encuentra contaminada de criminalidad hasta el día de hoy. No sólo desde quienes pueden revelar un discurso negacionista neoliberal o tardo colonial es posible desplegar una "*historia negra*" en torno a la cautela de protección y eficacia de los derechos humanos en América, sino que incluso su versión optimista constitutivamente puede ser portadora de una historia negra. La comprensión constitutivamente logocéntrica y eurocéntrica de los derechos humanos ha mostrado su limitación en la resolución del problema entre explotadores y explotados, como anticipaba Marx en la Cuestión judía, pero, el propio material entregado por Zaffaroni nos permite extender dicha constatación al problema de violencia intrínseca de la relación entre dominadores y dominados; entre colonizadores y colonizados.

La revisión de la historia criminal del mundo devela la imbricación entre el discurso de los derechos humanos y el colonialismo, que se arrastra hasta su versión actual como tardocolonialismo neoliberal. Los derechos humanos terminan siendo comprendidos también en una dimensión mercantil, como derechos en competencia, como un verdadero mercado de derechos. Se vuelven constitutivamente en un material transaccional.³⁹

V. COMENTARIOS FINALES

El ensayo de un jurista como Zaffaroni, quien ha transitado por la máxima judicatura de Argentina y de América, detentando la posición de juez en ambas instancias, permiten situar este ensayo como una exposición y una invitación simultáneamente. Una exposición que pretende quebrar la tradición tradicionalista de estudio de los derechos humanos y su historia, situando a la criminalidad y el colonialismo como eje e hilo conductor. Lo anterior representa una innovación expositiva, sobre todo en la dimensión historiográfica de los derechos humanos, sin embargo, el lector queda aún con un apetito insatisfecho.

Si la criminalidad que ha acompañado el desenvolvimiento de la historia de los derechos humanos es esencial para comprender su devenir contemporáneo, es precisamente la sala de audiencias, el estrado, el expediente judicial, y la relevancia del derecho escrito los que han sido olvidados en su exposición. El diálogo con los juristas y demás agentes u operadores jurídicos se encuentra ausente, y esta exposición en esa dimensión representa un llamado de atención y una tarea a recoger para ser desarrollada. Es necesario e ineludible transitar por esta primera aproximación a la historia de los derechos humanos, que de cuenta de su relación con la historia de la criminalidad humana, sin embargo, me parece que aquello es sólo el primer paso.

El discurso de los derechos humanos no es meramente un discurso retórico social, ni menos una representación abstracta de una idea más abstracta sobre la humanidad y su reconocimiento, sino que es portadora de una dimensión burocrática de realización del poder. El discurso del derecho, y los derechos humanos en particular, se ha entrelazado de manera paradójica con el despliegue del colonialismo hasta nuestros días. Su dimensión discursiva nos remite continuamente al texto, desde sus inicios, y al entramado institucional encargado de su aplicación concreta. Siendo Zaffaroni un exponente directo de la dimensión de aplicabilidad concreta del discurso

³⁹ Hoy en día es posible develar dicha naturaleza en la tramitación de causas sobre derechos humanos que permiten la operación de equivalentes jurisdiccionales, distintos a la sentencia. Es posible conciliar, avenir, o solucionar un conflicto jurídico de derechos fundamentales mediante transacciones económicas.

del poder jurídico colonial se extraña en estas líneas la exposición de la ejecución institucional del discurso de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

Sin perjuicio de lo señalado, el discurso de los derechos humanos puede desplegarse como el intersticio en donde se abra el paso a una comprensión descolonizadora del fenómeno jurídico. El discurso de los derechos humanos permite hablar la posibilidad de repensar la propia humanidad desde Latinoamérica. Es particularmente nutritiva en esta dimensión la imbricación entre política y derecho que representa dicho discurso, sin embargo, mientras no avancemos en la línea de develar los alcances de la dimensión colonizadora del discurso jurídico occidental, y su incidencia en el discurso de los derechos humanos, no podremos avanzar ni teórica ni prácticamente. Esperemos tomar este bastión en una tarea histórica que se nos abre como desafío. Bienvenido el paso inicial abierto por Zaffaroni en esta instancia.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Francisco Ruay Sáez: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- CABEZAS, Oscar Ariel (2013): *Postsoberanía. Literatura, política y trabajo* (Buenos Aires, Ediciones La Cebra).
- CABEZAS, Oscar Ariel (2022): *¡Quosque tándem! La indignación que viene* (Santiago, Editorial QualQuelle).
- CUADRA, Álvaro (2003): *De la ciudad letrada a la ciudad virtual* (Santiago, Editorial Lom).
- ECHEVERRÍA, Bolívar (2000): *La modernidad de lo Barroco* (Ciudad de México, Ediciones Era).
- GARCÍA, José Fernando (2012): *Hacia una razón situada* (Santiago, Editorial Lom).
- QUIJANO, Aníbal (2019): *Ensayos en torno a la colonialidad del poder* (Buenos Aires, Ediciones del signo).
- RAMA, Angel (1984): *La ciudad letrada* (Hanover, N. H.: Ediciones del Norte).
- ZAFFARONI, Eugenio (2023): *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo* (Buenos Aires, Editorial Taurus).

La protección médica al interés superior del hijo y de los deberes parentales: paradojas y conflictos jurídicos, bioéticos y jurisprudenciales

Medical protection in the best interests of the child and parental duties: legal, bioethical, and jurisprudential paradoxes and conflicts

CHRISTIAN DÍAZ SOBENES*

*Concepción, Chile.
<https://orcid.org/0009-0006-7649-5013>

Recibido:

10 de noviembre, 2025

Aceptado:

22 de diciembre, 2025

Publicado:

09 de enero, 2026

*Autor de

correspondencia

Christian Díaz Sobenes

Concepción, Chile.

Correo electrónico:

cdiaz@derecho.ucsc.cl

La protección médica al interés superior del hijo y de los deberes parentales: paradojas y conflictos jurídicos, bioéticos y jurisprudenciales. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (49-86). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.04>

RESUMEN

La labor del presente trabajo consiste en examinar la tensión paradójica entre el interés superior del niño, niña o adolescente, y el derecho preferente de los padres de criar, educar, y proteger a su hijo conforme su sistema de creencias en el contexto de la vacunación obligatoria, a la luz de la Sentencia Rol N°7.616-2025 de la Corte Suprema de Chile que revoca un fallo de alzada para imponer inmunizaciones contra la voluntad de los padres. A partir de un análisis crítico normativo, dogmático y jurisprudencial, el resultado principal revela una ponderación insuficiente por parte del máximo Tribunal, que privilegia la coerción estatal sobre el consentimiento informado y la corresponsabilidad parental. En consecuencia, se propone una interpretación armónica que equilibre las políticas de salud pública con el respeto a los deberes parentales, la cultura familiar junto al interés superior del hijo, que se sustente en el principio bioético de la autonomía del paciente, evitando un paternalismo excesivo.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del hijo, deberes parentales, consentimiento informado, autonomía del paciente, bioética, vacunación obligatoria.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the paradoxical tension between the best interests of the child or adolescent and the preferential right of parents to raise, educate, and protect their child in accordance with their belief system in the context of mandatory vaccination, in light of Supreme Court Ruling No. 7. 616-2025 of the Chilean Supreme Court, which overturns an appeal ruling to impose immunizations against the will of parents. Based on a critical normative, dogmatic, and jurisprudential analysis, the main result reveals insufficient consideration by the highest court, which privileges state coercion over informed consent and parental co-responsibility. Consequently, a harmonious interpretation is proposed that balances public health policies with respect for parental duties, family culture, and the best interests of children, based on the bioethical principle of patient autonomy, avoiding excessive paternalism.

KEYWORDS

Best interests of the child, parental responsibilities, informed consent, patient autonomy, bioethics, mandatory vaccination.

"De lo planteado, inquieta que se construya una visión global y absoluta desde el interés superior del niño, pero no en conjunto con los deberes y responsabilidades parentales que son la guía vital decisoria, que, a pesar de todo, el principio de corresponsabilidad los ampara, guste o no"(...) "Finalmente, de seguir dicho garantismo obcecado, nos enfrentamos ante el peligro de a veces llegar a tal extremo de levantar una bandera que después no tendrá mástil que la erija ni viento que la haga flamear".

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, es notoria e indiscutible la transición de la relación clínico-jurídica entre médicos y pacientes,¹ como núcleo central del ejercicio profesional de la Medicina. Progresivamente, esta ciencia junto a sus positivos avances se ha dotado de una juridicidad evolutiva y constante, que ha penetrado sus diversas áreas² siendo pertinente reconocer que jamás en la historia de la humanidad había existido un desarrollo tan acelerado y lucrativo del punto de vista científico e investigativo de la Medicina como ciencia, sin perjuicio de, en ciertas ocasiones ir en regresión en cuanto a la Bioética³ como máxima decisoria y deontológica que trasciende sus especialidades.

En seguida, en Chile, el Poder ejecutivo a través del Ministerio de Salud,⁴ y el Poder judicial mediante los Tribunales de Justicia,⁵ pueden comprometer la salud de los ciudadanos con coerción.⁶ Desde luego, recordemos que, en el ámbito del Derecho Procesal Orgánico, a propósito de los distintos momentos jurisdiccionales, se trata el vocablo *coertio*,⁷ el cual dice relación con la posibilidad de emplear la fuerza con el objeto de cumplir las resoluciones judiciales, la cual puede recaer tanto sobre una cosa como una persona, *verbi gratia*, embargos o medidas cautelares, apremios, arresto, multas.

En ese contexto, según el tratamiento normativo médico-sanitario vinculado a la salud de los niños, niñas y adolescentes⁸ (en adelante, NNA) surge la relevancia del consentimiento libre e informado, el cual en la Sentencia Rol N°7616-2025 de la Corte Suprema⁹ sufre una delicada pugna de intereses. Primero, respecto del interés

¹ Al respecto de la relación de la Bioética con el Derecho, véanse ANDRUET (2004), pp. 5-26; BECA (2018). Y también, en cuanto a los diversos modelos de relación médico-paciente, véanse MENDOZA (2017), pp. 562 y 563; EMANUEL y EMANUEL (1999), pp. 109-126; DÍAZ-RUBIO (2018), pp. 45-49; y CALAHORRANO (2023).

² Como bien afirma ZEPEDA (2023), pp. 147 y 148: *"La relación médica se aproxima quizás a un último cambio generacional, influenciado precisamente por la lógica del consumo (...) De ahí es que dos áreas, en principio alejadas, como la medicina y el consumo se puedan anudar de diversas formas. En mi opinión, la exacerbación del modelo de la autonomía del paciente ha dado paso a un paciente que cada vez se siente más un consumidor, lo que genera todo un cambio cultural. De esa forma, encontramos a pacientes intolerables al más mínimo error, más demandantes y que no comprenden que la actividad médica es esencialmente aleatoria. Este cambio en la relación médica impactará directamente en el ejercicio de la medicina privada, y probablemente aumenten las reclamaciones judiciales contra médicos en virtud de la LPDC (...)"*. Diversas materias de responsabilidad, incumplimientos y asuntos médicos judiciales se contrastan en FALMED y COLEGIO MÉDICO DE CHILE (2023) y FALMED y COLEGIO MÉDICO DE CHILE (2021).

³ A modo ilustrativo, respecto de la reflexión sobre el cumplimiento de la ética, la moral de los profesionales de la salud en busca del respeto por la integralidad del ser humano, de manera investigativa y compilada, véase BERMEJO DE RUBIO y PARDO (2020); conforme a una visión de principios objetivos y universales, véase SCALA (2004); según la construcción de una Bioética intercultural, véase SIURANA (2010), pp. 121-157.

⁴ Por medio del Servicio Nacional de Salud y sus instituciones dependientes. Para mayor información, véase MINSAL (2022).

⁵ Mediante sus fallos sobre controversias jurídico-sanitarias, como lo es el caso de comento.

⁶ *Coerción* tiene una connotación más negativa que positiva, la Real Academia Española le da dos acepciones: 1. Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta; 2. Represión, inhibición, restricción.

⁷ En términos procesales consúltase a SANTANA ET AL (2022), pp. 90 y 91.

⁸ Considerando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y actores sociales extensible al espacio sanitario, véase en BÓRQUEZ (2024), pp. 10-16.

⁹ *UC Christus Servicios Clínicos SPA con Michelson-Boschaner* (2025). A lo largo del manuscrito se utilizan sinonimias para referirse a la sentencia, tales como: el caso o sentencia referida, la sentencia o fallo citado, el caso o sentencia de comento, el caso de marras.

superior del hijo (o NNA);¹⁰ segundo, del interés de los padres en ejercer los deberes parentales,¹¹ en particular, el cuidado y protección conforme sus creencias y convicciones acorde a la ley y orden público; tercero, la intromisión del Estado como aparato coercitivo en la salud individual de las personas.

Por consiguiente, la hipótesis de esta parte sostiene que el fallo referido incurre en una ponderación insuficiente al privilegiar la coerción estatal sobre el consentimiento libre e informado y el derecho preferente del ejercicio de los deberes parentales, configurando un paternalismo excesivo contrario a Principios Bioéticos. De esta manera, el objetivo principal será analizar la tensión paradójica entre el interés superior del NNA y deberes parentales en contexto de vacunación obligatoria. En seguida, secundariamente, se examinará normativa y jurisprudencia; reflexiones pragmáticas; proposición de una interpretación armónica de la bioética; junto a un análisis crítico de las deficiencias judiciales-administrativas.

De lo expresado, vale decir que no se trata de un comentario jurisprudencial sobre la sentencia aludida, pues, de aquella se ejemplifica y sustrae un conflicto de intereses que merece una especial discusión y revisión normativa, jurisprudencial, bioética y práctica.

II. METODOLOGÍA

El presente trabajo adopta un enfoque crítico-normativo y dogmático-jurisprudencial, con integración bioética y práctica, centrado en el análisis de la Sentencia Rol N°7.616-2025 de la Corte Suprema de Chile, la cual tiene como origen un Recurso de Protección. De esta manera, se emplea el método de caso como eje estructurante, el cual se complementa con una revisión sistemática de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias.

Así, se examina diversa normativa nacional e internacional (por ejemplo, Código Civil, Código Sanitario, Ley N°21.430, Decretos del Ministerio de Salud, Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, entre otros). También, se acompaña jurisprudencia reciente relacionada con la materia (Sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones del país). Asimismo, se integra doctrina especializada en el área, tanto del punto de vista del Derecho de Familia e Infancia, como desde la Bioética y Salud Pública.

El razonamiento se desarrolla en tres niveles: el dogmático, se sirve de la interpretación sistemática y armónica de principios (el interés superior del hijo, los deberes parentales, y su proporcionalidad; el jurisprudencial, se sustenta en un análisis comparado de tendencias y deficiencias en la ponderación judicial; por último, el bioético, a través de la aplicación de los Principios de Autonomía, Beneficencia y No Maleficencia al conflicto entre la coerción estatal y la Corresponsabilidad Parental.

En ese contexto, no se utilizan métodos empíricos, sino reflexivos-prácticos, dado el carácter teórico-normativo del estudio. Con ello, se propone una interpretación armónica como alternativa constructiva, fundada en el respeto a la autonomía y cultura familiar, sin detrimento de las políticas de salud pública. Con todo, hemos de insistir en que no se trata de un mero comentario de jurisprudencia, el verdadero valor, sentido y alcance del trabajo es su armamento teórico-práctico y reflexivo.

¹⁰ Se distingue que, en el ámbito de las relaciones familiares entre padres e hijos, debe hablarse del principio del interés superior del hijo, en conformidad al artículo 222 CC, en tanto que, en las relaciones con terceros, dicho principio debe denominarse interés superior del niño, niña o adolescente, según el artículo 7 de la Ley N°21.430, sin desmedro de verse involucrados los derechos de forma transversal a la terminología usada.

¹¹ Los elementos fácticos que fundan y anteceden a la sentencia referida se transparentan similarmente en el trabajo investigativo y reflexivo respecto de las decisiones de los padres que no arriesgan la vida de sus hijos, pero que los exponen a daños serios, véanse GUADARRAMA-OROZCO ET AL (2015a), pp. 212 y 213; GUADARRAMA-OROZCO ET AL (2015b).

III. CUESTIONAMIENTOS A RAÍZ DE LA SENTENCIA ROL N° 7.616-2025 DE 26 DE MARZO DE 2025 DE LA CORTE SUPREMA

Últimamente, llama la atención el criterio seguido por nuestra Corte Suprema y ciertas Cortes de Apelaciones del país,¹²⁻¹³ según han ordenado la vacunación obligatoria de algunos NNA, inclusive en contra de la negativa de los padres,¹⁴ mismo criterio aplicado en la Sentencia Rol N° 7.616-2025 de la Corte Suprema, lo cual, para esta parte, constituye un grave problema. Puesto que, en aquella controversia, los padres decidieron no aceptar la inoculación a su hijo recién nacido, lo que según los recurrentes era un atentado al interés superior y salud del hijo,¹⁵ sin perjuicio de que para los padres era una libre decisión de la cual eran conscientes puesto que estos voluntariamente en favor de su hijo optaban por otras vías alternativas de la Medicina.

Lo anterior, dio pie a múltiples inquietudes y dudas, entendiendo que, en virtud de dicha corriente jurisprudencial se produce una suerte de paradoja protectora que da lugar a preguntarnos lo que sigue: ¿Quién ha de ser el que define finalmente lo que es bueno o no para la salud de un hijo? ¿La ley; o un tribunal compuesto por sujetos extraños a la familia; o los propios padres?¹⁶⁻¹⁷

En este caso, los padres recurridos dieron cuenta de que actuaban de manera responsable, informada y proba, al manifestar expresamente: *"complementamos los controles médicos tradicionales con seguimiento de pediatra antroposófico, quien nos orienta en sus cuidados de forma integral, abarcando el niño en su totalidad como sujeto de derechos"*. Por consiguiente, es factible pensar y que resulte evidente que no se configuró una negligencia parental o ausencia de cumplimiento de deberes legales, a diferencia de lo que habría ocurrido si se hubieran negado a la inoculación sin adoptar medida alternativa alguna o posición proactiva respecto de la salud de su hijo, hipótesis que, en efecto, no se verificó en la especie. Empero, el fallo referido parece soslayar esta diligencia, incurriendo en una ponderación insuficiente que faculta la coerción estatal sobre la autonomía familiar, en detrimento de una interpretación armónica de los derechos involucrados.

En ese tenor, innegables son las palabras de Jorge Scala: *"Y es que cuando la razón invocada para una acción técnica contradice el fin último, es un acto que ingresa al campo ético como inmoral y, por ende, reprochable. La pretendida autonomía absoluta de la técnica frente a la ética es irracional, conforme lo antedicho. Digámoslo con franqueza, se trata más bien de una postura ideológica, para justificar que quienes detentan el poder dominen con pocos límites a quienes carecen de él"*.¹⁸ Casuísticamente, el fallo de comento coincide con lo apuntado por

¹² Se plasman en una diversidad de casos a lo largo del país, pero sosteniendo un uniforme criterio jurisprudencial, véanse *Anonimizado* (2025a); *Clínica Dávila y Servicios Medicos SPA con Mattioli* (2025); *Cínica Dávila y Servicios Medicos S.P.A. con Lavín* (2024); *Anonimizado* (2023); *Anonimizado* (2025b); *Hospital San Pablo de Coquimbo con Moreno Guerrero, Diego Salvador y Otro* (2025); *I Municipalidad de Puerto Montt Dom con Balcazar* (2024); e *Ilustre Municipalidad de Arica, Corporación de Derecho Público contra Alisson Marjorie Vera Real Vera* (2024).

¹³ Como se puede apreciar en los casos de jurisprudencia citados con antelación, se vislumbran criterios de anonimato en virtud de que son causas reservadas, en las cuales se ha protegido la identidad de los niños, niñas y adolescentes involucrados, por ello el caratulado es *"Anonimizado"*, pueden revisarse en la bibliografía del presente trabajo.

¹⁴ A mayor abundamiento jurisprudencial, véanse *SOTO* (2025); *Muñoz* (2023); y *ROMÁN* (2015).

¹⁵ En específico, y según los recurrentes *"UC Christus Servicios Clínicos SpA."*, en ese entonces los padres rechazaron: *"las vacunas BCG, Hepatitis B, Nirsevimab; vitamina K intramuscular; administración de ungüento de eritromicina para profilaxis ocular; toma de screening neonatal PKU y TSH; y, administración de cualquier vacuna del calendario nacional de inmunización"*.

¹⁶ De hecho, el título del presente trabajo rinde homenaje a la pugna paradójica entre criterios protectores al infante involucrado, en virtud de que se visualizan cuatro posturas. Una es la legal, que mandata la vacunación obligatoria a raíz de una política de salud pública; otra es la de los recurrentes que denuncian la vulneración del derecho a la salud del infante afectado como también a su integridad física; adicionalmente, la decisión contenida en el fallo de la Corte Suprema ya citado; y finalmente, la posición de los padres recurridos, en decidir cómo proteger a su hijo de enfermedades y posibles efectos adversos de procedimientos médicos, de forma justificada y amparándose en la normativa especial al efecto.

¹⁷ Desde ya, debe tenerse en cuenta que la figura ideal a la que se alude en el presente trabajo, en relación con el nivel de diligencia y tipo conducta parental que ha de considerarse, se fundamenta en la del buen padre o madre de familia que aplica sumo cuidado en el ejercicio de sus deberes.

¹⁸ *SCALA* (2004), p. 36.

Scala, ya que, la jurisprudencia atingente al ser fuente de derecho lamentablemente puede caer en una especie de tómbola cambiante de criterios técnicos interpretativos, pudiendo quebrantar en un corto plazo el campo de relación sempiterna entre la Bioética¹⁹ y el Derecho.²⁰ Dicho de otra forma, la bioética se rinde ante la técnica.

Bajo ese escenario, los padres legítimamente cuestionaron y relevaron la importancia de los efectos secundarios de las vacunas exigidas por la normativa, acompañando numerosos y extensos estudios que sostenían su postura,²¹ manifestando la negativa a prestar el consentimiento para la inoculación de su hijo. Cuestionamiento asociado a los riesgos, válido y justificado, en razón de que aquellos elementos son clave y necesarios para la correcta formación del consentimiento libre e informado a favor de su hijo, conforme a su autonomía progresiva que, a pesar de que esta aún gatee, corresponde a sus padres ejercerla,²² toda vez que el recién nacido no tiene capacidad de ejercicio.

Como se ha venido razonando, a la par, cobra especial importancia el interés superior del NNA, consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el artículo 7 de la Ley N°21.430, el cual se configura como principio rector; regla de procedimiento; criterio interpretativo, en conformidad a la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, la cual lo define como un derecho sustantivo, un principio interpretativo legal y una norma procedimental que exige evaluar impactos en el NNA de manera individualizada y en conformidad a su respectivo contexto. En relación funcional con los deberes parentales preferentes del artículo 222 del Código Civil, el interés superior no opera como contra-principio abstracto que legitime intervenciones estatales intensas de manera automática, sino en clave cooperativa, reconociendo la corresponsabilidad parental y la autonomía progresiva, de modo que solo justifique coerción cuando exista riesgo inminente y probado, evitando desdibujar la cultura familiar.

Conforme a ello, en la apelación deducida la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la conducta de los padres, en el Considerando 7° señaló: "(...) *tampoco puede ser tachada de arbitraria, pues aun cuando ese precepto no requiere que esa negativa sea motivada, en el caso de marras los recurridos niegan su permiso apoyándose en diversos estudios que refieren en su informe. Lo hasta ahora expuesto permite desestimar que la oposición a la vacunación del menor por parte de los padres recurridos busque o acepte poner en riesgo su vida o salud, pareciendo estar motivada por el propósito contrario*".²³ Tal criterio nos permite colegir que los padres no negaron el derecho a la salud de su hijo.²⁴

IV. PROBLEMAS DE LA PONDERACIÓN NORMATIVA Y MÉDICO-PRÁCTICA²⁵

De la jurisprudencia referida, se siguen evidentes discrepancias y conjeturas normativas, que se hallan anexadas de manera inexorable a la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico chileno,²⁶ disyuntivas que guardan relación con la materia del caso, y que, de forma inexcusable alcanza al intérprete judicial de la ley, esto es, los

¹⁹ La cual de forma trascendental se cimenta en cuatro principios clave, propuestos originalmente por BEAUCHAMP y CHILDRESS (1979-1994) consistentes en el Principio de Beneficencia, el de No Maleficencia, el de Autonomía del Paciente, y, el de Justicia. En ese mismo sentido, véase SIURANA (2010), pp. 121-157.

²⁰ Respecto de tal relación biojurídica, véanse ATIENZA (1998); ATIENZA (2004); ALEMANY (2022).

²¹ Estudios que pueden revisarse en el *ebook* de la causa.

²² A propósito del deber-función parental de ejercer la autonomía progresiva del hijo, véanse PARRA y RAVELLAT (2023), pp. 78-81 y RAVELLAT (2023), p. 105. Con todo, tal obligación informativa se extiende a cuestionamientos sobre el derecho a ser informado, aportando al límite entre la autonomía parental y salud pública, véase PARRA (2013), pp. 1578-1582.

²³ *UC Christus Servicios Clínicos SPA con Michelson-Boschaner* (2024).

²⁴ Con todo, llama la atención las razones de no realizarle la toma de screening neonatal PKU y TSH.

²⁵ Se sugiere al lector la íntegra revisión de las leyes a exponer.

²⁶ En instancia de analizar la jerarquía normativa interna de nuestro ordenamiento jurídico, para mayor profundización, véanse ORREGO (2024), pp. 8-18; CORDERO (2010), pp. 137-142; CORDERO (2009).

jueces. Sin ánimos de transcribir el armamento legal en su conjunto, sucintamente daremos paso a exponer las normas que se vinculan con el contexto médico-jurídico y bioético que nos ocupa.

La Constitución Política de la República de Chile, en ciertas disposiciones a modo general establece lo siguiente: artículo 1, la igualdad de dignidad y derechos entre las personas; la familia como base; el rol servicial del Estado para las personas con el objeto de propender el bien común dando las condiciones para el pleno desarrollo espiritual y material de las personas, salvaguardando siempre los derechos y garantías de estas; artículo 19 N°1, el derecho a la vida y a la integridad psíquica; artículo 19 N°4, el respeto y protección a la vida privada, a la honra de la persona y su familia; artículo 19 N°6, la libertad de conciencia; artículo 19 N° 9, el derecho a elegir el sistema de salud; artículo 19 N°10, el derecho preferente y deber de los padres a educar a sus hijos.

Según la normativa internacional vigente en Chile, la Convención de los Derechos del Niño en su articulado expresa brevemente: artículo 3 N°2, tiene en cuenta los derechos y deberes de los padres; artículo 5, los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres; artículo 14 N°1, respetar los derechos y deberes de los padres de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades; artículo 18 N°1, la responsabilidad primordial de los padres en la crianza y desarrollo del niño, su preocupación fundamental el interés superior del niño; artículo 24, materias de salud y medidas de acción.

Por su parte, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, concisamente, trata: artículo 3, la dignidad y derechos humanos, artículo 3 N°2, los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o sociedad; 4° beneficios y efectos nocivos; artículo 5, autonomía y responsabilidad individual; artículo 6, consentimiento; artículo 7, personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento; artículo 8, respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal; artículo 9, privacidad y confidencialidad; artículo 10, igualdad, justicia y equidad; artículo 11, no discriminación y no estigmatización; artículo 18, adopción de decisiones y tratamiento de las cuestiones bioéticas; artículo 20, evaluación y gestión de riesgos.

Por consiguiente, según el artículo 3 N°2 de la Declaración, en la *praxis* médica debe primar la salud individual por encima de la salud pública,²⁷ por cuanto la normativa determinante del Decreto N°6 promulgado el 29 de enero de 2010²⁸ y los artículos 32²⁹ y 33 del Código Sanitario citados en la sentencia no es coincidente con el criterio de la Declaración, al coercitivamente obligar a un grupo etario a un procedimiento médico consistente en la vacunación de determinada sustancia. En ese sentido, la Declaración en su calidad de cuerpo normativo, reviste suma relevancia, ya que, es la norma expresa que nos sirve de ancla para meditar sobre la Bioética, su concepción y ejercicio dentro del campo de la Medicina.

En tales condiciones, al referirnos a la Bioética resulta indispensable considerar sus principios basales, especialmente en su aplicación a las instancias de atención médica, sanitaria y de salud pública.³⁰ El Principio de Autonomía del Paciente implica el irrestricto respeto a los valores, creencias y decisiones personales que cada paciente tome

²⁷ El respectivo modelo asistencial centrado en la persona, reside su base en un decálogo, señala CARVAJAL ET AL (2021): "1. Todas las personas tienen dignidad. 2. Cada persona es única. 3. La biografía es la razón esencial de la singularidad. 4. Las personas tienen derecho a controlar su propia vida. 5. Las personas con grave afectación cognitiva también tienen derecho a ejercer su autonomía. 6. Todas las personas tienen fortalezas y capacidades. 7. El ambiente físico influye en el comportamiento y en el bienestar subjetivo de las personas. 8. La actividad cotidiana tiene una gran importancia en el bienestar de las personas. 9. Las personas son interdependientes. 10. Las personas son multidimensionales y están sujetas a cambios".

²⁸ Respecto de dicha norma, en la sentencia aludida, lo correcto era hacer referencia al Decreto 50 Exento del Ministerio de Salud, promulgado el 16 de septiembre de 2021 y publicado el 25 de septiembre de 2021 sin perjuicio de haber sido modificado por el Decreto 32 Exento del Ministerio de Salud, promulgado el 16 de mayo de 2025 y publicado el 29 de mayo de 2025, el cual es posterior a la dictación de la sentencia de la Corte Suprema.

²⁹ Disposición citada en el fallo de comento, artículo 32 del Código Sanitario: "El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles. El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización. Igualmente, podrá declarar obligatoria la vacunación de los animales contra enfermedades transmisibles al hombre. El Servicio Nacional de Salud podrá disponer de las medidas necesarias para que, en interés de la salud pública, las autoridades controlen el cumplimiento por parte de los habitantes del territorio nacional de la obligación de vacunarse contra las enfermedades transmisibles en los casos en que tal vacunación sea obligatoria".

³⁰ Para mayores comentarios a los principios propuestos por Beauchamp y Childress, véase ROYES (s.f).

respecto de su vida. El Principio de Beneficencia se relaciona con el deber de actuar en beneficio de las personas, promoviendo su bienestar, previniendo el daño y procurando el bien. Por su parte, la No Maleficencia se comprende como el mandato ético de abstenerse de causar daño o perjuicio a otros. Finalmente, el Principio de Justicia exige que los pacientes reciban un trato equitativo, es decir, a todos por igual, de forma equitativa sin privilegios ni diferencias arbitrarias, reconociendo en cada uno de ellos su dignidad y derechos. De modo que, haciendo el símil con las muñecas rusas o *mamushkas*, la autonomía se ubica en el centro: es la pieza más pequeña, pero constituye el núcleo esencial. Luego, la envuelve la beneficencia y la no maleficencia, que corrigen y delimitan el ejercicio de la autonomía; y, por último, la justicia conforma el principio más externo, que integra y armoniza a los anteriores bajo un imperativo de equilibrio ético y social.

Así, el Pacto de San José de Costa Rica, resumidamente, regula: artículo 11, protección de la honra y dignidad, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia; artículo 12 N°4, derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa y moral de acuerdo a sus propias convicciones.

Ahora, en lo que le compete al Derecho Civil como derecho común y general, en su respectivo Código Civil (en adelante CC), a modo general, desarrolla: artículo 222, el interés superior del hijo; artículo 224, el cuidado personal del hijo y el Principio de Corresponsabilidad Parental; artículo 236, el derecho y deber de educar al hijo. También, se suscitan las normas básicas relativas al acto jurídico:³¹ artículo 1445, requisitos de validez de todo acto jurídico (norma sumamente clave para la materia que nos aqueja); artículo 1447, incapacidad absoluta de impúberes y otros; artículo 1451, los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

También, especialmente, la Ley N°21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, sucintamente, dispone: artículo 7, el interés superior de los NNA como principio y norma de procedimiento junto a las circunstancias ejemplificadoras a considerar por el juez; artículo 8, la igualdad y no discriminación arbitraria; artículo 9, fortalecimiento del rol protector de la familia y el deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, de manera de otorgarle a los padres y/o madres y cuidadores las herramientas necesarias para el ejercicio de su función; artículo 10 derecho y deber preferente (se destaca esta preferencia en el inciso 2°) de los padres y/o madres a educar, cuidar, proteger y guiar a sus hijos y el deber de hacerlo permanentemente, de modo activo y equitativo, teniendo como límite el interés superior del NNA. Junto con el deber estatal de respetar, promover y proteger el ejercicio de este derecho, como el cumplimiento de los deberes paternos y/o maternos; artículo 11, la autonomía progresiva; artículo 12, es deber del Estado dar efectividad a los derechos del NNA, reconocidos en toda normativa nacional como internacional ratificada por Chile; artículo 24, el derecho a la vida; artículo 25, derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado junto al derecho y deber preferente de los padres en la crianza y desarrollo del NNA, con apoyo del Estado; artículo 30, libertad de pensamiento, conciencia y religión, podrá profesar cualquier religión, culto o creencia que no sea contraria a la Constitución ni a las leyes, como también es libre de no profesar ninguna de ellas. Y el rol del Estado de respetar el derecho y deber de los padres de orientar y guiar al NNA en el ejercicio de tal derecho; artículo 34, derecho a la honra, intimidad y propia imagen; artículo 38, derecho a la salud y a los servicios de salud. Y la titularidad de los NNA de los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud regulados en el Título II de la Ley N° 20.584. Y, el derecho de inmunización contra enfermedades prevenibles, y el deber del Estado a practicarlo, y la responsabilidad de los padres de que sus hijos sean vacunados oportunamente; artículo 39, derecho a atención médica de emergencia; artículo 40, información sobre la salud y el consentimiento informado, a obtener información completa sobre su salud y su desarrollo, así como sobre el proceso sanitario que deban recibir.

En ese mismo contexto, la Ley N° 20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, tiene lineamientos en materias de moral y bioética para experimentos médicos, en su artículo 11, trata el consentimiento voluntario del sujeto humano como un requisito absolutamente esencial.³²

En cuanto a la normativa especial y materia sanitaria a aplicar, cobra protagonismo la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de los pacientes, consagra lo siguiente: artículo 10, derecho a la información cabal y oportuna,

³¹ Recordemos que la doctrina nacional es la que desarrolló dicho vocablo, mas no el propio articulado del Código Civil.

³² Véase la relación de esta normativa especial con la cita a pie de página N°123 párrafo tercero.

de la atención médica, tratamientos, procedimientos, riesgos y efectos secundarios; artículo 14, el consentimiento informado y la libertad de decidir si otorgar o no su voluntad para someterse a cualquier tratamiento o protocolo médico; artículo 15, situaciones excepcionales en las que no se requerirá manifestación de voluntad.

En suma, lo axial que es el contrato médico y de prestación de servicios,³³ sin ir más lejos, esta vendría siendo la herramienta jurídica de transferencia de riesgos más determinante de la relación médica. Asimismo, se halla el Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud. Adicionalmente, cobra importancia el Código de Ética del Colegio Médico de Chile,³⁴ Título III "de las relaciones del médico con sus pacientes" 2. Información y consentimiento, artículos 24 al 28. Código, vinculante o no, logra manifestar la concepción médica respecto de asuntos sanitarios necesariamente ligados a la bioética.

Y, en general, todo lo concerniente a la *lex artis medica*.³⁵ Es preciso señalar que, las normas precedentes inciden de forma directa en la ejecución de la decisión jurisprudencial.

Tal como se ha informado, las leyes citadas nos otorgan las piezas que merecen un orden y sentido lógico.³⁶⁻³⁷ Sin embargo, el criterio sostenido por la Corte Suprema tiende a olvidar una interpretación sistémica de las leyes. Peor aún, desestima el derecho preferente de los padres, y excluye su negativa justificada³⁸ de someter a su hijo a un tratamiento médico o no, lo cual nos demuestra un poder paternalista³⁹ (que a nuestro entender a veces puede ser llegar a ser exagerado), soslayando la normativa concerniente a la autoridad paterna y los deberes legales parentales. En efecto, el conflicto normativo es manifiesto, mientras que su resolución permanece incierta. Surge entonces la pregunta: ¿cuál de las normas es la que debe prevalecer? Y, en contextos de esta naturaleza, ¿qué rol desempeña la Bioética?

En base a la sentencia referida el choque normativo directo más evidente y conflictivo se suscita entre los artículos 14 y 15 de la Ley N° 20.584, junto a los artículos 9, 10, 25, 30, 40 de la Ley N° 21.430 frente al artículo 38 de la misma ley, y, el Decreto N°6 del Ministerio de Salud del 2010 y el artículo 32 del Código Sanitario aludidos en la sentencia

³³ Para un mayor desarrollo arquetípico médico-contractual, contrástese con VIDAL (2020) y PIZARRO (2014), pp. 825-843. Y, en lo concerniente a los artículos 14 y 15 de la Ley N° 20.584, los derechos del paciente permiten equilibrar la autonomía individual con excepciones en circunstancias de salud pública, lo cual constituye un aspecto relevante a considerar en la representación parental, véase CALAHORRANO ET AL (2023).

³⁴ Curioso es su artículo 21: "Ningún médico, por la naturaleza de la ciencia y arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni garantizar la curación del paciente". Lisa y llanamente una exención de responsabilidad ante todo pronóstico no negligente.

³⁵ Según el COLEGIO MÉDICO DE CHILE (2018): "*lex artis medica o estado del arte medico*" no es sino el conjunto de normas o criterios valorativos que el medico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas debe aplicarlos diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares". En concordancia con ello, es pertinente distinguir que, la necesidad terapéutica logra delimitar y modular las obligaciones del médico frente a la autonomía parental, véase PARRA-SEPÚLVEDA ET AL (2018), pp. 159-166.

³⁶ Lógica fundamentada en los Principios de Identidad; No Contradicción; del Tercero Excluido; y, de Razón Suficiente. A propósito de los teóricos que vinculan a la lógica y el derecho, véase BATTISTA y RODRÍGUEZ, (2018). Sin embargo, sobrepasamos la distinción doctrinaria a los que estos autores denominan "creyentes" y "escépticos". La posición de esta parte apunta a que el derecho, entendido como su conjunto de principios y normas, debe y merece un orden y sentido lógico, a eso es lo que apunta su estructura armónica, porque esa es su arquitectura epistemológica y universo correspondido. En efecto, cuantas contradicciones normativas y vacíos legales encontremos demuestran una vez más el nivel de inteligencia y expertiz de nuestro legislador, lo que en gran medida repercute en el intérprete sentenciador a través del histórico adagio: "los buenos jueces hacen buenas las malas leyes".

³⁷ Respecto del conflicto entre normas pertenecientes a estratos diferentes, según Kelsen (2009), pp. 121-126: "¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? (...) una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen a un mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica".

³⁸ En conformidad a los argumentos frecuentes en litigios de esta índole, generalmente los padres fundan su rechazo a la vacunación en virtud de la probabilidad de que los riesgos de efectos adversos, inclusive, la muerte, recaigan en su hijo. Por tanto, ante dicha eventualidad los padres prefieren abolir tal alternativa médica escogiendo otra distinta, basado en el deber de proteger a su hijo. Asimismo, argumentan ser asesorados por médicos pediatras que respaldan y apoyan la oposición a vacunar a los infantes. He aquí otra paradoja dudosa, finalmente ¿a qué médico se le debe creer y seguir sus mandamientos y a cuál no?

³⁹ Como lo concibe y concluye en su tesis doctoral ALEMANY (2005a), pp. 514-517.

de la Corte Suprema. Sin olvidar la normativa civil e internacional antes citada, aplicable al caso.

En tal sentido, dentro del campo de disposiciones señaladas parece haber una falta de compatibilidad y ponderación, como también, de prelación y jerarquización entre las mismas. En respuesta a lo anterior, pudiese servir, explicitar los criterios de prelación para resolver antinomias,⁴⁰ conforme a la técnica clásica del Derecho, es decir, la norma superior prevalece sobre la inferior; la norma especial prevalece sobre la ley general; y, la norma posterior modifica o integra la norma anterior, reforzando el interés superior del NNA sobre políticas sanitarias previas. Tales criterios se integran al "*bloque de constitucionalidad sanitario-bioético*",⁴¹ concepto doctrinario que, en el ordenamiento jurídico chileno, abarca no solo la Constitución y leyes orgánicas constitucionales, sino también Tratados de Derechos Humanos y *soft law* bioética, como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (en virtud del interés jurídico protegido bien debiese ser considerada como *hard law*), configurando un conjunto normativo supremo que resuelve antinomias en favor de una interpretación armónica y pro persona, priorizando la beneficencia, no maleficencia y autonomía. Así, en el contexto de la vacunación obligatoria, este bloque impide que decretos reglamentarios desplacen y excluyan derechos fundamentales sin una proporcionalidad estricta. Bajo esa misma lógica, un *balancing-test*, mejor articulado y especializado por peritos expertos o especialistas en la materia a fin de complementar la ponderación.

Por el momento, de lo expuesto es plausible señalar que, surge el conflicto de faltar la voluntad y consentimiento de los padres, elementos ineludibles de todo acto o contrato médico que comprometa la salud de un infante. En efecto, poco importa que la Corte Suprema falle como lo hizo si en la *praxis médica* tendremos un problema jurídico esencial relativo a temas de requisitos del contrato médico. En ese sentido, el máximo tribunal pasa a crear un contrato forzoso de carácter médico falto de voluntad (como requisito de existencia) y falto de consentimiento (como requisito de validez), en consecuencia, crea una ley para las partes (en concordancia con el artículo 1545 del Código Civil). Lamentablemente, la Corte Suprema modifica la naturaleza del contrato médico, lo hace mutar de un contrato voluntario y consensual⁴²⁻⁴³ a uno forzoso,⁴⁴ en conformidad a la resolución judicial dictada. Decisión cuestionable y desafortunada, debido a que, en estos casos no es que se transen bienes patrimoniales o valores pecuniarios a pagar o indemnizar, sino que la resolución incide directamente en el cuerpo del hijo de los recurridos.

En ese orden de ideas, se comprende que la llave que abre la puerta a no requerir la voluntad del paciente, sea el hijo o sus padres, es por las situaciones excepcionales que regula el artículo 15 de la Ley N°20.584, lo que se hace notar en el caso referido por parte de los recurrentes. En preciso, vendría siendo la letra a) del artículo 15 el cual dice relación con que en el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo 14, supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

Ahora bien, teniendo presente la situación excepcional expuesta, para poder entender qué sería un riesgo para la

⁴⁰ Según los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno, véase HENRÍQUEZ (2013); en ese mismo sentido, respecto de recomendaciones para justificar resoluciones judiciales en el caso de antinomias, véase VELOSO (2021).

⁴¹ Como expresa ROSILLO (2020), p. 37, "*la jerarquía de las normas jurídicas sufre una modificación, pues si bien sigue operando la supremacía constitucional, ésta se ve afectada por la existencia de un bloque de constitucionalidad y el principio propersona. En efecto, la mayor jerarquía la tendrían las normas del bloque de constitucionalidad y las normas que respondan a la aplicación del principio propersona. Con esto, se entiende que se está en una conjunción de Constitucionalismo y derechos humanos, al ubicar como las normas superiores de un sistema jurídico a los derechos fundamentales que se encuentran referidos en la Constitución (texto constitucional más tratados internacionales)*"; también, véase HOOFT (2002). De esta manera, los estándares internacionales en materias de consentimiento se priorizan en contextos vulnerables, en particular, en personas mayores, lo cual influye en el orden normativo chileno y en la salud pública, véase CALAHORRANO (2021), pp. 4-33.

⁴² Como expone ACCORSI (2001), p. 160: "*Contrato, porque hace nacer obligaciones recíprocas e interdependientes -entregar cuidados médicos y asegurar el pago de honorarios-, por lo tanto en principio un contrato a título oneroso, consensual, constituido por un intercambio de consentimientos*".

⁴³ En principio es consensual, exceptuando aquellas situaciones de urgencia o gravedad en las que el paciente no pueda manifestar su voluntad y el personal médico deba proceder conforme al juramento hipocrático.

⁴⁴ Sin perjuicio de constituir un contrato dirigido del que emana la obligación legal de aplicar una vacunación obligatoria (pero, con ciertos matices relevantes), véanse VIDAL (2020), p. 25 y PIZARRO (2014). En suma, según ZEPEDA (2023), p. 147: "*(...) la actividad médica es aleatoria (...)*". Nos cuestionamos entonces si dicha aleatoriedad se ubica o no dentro de la expresión del artículo 1441 del Código Civil.

salud pública es debido remitirse al Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) promulgado y vigente en Chile vía Decreto N°230 del Ministerio de Relaciones Exteriores (2008), dice que "*riesgo para la salud pública*" significa la probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo (definición bastante amplia a decir verdad, pues, en tal sentido, el uso de pantallas celulares y de computadores frente la salud oftalmológica pudiesen considerarse un riesgo para la salud pública). En suma, surgen ciertos criterios como: repercusión grave (alta letalidad o infecciosidad y población vulnerable); evento inusitado (agente desconocido, síntomas atípicos); riesgos de propagación transfronteriza (viajes, densidad poblacional); posibles restricciones internacionales (comercio y viajes), además, de una notificación obligatoria a la OMS si dos o más criterios se cumplen. Bajo esa misma tesitura, el Decreto N°31 del Ministerio de Salud de 2012, define el *riesgo* como aquella posible diseminación o contagio de una enfermedad de esta naturaleza a la población en general, de acuerdo al Código Sanitario, con lo cual los criterios serían: alta infecciosidad, letalidad o vías de transmisión múltiples; evaluación epidemiológica por las autoridades. A la sazón de lo anterior, determinar el riesgo es una tarea de evaluación por las autoridades sanitarias, usando criterios como la probabilidad de contagio, impacto en la población vulnerable o fracaso terapéutico, lo cual siempre debe documentarse en la ficha clínica.

Frente a esa realidad, nos cuestionamos entonces si el no vacunar a un hijo y libremente optar por otras vías de la Medicina es un riesgo (in)existente para la salud pública o no, cuestión que trataremos más adelante.

En retorno al ámbito civil, en síntesis, sabemos que la doctrina nacional chilena⁴⁵ ha discutido la procedencia de la *teoría de la inexistencia* como sanción sobre aquellos actos a los cuales le falte algún requisito de existencia, uno de ellos es la voluntad, la cual en el caso referido de forma clara y evidente se ausenta por parte de los padres. Por tanto, si ha de faltar un elemento sustancial como lo es la voluntad no ha de ser posible que surja, se perfeccione y ejecute el contrato médico traducido en la inoculación obligatoria del niño involucrado. De hecho, a raíz de lo anterior, surge el problema sobre qué ocurre si la medida sanitaria aplicada provoca daños en el niño⁴⁶⁻⁴⁷: ¿Quién es el responsable?⁴⁸ ¿Quién indemniza y repara el daño físico o psíquico?⁴⁹ Es por lo anterior que los riesgos al ser asumidos por el paciente y no por el poder paternalista sanitario del Estado,⁵⁰ éste debe respetar bajo todo respecto la decisión y/o negativa a determinado tratamiento médico.

De lo que deviene una concatenación de efectos jurídicos de los que emana la responsabilidad civil y/o penal del médico o de la institución sanitaria,⁵¹ o administrativa del Estado, lo cual guarda íntima relación con el tipo

⁴⁵ A propósito de la postura doctrinaria que acepta la inexistencia en Chile, véase ROSENDE (2010), p. 176: "*Claro Solar señala que si falta una de las cosas esenciales del acto jurídico, éste no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno; es la nada. Desde esta perspectiva se puede decir que la ausencia de voluntad, objeto, causa o solemnidad propiamente tal, darán lugar a la inexistencia*". Para mayor profundización y desarrollo, véase SAN MARTIN (2015), pp. 752-756.

⁴⁶ Fría y categóricamente, tal contexto guarda similitud a la regla de que en toda guerra mueren inocentes, son los propios efectos o daños colaterales pertenecientes a toda batalla.

⁴⁷ A modo ejemplar se transparenta en estudios recientes las eventuales causas del Trastorno del Espectro Autista, concluye HULSCHER ET AL (2025), pp. 50 y 51: "*(...) La vacunación infantil rutinaria, combinada y administrada a edades tempranas, constituye el factor de riesgo modificable más significativo para el TEA, respaldado por hallazgos mecanicistas, clínicos y epidemiológicos convergentes, y caracterizado por un uso intensificado, la administración conjunta de múltiples dosis durante periodos críticos del neurodesarrollo y la falta de investigación sobre la seguridad acumulativa del esquema pediátrico completo. Dado que la prevalencia del TEA continúa aumentando a un ritmo sin precedentes, esclarecer los riesgos asociados con la dosificación y la administración de vacunas de forma acumulativa sigue siendo una prioridad urgente de salud pública*".

⁴⁸ A mayor abundamiento, véanse ENTELICHE (2008) y GUERRA (2023). En contextos pandémicos similares, como el Covid-19, se destacan importantes desafíos en la responsabilidad civil médica por riesgos desconocidos, lo cual refuerza la necesidad de ponderar el consentimiento informado frente a excepciones de salud pública, véase CÁRDENAS y PÉREZ (2020), pp. 157 y 158.

⁴⁹ De ese percance surge un dilema respecto de la política pública en su evaluación ex – ante y ex – post, véase PODESTÁ (2001), pp. 167-172.

⁵⁰ Contrástese con las resumidas líneas argumentativas "*contra el paternalismo*" propuestas por John Stuart Mill según CORNEJO (2017), pp. 19-22. Véase en MILL (2009), p. 72.

⁵¹ A mayor abundamiento respecto de la responsabilidad civil de clínicas y hospitales, véase TOCORNAL (2014).

de naturaleza de la obligación que contrae el médico o especialista en cuestión.⁵² Es decir, ¿se obliga a realizar un tratamiento para apaciguar los síntomas actuales o futuros y sobrellevar la enfermedad, o bien, a posteriori sanar al paciente curándolo de toda afección que lo enfermó?⁵³ Evidentemente, y siendo realistas, el médico no puede hacerse responsable del mal cumplimiento del tratamiento médico por parte del paciente. Como tampoco, del riesgo general de vida de que las personas contraigan virus o bacterias a lo largo de su vivencia.⁵⁴ Luego, si el paciente cumple íntegramente el tratamiento dado por el médico,⁵⁵ y de aquel resultan efectos secundarios o daños colaterales cobra efectividad la responsabilidad del médico, por negligencia médica o el mal tratamiento llevado a cabo.⁵⁶ Ahora bien, esto no obsta del gran margen de error o casuística de los pacientes, o sea, la epidemiología inserta detrás de cómo actúan los fármacos o protocolos en ciertas personas y cómo responden éstas a tal medicamento para el tratamiento de diversas enfermedades. Y ello, es lo que genera complicaciones e indeterminaciones de la responsabilidad, surge la pregunta: ¿cuál es la extensión de la responsabilidad? Mas, con todo, conforme a la sentencia referida, si los padres decidieron no inocular su hijo por determinadas razones, a posteriori no sería admisible que alegaran responsabilidad al facultativo respecto del propio rechazo a dicho protocolo.⁵⁷

Siendo lo suficientemente justos y comprensivos con la atención del médico profesional junto a su equipo, no podemos olvidar ante la compleja diversidad de "*tipos de pacientes*"⁵⁸ con los que deben interactuar e intentar resolver sus problemas de salud. En realidad, desde otro enfoque, corresponde a una relación contractual sumamente vertical y desequilibrada, por la parte del médico se da un vasto conocimiento de la Medicina y sus diversas temáticas, y por la parte del paciente comúnmente se da un bajo y prácticamente nulo nivel de conocimiento de los padecimientos que recaen en su fuero físico, el paciente tiene conocimientos escasos con los cuales pueda subsistir, sobrevivir y superar aquel padecimiento que lo aqueja y apremia de peligrar su salud, dicha razón es la causa de su visita al médico.⁵⁹

Así, resulta interesante tener presente que, tal como ocurre en Derecho en donde conflictúan diversas discusiones y corrientes doctrinarias respecto de un mismo asunto o conflicto normativo, de igual manera, se comporta la disciplina médica junto a sus criterios especializados sobre cuándo y por qué proceder, para qué y cómo hacerlo, qué y cuánto dosificar.⁶⁰

⁵² Véase ROSENDE (2004).

⁵³ Lo cual guarda relación con el artículo 21 del Código de Ética del Colegio Médico: "*Ningún médico, por la naturaleza de la ciencia y arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni garantizar la curación del paciente*".

⁵⁴ Respecto de la diversidad y descubrimiento continuo de virus, su origen zoonótico, su capacidad de transmisión intra-especies y humanos, junto a la necesidad de una vigilancia global frente a nuevos virus, véase WOOLHOUSE (2012), p. 2869.

⁵⁵ Acerca de la relación médico-paciente y sobre el cómo toma sus propias decisiones el propio paciente, véanse AMDIE ET AL (2022), pp. 1131–1139; ZÜRCHER ET AL (2019); PRADENAS (2017), pp. 99-102.

⁵⁶ Véanse PIZARRO (2017) y PAILLAS (2004).

⁵⁷ Estrecha relación con la doctrina de los actos propios. Además, por añadidura se llega a relacionar con materias de responsabilidad médica y sanitaria, al respecto de la causalidad en las omisiones, en cuanto a la culpa como creación de un riesgo no permitido vinculada con la aproximación normativa de causalidad, véase MUNITA (2022).

⁵⁸ A saber, sobre la información médica a pacientes y familiares, algunos aspectos clínicos, éticos y legales, véase NOGALES-GAETE ET AL (2013).

⁵⁹ Como bien expone VARELA (2023), p. 14: "*El entendimiento entre paciente y médico pueden verse perturbados por malentendidos del lenguaje y del bagaje cultural, así como exigimos al paciente que notifique con claridad sobre su enfermedad, el médico quien tiene la mayor responsabilidad en la relación con el enfermo debe preocuparse, a su vez, de notificar claramente al paciente de su acontecer, de su diagnóstico y de su pronóstico*".

⁶⁰ Véase a modo ilustrativo MOLINA-SALAZAR (2025): "*(...) A medida que la medicina avanza hacia el futuro, debemos asegurarnos de que el criterio médico siga siendo no solo relevante, sino fundamental para la excelencia clínica y la humanización de la atención en salud. Es en la ciencia y el arte de la medicina donde encontramos la verdadera promesa de un cuidado de salud integral que honra la individualidad y la complejidad de cada ser humano*".

El rescate del criterio médico es esencial en la práctica clínica moderna. La tecnología y la IA pueden ser herramientas valiosas, pero nunca deben reemplazar el juicio clínico fundamentado en el conocimiento, la experiencia, la ética, la empatía y la compasión. Los médicos deben continuar desarrollando sus habilidades y conocimientos, adaptándose a las necesidades individuales de cada paciente y generando empoderamiento en

Sin ánimos de excesos y a título ilustrativo, se advierte la posibilidad casuística de que, en el ámbito de un grupo de diez médicos confrontados con un idéntico caso clínico, podrían surgir diez interpretaciones divergentes, en función a la complejidad del padecimiento, de la escuela de Medicina que avala a cada profesional, la tecnología disponible de cada uno, y de diversos criterios que inciden en el diagnóstico médico, teniendo en cuenta que aún en tal universo de alternativas, éstas podrían albergar un considerable margen de error.⁶¹ Es por ello que, existiendo esa inexactitud interpretativa médica como constante, inevitablemente el riesgo contractual es y será siempre del paciente, salvo se acuerde lo contrario. Pero, si equilibramos el escenario, a pesar de todo, debemos aceptar que casuísticamente hay médicos y tratamientos que salvan y curan pacientes, y, a su vez, por el contrario, también, los que enferman y mortifican pacientes.⁶² Dicha dualidad forma parte del riesgo inherente y conocido de la Medicina moderna.

Conforme a lo expuesto, se va descubriendo una transición ponderativa. En otras palabras, la ponderación normativa a la que hemos aludido cambia su tejido legal para pasar a vestirse de *praxis medica*⁶³ y llegar a manifestarse dentro de la consulta o box del médico. Así, en más de alguna oportunidad pragmática, una vez más el paciente se halla de camino a otra consulta médica, para darse un timorato saludo con el médico, sentarse e intentar resumir y explicar lo que cree que son las causas o razones de su padecimiento en un raquítico lapso de tiempo, señala los tratamientos anteriores que ha seguido de diversos médicos, para que éste último le dirija la perpleja y decepcionante pregunta: *¿y por qué ese médico te recetó eso?*

V. LAS DOS CARAS DE LA MONEDA: LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL QUE INCLINA LA BALANZA HACIA EL PATERNALISMO JUDICIAL EN DETRIMENTO DE LA AUTONOMÍA PARENTAL

En virtud de lo ya mencionado, las posturas en torno a la vacunación obligatoria de los NNA se sintetizan en dos caras de una misma moneda que, por cada lanzamiento jurisprudencial, ha asentado una tendencia reiterada a un significado que desvaloriza la autonomía bioética del paciente que se halla bajo la tutela protectora de la autoridad paterna, soslayando aspectos legales de consentimiento y perpetuando una paradoja bioética que antepone el intervencionismo estatal sobre la libertad fundamental de los padres, en detrimento de un equilibrio armónico entre el interés superior del NNA y los derechos parentales consagrados en la normativa nacional e internacional ya expuesta. Bien entendemos que los fundamentos de la Bioética deben permanecer exentos a toda sujeción o modificación derivada de las oscilaciones en la interpretación jurisprudencial de los tribunales.

Una de las caras se simboliza como la postura de los padres, consistente en la negativa parental a la vacunación, la cual debe reconocerse como una defensa legítima de la autonomía familiar, fundamentada en el Principio del Consentimiento Informado⁶⁴ junto a la Corresponsabilidad Parental y su deber preferente de educación, crianza y

este, sus familias y cuidadores, manteniendo siempre una visión holística de la salud".

⁶¹ En el campo de la Medicina, se concibe como la variabilidad o variaciones en la práctica médica (VPM), a raíz de ello, WENBERG (1973) anticipaba y describía este fenómeno dentro del ejercicio médico. Así, hay quienes conciben a la variabilidad como un indicador de buena gestión clínica en medicina de familia, véase TURABIÁN-FERNÁNDEZ y PÉREZ-FRANCO (2006). Bajo esa misma línea, conforme a un análisis de las causas y factores que fundamentan la variabilidad en la práctica médica, véase MOLINA (2010); en ese mismo contexto, PEIRÓ y BERNAL-DELGADO (2012). Ahora bien, según la situación en Chile respecto de ciertas muestras, variabilidad y error, véase DAGNINO (2014); errores en medicina, véase ROSSELOT (2001); errores y eventos adversos, véase MENA (2008); error en informes radiológicos, véase GÁLVEZ y MONTOYA (2017); y, evaluación de la concordancia inter-observador en investigación pediátrica, véase CERDA y VILLARROEL (2008).

⁶² Véase WRIGHT y WENSTEIN (1998); y, LANDRIGAN ET AL (2010) y DARCHY (1999).

⁶³ Por supuesto, el éxito o fracaso respecto de la satisfacción del paciente va a variar dependiendo del sistema de salud en el que se atienda, es decir, si es en el sistema público o privado, sin perjuicio de ello, es factible reconocer que en la praxis se da una simbiosis paralela, considerando que ambos sistemas gozan de virtudes y adolecen de defectos, que al final del día afectan al paciente. Para mayor contexto de la estructura y funcionamiento de la salud en Chile, véanse AGUILERA ET AL (2019) y ARAVENA e INOSTROZA (2015).

⁶⁴ GUTIÉRREZ (2005), pp. 64 y 65: "A cada ser humano, dotado como está de razón y conciencia, se le debe reconocer su capacidad para evaluar éticamente su conducta y definir su destino conforme a su escala de valores y creencias (...) Además, reconocer la autonomía del paciente supone reconocer a la vez que tiene sus propios proyectos de autorrealización, a los que tiene un acceso privilegiado". En ese mismo sentido, PÉREZ (2002), p. 5: "El Consentimiento informado será obligatorio frente a todo acto médico invasivo, tanto diagnóstico como terapéutico".

protección. Con ello, en la sentencia analizada los padres, amparados en riesgos adversos documentados, optaron por alternativas integrativas que respetan sus convicciones culturales evidenciando una diligencia proactiva. A pesar de ello, la Corte Suprema, de manera coercitiva, desatiende el Principio Bioético de la Autonomía del Paciente, erosionando la libertad parental bajo un paternalismo judicial que estigmatiza en lugar de respetar, dilatando una paradoja que cuestiona la proporcionalidad y vulnera la integridad familiar en nombre de una confusa, azarosa y anhelada protección sanitaria generalizada.

En la decisión adoptada por los padres se manifiesta el Principio de Autonomía del Paciente. Este principio cobra sentido una vez que el protocolo o tratamiento médico impuesto por la política de salud pública, es comprendido, razonado y, finalmente, aceptado o rechazado por el paciente. En efecto, es en el acto de rechazo donde se evidencia la verdadera autonomía, no entendida como una mera oposición antojadiza carente de fundamento, sino como la expresión consciente y deliberada de la voluntad individual. Dicha conducta revela una autonomía sustantiva, en contraposición a una actitud pasiva o meramente condescendiente y transigente, pues solo quien ha sido debidamente informado acerca del tratamiento, su composición y sus eventuales efectos adversos, se encuentra en condiciones de consentir o rehusar, de manera libre y responsable, la intervención médica propuesta.

De conformidad con lo expuesto, se aspira a un escenario que ofrezca al paciente una gama de opciones, o, al menos, más de una alternativa médica respecto de las cuales pueda discernir y escoger libremente, lo que ayudaría de manera más efectiva a la concreción de una autonomía plena. No obstante, al observar la actualidad, y, en particular, conforme a la sentencia del caso de marras, las opciones parecen reducirse únicamente a la aceptación o rechazo del protocolo vacunatorio. Ello nos conduce, además, a preguntarnos si en otros casos de la misma índole, el paciente, de haber estado plenamente informado sobre la naturaleza de la sustancia y los posibles efectos secundarios del tratamiento, habría consentido la celebración del contrato médico en iguales términos, o si, por el contrario, habría optado por condiciones más onerosas o incluso por su rechazo.

Por su parte, la otra cara refleja la postura institucional sanitaria y judicial, aquellas actúan en el cumplimiento de sus deberes y funciones, y responden teniendo como guía el interés superior del NNA y la salud pública, asumiendo presuntamente un riesgo colectivo inexorable de transmisión viral. Esta sobregeneralización consagra un intervencionismo normativo que, al desestimar la autonomía, construye un absolutismo médico camuflado como beneficencia, socavando, a nuestro entender la confianza en el sistema médico-judicial. En ese sentido, lejos de equilibrar la consideración de la protección parental y el respeto de la misma, esta tendencia jurisprudencial revela una desarmonía que sacrifica la libertad íntima ante una salud pública mal ponderada, contraviniendo los principios bioéticos.

Una vez dilucidados los argumentos expuestos, dejamos a la inteligencia del lector valorar y ponderar la prelación normativa junto a la tendencia jurisprudencial, invitándolo a reflexionar críticamente sobre si el interés superior del hijo, en su aplicación actual, justifica el sacrificio de la autonomía parental y el consentimiento informado, o si perpetúa una discordancia bioética y jurídica que exige una reinterpretación más equilibrada y respetuosa de los derechos fundamentales que se suscitan en la relación familiar.

VI. CONSENTIMIENTO MÉDICO DEL NNA Y LA NEGATIVA DE SUS PADRES: INCÓGNITAS, PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Del análisis elaborado, cabe cuestionar si el Recurso de Protección interpuesto como tal, cumple verdaderamente con el fin de garantizar la salud del NNA. En otras palabras, ¿asegura una buena salud a futuro, o se circunscribe a una medida circunstancial centrada en un mero elemento médico preventivo específico que se agota en sí mismo? Al parecer, se omite que la inoculación constituye un procedimiento médico que exige un consentimiento libre e informado. En ese sentido, vale preguntarse: ¿cómo se ejecutará la resolución del máximo tribunal? ¿Mediante el auxilio de la fuerza pública multas o arrestos?⁶⁵ Desde luego, ante la negativa a consentir la inoculación de su hijo, el

⁶⁵ *Ilustre Municipalidad de Arica, Corporación de Derecho Público contra Alisson Marjorie Vera Real Vera* (2024). En dicho caso se dictó sentencia por la Corte de Apelaciones de Arica“(…) y en consecuencia, se ordena al SERVICIO DE SALUD DE ARICA o aquel que corresponda según el domicilio de las niñas, para que proceda a la vacunación de las menores tan pronto como quede ejecutoriada la presente sentencia, pudiendo

consentimiento libre y sin vicios se transforma en su ausencia total, sometiendo al niño a una vacunación forzosa. Esto contraviene el Principio Bioético de la Autonomía del Paciente,⁶⁶ al viciar la voluntad pura de los padres, quienes ejercen y protegen legítimamente los derechos de su hijo. Por lo tanto, en principio, previo a cualquier intervención médica, debe otorgarse el consentimiento informado,⁶⁷ esto es, que el facultativo proporcione información completa sobre ingredientes, compuestos, medicamentos, protocolos, procedimientos, etapas y, en general, todos los aspectos inherentes al tratamiento médico o fármaco a aplicar.⁶⁸ Dicha información ha de ser plena, suficiente, oportuna, veraz y conscientemente comprensible y entendida por el paciente, cuestión que en el caso de comento correspondió a los padres, aceptar o rechazar el tratamiento.

Sobre el punto, cabe indicar que la acción de protección, comúnmente interpuesta en estos casos a través del Recurso de Protección, plantea aspectos procesales relevantes. La Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago han sido categóricas al resolver que dicho recurso no constituye una acción popular, exigiendo requisitos estrictos de legitimación activa. Asimismo, han establecido que el interés jurídico protegido no se centra en la salud pública, sino en la tutela de derechos fundamentales constitucionales específicos, lo que frecuentemente conduce al rechazo del recurso por no cumplir con tales exigencias procesales.⁶⁹

De modo similar, sin ánimos de envenenar el pozo o sembrar la duda lícita, es preciso señalar que dentro de la ordinaria discusión de que, si las vacunas tienen efectos positivos o no,⁷⁰ surgen constantes opiniones individuales y valoraciones sociales⁷¹ que guardan respaldo y refugio en investigaciones y revistas científicas. Como resultado ordinario se tiende a concluir mediante una mirada de túnel coloquial que: *"el que no se vacuna es un irresponsable"*, *"las vacunas siempre son en beneficio del bien común"*, *"no me gusta vacunarme, pero lo hago por mi familia"*, *"vacunándote así no te enfermarás"*, *"no lo hago por mí lo hago por los demás"*, frases que influyen en la discursiva y tratativa de estas temáticas, las cuales fundan y masifican hipótesis constantes y repetitivas, que parten desde la misma academia investigativa y científica y terminan por influir implícitamente en más de alguna decisión de un fallo jurisprudencial. Se produce entonces, una comunicabilidad y permeabilidad a gran parte de los partícipes de los poderes gubernamentales como a los integrantes de la población, sin perjuicio de existir los más ecuanímenes e imparciales que ante todo caso discrepan de la discursiva que en su ínfima demostración contienen conflictos de intereses.⁷²⁻⁷³

el mencionado servicio recabar el auxilio de la fuerza pública en caso de oposición, bastando para ello, la sola presentación de copia de esta resolución, extraída del sistema de tramitación electrónico de causas del Poder Judicial". En ese mismo sentido I. Municipalidad de Concepción con Claudio Iván Fonseca y Otra (2025).

⁶⁶ A propósito de la autonomía del paciente en la práctica clínica, véase BECA (2017), pp. 269-271.

⁶⁷ La autonomía del paciente bajo una mirada realista basado en la importancia del consentimiento informado para la práctica médica y su justificación, véanse DE LA MAZA (2017), pp. 111-131 y CÁRDENAS (2023), pp. 69-90.

⁶⁸ Vinculado a ello se dan ciertos alcances especiales y análisis críticos respecto del consentimiento hipotético, véase PIZARRO (2015) y en ese mismo sentido AEDO (2023).

⁶⁹ Contrástese en *UC Christus Servicios Clínicos SPA con Michelson-Boschaner* (2025), cuya sentencia fue acordada con el voto en contra del Sr. Matus por cuanto estima que la salud pública no es una de las garantías constitucionales amparadas por este recurso; bajo ese mismo criterio véanse *UC Christus Servicios Clínicos SPA con Michelson-Boschaner* (2024); *Alvar Hinojosa Vanessa Cristina con Isapre Consalud S.A.* (2017) y *Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A con Meneses* (2025), respectivamente.

⁷⁰ Desde un punto de vista del tratamiento farmacológico a los trastornos psiquiátricos de personalidad, véase MARÍN y FERNÁNDEZ (2007), pp. 281-283.

⁷¹ Respecto de los procedimientos clásicos de transformación de opiniones individuales en valoraciones sociales, véase VILLAR (2025).

⁷² Véase SMITH (2005): *"Las revistas médicas se han vuelto dependientes de la industria farmacéutica para su supervivencia, lo que puede tener una influencia corruptora en su contenido"*. SHELDON (2005) en respuesta a lo afirmado por Smith sugiere que los ensayos clínicos sean financiados por entidades públicas o independientes para garantizar la objetividad; de esa misma manera FRIGHI (2005) propone ensayos clínicos comparativos con dosis adecuadas y un sistema de vigilancia post comercialización supervisado por autoridades reguladoras.

⁷³ De forma transparente y dadivosa sugerimos que el lector visite y visualice tanto la información como los documentales de vacunas y de ingeniería social, presentes en El Investigador.org, disponible en: <https://elinvestigador.org/noticias/medicinas/vacunas/>.

Concretamente, cabe considerar la confusión normativa latente respecto de si la negativa de someterse a una inoculación es un asunto de salud pública o privada. En primera instancia, sabemos que es un asunto consistente en un vaivén continuo y elástico.

Ahora bien, en conformidad al artículo 3 N° 2 de la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, se postula que la salud individual debe primar sobre la pública conforme a los principios bioéticos. Bajo ese respecto, vale reconocer que, la defensa de la autonomía parental se fortalece si reconoce abiertamente la validez de los argumentos epidemiológicos que sostienen la obligatoriedad, produciéndose así un epíteto protector mucho más sólido. Estas políticas no buscan solo la protección individual, sino también proteger a poblaciones más vulnerables (como inmunodeprimidos o recién nacidos) y alcanzar la inmunidad de rebaño, un objetivo legítimo de bien público. Por lo tanto, es crucial que la ponderación diferencie el riesgo que los padres asumen para su propio hijo del riesgo agregado o colectivo producido por el eventual descenso de la inmunidad de grupo.

Como se ha referenciado, a lo largo del juicio del caso de marras, se utilizó el argumento peligrar la salud pública, confundiendo un elemento básico de la virología en cuanto a la transmisibilidad de los virus. Pues una inoculación no elimina la transmisión,⁷⁴ sólo en ciertos y determinados casos hace más llevadero el padecimiento una vez que el huésped del virus lo sufre, al cual le produce una especie de barrera protectora mediante una memoria inmunológica que tiene por fin evitar la enfermedad o apaciguar los síntomas y brotes epidemiológicos, para poder alcanzar la anhelada *inmunidad de rebaño*.⁷⁵ Ergo, *prima facie*, el hecho de no vacunar a un niño no es un riesgo o peligro para la salud pública, sino para la salud individual, ese es el pilar y verbo rector bioético de la salud.⁷⁶ En efecto, es el paciente el que corre el riesgo, pues como la vacuna no elimina ni excluye el contagio, se vacune o no la propagación es aparentemente inevitable, inclusive para el que sí se inoculó,⁷⁷ salvo se someta

⁷⁴ En conformidad a algunas posturas de ciertos médicos, se indica por ENDEIZA (2021): "(...) *estar vacunados no significa que no debemos seguir llevando a cabo las medidas de protección. Las vacunas no actúan como un escudo que impide que nos contagiemos. Son una herramienta que nos permite defendernos de mejor manera si contraemos el virus, es decir, evita que se presenten formas graves o severas de la enfermedad*". Y también, como se señala por LEÓN (2014): "*La vacuna BCG no disminuye el riesgo de infección, pero sí el riesgo de diseminación hematogena de la primo infección natural con el bacilo de tuberculosis. Esto implica proteger a los niños y niñas de las formas de presentación graves de TBC, pero no significa que se pueda descartar la enfermedad en una persona vacunada*".

Incluso, lo reconoce la misma ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2025): "*Las vacunas no confieren una protección completa del cien por ciento debido a diversos factores, como las diferencias individuales en lo que respecta a la inmunidad y la respuesta a las infecciones. Pueden producirse infecciones posvacunación, es decir, casos de infección a pesar de haberse vacunado con la pauta de vacunación completa*".

De esta manera se ven señales recientes, como la decisión tomada el 05 de diciembre de 2025, por los CENTROS PARA EL CONTROL Y LA PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES DE ESTADOS UNIDOS (CDC) de limitar la aplicación de vacunas de Hepatitis B en recién nacidos sanos sin factores de riesgo, cuestión que posiblemente en un tiempo más los demás países empiecen a imitar, véase SCHREIBER (2025).

⁷⁵ Un asunto relevante que salió a la luz durante la pandemia pasada fue el factor determinante de los sujetos sintomáticos junto a la complejidad conceptual, tratativa y práctica de los asintomáticos.

⁷⁶ La vacunación obligatoria es una política sanitaria pública, pero el procedimiento médico, *per se*, se aplica sobre la salud individual del paciente, es decir, la política es pública y su concreción es personal y contractual, configurándose la exigencia de los requisitos de un acto jurídico personalísimo. A mayor abundamiento, respecto la ética del rechazo a las vacunas, véase KOWALIK (2020), p. 1: "*Quiénes defienden la vacunación obligatoria suelen afirmar que toda persona que pueda vacunarse tiene la obligación moral o ética de hacerlo por el bien de quienes no pueden hacerlo o en interés de la salud pública. Evalúo varias premisas implícitas en los argumentos sobre la «obligación de vacunar», previamente poco teorizadas, y demuestro que la conclusión general es falsa: no existe una obligación moral de vacunar ni una base ética sólida para exigir la vacunación bajo ninguna circunstancia, ni siquiera para vacunas hipotéticas sin riesgo médico. La autonomía del agente con respecto a la autoconstitución tiene prioridad normativa absoluta sobre la reducción o eliminación de los riesgos asociados para la vida. En la práctica, la vacunación obligatoria supone una discriminación contra las características biológicas innatas y saludables, lo cual contradice las normas éticas establecidas y, además, es refutable a priori*". A propósito de la ineficacia de vacunas contra la tos ferina, véase BOLOTIN ET AL (2015).

⁷⁷ Como expresa BRENNAN (2018), p. 39: "*Las vacunas no impiden que las personas infectadas infecten a otras. Más bien, previenen que las personas se infecten. Las cuarentenas restringen la libertad de las personas, pero están justificadas (en ciertos casos) porque estas personas representan un peligro claro y presente para los demás, o al menos corren un riesgo muy alto, como individuos, de representar un peligro claro y presente para los demás. Pero la vacunación obligatoria obliga a las personas que no representan un peligro claro y presente para los demás ni corren un alto riesgo de serlo a aceptar una vacuna contra su voluntad. Cuando un grupo grande de personas rechaza las vacunas, el grupo puede suponer un riesgo, pero no es fácil atribuirlo a ningún individuo dentro del grupo. Mientras que las cuarentenas se centran específicamente en las personas peligrosas (porque están infectadas o es probable que lo estén), las vacunas obligatorias se dirigen a todos. Pero el problema es que las personas, como individuos, no influyen en gran medida. Si todos en el mundo estuvieran vacunados excepto Andy y Betty, Andy y Betty no representarían una amenaza real entre sí. En cambio, la vacunación plantea un problema de acción colectiva, en el que los individuos como individuos no son importantes*".

a una cuarentena excesiva, lo cual produce un efecto contrario al de pretender proteger la salud del individuo, en los resultados lo debilita y reduce su salud mental y lo inmunosuprime considerablemente.⁷⁸ No obstante, al ser terapias preventivas mas no curativas, poco y nada sirven si básicamente el sujeto no arma una inmunidad sólida y continua, complementando una alimentación sana y ejercicio. En consecuencia, si un sujeto tiene un sistema inmune débil y desnutrido, poca sostenibilidad, utilidad y eficacia tendrá dicha terapia médica. Además, el escenario se dificulta y obstaculiza con aquellos sujetos inmunosuprimidos o con enfermedades basales, en que la constancia de ser sometido a diversas inoculaciones pueda reducir y atrofiar en mayor medida su sistema inmune.⁷⁹

Bajo esa tesis, es conveniente abordar qué se concibe por salud pública. Comúnmente, se utilizan diversas definiciones para aclarar su concepto.⁸⁰ Para estos efectos, ha de interesarnos su conceptualización en Chile, así, la salud pública ha sido concebida por dos reconocidos profesores de Salud Pública. Por una parte, la Dra. María Inés Romero dice que es: *"Una disciplina que aporte al quehacer de la salud con conocimientos científicos, y estudios que ayuden con fundamentos para que las políticas públicas se implementen con un buen diagnóstico"*. Por otra parte, el Dr. Luis Martínez Oliva la comprende como: *"Ciencia que estudia los fenómenos de salud colectiva, tanto en su presentación y factores determinantes, como en las formas de respuestas socialmente organizadas a dichos fenómenos, en relación a su administración, gestión, financiamiento y participación ciudadana"*.⁸¹

En ese contexto, la salud y sus matices no queda exenta de problemas interpretativos y libre de diversas conjeturas en cuanto a su denominación pública como concepto,⁸² ya sea como medida, como interés jurídico a proteger, o como fin absoluto y perpetuo necesario de una sociedad. Dicho lo cual, desde el punto de vista del público objetivo que recibe la política pública traducida en la prestación sanitaria, resulta claro que distinguir entre salud pública y salud individual o particular, más allá de quien otorga dicha prestación o servicio. Es decir, según la materia que nos aqueja, ha de interesarnos el cómo se vive originalmente la salud, quién y cómo se sufre la misma, cómo se agrava o apacigua, cómo se sana o mortifica la misma. En otras palabras, el diario vivir de la salud no ha de estar dotado de un pluralismo vivencial en el que cada individuo se preocupe acérrimamente de la salud de su prójimo, pues, en realidad, las personas se ocupan en mayor medida de su fuero interno y sus eventuales padecimientos propios, de su enfermedad y sanidad, anhelando su eventual cura circunstancial.

En regreso al criterio jurisprudencial, la Corte Suprema parece presumir que ante todo escenario la inoculación de

⁷⁸ Referido a los efectos perjudiciales a la salud, contrástese con PRIETO (2021), pp. 1723-1736; SILVA (2020); y VILLAGRÁN-ORELLANA (2020), pp. 12-23.

⁷⁹ BORETTI (2024) expresa: *"Las vacunas de ARNm de refuerzo pueden afectar la respuesta inmunitaria en personas inmunodeprimidas"*.

⁸⁰ Salud Pública explicada por WINSLOW (1920), pp. 23-33: *"La ciencia y el arte de prevenir las enfermedades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las infecciones de la comunidad y educar al individuo en cuanto a los principios de la higiene personal; organizar servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico precoz y el tratamiento preventivo de las enfermedades, así como desarrollar la maquinaria social que le asegure a cada individuo de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud"*. Para HANLON (1974): *"La salud pública se dedica al logro común del más alto nivel físico, mental y social de bienestar y longevidad, compatible con el conocimiento y recursos disponibles en un tiempo y lugar determinados; con el propósito de contribuir al desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad"*. Según MILTON TERRIS (1990): *"La ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las enfermedades infecciosas y no infecciosas, así como las lesiones; educar al individuo en los principios de la higiene personal, organizar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la maquinaria social que le asegura a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud"*.

⁸¹ Véanse las concepciones dadas por los destacados profesores en FACULTAD DE CIENCIAS MÉDICAS, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE (2022), pp. 10 y 11.

⁸² A modo ilustrativo, el primer significado iguala el término *"pública"* con la acción estatal, es decir, con el ámbito público o gubernamental. El segundo concepto es más extenso al añadir la sociedad o comunidad organizada. El tercer significado asimila la salud pública con ciertos *"servicios comunitarios de salud"*, o sea, los que se ocupan del área ambiental o también a la sociedad en su generalidad, siendo masivo en su concepción. La cuarta locución se vincula con el tercero, pero en cuanto a la población que se hallan en una situación de discapacidad o vulnerabilidad. Finalmente, con frecuencia se usa el vocablo *"conflicto o problema de salud pública"* para hacer referencia a afecciones o padecimientos de alta contagiosidad o transmisibilidad en la sociedad. Véanse, WINSLOW (1920); TERRIS (1992); RYLE (1998); y FRENK (1992).

determinada vacuna es siempre útil y necesaria. Sin embargo, esto no es factible en absoluto.⁸³ Los tratamientos médicos *per se*, gozan de un carácter personalísimo, el paciente debe ser estudiado en su individualidad, según su orden genético y estudios de sus predisposiciones, antecedentes hereditarios, semiología médica, exámenes endocrinológicos y demases. Ahora, que en la *praxis* general esto no ocurra del todo no se vincula con que dicha ausencia sea correcta y suficiente.

De todas formas, es factible reconocer que, en cuanto al criterio etario sobre el cual debe aplicarse la inoculación obligatoria la Corte Suprema ha razonado correctamente,⁸⁴ pues si el infante supera el rango etario no puede ordenarse la vacunación obligatoria, puesto que el fallo en el periodo que se dictó ya habrá precluido dicha obligatoriedad por el transcurso de la edad del infante.

Sin ir más lejos y considerando el aspecto moral y de prejuicios que se suscitan en este tipo de casos, en particular, la discusión no debe centrarse en la falacia *ad hominem* de si los padres del niño eran antivacunas o no, aquello no aporta a la discusión y demuestra una insensatez evidente. El meollo del asunto debe dirigirse en la seguridad y certeza junto al alcance de efectos secundarios de los tratamientos médicos a seguir, tal como se fundaban las alegaciones de los padres. Dejando la libertad al paciente o grupo de estos a decidir,⁸⁵ consciente e informadamente si someterse a determinado procedimiento o no, y por parte del equipo médico y tribunales, respetar tal decisión. Por razones obvias, el niño comprometido en el caso, al considerarse un "*recién nacido o lactante*" no puede tomar decisiones en cuanto a su salud, correspondiéndole a sus padres decidir por lo que consideren más conveniente o positivo para su hijo.

Ello autoriza a concluir que, ni los profesionales de salud ni las instituciones sanitarias ya sean públicas o privadas, deben ejercer ningún tipo de coerción. La presión o el uso de medidas compulsivas han de ser inaceptables.⁸⁶ Un tratamiento médico nunca debe ser obligatorio, forzoso ni coercitivo, ya que esto vulnera el Principio Bioético de la Autonomía del Paciente, exceptuando situaciones de peligro inminente y grave para la vida del paciente o en circunstancias de tal urgencia que este se halle impedido de dar su consentimiento, donde el médico está obligado a actuar conforme al *juramento hipocrático*. Inclusive, si por parte de los médicos ha de existir la objeción de conciencia⁸⁷ para ciertas situaciones, perfectamente debería considerarse y respetarse la decisión del paciente de no someterse a un tratamiento médico, cuestión que en el caso de marras consistió en la negativa de los padres a vacunar a su hijo.

Así las cosas, es preciso determinar si el actuar de los organismos administrativos y judiciales configura una coerción indebida o no, a pesar de antecederle un actuar ligado al cumplimiento de sus deberes y funciones.⁸⁸ En consecuencia, el proceder de estos vicia el consentimiento de los padres que rechazan un protocolo clínico que se pretende ejercer sobre su hijo, actuar médico-administrativo-judicial que en su fin último deriva en una

⁸³ A modo ejemplificativo, recuérdese las aristas y controversias deportivo-jurídicas que causó el *Caso Djokovic*, véase en GARCÍA (2022), pp. 89-108.

⁸⁴ En sus Considerando Cuarto y Quinto resolvió: "(...) debe señalarse que la obligatoriedad de la vacunación contra la tuberculosis es durante los primeros días de vida, donde el recién nacido es inmunodeficiente (Prevención de la tuberculosis, vacuna BCG. Victorino Farga y José Antonio Caminero. Tercera edición. 2001. Capítulo 17, pp. 291-300). Esta obligatoriedad no se extiende más allá del primer mes de vida, y en razón de que el lactante por quien se recurre nació el 28 de septiembre del año 2024, habiendo superado el mes de vida al momento de la dictación de este fallo, la vacuna contra la TBC no es obligatoria desde el punto de vista epidemiológico, por lo que no hay medida alguna que adoptar respecto a ella, sin perjuicio del resto de las vacunas que formen parte del plan de vacunación aludido" (...) "Que, en consecuencia, esta Corte a fin de resguardar la vida del amparado, dispondrá que se le apliquen todas las vacunas, que, atendida su edad, tengan el carácter de obligatorias", respectivamente.

⁸⁵ Que, en el caso de la sentencia referida recayó en los padres ejercer la autonomía progresiva de su hijo.

⁸⁶ Acerca del argumento en contra de la vacunación obligatoria junto a los argumentos fallidos de la imposición de riesgos, la evasión fiscal, la libertad social y la prioridad de la vida, véase STEINHOFF (2024).

⁸⁷ Respecto de la facultad de los médicos de ser objetores de conciencia, véanse BECA y ASTETE (2015); GASCÓN (2019) y PÉREZ-CAPELLADES ET AL (2024), p. 15.

⁸⁸ Al tanto de la relación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, véase CORDERO, (2012), pp. 131-157.

modalidad de fuerza o *vis compulsiva*,⁸⁹ sin que ello constituya necesariamente los elementos de un delito, pero sí una coerción indebida mediante el abuso de autoridad o de apremios ilegítimos. En ese contexto se vinculan el Derecho Administrativo y el Derecho Civil,⁹⁰ y en cierta medida posible el Derecho Penal,⁹¹ toda vez que la relación jurídico-sanitaria se cimenta sobre una ley especial (Ley N°20.584), sin perjuicio de fundarse en los principios generales de los actos jurídicos (del punto de vista civil). Por tanto, ante la ausencia de un consentimiento libre y exento de vicios, resulta imposible validar y cumplir la resolución del tribunal.

Después de todo, es dable preguntarse: ¿es el Estado el mandamás de los tipos de Medicina existentes?⁹² La respuesta es negativa, ya que en la actualidad la base de principios jurídicos reposa sobre el Principio de la Supremacía de la Persona Humana⁹³⁻⁹⁴, en consecuencia, es el Estado subsidiario⁹⁵ el que está al servicio de la persona y no al revés,⁹⁶ lo que se manifiesta en el Principio de Autodeterminación del Paciente contenido en la Ley N°20.584. Por lo tanto, el asunto al focalizarse en la libre voluntad y decisión del individuo competente puede presentarse de que éste no acepte el fármaco como aquel norte inexorable, sino que cuestione criteriosamente su contenido optando por otras alternativas de la Medicina, legítimas, por cierto. Dentro de la gran gama de posibilidades de Medicina se presentan, por ejemplo: ancestral (rituales, ofrendas, hierbas medicinales); china (acupuntura, moxibustión, ventosas, masajes); ayurveda (dietas especiales, ayunos, hierbas medicinales, yoga, masajes, meditaciones); germánica; naturista; chamánica; antroposófica; holística; integral; homeopatía y naturopatía,⁹⁷ sonoterapia; oxigenoterapia hiperbárica; esoterismo y ocultismo (brujería⁹⁸ y magia);⁹⁹ cirugías psíquicas¹⁰⁰ y otras diversas.¹⁰¹

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, según Alemany al conceptualizar y justificar el paternalismo explica que existen instancias en las cuales el Estado debe intervenir en la salud de las personas, por razones debidamente justificadas que permiten un proceder *ipso facto*, incluso sin al asentimiento del paciente, siempre que se cumplan

⁸⁹ Según CARRASCO-JIMENEZ (2022), p. 580: *¿Qué no era para Pacheco, dentro del concepto "libertad", algo "voluntario"? No es libre o voluntario el acto efectuado en vis absoluta y en vis compulsiva. En sus palabras: "La acción que no es libre, la acción que no ha sido resuelta espontáneamente por el que la ejecuta, la acción que le ha sido impuesta por una fuerza de que no ha podido libertarse, no es, de seguro, una acción voluntaria. La coacción y la violencia materiales embargan y extinguen la voluntad (...) ¿Sucede lo mismo con la coacción y la violencia morales? También puede suceder"* que cita a PACHECO (1881), p. 73.

⁹⁰ Inclusive, se da un elemento normativo y fáctico en que existe una tendencia a relacionar el Derecho Médico con el Derecho de Consumo como tal, cobrando importancia la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor.

⁹¹ Contrástese con MAYER (2011).

⁹² Como desarrolla la idoneidad y la necesidad de la medida paternalista, ALEMANY (2005b), pp. 290-303.

⁹³ Contrástese con Contrástese con INSTITUTO RES PUBLICA (2020).

⁹⁴ Tal como se cuestiona MILL (2009), p. 88: *"¿Dónde está, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde comienza la autoridad de la sociedad? ¿Qué parte de la vida humana debe ser atribuida a la individualidad y qué parte a la sociedad?"*.

⁹⁵ DÍAZ PANTOJA (2024), p. 134: *"Es precisamente, derivado de ese carácter subsidiario que ostenta el Estado frente a la familia que, en el contexto sanitario, la función del médico y del Estado no se materializa en definir cuál es el mejor interés del NNA, pues tal decisión corresponde a los progenitores en virtud de su deber de protección"*.

⁹⁶ De acuerdo a un análisis de la configuración del derecho a la salud desde la perspectiva del Estado subsidiario, contrástese con ALLARD ET AL (2016), pp. 95-138.

⁹⁷ Tipos de Medicina complementarias reconocidas por el Ministerio de Salud en el Decreto N°5, publicado el 08 de junio de 2013.

⁹⁸ De modo ilustrativo, histórico y antropológico, véanse BUCKLAND (2001); GONZÁLEZ-WRIPLER (2002); y CLOVER-JONES (2000).

⁹⁹ En Grecia como ejemplo histórico, véase GIL (2001).

¹⁰⁰ Notables registros históricos de la cultura chamánica o curanderos de México, véase GRINBERG (2008).

¹⁰¹ La antelada ejemplificación, cuestionable o no, se sostiene bajo la lógica de que no porque el común de las personas no conozca, o no practique cierto tipo de Medicina signifique que no existan otras y que tales funcionen positivamente. Bien entendemos que, el universo de Medicinas es diverso y característico por los matices culturales que les anteceden a los distintos grupos de un territorio.

requisitos estrictos y supuestos calificados,¹⁰² que se fundan en un estado de incompetencia del individuo. En síntesis, entendemos que el actuar estatal debiese constituir la excepción mas no la regla,¹⁰³ suponiendo con preferencia un paternalismo débil que uno fuerte y desmedido.¹⁰⁴

Así y todo, en regreso al fallo de comento, del criterio seguido por la Corte Suprema se colige una disonancia respecto de la valoración de Medicinas no tradicionales. Lo que se traduce en que, si los padres practican a su hijo otro tipo de Medicina no convencional se configura un atentado al interés superior del NNA, en efecto, todo lo que no sea medicina tradicional o farmacológica es negativo e insostenible; por lo cual, inexcusablemente se debe practicar la vacunación al NNA. En ese contexto, el máximo tribunal aplica un criterio poco feliz, obvia un paralogismo de falsa oposición,¹⁰⁵ en virtud de que indirectamente contrapone la Medicina farmacológica frente a Medicinas alternativas.¹⁰⁶

A modo de reflexión:¹⁰⁷ si en una familia Mapuche¹⁰⁸ los padres de un recién nacido deciden no inocularlo, en virtud de sus creencias y conforme a la Medicina naturista que impera en dicha cultura,¹⁰⁹ ¿es algo que deba ser absolutamente reprochable? Asimismo, si unos padres practican la Medicina ayurvédica, y son sumamente cuidadosos entorno a la alimentación diaria junto a prácticas sanitarias concordantes a dicho tipo de medicina, niegan vacunar a su hijo ¿también sería reprochable? Por cierto, en ambos casos los padres no niegan la salud de su hijo como sujeto de derechos, sino que optan por otro tipo de Medicina en virtud de su sistema de creencias.¹¹⁰ Similares ejemplos se podrían dar con familias Testigos de Jehová¹¹¹ y Musulmanas.¹¹² O bien, la tradición escandinava "*The Nordic Napping Tradition*".¹¹³

Debemos precisar que, retroactivamente, la política pública es la que enraíza tal error legal, al establecer la obligatoriedad de ciertas vacunas pasa por alto religiones que según sus creencias no se lo permitan, surge entonces una aparente batalla religiosa sobre lo que es correcto o vital de ejecutar en la salud de las personas devotas y/o escépticas de la Medicina tradicional. Tal error se comunica con el intérprete judicial de la ley, es decir, con los jueces. En consecuencia, la ley y los fallos jurisprudenciales tropiezan ante la posible "*nueva religión*"

¹⁰² Véase ALEMANY (2005a), pp. 514-516.

¹⁰³ En conformidad a las situaciones excepcionales en donde no se requiere el consentimiento informado, véase SÁNCHEZ (2009), p. 8.

¹⁰⁴ ALEMANY (2005a), p. 515: "*El paternalismo débil sólo aceptaría la justificación de concretas acciones y/o regulaciones paternalistas en un marco general de respeto por las decisiones privadas de los individuos*".

¹⁰⁵ Para un mayor entendimiento, contrástese con VAZ (2016) y ABACHE (2012), pp. 103-126.

¹⁰⁶ Desde el enfoque global de una Medicina integrativa en Chile, véase TALA y PLAZA (2024).

¹⁰⁷ Asimismo, como concluye DÍAZ BERENGUER (2015): "*Lejos estamos de propugnar que el médico actual se convierta nuevamente en un chamán o en un sacerdote, pero sí, que debe estudiar en profundidad los distintos sistemas de creencias que están en las raíces de nuestra civilización y su evolución histórica, porque son la base espiritual de la relación médico paciente*".

¹⁰⁸ Casos reales ocurridos en Chile, véanse en RADIO Bío Bío (2016) y CUYUL (2013), pp. 21-33.

¹⁰⁹ Inexorablemente nos preguntamos: ¿Dónde queda la relevancia del Convenio N° 169 de la OIT?

¹¹⁰ A modo ilustrativo, véase TIWANA y SMITH (2024).

¹¹¹ Factible y positiva es la argumentación a propósito de la negativa a prestar el consentimiento para un tratamiento vital por motivos religiosos dada por ROMEO (2002), pp. 116-133.

¹¹² A modo ejemplificativo, véase ALSUWAIDI ET AL (2023).

¹¹³ Para la opinión común dicha práctica sería un atentado a la salud de los infantes junto a la vulneración de sus derechos. Encima si lo situamos en la normativa proteccional chilena, procedería el procedimiento proteccional de los artículos 71 y siguientes de la Ley N° 19.698. A pesar de todo, son costumbres típicas de dicha región del globo, incluso, se reconoce como una práctica beneficiosa para la salud de los bebés, contrástese con ABELS ET AL (2021); NILSEN (2008); TOURULA ET AL (2010). Por ello, una considerable parte de la discusión depende del contexto y poder cultural involucrado.

consistente en el "*cientificismo*",¹¹⁴ o bien, según el filósofo italiano GIORGIO Agamben ante "*la medicina como religión*".¹¹⁵

Siguiendo con el razonamiento de intervención estatal coercitiva, no sería descabellado preguntarse si, en el caso de que un NNA presente un cuadro de obesidad mórbida,¹¹⁶⁻¹¹⁷ sería razonable que la institución de salud competente interpusiera un recurso de protección contra sus padres con el fin de obligar al NNA a reducir su peso corporal, adoptar una alimentación saludable y un estilo de vida adecuado. La presente analogía evidencia la inconsistencia en la aplicación de la coerción estatal-judicial en decisiones que, aunque vitales para la salud individual, recaen primariamente en la esfera de la autoridad paterna desenvolviéndose diariamente dentro del núcleo familiar.

En definitiva, de seguir el criterio de la Corte Suprema, el consentimiento libre e informado pasa a figurar como un ideal inalcanzable, pues el facultativo jamás podrá asegurar con certeza absoluta que el paciente responderá o no de tal forma a cierto tratamiento, es sumamente casuístico y azaroso, pero del todo riesgoso, en ese azar pende de una cuerda floja la vida de un paciente sostenida por un Principio de Confianza. El fin último entonces, es el paciente, aquel toma la decisión de escoger las alternativas que se le presenten, y tal determinación debe ser respetada, teniendo como fundamento basal el Principio Bioético de la Autonomía.

Desde luego, sin ánimos de insistencia, reiteramos un posible escenario. Qué ocurriría si en el cumplimiento del fallo de la Corte Suprema se ejecuta la inoculación al hijo, y sobre aquel se producen daños o efectos adversos, o inclusive, la muerte, riesgos de los que los padres protegían a su hijo, como se dijo con anterioridad ¿ante dicha cadena de presupuestos y actos médico-administrativo-judiciales podríamos englobarlos dentro del ámbito penal y que estos constituyan un delito de apremios ilegítimos?¹¹⁸

Se nos presenta un esquema un poco alambicado, dado que, al ser una obligación legal, en virtud de que es la ley la que mandata la inoculación, podríamos colegir que esta misma es conocedora de los efectos secundarios, daños colaterales y riesgos que traen aparejado los tratamientos vacunatorios.¹¹⁹ En consecuencia, si la norma está enterada de los eventuales efectos negativos, concluimos que ocasionalmente se configura una especie de daños

¹¹⁴ Respecto de la posición global y contemporánea que levanta al *cientificismo* como máxima, puede consultarse en ALDANA (2020), pp. 125-134 y VILLAR (2013), pp. 1035-1048.

¹¹⁵ AGAMBEN (2020).

¹¹⁶ A modo informativo, véanse GOLDSTEIN (2020); y, RED DE SALUD UC CHRISTUS (2024).

¹¹⁷ Situación de salud que, en Chile constituyen hechos públicos y notorios, preocupantes y alarmantes, que constituyen un problema de salud a nivel nacional que afecta a diversos rangos etarios, incluidos los niños, niñas y adolescentes. Y que, es el padecimiento inflamatorio base para el desarrollo de otras enfermedades.

¹¹⁸ Al respecto, véase DURÁN (2020).

¹¹⁹ Prácticamente, en Chile el caso más reciente es el de las vacunas del Covid-19. Que, según los contratos celebrados entre el Ministerio de Salud y las distintas farmacéuticas, se evidencian claras cláusulas eximentes de responsabilidad a favor de las farmacéuticas ante cualquier daño o efectos secundarios que sufra la población inoculada. Por ejemplo: el punto 9.2 de límites a la responsabilidad del Acuerdo de Fabricación y Suministro entre Pfizer Chile S.A. y Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud de fecha 1 de diciembre de 2020; el Pliego de condiciones vinculantes. Pfizer Inc. y Ministerio de Salud de Chile en cuanto al anexo de Disposiciones sobre Responsabilidad e Indemnización Plena para el Acuerdo Definitivo; como también cuestiones relativas a ensayos clínicos y su respectiva transparencia, véanse Decisión Amparo Entidad Pública: Subsecretaría de Salud Pública al Requiriente: Hernán Soto Ramírez (2022), Decisión Amparo Entidad Pública: Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) al Requiriente: Nicolle Peña López (2020); y Decisión Amparo Entidad Pública: Subsecretaría de Salud Pública al Requiriente: Héctor Musso Toro (2022). Así las cosas ¿qué métodos de defensa y mecanismos resarcitorios le quedan al afectado? Con todo, internacionalmente se creó el programa de indemnización sin culpa para las vacunas del Covid-19, un fondo internacional que tuvo por objeto resarcir a los sujetos que sufrieron daños a raíz de las vacunaciones por el Covid-19, denominada "*Covax Amc*", disponible en: <https://covaxclaims.com/es/>. Indemnizaciones y reparaciones desconocidas, a decir verdad.

lícitos,¹²⁰ que pueden ser reparables o no¹²¹⁻¹²². De ahí que deba arribarse a la conclusión de que, si la norma lo sabe, es un daño lícito, que debe ser reparable,¹²³ no de aquellos daños lícitos no reparables.

Luego resulta la posibilidad de que la inteligencia de la norma no sea conocedora de que dichos procedimientos médicos pueden producir efectos nocivos y dañinos para la salud de algunas personas,¹²⁴ sería una ingenuidad y equivocación basal de la norma, de lo que parece deducirse un mayor interés en la ejecución de la política sanitaria más que en la fiscalización y control mediante la farmacovigilancia,¹²⁵ junto a la reparación y enmienda de los efectos negativos de dicha política.¹²⁶

A decir verdad, *prima facie*, no se trata de daños eventuales que los pacientes deban soportar contra todo pronóstico. En caso de que así fuera, éstos conservan la facultad de asumir voluntariamente tal riesgo o, en su defecto, de renunciar al derecho de ser vacunados, fundándose en el argumento de la renunciabilidad de ciertos derechos consagrado en el artículo 12 del Código Civil en concordancia con el artículo 14 de la Ley N°20.584.

De ello resulta necesario admitir que, si la norma ha de estar al tanto de los efectos adversos o daños y no toma cartas en el asunto del punto de vista de los mecanismos resarcitorios o indemnizatorios, a los cuales no les da una consagración relevante y necesaria, termina por constituir una escena lamentable y paradójica. Dejando como última opción, la procedencia de una reparación, bajo el fundamento de que nadie puede ser lesionado en su patrimonio y persona por un acto ajeno sin derecho a exigir la correspondiente reparación, de lo que deviene la utilización de la llave maestra del artículo 2329 del Código Civil¹²⁷ en sede de responsabilidad extracontractual, y que, a pesar de dicha disposición legal protectora a quien resulta víctima del daño, no debemos olvidar y considerar que la relación médico-paciente nace y tiene como fuente un contrato médico y/o de prestación de servicios.

¹²⁰ A propósito de los daños causados con el consentimiento de la víctima junto a sus exigencias, véase CÉSPEDES (2015), pp. 77-83.

¹²¹ Véase CÉSPEDES (2018), pp. 129-158.

¹²² Véase *Anonimizado* (2017), en ella se indemniza por una falta de servicio, a raíz de los efectos adversos de un protocolo vacunatorio.

¹²³ Sin sufrir amnesia recordamos claros ejemplos que fueron los daños, o bien, "*Efectos Supuestamente Atribuibles a Vacunación e Inmunización*" en sigla "*ESAVI serio*" a propósito de las vacunaciones experimentales y masivas realizadas durante el periodo de Estado de Excepción Constitucional suscitado en Chile por la pandemia. Contrástese con INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021a); INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021b); INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021c); INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2023); MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA (2022); y GUZMÁN (2022).

Así, consideramos deshonesto el hecho de apodarar mediante la utilización del término "*supuestamente*", cuando el nexo causal del daño es evidente y directo, mas su prueba compleja.

En ese contexto, y, a la postre de señalar que las vacunas fueron experimentales, precisamos que tal afirmación proviene de la declaración dada por el mismo Jaime Mañalich, el 7 de marzo de 2021, durante la transmisión del programa televisivo "*Café Cargado*" del canal La Red. A propósito de su rol en las negociaciones para los acuerdos y compras de millones de vacunas contra el Covid-19 para Chile, desde el minuto 1: 31: 03 en adelante, declaró lo siguiente: "(...) La única esperanza real que tenemos de controlar esta pandemia hoy día es que tengamos suficiente cantidad de gente vacunada – A lo que CHECHO HIRANE le pregunta: ¿Cuál es el rol que jugó el rector de la Universidad Católica? – JAIME MAÑALICH responde: Es un rol muy importante porque, dentro de los acuerdos para lograr amarrar y que los compromisos se cumplieran, nosotros tuvimos que poner a Chile en disposición de que se pudieran experimentar estas vacunas acá, en fase 2 (o sea, la vacuna sirve o no sirve o no produce peligro) y en fase 3 (cuánto sirve). Y eso significó que las universidades, a través de la Universidad Católica se creó un consorcio de universidades – Universidad de Chile y otras– que probaron con investigadores de las universidades estas vacunas. O sea, cuando nosotros decimos: "Miren la vacuna "X" dice que tiene una eficacia de "X" porciento, hay gente en Chile que se vacunó, recibió la vacuna real o recibió un placebo, o sea, recibieron una inyección sin nada adentro y eso permitió aportar los datos, y eso generó un compromiso ya insoslayable para los laboratorios. Pfizer hoy día nos entrega vacunas a nosotros que no está entregando a otros países (...)".

A buen entendedor pocas palabras, o, dicho de otra manera, a confesión de parte, relevo de prueba.

¹²⁴ A modo ilustrativo, respecto de cuestiones de responsabilidad por daños originados por vacunas desde una perspectiva de doctrina y jurisprudencia comparada, véanse MEDINA (2022), pp. 51-91; GRANADOS y JIMÉNEZ (2021); y DIARIO CONSTITUCIONAL (2024).

¹²⁵ Noticia polémica en Chile en que una Ministra de Estado, admitió la gravedad sanitaria tras un informe realizado por la Contraloría por supuestas vacunas vencidas y suministradas a la población, véanse QUIROZ (2025); TORO (2025); y GONZÁLEZ (2025).

¹²⁶ También, considerando la normativa que respalda la vacunación obligatoria contenida en el Decreto N°6 promulgado el 29 de enero de 2010, junto con los artículos 32 y 33 del Código Sanitario nos podríamos preguntar si procedería su inaplicabilidad por inconstitucionalidad o no.

¹²⁷ Código Civil, artículo 2329 inciso 1°: "*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*".

Bajo esa misma línea argumentativa, si la norma no ha de saber de los posibles efectos adversos, o no considera los daños, es un error legal y aun así debe proceder la indemnización de perjuicios (debiéndose probar los requisitos por quien la alega, tales como la acción u omisión, el factor de imputabilidad, el daño y el nexo causal,¹²⁸ sin perjuicio de dar paso al dilema de qué ocurre con las eximentes de responsabilidad médica) por la transgresión a la salud del individuo y su integridad física y psíquica, lo que también a nuestro entender pudiese colindar de manera no tan lejana con un eventual delito de apremios ilegítimos.

Ahora bien, teniendo como referencia los presupuestos fácticos y normativos del caso que nos aqueja, debemos señalar que éstos no se articulan de la forma que podrían ayudarnos a resolver el conflicto, siguiendo la lógica que regula el Código Sanitario, en el Título VI que dispone "*De la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos*" en sus artículos 111 H y siguientes.¹²⁹ Pese a lo anterior, si un producto farmacéutico, como lo son las vacunas, ha pasado sus respectivas fases y etapas de aprobación y eficacia experimental, a raíz de su seguridad, se consigue la factibilidad para su uso y administración pública. Con ello, debemos explicitar qué vendría siendo un producto sanitario defectuoso. Según el artículo 111 H inciso 2°, es aquel que no ofrezca la seguridad suficiente, teniendo en cuenta todas las circunstancias ligadas al producto y, especialmente, su presentación y el uso razonablemente previsible. Asimismo, si no ofrece la misma seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Con todo, no será defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma perfeccionada.

Entonces, conforme al caso de comento, la vacuna como elemento sanitario preventivo no se muestra como defectuosa, sino que los efectos de sus componentes pueden, posiblemente, ser incompatibles con el sistema inmune o linfático del sujeto a inocular, y que generen perjuicios y efectos adversos, aquello era lo que reclamaban los padres del niño, estos anticipaban un daño eventual. Por consiguiente, a primera vista, no afirmamos que se trate de vacunas defectuosas (por ejemplo, que estén vencidas, o que no se hayan respetado las exigencias y condiciones de temperatura exigidas y estado de conservación por la normativa, cuestiones que en la práctica pueden ocurrir), lo cual no obsta de que, derechamente exista la posibilidad de un fallo o fracaso vacunal.¹³⁰

En ese contexto, nos enfrentamos a una dificultad probatoria acerca de si al paciente se le inyectó cierta y determinada dosis defectuosa. Lo cual es sumamente impráctico, pues, inoculado el paciente, la sustancia se halla dentro de su torrente sanguíneo, su sistema inmune, anticuerpos, leucocitos actúan para el correcto funcionamiento de defensa contra agentes patógenos, y, a su vez, el frasco y jeringa en donde se contuvo el fármaco yace en un paraje incierto o un vertedero, según se hayan cumplido o no las normas de Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud (REAS).¹³¹ Por tanto, probar que la dosis era material y efectivamente defectuosa es improbable por no decir imposible, salvo se recurriera a la ejecución profunda de exámenes de sangre y diversos contrastes clínicos para poder verificar si el sujeto inoculado tiene cuerpos extraños u otros elementos en su interior y que estos fueron los causantes del daño, que, sin embargo, la contraparte podría alegar que estos podrían ser anteriores a la última inoculación. Finalmente, la alternativa más sugerente es la registral. O sea, el registro, la codificación de las vacunas producidas en masa, con número de serie o lote, tales pertenecen a un cargamento en particular, teniendo como fuente un contrato de suministro de vacunas entre el respectivo Ministerio de Salud y determinado laboratorio farmacéutico. Así, mediante esta documentación sería demostrable el eventual desperfecto de la dosis por la avería de su lote.

En consecuencia, el hecho de que sean productos defectuosos no dice relación con que éstos directamente produzcan daños, de tal manera que, en la práctica, lo que a un paciente puede no generarle ningún tipo de reacción o respuesta inmunológica de defensa, a otro paciente puede llevarlo incluso a la muerte, en esa casuística

¹²⁸ De modo jurisprudencial y crítico respecto de los elementos a probar, véase LATORRE (2023), pp. 129-134.

¹²⁹ A propósito de un desarrollo de responsabilidad, orientado desde el Derecho de Consumo, véase CORRAL (2011). Del cual hemos de reflexionar cómo ha facilitado un punto de encuentro con el Derecho Médico, en especial, en torno a la vacunación obligatoria y efectos adversos relacionados con tal terapia médica. Así, se torna complejo el enfrentamiento o relación de los estatutos regulatorios.

¹³⁰ Como bien expone POLONIA (2019), las posibles causas del fallo o fracaso vacunal contra la gripe. Contrástese con la cita a pie de página N° 125.

¹³¹ Véase MINISTERIO DE SALUD (2010), pp. 10-12.

baila la incerteza de que se produzca un daño o no. Luego, si ha de haber un producto sanitario defectuoso y de este se producen efectiva y realmente daños, procede la responsabilidad civil y penal, según corresponda, teniendo como fundamento el artículo 111 I del Código Sanitario. Pero, a pesar de ello, lo complejo para el paciente o sujeto inoculado será probar el nexo causal entre el daño y el producto sanitario defectuoso, es decir la causa – efecto, como también la consistencia y particularidad del defecto y del resultado dañoso. Ahora bien, por la contraparte podría destruirse la relación de causalidad junto a la peligrosidad de la actividad, aludiendo a que las estadísticas y porcentajes en su mayoría (como regla general) son de seguridad y efectividad con resultados positivos en la población, y que, por el contrario, de forma excepcional ocurren daños o efectos adversos en los pacientes.

A la postre de lo anterior, es factible recordar los criterios de imputación objetiva, en particular, la creación de riesgos no permitidos. Por ello nos preguntamos cómo se relacionan los problemas de imputación y de causalidad en el contexto sanitario, partiendo de la base que en voces de culpa, las diligencias sanitarias y médicas, sean públicas o privadas, deben realizarse con suma diligencia o cuidado, teniendo siempre presente que, en cierta medida, la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos del Código Sanitario corresponde a una manifestación de un tipo de responsabilidad estricta. Pero, como hemos dicho, el caso de comento no se sitúa en aquellas disposiciones del cuerpo normativo sanitario, dicho lo cual, el escenario se colma de complicaciones.¹³²

VII. CONCLUSIONES

Del análisis elaborado se suscitan algunos problemas paradójicos que merecen ser destacados, toda vez que revelan sugerentes tensiones inherentes entre el interés superior del NNA, los deberes parentales y la intervención estatal en materias sanitarias, conforme a la exégesis normativa y jurisprudencial efectuada se colige lo siguiente:

La superposición del interés superior del NNA ante todo escenario, inclusive por encima de la corresponsabilidad parental, es algo que debe ser examinado con detención e imparcialidad. Hasta ahora, el razonamiento y criterio jurisprudencial ha ocasionado un desequilibrio de principios interno-familiares, en la medida en que el Estado, al priorizar de manera absoluta dicho interés, puede menoscabar la autoridad paterna sin una ponderación adecuada. En efecto, es menester del Estado respetar y promover el deber preferente de educación, cuidado y protección de los padres sobre sus hijos, sin perjuicio de que la ley establezca como regla límite el interés superior del NNA. No obstante, este principio rector adolece de notables y graves indeterminaciones, puesto que lo que para los tribunales puede constituir hechos vulneratorios del interés del NNA, para los padres podría representar un accionar legítimo y diligente en el ejercicio de sus deberes parentales, fundamentado en convicciones culturales o bioéticas. Por consiguiente, en tanto no se configure una negligencia parental manifiesta (como lo fuere el abandono o mal cuidado, que debe probarse), dichos elementos deben ponderarse armónicamente mediante una interpretación sistemática, con el objeto de evitar una intromisión estatal desproporcionada que erosione la autonomía familiar y contravenga el Principio de Subsidiaridad Estatal consagrado en el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

El problema de ponderación normativa, que radica en la prelación entre disposiciones como los artículos 14 de la Ley N° 20.584 (consentimiento informado y rechazo a los tratamientos médicos), los artículos 10, 25 y 30 de la Ley N° 21.430 (derechos parentales preferentes), frente al artículo 38 de la misma ley (derecho a la salud e inmunización), el Decreto N° 6 del Ministerio de Salud del 2010 y el artículo 32 del Código Sanitario. En este sentido, surge la interrogante sobre cuál es la correcta prelación de las normas, cómo se compatibilizan y concilian las mismas, puesto que su lectura uniforme no resulta coherente ni congruente, generando antinomias que afectan la seguridad jurídica. Esta parte propone, por ende, como base interpretativa el Principio Bioético de la Autonomía del Paciente, el cual se extiende a los diversos cuerpos normativos y se manifiesta, desde ya, en el derecho preferente de los padres a educar, criar y proteger a sus hijos bajo el Principio de Corresponsabilidad Parental; en la facultad de aceptar o rechazar un tratamiento médico, otorgando o negando el consentimiento; y en la consideración permanente del interés superior del hijo durante todo el proceso ponderativo. Sin desmedro de lo anterior, este interés debe contextualizarse siempre dentro de una cultura familiar y según su propio sistema

¹³² Para un mayor entendimiento y análisis respecto de la recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, véase AEDO (2020).

de creencias, elementos que actúan como correctores y limitantes de su extensión. De este modo, el interés superior no puede operar de forma aislada, sino que requiere como sostén las figuras parentales, las cuales guían dicho interés en conformidad con sus convicciones legítimas y las pretensiones del modelo familiar que pretenden constituir, acorde a eventuales creencias religiosas o convicciones éticas, evitando así un paternalismo estatal excesivo que vulnere el artículo 19 N°9 de nuestra Constitución.

En seguida, para que esta base interpretativa sea efectiva y evite la abstracción, se requiere desarrollar criterios jurisprudenciales estables y mecanismos concretos de ponderación para conflictos bioéticos. Tales criterios deben permitir al juez objetivar la evaluación de la diligencia parental proactiva y de la cultura familiar, lo cual es fundamental para determinar si la alternativa médica-asistencial propuesta por los padres tiene suficiente peso como para exceptuar la norma general de vacunación. Lo anterior, podría materializarse mediante, "*criterios de resolución de antinomias*" y "*bloque de constitucionalidad sanitario-bioético*", protocolos, baremos, esquemas o árboles de decisiones, o, a través de la exploración de vías alternativas como *balancing-test* articulados por peritos expertos y especialistas, Comités de Bioética Especializados o Interdisciplinarios¹³³ y consultivos y/o Modelos de Mediación Familiar,¹³⁴⁻¹³⁵ que mantengan la imparcialidad y el profesionalismo magnánimo.

La distinción gubernamental y judicial respecto de lo que constituye un riesgo para la salud pública versus la salud privada e individual, es algo que debe volver a ser repensado y objetivado. En efecto, los tratamientos y procedimientos médicos, de cualquier índole poseen un carácter personalísimo, por lo que debe preponderar el consentimiento primordial reflejado en la aceptación o rechazo de un tratamiento médico. Así, de no aclarar si debe primar con antelación la salud individual de las personas o la salud pública de forma generalizada, se obtiene una paradoja ponderativa: ¿es más relevante aplicar la política sanitaria en su generalidad sin importar el consentimiento, o, valorar y respetar las decisiones autónomas de los pacientes? Bien entendemos que la preocupación basal debe residir en la salud individual, en el "*qué*" y "*cómo*" se aplica la política sanitaria, con lo cual el efecto derivado es la salud pública o el bien común sanitario. Por consiguiente, esta distinción exige una interpretación armónica que privilegie la autonomía bioética, evitando que la coerción estatal se imponga sin justificación proporcional y razonable, conforme al Principio de No Maleficencia.

En consecuencia, la lectura y decisión de la Corte Suprema respecto de la sentencia que hemos hecho referencia se comprende en su afán por privilegiar y proteger el interés superior del NNA; pero, lo anterior no se verifica con absoluta seguridad respecto de que la medida sanitaria impuesta sea la única y correcta alternativa, obviando la existencia de otras vías legítimas que respeten la autonomía familiar. Por ello, debe repensarse hasta qué punto el Estado, a través de sus organismos gubernamentales y judiciales, puede entrometerse en la salud individual de las personas de manera forzosa, e inclusive en contra de la voluntad de los padres, solo con el fin de aplicar un conjunto de normas sanitarias, sin asumir posterior intromisión, preocupación y responsabilidad por los eventuales efectos adversos derivados de dicha intervención en el futuro de la salud del NNA. Salvando programas públicos

¹³³ De modo ejemplar y derecho comparado, respecto de la medida de los Comités Interdisciplinarios de Bioética para el Poder Judicial, véase MARRAMA (2019). En esa misma línea, según la necesidad de Comités de ética y bioética en España junto a su régimen jurídico, véase DE LEUCONA (2011), pp. 37-96. Para mayor profundidad y entendimiento de la situación en Latinoamérica, véase RODRÍGUEZ ET AL (2011).

¹³⁴ Sin perjuicio de la persistente deuda político-institucional y legal en torno a la creación de una Comisión Nacional de Bioética, tal como ordenan los artículos 15 y 16 de la Ley N° 20.120. Véase RAMOS ET AL (2015). Hemos de reconocer que, en Chile han cobrado mayor protagonismo los denominados "Observatorios" o "Centros de Bioética" dependientes y dirigidos por diversas universidades del país. A título ejemplificativo, destacan entidades como el "Centro de Bioética Facultad de Medicina Clínica Alemana Universidad del Desarrollo"; "Centro de Bioética de la Pontificia Universidad Católica"; "Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética Universidad de Chile"; "Centro de Bioética de la Universidad de los Andes"; "Instituto de Bioética de la Universidad Finis Terrae"; "Centro de Bioética de la Universidad Central"; "Comité de Bioética Facultad de Ciencias de la Vida Universidad Andrés Bello". En consecuencia, se evidencia un desarrollo académico e investigativo predominantemente intrauniversitario, en contraposición a un avance institucionalizado como organismo estatal. No obstante, lo anterior, y sin desmedro de que los progresos académicos realizados al interior de las universidades obedezcan a ciertos matices o criterios ideológicos implícitamente insertos en ellas, existe el riesgo inminente de que un fenómeno análogo se replique en la eventual creación de la Comisión Nacional de Bioética, toda vez que sus criterios podrían verse modificados con cada gobierno de turno comprometiendo así su correspondida estabilidad y vital neutralidad.

¹³⁵ De acuerdo a la creación de la Comisión Nacional de Bioética, respecto de su misión, composición, funciones y difusión, véase MISSEONI (2018). En ese contexto, a propósito de la mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria véase PARRA ET AL (2018). Y, en ese mismo contexto desde un ámbito estadístico, véase MUNUERA (2020).

de salud para los NNA,¹³⁶ que no resultan tan invasivos desde una noción químico-farmacológica, como aquellos orientados a la prevención nutricional o mental. De lo referenciado, se evidencia la necesidad de una ponderación más equilibrada que integre los Principios Bioéticos de Autonomía, Beneficencia y Justicia, poniendo como centro al hijo junto a sus padres.

Con todo, si los padres demuestran un interés y preocupación proactiva de la salud de su hijo, y cumplen con su deber legal de cuidado, crianza y educación, no sería admisible reprocharles dicha conducta solo por no regirse por los cánones tradicionales de la Medicina deban ser sancionados mediante la imposición de forma coercitiva la inoculación de su hijo. Por lo tanto, de contravenir el Principio de Autonomía, así como normas básicas y clave referentes al consentimiento médico informado y libre de vicios, nos hallaríamos lisa y llanamente, *ex ante*, con una normativa que coacciona a los ciudadanos a seguir de forma predefinida una alternativa de la Medicina de manera obligatoria;¹³⁷ y *ex post*, ante un fallo que faculta una coerción indebida por parte de los organismos del Estado, lo cual es una medida reproachable e indigna de imitar. No debemos olvidar que el límite se halla en el fuero individual y personal del sujeto. Y, aún más, si objetivamente los padres cumplen debidamente su deber de cuidado y protección, de forma informada, preventiva, justificada y respaldada, no debe haber mayor intromisión por parte de los organismos de los poderes del Estado, dado que la vida del hijo en su plenitud durante su desarrollo es obligación y responsabilidad primordial de los padres, conforme al artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño.

De lo planteado, inquieta que se construya una visión global y absoluta desde el interés superior del niño,¹³⁸ pero no en conjunto con los deberes y responsabilidades parentales que son la guía vital decisoria, que, a pesar de todo, el Principio de Corresponsabilidad los ampara, guste o no.

Por último, lo que en filosofía jurídica se comprende como la *paradoja de la libertad* resulta aplicable a todo concepto y principio que se lleve al extremo. Pues, si al interés superior del NNA se le otorga garantía bajo toda situación, inclusive, en contra de la negativa de los padres a dar su consentimiento para someterlo a una vacunación, se termina por desfigurar y viciar dicho principio rector, al desatender el orden primal y original de la fortaleza familiar como núcleo fundamental de la sociedad, por cuanto se cristaliza la autoridad paterna junto a sus deberes legales preferentes de protección, cuidado y crianza, reemplazándolo por una medida *pro-filis*, la cual se representa a sí misma como una insensata independencia prematura sin un sostén posterior, que termina por liquidar la jerarquía y orden continuo de la relación filioparental afectiva y patrimonial.

Finalmente, de seguir dicho garantismo obcecado, nos enfrentamos ante el peligro de a veces llegar a tal extremo de levantar una bandera que después no tendrá mástil que la erija ni viento que la haga flamear.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Christian Díaz Sobenes: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

¹³⁶ Por ejemplo: "Chile Crece Más"; "Programa Nacional de Salud Integral de la Infancia"; "Programa Nacional de Salud Integral para Adolescentes y Jóvenes" y "Programa de Apoyo a la Salud Mental Infantil".

¹³⁷ Cual *visión de túnel* presente en ciertos juicios penales, cuya extensión de criterios y conductas del litigio criminal eventualmente moldeable y aplicable a la presente discusión medico sanitaria. Véase ELAAD (2022).

¹³⁸ Tal como distingue y concluye BÉCAR (2020), pp. 574-576.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ABACHE CARVAJAL, Serviliano (2012): "Piacenza y la falacia de falsa oposición de Vaz Ferreira", en: *Lógoi Revista de Filosofía* (núm. 21).

ABELS, Mónica; BOSY, Caroline y MYHRE FREDRIKSEN, Ingrid (2021): "Napping alone in the snow and cuddling with mommy at night: An exploratory, qualitative study of Norwegian beliefs on infant sleep", en: *Infant Behavior and Development* (vol. 65).

ACCORSI OPAZO, Enrique (2001): "Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 3).

AEDO BARRENA, Cristian (2020): "La recepción de la creación de riesgos no permitidos en el derecho chileno, como criterio de imputación objetiva, ¿puede distinguirse de la culpa?", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 35).

AEDO BARRENA, Cristian (2023): "El deber de información del médico: ¿contenido de obligación o criterio de responsabilidad? Especial referencia al consentimiento hipotético", en: Pinochet Olave, Ruperto (director), *Estudios de Derecho Civil XVI* (Santiago, Thomson Reuters).

AGUILERA SANHUEZA, Ximena; GONZÁLEZ WIEDMAIER, Claudia; MATUTE WILLEMSSEN, Isabel; NÁJERA, Manuel y OLEA NORMANDIN, Andrea (2019): "Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno", en: *Serie de Salud Poblacional* (núm. 2).

ALDANA VILLAVICENCIO, Dolores (2020): "Ciencias o científicismo: una elección ética", en: *Investigación y Práctica en Psicología del Desarrollo* (vol. 6).

ALEMANY GARCÍA, Macario (2005a): *El concepto y la justificación del paternalismo*, Tesis de Doctorado, Universidad de Alicante, Facultad de Derecho.

ALEMANY GARCÍA, Macario (2005b): "El concepto y la justificación del paternalismo", en: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 28).

ALEMANY GARCÍA, Macario (2023): "La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza", en: *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho* (núm. 46).

ALLARD SOTO, Raúl; HENNIG LEAL, Mônia y GALDÁMEZ ZELEDÁ, Liliana (2016): "El derecho a la salud y su (des) protección en el estado subsidiario", en: *Revista Estudios Constitucionales* (vol. 14 núm. 1).

ALSUWAIDI, Ahmed; HAMMAD, Hamza; ELBARAZI, Iffat y SHEEK-HUSSEIN, Mohamud (2023): "Vaccine hesitancy within the Muslim community: Islamic faith and public health perspectives", en: *Human Vaccines & Immunotherapeutics* (vol. 19 núm. 1).

AMDIE, Fisseha; SAWHNEY y WOO, Kevin (2022): "The Weakness of Will: The Role of Free Will in Treatment Adherence", en: *Patient Preference and Adherence*, (vol. 16).

ANDRUET, Armando (2004): "Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia", en: *Studia Politicae* (núm. 3).

ARAVENA LAVÍN, Pedro y INOSTROZA PALMA, Manuel (2015): "¿Salud Pública o Privada? Los factores más importantes al evaluar el sistema de salud en Chile", en: *Revista Médica de Chile* (vol. 143 núm. 2).

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (1998): "Juridificar la bioética", en: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (núm. 8).

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2004): *Bioética, derecho y argumentación* (Lima, Palestra-Temis).

BATTISTA RATTI, Giovanni y RODRÍGUEZ, Jorge (2018): "Los principios fundamentales de la lógica en el derecho", en: *Analisi E Diritto* (vol. 18 núm. 1).

BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James (1979-1994): *Principles of Biomedical Ethics*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press).

BECA INFANTE, Juan y ASTETE ÁLVAREZ, Carmen (2015): "Objeción de conciencia en la práctica médica" en: *Revista Médica de Chile* (vol. 143. núm. 4).

BECA INFANTE, Juan (2017): "La autonomía del paciente en la práctica clínica", en: *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias* (vol. 33 núm. 4).

BECA INFANTE, Juan (2018): "La relación médico-paciente en el siglo 21", en: *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias* (vol. 34 núm. 4).

BÉCAR LABRAÑA, Emilio (2020): "El principio del interés superior del niño: origen, significado, y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno", en: *Actualidad Jurídica* (núm. 42).

BERMEO DE RUBIO, Myriam y PARDO HERRERA, Ivanoba (2020): *De la ética a la bioética en las ciencias de la salud* (Cali, Editorial Universidad Santiago de Cali).

BOLOTIN, Shelly et al (2015): "¿Qué hacer con las vacunas contra la tos ferina? Vinculando lo que sabemos sobre la eficacia de la vacuna contra la tos ferina, la inmunología y la transmisión de la enfermedad para crear una vacuna mejor", en: *Enfermedad Patológica* (vol. 73 núm. 8).

BORETTI, Alberto (2024): "Refuerzos de vacunas de ARNm y respuesta inmunitaria deteriorada en individuos inmunodeprimidos: una revisión narrativa", en: *Experiencia clínica médica* (vol. 24 núm. 1).

BÓRQUEZ POLLONI, Blanca (2024): "Transformar a niños, niñas y adolescentes en los protagonistas de su atención en salud", en: *Revista Andes Pediátrica* (vol. 95 núm. 1).

BRENNAN, Jason (2018): "Un argumento libertario a favor de la vacunación obligatoria", en: *Revista de Ética Médica* (vol. 44).

BUCKLAND, Raymond (2001): *El libro completo de la brujería de Buckland* (Ciudad de México, Luis Carcamo Editor).

CALAHORRANO LATORRE, Edison (2021): "El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de salud. Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno", en: *Estudios Constitucionales* (vol. 19 núm. 1).

CALAHORRANO LATORRE, Edison; ARENAS MASSA, Ángela; MUNITA MARAMBIO, Renzo y RIVEROS FERRADA, Carolina (2023): "Derechos de las y los pacientes", disponible en: <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2024/02/MD68-Derechos-de-los-pacientes.pdf>.

CALAHORRANO LATORRE, Edison (2023): *El deber de informar del médico en la relación clínica en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y PÉREZ SAAVEDRA, Manuel (2020): "Covid-19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia", en: *Acta bioethica* (vol. 26 núm. 2).

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2023): "La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 36 núm. 1).

CARRASCO-JIMÉNEZ, Edison (2022): "La estructura del delito subyacente en el Código Penal chileno", en: *Revista Política Criminal* (vol. 17 núm. 34).

CARVAJAL, N.; GRANDA, L.; GLASINOVIC, A.; MONTERO, J.; MULLER, H.; NADAL, C. y NIVELLO, M. (2019): "Boletín nº 2 Autonomía en el modelo de salud centrado en la persona", disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1aFABwbqLZxYL38ESFg2fL4Bkv0wom-ro/view?usp=sharing>.

CERDA, Jaime y VILLARROEL, Luis (2008): "Evaluación de la concordancia inter-observador en investigación pediátrica: Coeficiente de Kappa", en: *Revista Chilena de Pediatría*, (vol. 79 núm. 1).

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2015): *El Daño Lícito*, Tesis de Doctorado, Universidad de Salamanca.

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2018): "El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza", en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 24. núm. 1).

CLOVER-JONES, Martha (2000): *Wicca. El manual de la bruja moderna* (Barcelon, Océano Grupo Editorial).

COLEGIO MÉDICO DE CHILE (2018): "Consideraciones sobre Lex artis. Error y negligencias médicas", disponible en: https://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2018/12/081112lex_artis_medica.doc.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009): "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 15 núm. 2).

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010): "La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 23 núm. 1).

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): "El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 25 núm. 2).

CORNEJO AMORETTI, Leandro (2017): "John Stuart Mil y la cuestión sobre el paternalismo", en: *Revista Derecho y Sociedad* (núm. 48).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2011): *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile* (Santiago, Editorial AbeledoPerrot. LegalPublishing Chile).

CUYUL SOTO, Andrés (2013): "La política de salud chilena y el pueblo Mapuche. Entre el multiculturalismo y la autonomía mapuche en salud", en: *Salud Problema* (año 7 núm. 14).

DAGNINO, Jorge (2014): "Muestras, variabilidad y error", en: *Revista Chilena de Anestesia* (vol. 43 núm. 2).

DARCHY, Bruno et al. (1999): "Enfermedades iatrogénicas como motivo de ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos Incidencia, causas y consecuencias", en: *JAMA Internal Medicine* (vol. 159 núm.1).

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2017): "Consentimiento informado, un poco de realismo", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 30 núm. 2).

DE LEUCONA RAMÍREZ, Itziar (2011): *Los Comités de Ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: Análisis del Régimen Jurídico Español* (Cizur Menor, Editorial Aranzadi S.A.).

DÍAZ BERENGUER, Álvaro (2015): "Magia, religión y medicina", en: *Archivos de Medicina Interna* (vol. 37 núm. 37).

DÍAZ PANTOJA, Juliana (2024): "Las manifestaciones del interés superior del niño/a en el contexto sanitario", en: Mondaca Miranda, Alexis; Illanes Valdés, Alejandra y Ravetllat Ballesté, Isaac (editores), *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia III. El interés superior del niño, niña o adolescente en el contexto de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

DÍAZ-RUBIO GARCÍA, Manuel (2018): "El paciente en la medicina actual", en: *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina de España* (núm. 135).

DURÁN MIGLIARDI, Mario (2020): "Nociones para la interpretación y delimitación del nuevo delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", en: *Revista de derecho (Coquimbo)* (vol. 27).

ELAAD, Eitan (2022): "Visión de túnel y sesgo de confirmación entre investigadores policiales y legos en contextos criminales hipotéticos", en: *SAGE Open* (vol. 12 núm. 2).

EMANUEL, Ezekiel y EMANUEL, Linda (1999): *Cuatro modelos de la relación médico-paciente*, en: *Bioética para clínicos. A Couceiro Vidal. Triacastela* (año 1999).

ENDEIZA, María (2021): "Vacunas: la herramienta más eficaz para evitar la propagación de ciertas enfermedades", disponible en: <https://www.clinicauandes.cl/noticia/covid-19-coronavirus-importancia-de-vacunarse>.

ENTELCHE ROSALES, Nicolás (2008): "La responsabilidad del Estado en la Ley 19.966 sobre régimen de garantías en salud. Historia de su establecimiento", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 17).

FALMED y COLEGIO MÉDICO DE CHILE, (2023): *Derecho Médico II; Derecho Médico III*, disponible en: https://www.falmed.cl/falmed/site/tax/port/all/taxport_19___1.html.

FRENK, J (1992): "La nueva salud pública", en: *La Crisis de la Salud Pública: reflexiones para el debate* (núm. 540).

FRIGHI, Valeria (2005): "Revistas médicas, academia y ensayos clínicos patrocinados por la industria", en: *Plos Medicina*, (vol. 2 núm. 7).

GALVÉZ, Marcelo y MONTOYA, Carlos (2017): "Error en el informe radiológico: La paradoja del elefante en la habitación y otros tropiezos", en: *Revista Chilena de Radiología* (vol. 23 núm. 2).

GARCÍA RUIZ, Leopoldo (2022): "Vacunas, Certificados Covid y Control de Fronteras: Reflexiones en torno al Caso Djokovic", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 49 núm. 3).

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2018): "Defensa de la objeción de conciencia como derecho general", en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (núm. 15).

GIL FERNÁNDEZ, Luis (2001): "Medicina, religión y magia en el mundo griego", en: *Cuadernos de filología clásica. Estudios griegos e indoeuropeos* (núm. 11).

GOLDSTEIN, Eduardo (2020): "El reconocimiento de la obesidad como enfermedad. En la política sanitaria y la normativa nacional", disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35351/2/BCN_Goldstein_La_obesidad_como_enfermedad__final3.pdf.

GONZÁLEZ-WRIPLER, Migene (2002): *El Libro de las Sombras* (Saint Paul, Llewellyn Español).

GRANADOS ALFONSO, Dubán y JIMÉNEZ ESCALANTE, Jessica (2021): "Los efectos de la vacuna contra el Covid-19 y la responsabilidad extracontractual del Estado: régimen y fundamento de responsabilidad", en: *Revista Academia & Derecho* (vol. 12 núm. 22).

GRINBERG-ZYLBERBAUM, Jacobo (2008): *Pachita* (Ciudad de México, Ediciones B).

GUADARRAMA-OROZCO, Jessica; GARDUÑO ESPINOSA, Juan, VARGAS LÓPEZ, Guillermo y VIESCA TREVIÑO, Carlos (2015): "Consentimiento informado y rechazo de los padres al tratamiento médico en edad pediátrica. El umbral de la tolerancia médica y social. Parte I", en: *Boletín Médico del Hospital Infantil de México* (vol. 72 núm. 3).

GUADARRAMA-OROZCO, Jessica; GARDUÑO ESPINOSA, Juan, VARGAS LÓPEZ, Guillermo y VIESCA TREVIÑO, Carlos (2015b): "Consentimiento informado y rechazo de los padres al tratamiento médico en edad pediátrica. El umbral de la tolerancia médica y social. Parte II", en: *Boletín Médico del Hospital Infantil de México* (vol. 72 núm. 4).

GUERRA ARAYA, Pedro (2023): "Régimen de la responsabilidad médica. Casos de Chile y Argentina", disponible en: https://www.bcn.cl/asesoriasparlamentarias/detalle_documento.html?id=81825.

GUTIÉRREZ ESCOBAR, Abelino (2005): *El consentimiento informado y el respeto a la autonomía del paciente en la práctica clínica*. Memoria de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

HANLON, John (1974): *Public Health: Administration and practice*, 6ª edición (Saint Louis, C. V. Mosby Company).

HENRÍQUEZ, Miriam (2013): "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno", en: *Estudios Constitucionales* (vol. 11 núm. 1).

HOOFT, Pedro (2002): "Bioética y Jurisprudencia", en: *Acta Bioethica* (vol. 8 núm. 2).

HULSCHER, Nicolas; LEAKE, John; TROUPE, Simon; ROGERS, Claire; COSGROVE, Kirstin; MEAD, Nathaniel; CRAVEN, Breanne; RADETICH, Mila; WAKEFIELD, Andrew y MCCULLOUGH, Peter (2025): "McCullough Foundation Report: Determinants of Autism Spectrum Disorder", en: *Zenodo* (año 2025).

INSTITUTO RES PUBLICA (2020): "Primacía de la Persona Humana y Servicialidad del Estado", disponible en: <https://respublica.cl/img/uploads/1552d3969c5ccbdb013b8fe9f0d66835.pdf>.

KELSEN, Hans (2009): *Teoría pura del derecho*, 4ª edición, 9ª reimpresión (Buenos Aires, Eudeba).

KOWALIK, Michael (2020): "Ética del rechazo a las vacunas", en: *Journal of Medical Ethics*, (vol. 48 núm. 4).

LANDRIGAN, Christopher et al. (2010): "Tendencias temporales en las tasas de daños a los pacientes como resultado de la atención médica", en: *The New England Journal of Medicine* (vol. 363 núm. 22).

LATORRE CARVALLO, Adriana (2023): "El artículo 2329 del Código Civil es una confirmación de la regla del artículo 2314 y no es una fuente normativa autónoma de responsabilidad civil extracontractual", en: *Derecho Médico III* (Santiago, Andros Impresores).

LEÓN, Jessica (2014): "Tuberculosis Infantil: Parte I, Una Enfermedad Vigente", disponible en: <https://medicina.uc.cl/publicacion/tuberculosis-infantil-parte-i-una-enfermedad-vigente/>.

MARRAMA, Silvia (2019): "Comités Interdisciplinarios de Bioética para el Poder Judicial", disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11255>.

MARÍN LÓPEZ, Jose y FERNÁNDEZ GUERRERO, María (2007): "Tratamiento farmacológico de los trastornos de personalidad", en: *Clínica y Salud* (vol. 18 núm. 3).

MAYER, Laura (2011): "Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 37).

MEDINA ALCOZ, Luis (2022): "Responsabilidad Patrimonial Por Reacción Adversa A La Vacunación: Régimen General Con Referencia Especial Al Caso Del Covid-19", en: *Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales* (vol. 6).

MENA, Patricia (2008): "Error médico y eventos adversos", en: *Revista Chilena de Pediatría* (vol. 79 núm. 3).

MENDOZA FERNÁNDEZ, Alfonso (2017): "La relación médico-paciente: consideraciones bioéticas", en: *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia* (vol. 63 núm. 4).

MILL, John (2009): *Sobre la libertad* (Madrid, Alianza Editorial).

MINISTERIO DE SALUD (2010): *Manejo de Residuos de Establecimientos de Atención de Salud*, 2ª Edición. Disponible en: <https://www.ispch.cl/sites/default/files/manual%20reas.pdf>.

MINISTERIO DE SALUD (2022): "Estrategias de Salud para los objetivos sanitarios al 2030", disponible en: <https://cens.cl/wp-content/uploads/2022/03/Estrategia-Nacional-de-Salud-al-2030.pdf>.

MISSERONI RADDATZ, Adelio (2018): "Bioética: Algunas reflexiones en torno a la creación de una Comisión Nacional de Bioética (CNB) considerando los Proyectos de Ley existentes", disponible en: <https://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2018/12/Bioetica.pdf>.

MOLINA-SALAZAR, Dora (2025): "Al rescate del criterio médico", en: *Revista Colombiana de Cardiología* (vol. 32 núm. 1).

MUNITA MARAMBIO, Renzo (2022): "El incremento del riesgo como criterio complementario a la creación del riesgo no permitido en el análisis de la causalidad en las omisiones en contextos médico-sanitarios", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 38).

MUNUERA, Pilar (2020): "La mediación sanitaria en Chile", en: *Revista Medica de Chile* (vol. 148 núm. 6).

NILSEN, Randi (2008): "Niños en la naturaleza: Ideas culturales y prácticas sociales en Noruega", en: James, Alison y James, Adrian (editores) *Infancia europea* (Londres, Palgrave Macmillan).

NOGALES-GAETE, Jorge; VARGAS-SILVA, Paola y VIDAL-CAÑAS, Iván (2013): "Información médica a pacientes y familiares: aspectos clínicos, éticos y legales", en: *Revista Médica de Chile* (vol. 141 núm. 9).

PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, Joaquín (1881): *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª edición corregida y aumentada (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello), t. I.

PAILLAS, Enrique (2004): *Responsabilidad Médica*, 5ª edición actualizada (Santiago, LexisNexis).

PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2013): "La obligación de informar al paciente: Cuestiones sobre el derecho a ser informado", en: *Revista Médica de Chile* (vol. 141 núm. 12).

PARRA SEPÚLVEDA, Darío; MENDOZA ALONZO, Pamela y CONCHA MACHUCA, Ricardo (2018): "La necesidad terapéutica como criterio para determinar el contenido de las obligaciones del médico", en: *Revistas Jurídicas* (vol. 15 núm. 1).

PARRA SEPÚLVEDA, Darío y RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac (2023): "El consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes", en: Mondaca Miranda, Alexis; Illanes Valdés, Alejandra y Ravetllat Ballesté, Isaac (editores), *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

PEIRÓ, Salvador y BERNAL-DELGADO, Enrique (2012): "Variaciones en la Práctica Médica: Apoyando la hipótesis nula en tiempos revueltos", en: *Rev Esp Salud Pública* (vol. 86 núm. 3).

PÉREZ-CAPELLADES, Rosa; FALCÓ-PEGUEROLES, Anna y RAMOS-POZÓN, Sergio (2024): "La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: un equilibrio entre derechos y deberes", en: *Revista de Bioética y Derecho* (vol. 60).

PÉREZ FLORES, Manuel (2002): "Bioética: Consentimiento Informado", en: *Revista Médica Clínica* (vol. 13 núm. 4).

PIZARRO WILSON, Carlos (2014): "El Contrato Médico. Calificación, Contenido y Responsabilidad", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 3).

PIZARRO WILSON, Carlos (2015): "En oposición al consentimiento hipotético informado", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).

PIZARRO WILSON, Carlos (2017): *La Responsabilidad Civil Médica* (Santiago, Thomson Reuters).

PODESTÁ ARZUBIAGA, Juan (2001): "Problematización de las políticas públicas desde la óptica regional", en: *Última Década* (vol. 9 núm. 15).

POLONIA, Gregorio (2019): "Fracaso de la vacuna contra la gripe: ¿fallo en la protección o fallo en la comprensión?", en: *Expert Rev Vaccines* (vol. 17 núm. 6).

PRADENAS MERA, Alfredo (2017): "Del libre albedrío del enfermo en el consentimiento informado: Una mirada, quizás, a la más compleja de las relaciones (médico-paciente) en la cual se debate el sentido más íntimo y profundo de la vida; de nuestra libertad", en: *Revista Austral de Ciencias Sociales* (núm. 1).

PRIETO MATTE, Domingo; DURÁN ROQUEFORT, Juan; NÚÑEZ MALDONADO, Nicolás; DELGADO BECERRA, Iris; BRITO MURANDA, Vicente; ORDÓÑEZ CABRERA, Mario; AGUILERA SANHUEZA, Ximena y GABLER SANTELICES, Guillermo (2021): "Trastornos de la salud mental en personas sometidas a cuarentena, estudio transversal durante pandemia por COVID-19 en población chilena", en: *Revista Médica de Chile*, Santiago, (vol. 149 núm. 12).

RAMOS VERGARA, Paulina; ARENAS MASSA, Ángela y SANTOS ALCÁNTARA, Manuel (2015): "La Comisión Nacional de Bioética de Chile: Una Tarea Pendiente. Aportes de la Experiencia de las Comisiones Nacionales de Bioética de México e Italia", en: *Acta bioeth* (vol. 21 núm. 1).

RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac (2023): "El derecho de niñas, niños y adolescentes a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en el ámbito sociosanitario", en: Mondaca Miranda, Alexis; Illanes Valdés, Alejandra y Ravetllat Ballesté, Isaac (editores), *Lecciones de Derecho de la Infancia y Adolescencia II. El principio de autonomía progresiva* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

RODRÍGUEZ, Eduardo y LOLAS, Fernando (2011): "Comisiones nacionales de bioética y organismos nacionales de desarrollo de ciencia y tecnología en Latinoamérica. Una reflexión", disponible en: <https://uchile.cl/dam/jcr:fdc5bc16-0787-4e16-adbc-80db0cb31ff9/04-comisionesnacionalesbioetica.pdf>.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2015): "Sentencia Rol N° 7.074-2012 de la Excm. Corte Suprema ¿Son las vacunas obligatorias, obligatorias?", en: *Revista de Derecho Público* (vol. 82).

ROMEO CASABONA, Carlos (2002): "El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos", en: *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. Problemas Prácticos del Consentimiento Informado* (núm. 5).

ROSENDE, Hugo (2004): "La naturaleza de las obligaciones de los médicos", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 9 enero).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (2010): "Nuevo enfoque de la ineficacia jurídica de derecho privado en el pensamiento del profesor Pablo Rodríguez Grez", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 21).

ROSILLO, Alejandro (2020): "El bioderecho: relación entre la bioética y los derechos humanos", en: *UMH Sapientiae* (vol. 1 núm. 1).

ROSSELOT, Eduardo (2001): "Errores en Medicina", en: *Revista Médica de Chile* (vol. 129 núm. 12).

ROYES, Albert (s.f): *Comentarios al libro "Principios de ética biomédica", de T. Beauchamp y J. Childress*, disponible en: <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/comentarios-al-libro-principios-de-etica-biomedica-de-t-beauchamp-y-j-childress>.

RYLE, John (1988): "Medicina social y Salud Pública", en: *Desafíos de la Epidemiología*. Publicación Científica (núm. 505).

SÁNCHEZ SANTIESTEBAN, Ana María (2009): "El Consentimiento Informado y La Relación Médico-Paciente", en: *Revista del Instituto de Bioética* (vol. 9 núm. 3).

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2015): "La teoría de la inexistencia y su falta de cabida en el Código Civil Chileno", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42 núm. 3).

SCALA, Jorge (2004): "Bioética y Derecho", en: *Persona y Bioética* (vol. 8 núm. 21).

SHELDON, Trevor (2005): "Focus on the Funding and Production of Evidence Rather Than Its Publication", en: *Plos Medicine* (vol. 2 núm. 7).

SILVA, Jaime (2020): "Efectos psicológicos de la cuarentena", disponible en: <https://psicologia.udd.cl/noticias/2020/03/opinionexperta-efectos-psicologicos-de-la-cuarentena-por-dr-jaime-silva/>.

SIURANA APARISI, Juan (2010): "Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural", en: *Veritas* (núm. 22).

SMITH, Richard (2005): "Las revistas médicas son una extensión del brazo de marketing de las compañías farmacéuticas", en: *Plos Medicine* (vol 2 núm 5).

STEINHOFF, Uwe (2024): "El caso contra la vacunación obligatoria: los argumentos fallidos de la imposición de riesgos, la evasión fiscal, la "libertad social" y la prioridad de la vida", en: *Revista de Ética Médica* (año 2024).

TALA TAJMUCH, Álvaro y PLAZA BOBADILLA, Cecilia (2024): "Medicina Integrativa en Chile: Hacia una visión más global de la salud de las personas", en: *Revista Médica de Chile* (vol. 151 núm. 8).

TERRIS, M (1992): "Tendencias actuales de la Salud Pública de las Américas", en: *La crisis de la Salud Pública* (núm. 540).

TIWANA, Muhammad y SMITH, Julia (2024): "Fe y vacunación: una revisión exploratoria de la relación entre las creencias religiosas y la reticencia a las vacunas", en: *BMC Public Health* (vol. 24).

TOCORNAL, Josefina (2014): *La Responsabilidad Civil de Clínicas y Hospitales* (Santiago, Thomson Reuters).

TOURULA, Marjo; ISOLA, Arja; HASSI, Juhani; BLOIGU, Risto y RINTAMÄKI, Hannu (2010): "Infants sleeping outdoors in a northern winter climate: skin temperature and duration of sleep", en: *Acta Paediatrica* (vol. 99 núm. 9).

TURABIÁN-FERNÁNDEZ, JL. y PÉREZ-FRANCO, B. (2006): "La variabilidad es un indicador de una buena gestión clínica en medicina de familia", en: *Atención Primaria* (vol. 37 núm. 3).

VARELA GUZMÁN, Mario (2023): "La Relación Médico Paciente y Algunos Aspectos Transculturales de Salud y Enfermedad", en: *Revista Chilena De Reumatología* (vol. 35 núm. 1).

VAZ FERREIRA, Carlos (2016): *Lógica Viva* (Lima, Palestra Editores).

VELOSO, Claudia (2021): "Recomendaciones para justificar resoluciones judiciales en caso de antonimias", disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/10/AJ_Recomendaciones_para_justificar_resoluciones_judiciales_en_caso_de_antinomias.pdf.

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020): *Responsabilidad civil por negligencia médica* (Santiago, Academia Judicial).

VILLAGRÁN ORELLANA, Marcelo; MARTÍNEZ-SANGUINETTI, María; DÍAZ AEDO, Fredy; PETERMANN-ROCHA, Fanny y CELIS-MORALES, Carlos (2020): "Nutrientes, alimentación y actividad física como potenciadores del sistema inmune en tiempos de Covid -19", en: *Ars Medica. Revista de Ciencias Médicas* (vol. 45 núm. 3).

VILLAR NOTARIO, Antonio (2025): "Opiniones individuales y valoraciones sociales", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 49).

WENNBORG, John y GITTELSON, Alan (1973): "Small area variations in health care delivery", en: *Science* (vol. 182).

WINSLOW, C.E.A. (1920): "The Untilled Fields of Public Health" en: *Science* (vol. 51).

WOOLHOUSE, Mark; Scott, Fiona; Hudson, Zoe; Howey, Richard y Chase-Topping, Margo (2012): "Human viruses: discovery and emergence", en: *Philosophical Transactions of The Royal Society* (vol. 367 núm. 1604).

WRIGHT, Janice y WEINSTEIN, Milton (1998): "Aumento de la esperanza de vida gracias a las intervenciones médicas: estandarización sobre los datos sobre los resultados", en: *The New England Journal of Medicine* (vol. 339 núm. 6).

ZEPEDA SUÁREZ, Carlos (2023): "Aplicación de la Ley 19946 sobre protección de los derechos de los consumidores a la actividad médica privada", en: *Derecho Médico III* (Santiago, Andros Impresores).

ZÜRCHER, Tobías; ELGER, Bernice y TRACHSEL, Manuel (2019): "El concepto de libre albedrío y su relevancia ética para la capacidad de toma de decisiones", en: *BMC Med Ethics* (vol. 20 núm. 31).

Jurisprudencia citada

Alvar Hinostroza Vanessa Cristina con Isapre Consalud S.A (2017): Corte Suprema, 11 de septiembre de 2017, rol N°31.987-2017.

Anonimizado (2017): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2017, rol N°8.477-2017.

Decisión Amparo Rol C8495-20 de la Entidad Pública: Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) al Requirente: Nicolle Peña López, a través del Consejo para la Transparencia, ingreso del 29.12.2020.

Decisión Amparo Rol C8533-20 de la Entidad Pública: Subsecretaría de Salud Pública al Requirente: Hernán Soto Ramírez, a través del Consejo para la Transparencia, ingreso del 30.12.2020.

Decisión Amparo Rol C7037-22 de la Entidad Pública: Subsecretaría de Salud Pública al Requirente: Héctor Musso Toro, a través del Consejo para la Transparencia, ingreso del 29.07.2022.

Anonimizado (2023): Corte Suprema, 5 de diciembre de 2023, rol N°244.312-2023.

Ilustre Municipalidad de Arica, Corporación de Derecho Público contra Alisson Marjorie Vera Real Vera (2024): Corte de Apelaciones de Arica, 26 de agosto de 2024, rol N°235-2024.

Cínica Dávila y Servicios Medicos S.P.A con Lavín (2024): Corte Suprema, 3 de febrero de 2024, rol N°28.368-2024.

UC Christus Servicios Clinicos SPA con Michelson-Boschaner (2024): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de febrero de 2025, rol N° Protección-20284-2024.

I Municipalidad de Puerto Montt Dom con Balcazar (2024): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 13 de noviembre de 2024, rol N°1037-2024.

Anonimizado (2025a): Corte Suprema, 12 de mayo de 2025, rol N°6.664-2025.

Anonimizado (2025b): Corte de Apelaciones de Valdivia, 04 de septiembre de 2025, rol N°151-2025.

Clínica Dávila y Servicios Medicos S.A con Meneses (2025): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de febrero de 2025, rol N°26809/2024.

Clínica Dávila y Servicios Medicos SPA con Mattioli (2025): Corte Suprema, 14 de mayo de 2025, rol N°15250-2025.

Hospital San Pablo de Coquimbo con Moreno Guerrero, Diego Salvador y Otro (2025): Corte de Apelaciones de La Serena, 01 de julio de 2025, rol N°737-2025.

I. Municipalidad de Concepción con Claudio Iván Fonseca y Otra (2025): Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de agosto de 2025, N° Protección-1367-2025.

UC Christus Servicios Clinicos SPA con Michelson-Boschaner (2025): Corte Suprema, 26 de marzo de 2025, rol N°7.616-2025.

Normas citadas

Acuerdo de Fabricación y Suministro entre Pfizer Chile S.A. y Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud, de fecha 1 de diciembre de 2020.

Código Civil Chileno.

Código de Ética del Colegio Médico de Chile.

Código Sanitario Chileno.

Constitución Política de la República de Chile.

Convención de los Derechos del Niño.

Convenio N° 169 de la OIT, que establece la consulta obligatoria a los pueblos originarios para medidas que les afecten.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO).

Decreto N°5 del Ministerio de Salud que Otorga reconocimiento al naturismo y regula a la naturopatía como profesión auxiliar de la salud, promulgado el 10 de febrero de 2012 y publicado el 08 de junio de 2013.

Decreto N°6 Exento del Ministerio de Salud que Dispone vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles de la población del país, promulgado el 29 de enero de 2010 y publicado el 19 de abril de 2010.

Decreto N°230 del Ministerio de Relaciones Exteriores que Promulga Reglamento Sanitario Internacional (2005), promulgado el 17 de septiembre de 2008 y publicado el 23 de diciembre de 2008.

Decreto N°31 del Ministerio de Salud que Aprueba Reglamento Sobre Entrega de Información y Expresión de

Consentimiento Informado en las Atenciones de salud, promulgado el 15 de junio y publicado el 26 de noviembre de 2012 en el Diario Oficial.

Decreto N°32 Exento del Ministerio de Salud que Modifica Decreto N°50 Exento, de 2021, del Ministerio de Salud, que "Dispone vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles de la población del país", promulgado el 16 de mayo de 2025 y publicado el 29 de mayo de 2025.

Decreto N°50 Exento del Ministerio de Salud que Dispone Vacunación Obligatoria Contra Enfermedades Inmunoprevenibles de la Población del País, promulgado el 16 de septiembre de 2021 y publicado el 25 de septiembre de 2021.

Decreto N°67 Aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario del Ministerio de Salud, promulgado el 29 de junio de 2018 y publicado el 23 de octubre de 2018.

Ley N°19.496 Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, promulgada el 07 de febrero de 1997 y publicada el 07 de marzo de 1997.

Ley N°20.120 sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana.

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

Ley N°20.968 tipifica los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ley N°21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Observación General N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Pacto de San José de Costa Rica.

Pliego de condiciones vinculantes. Pfizer Inc. y Ministerio de Salud de Chile.

Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud.

Reglamento Sanitario Internacional (2005) de la Organización Mundial de la Salud, Enmendado en 2014 y 2022.

Documentos Citados

AGAMBEN, Giorgio (2020): *La medicina como religión*, en: *Revista Santiago*, sección Sociedad. Disponible en: <https://revistasantiago.cl/sociedad/la-medicina-como-religion/>.

CAFÉ CARGADO: *Programa del 07 de Marzo 2021*, en: *YouTube*, 7 mar. 2021, desde el minuto 1: 31: 03 en adelante. Disponible en: www.youtube.com/watch?v=woUEp0kloDE.

COVAX AMC: Programa de compensación sin culpa del COVAX para las economías que pueden optar al AMC, disponible en: <https://covaxclaims.com/es/>.

DIARIO CONSTITUCIONAL (2024): *Órgano administrativo debe indemnizar a mujer que sufrió una trombosis tras vacunarse contra el Covid-19, resuelve un tribunal español*, en: *Diario Constitucional, Noticias, Actualidad Internacional*, 13 de mayo de 2024. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2024/05/13/organo-administrativo-debe-indemnizar-a-mujer-que-sufrio-una-trombosis-tras-vacunarse-contr-el-covid-19-resuelve-un-tribunal-espanol/>.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: *definición coerción*. Disponible en: <https://dle.rae.es/coerci%C3%B3n>.

EL INVESTIGADOR.ORG: *Publicaciones sobre Medicinas, Vacunas, Todo sobre las vacunas*, Disponible en: <https://elinvestigador.org/noticias/medicinas/vacunas/>.

FACULTAD DE CIENCIAS MÉDICAS, UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE (2022): *Apuntes de Salud Pública y Epidemiología. Recurso de apoyo didáctico para la enseñanza – aprendizaje*. Tomo I, Programa Centro de Salud Pública, pp. 10-11.

GONZÁLEZ, Alberto (2025): *Citan a ministra Aguilera al Congreso por eventual uso de vacunas caducadas en campaña contra covid-19*, lunes 12 de mayo de 2025, en: [biobiochile.cl](https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2025/05/12/citan-a-ministra-aguilera-al-congreso-por-eventual-uso-de-vacunas-caducadas-en-campana-contra-covid-19.shtml). Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2025/05/12/citan-a-ministra-aguilera-al-congreso-por-eventual-uso-de-vacunas-caducadas-en-campana-contra-covid-19.shtml>.

GUZMÁN, María (2022): *Gobierno de Piñera oficializó documentos sobre posibles efectos secundarios de la vacunación el último día de su mandato*, en: *El Mostrador*, disponible en <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/03/31/gobierno-de-pinera-oficializo-documentos-sobre-posibles-efectos-secundarios-de-la-vacunacion-el-ultimo-dia-de-su-mandato/>.

INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021a): *ESAVI serio: Síndrome de Trombosis con Trombocitopenia* (s.i., Instituto de Salud Pública). Disponible en: <https://media-front.elmostrador.cl/2022/03/RES-437-APRUEBA-DOCUMENTO-ESAVI-SERIO-SI%CC%81NDROME-DE-TROMBOSIS-CON-TROMBOCITOPENIA.pdf>.

INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021b): *ESAVI serio: Miocarditis y/o Pericarditis* (s.i., Instituto de Salud Pública). Disponible en: <https://media-front.elmostrador.cl/2022/03/RES-442-Aprueba-documento-Esavi-serio-miocarditis-y-o-pericarditis.pdf> /.

INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2021c): *Informe de ESAVI Notificados Primer Semestre 2021* (s.i., Instituto de Salud Pública). Disponible en: <https://www.ispch.cl/wp-content/uploads/2023/03/Scan02-03-2023-122948.pdf>.

INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2023): *Informes estadísticos de ESAVI de vacunas SARS-CoV-2*. Disponible en: <https://www.ispch.gob.cl/isp-covid-19/informes-estadisticos-de-esavi-de-vacunas-sars-cov-2/>.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA (2022): *Resolución Exenta Número 442, Aprueba documento ESAVI serio: Miocarditis y/o Pericarditis*, en: *Diario Oficial de la República de Chile*. Disponible en: <https://media-front.elmostrador.cl/2022/03/RES-442-Aprueba-documento-Esavi-serio-miocarditis-y-o-pericarditis.pdf>.

Muñoz, Juan (2023): *Consentimiento informado: ¿Qué dicen los fallos de la justicia?* *Jurisprudencia en Chile*. Volumen 75 N°2, Agosto 2023, disponible en: <https://falmed.cl/revista-falmed/consentimiento-informado-que-dicen-los-fallos-de-la-justicia>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2021): *El programa de indemnización sin culpa para las vacunas contra la COVID-19, el primero del mundo*. 22 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-covid-19-vaccines-is-a-world-first>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2025): *Eficacia teórica, eficacia real y protección de las vacunas*, en: *Organización Mundial de la Salud, Centro de Prensa, Reportajes*. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/feature-stories/detail/vaccine-efficacy-effectiveness-and-protection>.

ORREGO, Juan Andrés (2024): *Teoría de la ley*. Apuntes. Disponible en: https://www.juanandresorrego.cl/apuntes_all.html.

QUIROZ, Nelson (2025): *Ministra Aguilera admite gravedad tras informe de Contraloría por vacunas vencidas*. 09/05/2025, en: *ADN Radio*. Disponible en: https://www.adnradio.cl/2025/05/09/ministra-aguilera-admite-gravedad-tras-informe-de-contraloria-por-vacunas-vencidas/?fbclid=IwY2xjawM6oVRleHRuA2FlbQlxBicmIkETFTSIj2dkROVjBKMtqcTAyAR7R_NS602RR_iDtL9hli5ZamS4LoHUJZtZ4xrzBPDJMBVjB83SA1Jxc-Wmcyw_aem_9j7Jg4goASLyFO-Z_AHspg#google_vignette.

RADIO Bío Bío (2016): *Familia mapuche rechaza vacunas por linaje ancestral de su hija: el caso llega a la justicia*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2016/09/30/familia-mapuche-rechaza-vacunas-por-linaje-ancestral-de-su-hija-el-caso-llega-a-la-justicia.shtml>.

RED DE SALUD UC CHRISTUS (2024): *Obesidad Adolescente, una epidemia silenciosa. 18 de enero de 2024. Blog Salud UC Artículos*. Disponible en: <https://www.ucchristus.cl/blog-salud-uc/articulos/2024/obesidad-adolescente-una-epidemia-silenciosa>.

SCHREIBER, Melodía (2025): *El panel asesor de los CDC vota para limitar las vacunas contra la hepatitis B para los recién nacidos*, en: *The Guardian. Noticias*. Disponible en: <https://www.theguardian.com/us-news/2025/dec/05/cdc-panel-rfk-hepatitis-b-vaccine>.

SOTO, Daniela (2025): *Los 11 casos en que la justicia ordenó vacunar a lactantes tras la negativa de sus padres. En tres de estos casos la Corte no pudo obligar la vacunación por tuberculosis*, en: *CIPER Chile*. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2025/04/23/los-11-casos-en-que-la-justicia-ordeno-vacunar-a-lactantes-tras-la-negativa-de-sus-padres/>.

TORO, Daniela (2025): *"Error de registro" de vacunas: Parlamentarios acusan "daño a la confianza" y anuncian citación de Aguilera a la comisión de Salud*, 10 de mayo de 2025, en: *Emol.com*. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2025/05/10/1165973/vacunas-vencidas-minsal-salud-covid.html>.

Prescripción de la acción penal en delitos sexuales cometidos por adolescentes. Análisis al criterio jurisprudencial sobre aplicación del artículo 21 LRPA en la determinación de la naturaleza del delito y su impacto en los plazos de prescripción

Statute of limitations for criminal action in sexual crimes committed by adolescents. Analysis of the jurisprudential criterion on the application of article 21 LRPA in the determination of the nature of the crime and its impact on the limitation periods

ORIANA OVIEDO CARRASCO

<https://orcid.org/0009-0007-3669-4824>

SEBASTIÁN ALVARADO MONTES*

<https://orcid.org/0009-0003-3316-9208>

Recibido:

13 de noviembre, 2025

Aceptado:

16 de diciembre, 2025

Publicado:

21 de enero, 2026

*Autor de

correspondencia

Sebastián Alvarado Montes
Universidad de Concepción,
Concepción, Chile.

Correo electrónico:

salvarado2020@udec.cl.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis crítico al momento de aplicación de la rebaja de pena en un grado establecida en el artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA) para determinar la naturaleza del delito, y su impacto en el plazo de prescripción respecto a delitos sexuales cometidos por adolescentes. Para tales efectos, se analizaron todas las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema durante el año 2025 que acogieron recursos de amparo interpuestos en favor de adolescentes imputados por estos ilícitos, donde se observa un definido criterio jurisprudencial respecto al problema técnico señalado. Frente a la ambigüedad interpretativa de la norma, los autores entregan argumentos normativos, sistemáticos y político criminales que permiten rechazar de manera fundada el razonamiento seguido por el Máximo Tribunal, sosteniendo, en definitiva, que la clasificación entre crímenes, simples delitos y faltas cometidos por adolescentes debe efectuarse conforme a la pena en abstracto que la ley señale.

PALABRAS CLAVE

Prescripción, delitos sexuales, responsabilidad penal adolescente, derechos de las víctimas, menores de edad.

ABSTRACT

The objective of this paper is to carry out a critical analysis of the application of the reduction of sentence by one degree established in article 21 of the Law on Adolescent Criminal Responsibility (LRPA) to determine the nature of the crime, and its impact on the statute of limitations regarding sexual crimes committed by adolescents. For this purpose, all the judgments pronounced by the Supreme Court during the year 2025 that accepted amparo appeals filed in favor of adolescents accused of these crimes were analyzed, where a defined jurisprudential criterion is observed regarding the technical problem in question. In the face of the interpretative ambiguity of the norm, the authors provide normative, systematic and political-criminal arguments that allow the reasoning followed by the Supreme Court to be rejected in a well-founded manner, maintaining, in short, that the classification between crimes, simple offenses and criminal offenses committed by adolescents must be carried out in accordance with the penalty in the abstract that the law indicates.

KEYWORDS

Statute of limitations, sexual crimes, juvenile criminal law, victims' rights, minors.

Prescripción de la acción penal en delitos sexuales cometidos por adolescentes. Análisis al criterio jurisprudencial sobre aplicación del artículo 21 LRPA en la determinación de la naturaleza del delito y su impacto en los plazos de prescripción. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (87-107). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n4705>

I. INTRODUCCIÓN

Desde principios del siglo XX, el fenómeno de la criminalidad adolescente ha marcado un foco de interés en la legislación de los Estados modernos, desarrollándose un profundo debate criminológico, en una discusión inconclusa al día de hoy.¹ Dentro de estos tópicos, se ha relevado la colisión entre la interacción del adolescente infractor con el sistema penal versus su adecuado desarrollo psicosocial, concepto último de naturaleza multifactorial, que abarca, entre otros aspectos, las relaciones con los miembros de su familia, dentro de su comunidad y la disponibilidad de oportunidades para el crecimiento y desarrollo personal.²

Dentro de las disciplinas llamadas a intervenir en la discusión sobre el discernimiento y la capacidad de responsabilidad de los adolescentes destaca la psicología del desarrollo, ciencia que estudia entre otras cosas, las fases evolutivas de los procesos mentales y de razonamiento de las personas.³ A la luz de lo predicado por los autores especializados en esta materia,⁴ se ha alcanzado el consenso de que existen diferencias sustanciales entre las capacidades de un adolescente y las de un adulto maduro, que legitiman y dan fisonomía al desarrollo de legislación penal especializada para adolescentes infractores.

En cumplimiento de lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas a través de distintos instrumentos internacionales ha abordado normativamente la especialidad del derecho penal de adolescentes, por ejemplo en las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, y muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵ que reconoce de manera explícita los principios de culpabilidad diferenciada, legalidad, especialidad, interés superior del niño, y debido proceso en clave reforzada,⁶ a través de derechos fundamentales, los que, atendido el tenor de la norma de reenvío contenida en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, se entienden incorporados en el ordenamiento jurídico interno con rango constitucional.⁷

Bajo la premisa de que la legislación chilena aplicable a menores de edad⁸ entraba en abierta contradicción con las obligaciones internacionales suscritas por Chile en materia de derechos humanos y, por tanto, con normativa de

¹ REYES (2019), p. 3.

² SUPPIE ET AL (2025), pp. 1-6.

³ COUSO Y DUCE (2013), p. 28.

⁴ Al respecto, BURKE (2011), p. 383, señala que buena parte de los comportamientos asociados a la etapa adolescente -como el descontrol en el manejo de emociones, la despreocupación por las consecuencias de los actos, el comportamiento sexual activo, las dificultades en la resolución de problemas cotidianos y el reducido control de impulsos- encuentran su origen en el desarrollo tardío del lóbulo frontal, la última parte del cerebro en madurar, que incluso continúa desarrollándose hasta la adultez temprana. En el mismo sentido, ARAIN ET AL (2013), p. 450 y FARMER (2011), p. 87.

⁵ Promulgada por Chile a través del Decreto N°830, de 1990.

⁶ Un completo e interesante desarrollo de las formas en que el derecho penal juvenil ha sido abordado en el derecho internacional se puede encontrar en CILLERO Y VITAR (2022), pp. 16-21.

⁷ REYES (2019), pp. 12 y 13, indica que los derechos fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño son de carácter penal sustantivo, procesal y de ejecución, y que además son vinculantes para toda persona, institución, grupo y a todos los órganos del Estado con competencia penal adolescente.

⁸ En su redacción original, el artículo 10 del Código Penal chileno disponía que estaban exentos de responsabilidad penal los menores de dieciséis años, así como los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, a no ser que constara que habían obrado con discernimiento, caso en el cual su tratamiento penal era el sistema que regía para los adultos, con una rebaja de pena. Como señala Cillero, dicha regulación se estructuraba conjuntamente en base a un criterio cronológico, que excluía de responsabilidad penal a los menores de dieciséis años, y un criterio psicológico, que exigía, para eximir de responsabilidad, un pronunciamiento judicial sobre el discernimiento con que habrían actuado los mayores de esa edad y menores de dieciocho años. Con todo, pese a la configuración de la eximente descrita, el artículo 29 de la Ley N°16.618 permitía que tanto los menores de dieciséis años como los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años infractores de ley puedan ser objeto de una medida como el régimen de libertad vigilada, o el internamiento en un establecimiento especial de educación. Véase, CILLERO (2011), p. 202 y BERRÍOS (2005), p. 162.

rango constitucional, se remite al Congreso en el año 2002 el Mensaje Presidencial N°68-347⁹ que luego de tres años, lleva a la promulgación en el año 2005 de la Ley N°20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, con entrada en vigencia en el año 2007.

Según se ha esbozado, uno de los principios rectores del juzgamiento penal adolescente que inspira la norma interna a la luz de los instrumentos internacionales, es el principio de especialidad, bajo el cual se otorga al adolescente un trato más favorable que el que se aplica a los mayores de edad, tanto en el derecho penal sustantivo como en el derecho procesal penal. Atenta a este principio, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente -en adelante LRPA- expresamente estableció algunas reglas especiales, en relación con el tipo de sanciones aplicables, su forma de cumplimiento y de control de su ejecución, así como en relación con el procedimiento penal y las reglas de determinación de la sanción,¹⁰⁻¹¹ previstas principalmente en el Título II y en el párrafo 5° del Título I de la Ley, respectivamente.

Para efectos de este trabajo, cobrarán especial relevancia las disposiciones especiales de la LRPA en materia de plazos de prescripción de la acción penal y del proceso de determinación de la pena, previstas en sus artículos 5 y 21, respectivamente.

II. METODOLOGÍA

Este trabajo abordará la rebaja de pena prevista en el artículo 21 de la LRPA y la aplicación que le ha dado la Corte Suprema para determinar la naturaleza del delito -entre crimen, simple delito y falta- con su consecuente impacto en el plazo de prescripción respecto a delitos sexuales cometidos por adolescentes. Lejos de ser un problema técnico de reciente data, se trata de un debate presentado en las distintas Cortes de Apelaciones del país hace al menos diez años,¹² con importantes variaciones en el último tiempo. En efecto, en el trienio 2023-2025 fueron dictadas por la Corte Suprema treinta y seis sentencias que abordaron directamente por vía de amparo el problema descrito en relación a distintos delitos cometidos por adolescentes, con un criterio jurisprudencial disímil,¹³ no siendo hasta el año 2025 donde éste se uniforma y se concentra exclusivamente en materia de delitos sexuales.

Entre enero y octubre del año en curso, han sido dictadas veinte sentencias de estas características, donde todas han decretado el sobreseimiento de los adolescentes infractores por prescripción de la acción penal, luego de considerar que la rebaja en grado del artículo 21 de la LRPA influye en la naturaleza del delito y, por tanto, en su plazo de prescripción.¹⁴

⁹ En tales términos señala el Mensaje, *"Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos"*.

¹⁰ Couso y Duce (2013), p. 420.

¹¹ Sobre el fundamento contenido del principio de especialidad véase, Couso (2012), pp. 267-322.

¹² Los problemas interpretativos respecto a las normas en conflicto se presentaron incluso con anterioridad a la derogación del artículo 369 quáter del Código Penal. Véase, SCOGNAMILLO (2022), pp. 173-182.

¹³ Al respecto, los dos fallos dictados durante el año 2023 en la materia estuvieron por acoger de forma unánime los recursos de amparo impetrados y decretar el sobreseimiento por prescripción al considerar que la distinción entre crímenes, simples delitos y faltas se debe realizar conforme al resultado que se obtiene de la rebaja en grado del artículo 21 de la LRPA, criterio que se mantiene hasta finales del mes de agosto de 2024. En septiembre y octubre de 2024 el criterio varía y se rechaza la tesis anteriormente acogida, para volver a adoptarla a finales de ese año, y, como se ha señalado, terminar uniformándola durante el año 2025. Véase, como muestras representativas de estas etapas, *Pizarro Pérez Leandro Antonio contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago* (2023), *Matías Ignacio González Ramírez contra Juzgado de Garantía de Melipilla* (2024), *Seguel Aguilera Marcelo Alexis con Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción* (2024) marcando la variación de criterio referida, y *Bizama Moya Andrés contra Juzgado de Garantía de Río Bueno* (2024).

¹⁴ La referida uniformidad del criterio jurisprudencial durante el año 2025 ha llevado, por ejemplo, a que la página web del Centro Documental de la Corte Suprema (CENDOC) considere la respuesta a este problema como aquellos respecto a los cuales ha sido delimitada una *línea jurisprudencial*. Véase, https://juris.pjud.cl/busqueda?Lineas_Jurisprudenciales (consultado con fecha 22 de diciembre de 2025).

Hecho el esquema temporal, se observa un problema de carácter técnico que puede ser abordado desde distintas perspectivas dada la ambigüedad normativa de la legislación aplicable, con un aumento considerable en el número de causas seguidas a su respecto, que además podría seguir presentándose en lo sucesivo,¹⁵ aún con las modificaciones introducidas en la materia por la Ley N°21.527. Luego, se hace meritoria una revisión a la fundamentación que lleva el Máximo Tribunal para plantear en sus sentencias un criterio uniforme durante un año -buena parte de ellas en fallo unánime- en casos de esta especie, entregando variados argumentos que llevan a conclusiones distintas.

III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y SU REGULACIÓN EN LA LRPA

De antigua data, la prescripción es una de las instituciones jurídicas más interesantes y que mayor controversia histórica ha provocado,¹⁶⁻¹⁷ tanto en su vertiente sustantiva como procesal. A través de ella, por el solo transcurso de un determinado lapso, se extingue la responsabilidad penal ya declarada en una sentencia firme, o se excluye la posibilidad de establecerla legalmente,¹⁸ refiriéndose el Código Penal chileno, en el primer caso, a la prescripción de la pena, y en el segundo, a la prescripción de la acción penal, también denominada "*prescripción del delito*" por algunos autores,¹⁹ de manera errada.

En virtud de la prescripción de la acción penal, transcurrido determinado plazo desde la ejecución de un delito, o desde que se pone fin al último acto consumativo frente a un delito permanente,²⁰ sin que éste sea perseguido penalmente, por el solo ministerio de la ley, el Ministerio Público o el particular pierden el derecho a deducir acción contra el responsable.

Al tenor del artículo 94 del Código Penal, en el régimen de adultos la acción penal prescribe: (i) respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años; (ii) respecto de los demás crímenes, en diez años; (iii) respecto de los simples delitos, en cinco años; y (iv) respecto de las faltas, en seis meses.

Ahora bien, en la normativa actualmente vigente los plazos de prescripción aplicables a los ilícitos cometidos por adultos difieren de aquellos que rigen a los adolescentes, pues el artículo 5 de la LRPA dispone que la prescripción de la acción penal de aquellas conductas constitutivas de crímenes es de cinco años, de dos años para simples delitos, y de seis meses tratándose de aquellas faltas por las que pueden responder los adolescentes mayores de dieciséis años, al tenor del artículo 1 de la citada ley.²¹⁻²² En palabras de Hernández, estos plazos más breves de prescripción que establece la ley respecto de los menores de edad obedecen a una consonancia con el principio de

¹⁵ Véase, CERDA (2024), pp. 238 y 239.

¹⁶ ORTIZ (2021), p. 153.

¹⁷ Una síntesis de la evolución histórica de la prescripción penal que permite comprender su fundamento puede encontrarse en CABEZAS (2021), pp. 78-82.

¹⁸ CURY (2005), p. 797.

¹⁹ En este sentido, ORTIZ y ARÉVALO (2013), pp. 525 y 526; y CURY (2005), p. 800. En contra, ETCHEBERRY (1998), p. 257.

²⁰ GARRIDO (2005), p. 392.

²¹ La redacción de los artículos citados no incluye las modificaciones introducidas por la Ley N°21.527, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de enero de 2023, cuyas disposiciones comenzarán a regir gradualmente en plazos de 12, 24 y 36 meses a partir de su publicación. En su artículo 55, esta norma modifica el artículo 5 de la LRPA y aumenta los plazos de prescripción de la acción penal en buena parte de los delitos sexuales cuando son cometidos contra menores de edad, además de suspender el cómputo del plazo hasta que la víctima cumple dieciocho años. No obstante aquello, el problema técnico que en este trabajo se discute puede seguir presentándose en relación a los conceptos de crímenes y simples delitos en el sistema de juzgamiento penal adolescente. Véase, CERDA (2024), pp. 238 y 239.

²² Lo anterior, sin perjuicio de una serie de crímenes y simples delitos mencionados en el inciso segundo del artículo, cuya acción penal prescribe en el plazo de diez o cinco años, respectivamente, si al momento de la perpetración de los hechos la víctima fuere menor de edad.

especialidad que informa todo el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, además de estar en armonía con los ordenamientos jurídicos extranjeros que sirvieron de referencia para la legislación chilena.²³

Esbozado lo anterior y, previo a abordar el nudo crítico de este trabajo, toca exponer el problema jurídico al que nos enfrentamos. Para ello, primeramente, debemos señalar que el artículo 21 de la LRPA -marco normativo relevante- establece distintas reglas para la determinación de la pena para adolescentes, y entre ellas, impone al juzgador la obligación de rebajar la pena en un grado al mínimo de los señalados por el delito correspondiente. En la actualidad jurídica nacional, se discute si dicha regla posee implicancias en materia de prescripción, entendiéndose, por un lado -en una interpretación adoptada uniforme y actualmente por la Corte Suprema- que la rebaja en grado contenida en el artículo 21 LRPA sí influye en la naturaleza del delito, y por tanto, en el plazo de prescripción de la acción penal; y por otro, que dicha norma posee como único campo de aplicación la determinación de la pena en concreto, y que por tanto, no puede influir en la naturaleza del delito, el que se rige estrictamente por la clasificación que efectúa en el legislador en el artículo 21 del Código Penal, atendiendo a la gravedad del hecho según la penalidad en abstracto que la ley señala para cada ilícito.²⁴⁻²⁵ Sin perjuicio de exponer una y otra postura, este trabajo defenderá la última tesis señalada, a través de distintos argumentos entregados en el acápite que continúa.

IV. NUDO CRÍTICO: CLASIFICACIÓN ENTRE CRÍMENES, SIMPLES DELITOS Y FALTAS EN EL JUZGAMIENTO PENAL ADOLESCENTE

Atendiendo a las normas que operan en la materia, hemos señalado que la clasificación entre crímenes, simples delitos y faltas cometidas por adolescentes debe regirse por el criterio aplicable a adultos, al ser el único que contempla el Código Penal, este es, la penalidad impuesta en base a la gravedad que el legislador reconoce en cada delito.²⁶

La idea expresada no es pacífica y ha sido objeto de debate en las jurisdicciones del país, indicándose en su contra que la distinción entre crímenes, simples delitos y faltas cometidos por adolescentes debe realizarse luego de rebajar la pena asignada por ley al delito en un grado al mínimo, en los términos del artículo 21 de la LRPA.²⁷ Así, según esta tesis, un delito constitutivo de crimen, como la violación de persona mayor de 14 años -sancionado con presidio mayor en su grado mínimo a medio- mutaría a simple delito al ser cometido por un adolescente, ya que primero debería efectuarse la rebaja en grado, y luego proceder a clasificarlo como crimen, simple delito o falta, según la pena que resulte de la rebaja. Como puede apreciarse, adoptar una u otra postura no sólo importa una variación en la naturaleza del delito, sino que también en el plazo de prescripción de la acción penal, que se reduce de cinco años a dos, para adolescentes.

²³ HERNÁNDEZ (2011), p. 155.

²⁴ Delimitando el campo de aplicación del Código Penal respecto a la LRPA, la Corte Suprema ha señalado que "el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter 'supletorio' respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N°20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias", pero que esta suplencia no opera con carácter mecánico o automático, sino que "necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contrarie no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N°20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". En Ministerio Público Fiscalía Local con Yeneri Cristian Navarro Silva (2024).

²⁵ Clasificación que ciertamente resulta de relevancia, el señalar el artículo 1 inciso segundo de la LRPA, que, en lo no previsto por esa ley son aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal.

²⁶ FISCALÍA NACIONAL (2025), p. 1.

²⁷ En cuanto a las reglas de determinación de la extensión de las penas, la redacción actual del artículo 21 de la Ley N°20.084 dispone: "Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código".

La tesis que está por determinar la naturaleza del delito con posterioridad a la aplicación de la rebaja de pena mencionada ha sido canalizada por las defensas de los imputados adolescentes ejerciendo la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 21 de la Constitución Política. Tratándose de procesos penales seguidos por delitos sexuales, el ejercicio de esta acción ha sido particularmente fructífero, ya que, de efectuarse la rebaja en grado a la que se ha hecho referencia, todos los delitos sexuales contemplados en el Código Penal quedan situados en la escala de simples delitos, y la acción penal a su respecto prescribe tan sólo a los dos años desde su fecha de comisión por el imputado adolescente, con excepción del delito de violación de persona menor de 14 años, a partir del año 2022.²⁸

Conociendo de estas acciones de amparo, las distintas Cortes de Apelaciones del país han orientado los fallos mayoritariamente por su rechazo, por razones de forma y fondo,²⁹ relacionadas tanto con la improcedencia del recurso de amparo en desmedro del recurso de apelación para impetrar decisiones de primera instancia, como por la negativa a efectuar la rebaja en grado de la LRPA para efectuar la clasificación tripartita del ilícito objeto de la persecución penal, disponiendo, en definitiva, que la acción penal no se encuentra prescrita, y por lo tanto, no es procedente el sobreseimiento definitivo del infractor por prescripción.

En este escenario, las defensas de los imputados adolescentes recurrieron de apelación para ante la Excelentísima Corte Suprema, Tribunal que en todas las sentencias pronunciadas durante el año 2025 sobre la materia, revocó las resoluciones de primera instancia, acogiendo los recursos de amparo impetrados,³⁰ al estimar que para considerar un hecho delictivo como crimen, simple delito o falta -y con ello determinar su plazo de prescripción- primeramente debe efectuarse la rebaja en grado que mandata el artículo 21 de la LRPA. Según se ha dicho, esta uniformidad permite afirmar que se trata de un criterio asentado jurisprudencialmente.³¹

Como se señaló en la parte metodológica, para estos efectos fueron revisadas todas las sentencias dictadas durante el año 2025 por la Corte Suprema en la materia, examen que da cuenta de una misma estructura en todos los pronunciamientos, bajo el siguiente orden:

1. En los primeros dos considerandos de las sentencias, la Corte deja constancia que el amparado era menor de edad a la fecha de comisión de los hechos, por lo que a su respecto resultan aplicables las normas de la LRPA, especialmente los plazos de prescripción del artículo 5 (cinco años para crímenes y dos años para simples delitos), los que se computan conforme al artículo 95 del Código Penal, es decir, desde el día que se cometió el delito.

2. En el considerando tercero, la Corte señala el delito sexual por el cuál fue formalizado el adolescente, asocia esa

²⁸ Hasta antes de la dictación de la Ley N°21.483, de 2022, dicha afirmación era absoluta y todos los delitos sexuales previstos en el Código Penal eran sancionados con penas de presidio menor, o bien, con el inicio de su tramo en presidio mayor en su grado mínimo, lo que provocaba su desnaturalización al efectuar la rebaja en grado de la LRPA. Tras la referida reforma, el delito de violación de menor de catorce años -previsto en el artículo 362 del Código Penal- es sancionado con presidio mayor en sus grados medio a máximo, lo que impide que pueda ser considerado como simple delito, aún con la mencionada rebaja.

²⁹ En este sentido, *Bastían Ignacio Cifuentes Pérez con Juzgado de Garantía de Chiguayante* (2025), *Diego Ignacio Contardo Muñoz con 15° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Madrid Silva Ernesto Octavio con 1° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Rubén Darío Berrocal Raín con Juzgado de Garantía de San Pedro de La Paz* (2025) y *González Mardones Joan Miguel con 9° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025).

³⁰ Durante el año 2025, la Corte Suprema pronunció veinte sentencias con el mismo criterio jurisprudencial en la materia. En orden cronológico: *Jorquera Ovalle Rafael contra Quinta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso* (2025); *González Mardones Joan Miguel contra Novenos Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *J.D.G.A contra 10° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Castro Fernández Diego Arturo Alejandro contra Juzgado de Garantía de Villarrica* (2025); *Berrocal Raín Rubén Darío contra Juzgado de Garantía de San Pedro De La Paz* (2025); *García Orellana Antonio contra Juzgado de Garantía de Los Andes* (2025); *Wehrhahn Barría Lucas contra 11° Sala Corte de Apelaciones de Santiago* (2025); *Ayala Yllescas David Paul contra Novenos Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Valenzuela Saavedra Benjamín contra Tercera Sala Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua* (2025); *Madrid Silva Ernesto Octavio contra 1° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Contardo Muñoz Diego Ignacio contra 15° Juzgado de Garantía* (2025); *Segovia Sanhueza Sebastián Renato contra 14° Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Cantín Aguirre Rodrigo Osvaldo contra Juzgado de Garantía Antofagasta* (2025); *Loyola Luengo Neicer Isaac contra 8° Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2025); *Bahamonde Bravo Benjamín contra Cuarta Sala Corte de Apelaciones de Santiago* (2025); *NNA contra Octavo Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Mario Urtuya Araya contra Corte de Apelaciones de Talca* (2025); *V. I. R. F. contra Octavo Juzgado de Garantía de Santiago* (2025); *Cárcamo Mendoza Óscar Miguel contra Corte de Apelaciones de Coyhaique* (2025) y *Salgado Colil Pedro contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua* (2025).

³¹ FIERRO y WALKER (2025), p. 202.

figura con el artículo 21 LRPA, para finalmente mutar su naturaleza a la de un simple delito y extender los efectos de esta calificación a la prescripción de la acción penal. El vínculo es establecido a través de dos expresiones: (i) Señalando que *"corresponde aplicar lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley N°20.084, circunstancia que provoca situar el ilícito dentro de la categoría de simple delito y, por lo tanto, sujeta a un tiempo de prescripción de la acción penal de dos años"* y (ii) Señalando que *"conforme al artículo 21 de la Ley N°20.084, la sanción a imponer sitúa estos hechos en la categoría de un simple delito y, por lo tanto, sujeta a prescripción de la acción, en el plazo de dos años"*.

La primera forma a través de la cual se vincula el delito -y su pena en abstracto- con el artículo 21 de la LRPA adolece de una falta de fundamentación, pues se limita a indicar que *"corresponde aplicar lo preceptuado"* en dicha norma, sin explicitar (a) el contenido de ella; (b) cómo es que su tenor hace variar la naturaleza jurídica del delito, ni (c) por qué los efectos de esta nueva calificación resultan aplicables a la prescripción de la acción penal. A través de la segunda vía, especialmente la expresión *"la sanción a imponer sitúa estos hechos en la categoría..."* la Corte permite conocer el motivo detrás de su decisión: afirma que la pena en concreto es el factor que determina la naturaleza jurídica del delito -en crimen, simple delito o falta- y con ello, el plazo de prescripción de la acción penal que resulta aplicable.

Como será indicado, no compartimos la estructura argumentativa que hace la Corte en esta parte del fallo, pues esta premisa confunde los campos de aplicación de la pena que establece el legislador para cada delito, en abstracto, y la pena concreta a la que se llega luego del proceso de determinación establecido en el régimen adolescente. De esta manera, la Corte se está a la sanción concreta para efectuar una clasificación que debe realizarse en abstracto, pues no mira a las particularidades del caso, sino que a la gravedad de uno u otro delito.

3. En el considerando cuarto y siguientes, la Corte señala la posible fecha de comisión del delito e indica que sólo la formalización de la investigación suspende el cómputo de la prescripción de la acción penal,³² para luego proyectar dos años desde la fecha de comisión, resolviendo: (i) declarar el sobreseimiento total y definitivo de los antecedentes por prescripción de la acción penal, o (ii) ordenar al juez de garantía convocar a la brevedad a los intervinientes a audiencia de sobreseimiento, para debatir lo que en derecho corresponda.

No compartimos la línea jurisprudencial que ha sido adoptada por la Corte Suprema frente a este problema técnico, y para fundar nuestra postura entregaremos cuatro argumentos acumulativos, que abordarán: (A) la evolución de la LRPA y la hermenéutica jurídica en torno a su artículo 21; (B) una revisión sistemática de la LRPA al aplicar el criterio de la Corte Suprema, que conduce a resultados ilógicos en relación a la punibilidad de las faltas y respecto a las disposiciones de la Ley N°21.430; (C) el principio de proporcionalidad de la sanción penal y su coexistencia con el principio de flexibilidad, propio de la especialidad del juzgamiento penal adolescente; y (D) un argumento de naturaleza política criminal que refuerza la necesidad de interpretar restrictivamente los plazos de prescripción.

A. Evolución de las normas de la LRPA

Con reconocimiento normativo en el artículo 19 inciso segundo del Código Civil,³³ el elemento histórico es aquel

³² Este criterio corresponde a una reciente interpretación emanada de la Segunda Sala de la Corte Suprema respecto al artículo 233 del Código Procesal Penal, en virtud de la cual atribuye únicamente a la formalización de la investigación la aptitud para suspender el cómputo de la prescripción penal, negándole dicho valor a otros actos procesales como la denuncia y la interposición de la querella nominativa por hechos determinados. A título ejemplificativo, pueden verse los fallos dictados en *Miranda Villalobos Sergio Andrés contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena* (2025) en sus considerandos tercero y cuarto, *Jaramillo Soto Javier contra Corte de Apelaciones Temuco* (2025) en sus considerandos segundo y tercero, *Leveque Pilgrim Franco contra Juzgado de Garantía Valdivia* (2024) en sus considerandos tercero y cuarto, y *Muñoz Arias Ladislao contra Corte de Apelaciones de Temuco* (2024), en sus considerandos cuarto y quinto. Entendemos que este criterio es errado, por dos argumentos. En primer término, el artículo 233 a) del Código Procesal Penal no se refiere a la formalización como el único acto válido -entiéndase, exclusivo y/o excluyente respecto a otros- para suspender el curso de la prescripción, sino que lo menciona en una lógica de causa y efecto, donde la formalización de la investigación posee como efecto la suspensión de la prescripción, más no se trata del único acto que pueda originar dicha consecuencia legal. A lo anterior, debe sumarse una lectura conjunta del artículo 96 del Código Penal en relación al artículo 7 del Código Procesal Penal, donde el primero de ellos indica que la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, y el segundo entrega una definición amplia de la primera actuación del procedimiento, entendiéndola como *"cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible"*.

³³ Dispone el referido precepto: *"Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente"*

que permite establecer el sentido y alcance posible atendiendo a la historia del texto legal,³⁴ al cual conviene recurrir para estos efectos.

Bajo una mirada retrospectiva, el artículo 21 de la LRPA ha tenido tres distintas redacciones producto de dos reformas legales, cuyo estudio, lejos de entregar una respuesta clara al problema técnico presentado, da cuenta de ambigüedades interpretativas (véase tabla 1).

Tabla 1. Versiones del artículo 21 de la LRPA

Redacción original	Redacción modificada por Ley N°20.191	Redacción modificada por Ley N°21.527
Pena asignada a los delitos. Para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente.	Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.	Reglas para la determinación de la pena de base. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo al artículo 351 del Código Procesal Penal.

En su versión original, la redacción del artículo 21 de la LRPA permitía una interpretación favorable con el criterio actual de la Corte Suprema en la materia objeto de este trabajo, toda vez que entendía que la *"pena asignada por ley al delito"* correspondía a la resultante luego de la rebaja, la que determinaría a su vez la naturaleza de crimen, simple delito o falta del ilícito, conforme la opinión de la doctrina de la época.³⁵

Con fecha 02 de junio de 2007 es publicada en el Diario Oficial la Ley N°20.191,³⁶ que modificó el precepto en comento, siendo uno de sus objetivos la determinación del sentido de las expresiones crimen, simple delito y falta en el régimen penal de adolescentes, previniendo dudas interpretativas y problemas de operatividad. Así consta en el boletín que dio origen a la ley, en los siguientes términos:

"Una de las cuestiones que puede producir incertidumbre en el operador de la ley que se modifica, es la diversidad

manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

³⁴ CARBONELL ET AL (2022), p. 37.

³⁵ HORVITZ (2006), p. 104. En el mismo sentido, CERDA y CERDA (2007).

³⁶ Ley N°20.191, de 2007.

de interpretaciones a que, eventualmente, dan lugar algunas de sus disposiciones. Ello acontece con aquellas contenidas en los artículos 6, 21, 22, 23 y 32, las que están determinadas por el sentido que se le atribuya a las expresiones 'crimen', 'simple delito' o 'falta'. Dichas dudas interpretativas se solucionan estableciendo que la pena a considerar en estas disposiciones será aquella abstracta que el delito tenga asignada, de acuerdo a la normativa penal general o especial, según sea el caso".³⁷

Como puede apreciarse, la intención que tenía el proyecto en dirección a resolver el asunto era aclarar que la clasificación del ilícito como crimen, simple delito o falta debía realizarse atendiendo a la pena en abstracto que el legislador haya establecido tipificar el respectivo delito, de la misma manera que en el régimen de adultos.³⁸ Podría criticarse a este argumento el hecho de que el mensaje presidencial disponga la interpretación de los conceptos *crimen*, *simple delito* y *falta* sólo a cinco artículos, omitiendo en este listado al artículo 5, relativo a prescripción. Tratándose de una omisión palmaria, la crítica es legítima, sin embargo, entendemos que no resulta adecuado extender la interpretación a la institución de la prescripción, al emanar ella de la naturaleza misma del delito -crimen, simple delito o falta- como se prevé en el artículo 5 de la LRPA, tal como lo hace el artículo 94 del Código Penal.

De la referida modificación legal y los problemas interpretativos a los que daba origen la redacción original dan cuenta Núñez y Vera, al señalar:

"Este artículo 21, fue objeto de una modificación posterior a la promulgación de la LRPA, por la Ley N° 20.191. La misma, pretendió despejar algunas dudas que surgieron del texto original, respecto de cuál era marco penal abstracto aplicable a los adolescentes. Del antiguo texto contenido en el artículo 22, se podía colegir que el marco penal abstracto contemplado en el nuevo sistema, era el correspondiente a los adultos, más la rebaja en un grado. Este entendimiento de la norma generaba problemas, por ejemplo, en la definición del concepto de crímenes, simples delitos y faltas para adolescentes, pues si se consideraba que el antiguo artículo 22 contenía un marco penal abstracto, de ello resultaba que todos los tipos penales, previstos en el Código Penal o en leyes especiales, que dentro de su régimen penal contemplaban como sanción mínima penas mayores en su grado mínimo, en el estatuto de adolescentes aplicada la rebaja, debían ser considerados como simples delitos".³⁹

En el año 2023 el artículo 21 de la LRPA nuevamente fue objeto de una modificación, esta vez por la Ley N°21.527, de aplicación gradual.⁴⁰ Amén de reforzar la ambigüedad interpretativa existente respecto a esta norma, los términos en los que queda redactado el artículo dan lugar a dos nuevas interrogantes: (i) qué debemos entender por el concepto de *pena de base* para el sistema penal adolescente y (ii) cuál es el campo de aplicación de esta institución. A lo primero, la norma es clara en señalar que la pena de base para imputados adolescentes parte "*de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes*". Luego, ante el tenor de la norma y el carácter funcional que otorga a la pena de base, entendemos que su campo de aplicación queda limitado a la determinación de la pena en concreto, y no puede extenderse a otros efectos como la prescripción de la acción penal, pues, ante todo, su objetivo es servir de base "*para la determinación de la (pena) que deba imponerse*".

³⁷ Mensaje Presidencial N°170-355, remitido al Honorable Congreso Nacional con fecha 07 de mayo de 2007, contenido en el Boletín N°5.037-07, que modifica la Ley N°20.084.

³⁸ Esta afirmación se refuerza con la modificación que efectuó la misma ley al artículo 32 de la LRPA respecto a la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria, pasando de la redacción "*la internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de crímenes*" a "*la internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes*".

³⁹ NÚÑEZ y VERA (2012), p. 181.

⁴⁰ Dispone el artículo primero transitorio de la Ley N°21.527 que la ley comenzará a regir en forma gradual conforme al siguiente cronograma: (1) Transcurridos 12 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo; (2) Transcurridos 24 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Maule, Bío Bío, Ñuble, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena; y (3) Transcurridos 36 meses desde su publicación en el Diario Oficial, en las Regiones de Valparaíso, Del Libertador General Bernardo O'Higgins y Metropolitana de Santiago.

La idea planteada puede ser objeto de críticas,⁴¹ sosteniendo, por ejemplo, que esta reforma no clarifica el debate, por cuanto sigue utilizando un lenguaje vago que no posiciona a nuestra opinión como la única posible. El núcleo de este planteamiento es cierto, pues, con el tenor actual del precepto no puede desprenderse una intención inequívoca del legislador y la discusión interpretativa se mantiene, sin embargo, ello no obsta a que nuestra interpretación sea preferible, habida consideración de los argumentos acumulativos entregados.

En este orden de ideas, al sancionar el legislador determinada conducta con una pena de presidio mayor o presidio menor -pena de crimen o simple delito, respectivamente- lo hace en miras al disvalor jurídico del hecho, en abstracto, y no al sujeto que ejecuta la conducta. Materia distinta es la capacidad de culpabilidad disminuida del adolescente, que lleva a efectuar un tratamiento distinto en cuanto a la determinación y aplicación de la sanción penal concreta,⁴² aspectos que importan campos de aplicación distintos que no se deben confundir.

B. Revisión lógico-sistemática de la LRPA

La tesis que sostiene que la pena en abstracto para adolescentes infractores es la que se obtiene luego de la rebaja en un grado desde el mínimo de la pena conduce a resultados asistemáticos respecto a la punibilidad de las faltas cometidas por adolescentes.

En armonía con esta interpretación, todos los simples delitos sancionados con pena de presidio menor en su grado mínimo, o con su tramo inferior situado en este grado, automáticamente se convertirían en faltas penales, al tenor del artículo 21 de la LRPA, y, por ende, serían atípicos al ser cometidos por adolescentes, atendida la regla de exclusión contemplada en el artículo 1 inciso final de la LRPA,⁴³⁻⁴⁴ bajo la cual *"tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley N°20.000"*.

Sin perjuicio de las características que han sido indicadas respecto a la especialidad del derecho penal de adolescentes en contraste al régimen penal aplicable a los adultos, se debe recordar que la LRPA nace con el principal objetivo de hacer responsables a los menores de edad por la comisión de hechos delictivos. En otras palabras, el sistema de responsabilidad penal que hoy rige en nuestro país se estructura en base a un modelo que busca conciliar la asunción de responsabilidad con la idea de educar y reinserir socialmente a estos actores,⁴⁵⁻⁴⁶ de allí que plantear una tesis como la que extiende el campo de aplicación del artículo 21 provoca situaciones de impunidad desmedidas, aun cuando el imputado es menor de edad.

Un segundo punto que conviene tratar en este apartado dice relación con un análisis sistemático entre la LRPA y las

⁴¹ En contra, CERDA (2024), p. 242.

⁴² Difieren en cuanto al fundamento de la responsabilidad penal adolescente autores españoles como MUÑOZ CONDE y GARCÍA (2010), pp. 598 y 599, quienes indican que el tratamiento más benigno que conceden estas leyes no se funda en la capacidad de discernimiento, sino que en una decisión político-criminal por la que se considera que los menores de dieciocho años deben recibir una respuesta penal diferente y fundamentalmente educativa. En el mismo sentido, CUELLO (2010), p. 3.

⁴³ Bajo dicho razonamiento, el delito de abuso sexual por sorpresa sería siempre atípico al ser cometido por un adolescente, al ser sancionado con presidio menor en sus grados mínimo a medio en el artículo 366 bis inciso final del Código Penal. Dicha conclusión resulta inadmisibles, toda vez que la Ley N°21.153, de 2019, que tipificó la figura penal en comento no efectúa distinciones en atención a la edad del autor, concentrándose el interés del legislador en acabar con la impunidad de estos actos, que *"atentan directamente contra la honra, dignidad e integridad de las mujeres"*. En: Boletín N°7606-07 que da origen a la Ley N°21.153.

⁴⁴ Regla que también podría excluir los cuasidelitos, de acuerdo con una posible interpretación esbozada por HERNÁNDEZ (2007), p. 202.

⁴⁵ AGUIRREZABAL ET AL (2009), p. 140.

⁴⁶ Así lo indica expresamente el artículo 20 de la LRPA, que al regular la finalidad de las sanciones y otras consecuencias, señala: *"Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social"*.

disposiciones de la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.⁴⁷ Doctrina reciente ha sostenido la concordancia de la postura sostenida por la Corte Suprema en esta materia con las disposiciones de la referida ley,⁴⁸ texto legal cuyo objetivo principal es garantizar y proteger el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y en especial de los derechos humanos.⁴⁹ Al efecto, se trae a colación el artículo 3 de la Ley N°21.430, que establece reglas interpretativas de las normas que protegen los derechos de niños, niñas y adolescentes, específicamente sus incisos tercero y cuarto, relativos a las limitaciones y restricciones que puedan afectar estos derechos.⁵⁰

Una lectura aislada de dicha norma permitiría adherir al argumento, sin embargo, el planteamiento no resulta convincente, pues olvida que la Ley N°21.430 en su artículo 7 regula a su vez la hipótesis de conflicto de los derechos de dos o más menores de edad, por ejemplo, la colisión de derechos del adolescente infractor con los de la víctima menor de edad.⁵¹ Para la determinación de la interpretación aplicable, conforme al interés superior, la norma entrega una serie de factores orientadores, mandando entre ellas a considerar *"cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada"*.⁵² Verificándose esta colisión, entendemos que la situación de desventaja en la que se encuentra la víctima menor de edad amerita una protección reforzada que hace inaplicable este argumento, no sólo por las perniciosas consecuencias que genera la comisión del delito sexual en el desarrollo psíquico del niño, niña o adolescente, sino también por el contenido y alcance del estatuto jurídico de la víctima en el ordenamiento jurídico nacional, consagrado tanto en disposiciones legales como normativa de rango constitucional.⁵³ Sobre esta colisión se volverá en el siguiente apartado.

C. Proporcionalidad de la sanción penal y flexibilidad del régimen de responsabilidad penal adolescente

Como bien indica Díaz, pese a la flexibilidad que emana de su carácter especialísimo, no puede pasarse por alto que el derecho penal juvenil sigue teniendo naturaleza penal, y en tal sentido, resulta esencial la incorporación de otros principios propios de un modelo acorde con un Estado Democrático de Derecho, específicamente aquel según el cual debe existir proporcionalidad entre el hecho y la sanción.⁵⁴

Desde una perspectiva en abstracto, la proporcionalidad implica que el establecimiento de conminaciones penales debe realizarse basándose en una valoración racional del hecho antijurídico, específicamente en cuanto a la gravedad del injusto,⁵⁵ y al daño causado por éste.⁵⁶ Para efectuar esta evaluación, la opinión mayoritaria de la doctrina italiana apunta a determinar -como primer paso- la finalidad de la regla de conducta establecida por el legislador, la cual puede consistir en la necesidad de proteger un derecho fundamental ajeno, o bien en la

⁴⁷ Ley N°21.430, de 2022.

⁴⁸ CERDA (2024), p. 239, especialmente en nota al pie N°10.

⁴⁹ ESTRADA y VALENZUELA (2023), p. 18.

⁵⁰ El artículo 3 de la Ley N°21.430 en sus incisos tercero y cuarto dispone: *"Aquellas limitaciones de derechos que sean el resultado de una decisión de un órgano del Estado deben ser excepcionales, aplicarse por el menor tiempo posible y tener una duración determinada; sólo podrán tener lugar cuando estén previstas en la ley y sean estrictamente necesarias y proporcionales en relación con los derechos que pretenden proteger"*, añadiendo que *"se prohíben las interpretaciones que afecten la esencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes"*.

⁵¹ Al efecto, dispone la ley que en dichas situaciones se deben evaluar todos los elementos del interés de uno o varios o varios niños en una situación concreta, sopesando los distintos intereses involucrados en el asunto.

⁵² ROMERO (2025), pp. 29 y 30.

⁵³ Aunque interesante, el contenido de dicho estatuto no podrá ser desarrollado en este trabajo por razones de extensión. Para mayor profundización véase, TAPIA (2016), pp. 29-38 y RIEGO (2014), pp. 668-690.

⁵⁴ DÍAZ (2010), p. 298.

⁵⁵ LUZÓN (2025), p. 26. En el mismo sentido, RETTIG (2018), p. 209.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE (2005), p. 134.

consecución de un interés público.⁵⁷⁻⁵⁸

En Chile, la protección de bienes jurídicos que a través de los delitos sexuales se efectúa, se encuentra íntimamente ligada con la Constitución Política de la República y los derechos fundamentales que en ella se garantizan, específicamente al tenor del artículo 19 N°1, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. En este sentido se pronuncian Matus y Ramírez:

*"La Constitución no contempla expresamente la libertad, indemnidad o integridad sexuales como derechos a garantizar. Sin embargo, su vinculación fáctica con la protección de la vida y la integridad física, psíquica y moral nos permite, sin forzar el texto constitucional, incorporar su protección a la de la integridad personal, como concepto comprensivo de todas esas dimensiones".*⁵⁹

Luego, atento a las conductas sancionadas a través de los delitos sexuales previstos en el Código Penal chileno, puede advertirse que en ellas descansa un núcleo de pluriofensividad, donde se afecta la libertad sexual, la integridad física y psíquica,⁶⁰ la integridad moral, y en algunos casos, la vida y la seguridad personal,⁶¹ bienes jurídicos de tal relevancia que hacen meritorio una protección penal reforzada, por la magnitud del daño que generan en las víctimas, y la especial situación de vulnerabilidad de éstas.

Planteada la gravedad que involucra la comisión de un delito sexual, cabe preguntarse si el interés superior del niño sumado a la flexibilidad del derecho penal juvenil impide la inclusión del principio de proporcionalidad en el juzgamiento penal de menores de edad. La respuesta a esta pregunta debe ser negativa, partiendo de la base de que la filosofía de la LRPA no obliga al juzgador a negar o minimizar la entidad del delito por el hecho de haber sido cometido por un adolescente, sino que prohíbe juzgar este último con mayor severidad que a un adulto,⁶² estableciéndose respecto a este sistema una suerte de límite a la discrecionalidad judicial.⁶³ En otras palabras, Díaz indica: *"En efecto, si bien la idea del interés del menor se puede entender como consideración primordial que impregna el modelo de reacción frente al menor infractor de una preponderancia de la prevención especial, no se debe olvidar que la gravedad del hecho debe operar como límite".*⁶⁴

La colisión referida en este punto no ha escapado del análisis jurisprudencial de la Excelentísima Corte Suprema, específicamente, en votos disidentes que han estado por confirmar las resoluciones de primera instancia y rechazar el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, refiriendo, en lo medular:

"3°) Que, por lo anterior, se deben ponderar los bienes jurídicos que se encuentran en colisión, a fin de determinar la interpretación que resulta más adecuada a nuestro sistema jurídico, considerando el mismo en forma integral, esto es, poniendo razón a las normas constitucionales y señaladas en Tratados Internacionales que resulten aplicables.

⁵⁷ RECCHIA (2020), pp. 139 y 140.

⁵⁸ A este respecto, indica DIEZ (2025), pp. 276-281, que una gran mayoría de la doctrina -tanto de corte tradicional como moderno- ha asignado al Derecho Penal sexual un enfoque social que plantea que las distintas figuras penales de este campo de estudio protegen tanto bienes sociales como individuales, y que, bajo este prisma, no puede afirmarse que los delitos sexuales buscan proteger bienes jurídicos individuales, sino, asimismo, adoptar una postura ante un determinado orden sexual.

⁵⁹ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 185.

⁶⁰ Sobre los perjuicios psicológicos que pueden generarse con la comisión de un delito sexual, RODRÍGUEZ (2021), p. 313, indica que estos se caracterizan por la aparición de ciertos síntomas o psicopatologías, como el trastorno por estrés postraumático, rechazo, desinterés, inhibición y fundamentalmente disfunción sexual, agregando que el perjuicio sexual puede afectar diversos ámbitos de la vida íntima de quien lo sufre, que pueden ser de índole afectiva, psíquica, reproductiva, estética, patrimonial y estrictamente sexual.

⁶¹ MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 185 y 186.

⁶² DÍAZ (2010), p. 300.

⁶³ CÓRDOBA (2002), pp. 363-379.

⁶⁴ DÍAZ (2010), p. 301. En el mismo sentido, ABEL (2003), p. 1086.

4º) Que, el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, garantiza el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, el N° 2 prohíbe las diferencias arbitrarias, en tanto que el N° 3 otorga especial protección y garantiza los derechos de la víctima en el proceso penal. A su turno, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, se atenderá como consideración primordial a su interés superior.

5º) Que la Ley N° 20.084 establece una normativa que busca proteger al adolescente infractor, más ella no hace referencia al niño o niña víctima del delito, de ahí que no corresponda privilegiar su aplicación, en desmedro de la regla del Código Penal, en uso del principio de especificidad.

7º) Que, finalmente, privilegiar la protección de la víctima niña y no del infractor adolescente, importa únicamente una afectación parcial al principio de especialidad que lo ampara, quien conserva el resto de las disposiciones que lo protegen, especialmente, en lo relativo a las sanciones que por el cometimiento del delito le son aplicables".⁶⁵

Las mismas consideraciones se aprecian en un fallo unánime de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción de septiembre de 2025, que estuvo por rechazar el recurso de amparo interpuesto en favor de un adolescente imputado por delitos sexuales cometidos en perjuicio de una víctima de diez años, señalando, dentro de su fundamentación:

"9º) Que, en este contexto, la colisión entre el derecho del imputado adolescente a la seguridad jurídica y el derecho de la víctima a la verdad, justicia y reparación debe resolverse privilegiando a la niña víctima, dado su mayor grado de vulnerabilidad y la obligación estatal de asegurar el acceso efectivo a la justicia en estos delitos. La prosecución del proceso, dentro de un debido proceso, se erige como la solución más conforme a Derecho y evita la impunidad.

10º) Que, además, debe recordarse que el acceso a la justicia en casos de violencia sexual constituye en sí mismo una forma de reparación integral, pues reafirma la dignidad de la víctima, reconoce al agravio sufrido y garantiza que el Estado cumpla sus deberes internacionales. Por ello, descartar la prescripción en este estadio no solo se ajusta a la normativa interna, sino que constituye una exigencia de responsabilidad internacional del Estado de Chile".⁶⁶

Como ya fue señalado en este trabajo,⁶⁷ la problemática que se verifica en la especie da cuenta de una tensión entre derechos de similar jerarquía que requiere de una ponderación en concreto, pues, tanto el principio de especialidad del derecho penal juvenil como el interés superior del niño, niña o adolescente poseen rango constitucional, principio último que también se extiende al adolescente infractor. En esta situación, complementando los argumentos que ya fueron expresados, entendemos que una adecuada resolución de la colisión debe privilegiar a la víctima, desde una doble dimensión: para dar cumplimiento al estatuto reforzado de derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce, así como para evitar establecer diferencias arbitrarias en el tratamiento que se le da con respecto al infractor.

D. Política criminal: el rol del tiempo en la develación de los delitos sexuales

Los argumentos precedentes demuestran que la interpretación de la Excelentísima Corte Suprema es incorrecta desde una perspectiva normativa, sistemática y de proporcionalidad. Adicionalmente, un análisis de las características particulares de los delitos sexuales refuerza la necesidad de interpretar restrictivamente los plazos de prescripción.

Una característica propia de la fenomenología de los delitos sexuales -especialmente cuando son cometidos

⁶⁵ Mario Urtuya Araya contra Corte de Apelaciones de Talca (2025). En el mismo sentido: Madrid Silva Ernesto Octavio contra Primer Juzgado de Garantía de Santiago (2025) y González Mardones Joan Miguel contra Noveno Juzgado de Garantía de Santiago (2025).

⁶⁶ Bastián Ignacio Cifuentes Pérez contra Juzgado de Garantía de Chiguayante (2025).

⁶⁷ Supra: IV, B, especialmente en su parte final.

en contra de víctimas menores de edad- es la develación tardía de los hechos,⁶⁸ es decir, una demora por parte de la víctima en relatar a terceros lo ocurrido, lo que puede fundarse en motivos de distinta naturaleza. Al respecto, la literatura especializada identifica múltiples barreras que afectan a las víctimas de delitos sexuales a nivel de la develación, agrupándolas en tres ámbitos, a saber: (i) barreras internas, destacando en este grupo la autculpabilización, la vergüenza y el miedo; (ii) barreras interpersonales, mencionando en este ámbito la disfunción familiar, la escasa o nula presencia de redes de apoyo y los roles de género; y (iii) barreras sociales o culturales, destacándose en este punto la estigmatización, el tabú en temas afectivo-sexuales, y la perpetuación de la hipermasculinidad.⁶⁹

En este orden de ideas, el legislador chileno ha manifestado una constante preocupación por los menores de edad víctimas de delitos sexuales y su proceso de develación, consagrando el denominado "*derecho al tiempo*" a través de la aprobación de una serie de reformas en materia de prescripción de la acción penal respecto a estos delitos,⁷⁰ lo que culminó en 2019 con la publicación de la Ley N°21.160 que declara como imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad,⁷¹ aun con críticas por parte de la doctrina.⁷²

De manera transversal, la búsqueda de justicia en casos de delitos sexuales se ve especialmente complejizada antes y durante la investigación, sin perjuicio de las dificultades que pueden presentarse durante la etapa de juzgamiento propiamente tal. Así, volviendo sobre el punto inicial, la develación del delito puede verse demorada por múltiples razones, siendo uno que afecta a víctimas de todas las edades el hecho de convivir con el agresor, al presentarse los delitos en una lógica comunicacional que impide la develación debido a que el agresor manipula la confianza.⁷³ Luego, tan pronto se ponen en conocimiento de la autoridad los hechos, la labor investigativa también se presenta como un escenario difícil, habida consideración de las dificultades probatorias propias de este tipo de delitos.⁷⁴

Una adecuada comprensión de la fenomenología de los delitos sexuales lleva a entender que las víctimas de este tipo de violencia deben ser sujetos de especial protección por parte de las personas involucradas en la investigación y juzgamiento penal, donde las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales deben estar orientadas a una protección reforzada de las víctimas, habida consideración de las consecuencias que en ellas generan este tipo de ilícitos.

V. CONCLUSIONES

El fenómeno de la criminalidad adolescente, por la naturaleza del sujeto involucrado, importa un tratamiento especial y diferenciado en cuanto al juzgamiento penal, carácter que es recogido en las distintas disposiciones de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

En este trabajo, se ha puesto en evidencia un problema técnico ocasionado por la ambigüedad de las normas que sirven para determinar la pena asignada por ley al delito dentro del régimen penal adolescente, y, en consecuencia, la naturaleza del ilícito y su plazo de prescripción. Frente a esta problemática -de larga data, según fue expuesto- la Corte Suprema ha modificado su criterio con el paso de los años, decantándose de manera uniforme durante el año 2025 por aplicar la rebaja en grado del artículo 21 de la LRPA de manera previa a la clasificación del delito como

⁶⁸ FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2020), p. 43.

⁶⁹ ALAGGIA ET AL (2019), pp. 260 y ss.

⁷⁰ CABEZAS (2013), p. 387.

⁷¹ Ley N°21.160, de 2019.

⁷² Por todos, véase, CABEZAS (2019), pp. 275-294.

⁷³ HUERTA ET AL (2019), pp. 78 y 79.

⁷⁴ Sobre las dificultades probatorias en casos de violencia sexual, véanse, WITTWER (2023), pp. 673-690; RAGUÉS (2021), p. 247 y CERDA (2019), pp. 209-233.

crimen, simple delito o falta, bajo una estructura argumentativa, a nuestro juicio, errada.

Para fundar nuestra opinión divergente al criterio del Máximo Tribunal, se ha recurrido a una serie de argumentos acumulativos, de distinta naturaleza, que en lo medular permiten entender que: (i) el legislador nacional no ha manifestado un criterio inequívoco al regular el contenido del artículo 21 de la LRPA, lo que queda en evidencia en una serie de reformas legales, así, en distintos contextos temporales, es posible variar la respuesta a la pregunta de investigación planteada; (ii) seguir el criterio adoptado por la Corte Suprema en la actualidad conduce a resultados asistemáticos, ya que, de una parte, convierte en atípicos todos los simples delitos sancionados con pena de presidio menor en su grado mínimo, o con su tramo inferior situado en este grado, y de otra parte, no se condice con las disposiciones de la Ley N°21.430, plenamente aplicables al caso; (iii) la flexibilidad del derecho penal juvenil no excluye la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción penal, el que cumple una función clave a la hora de relevar la gravedad de los delitos sexuales y las consecuencias que de él emanan; y (iv) relacionado con lo anterior, la fenomenología de los delitos sexuales refuerza la necesidad de interpretar los plazos de prescripción de forma restrictiva.

Luego de este análisis, entendemos como una adecuada solución de *lege data*, efectuar la clasificación entre crímenes, simples delitos y faltas cometidas por adolescentes conforme al mismo criterio aplicable a adultos, al ser el único que contempla el Código Penal, basándose para ello en una lectura conjunta de los cuatro argumentos desarrollados. Por otro lado, urge una reforma legal que clarifique el sentido y alcance de estas normas, por lo que, como propuesta de *lege ferenda*, resultaría conveniente añadir un segundo inciso al artículo 5 de la LRPA, del tipo "*para efectos de este artículo, se entenderá por crímenes, simples delitos o faltas, aquellos delitos que, con prescindencia de lo dispuesto en el artículo 21, sean sancionados en la ley respectiva con penas de presidio mayor, presidio menor, o prisión*".

Declaración de contribución de autoría CrediT

Oriana Belén Oviedo Carrasco: Redacción, revisión y edición.

Sebastián Alvarado Montes: Redacción y borrador original.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

Los autores no declaran fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

Los autores declaran no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

Los autores no declaran agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ABEL SOUTO, Miguel (2003): "Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000", en: *Actualidad Penal* (vol. 43).

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite; LAGOS CARRASCO, Gladys y VARGAS PINTO, Tatiana (2009): "Responsabilidad penal juvenil: hacia una justicia individualizada", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 22, núm. 2).

ALAGGIA, Ramona; COLLIN-VÉZINA, Delphine y LATEEF, Rusan (2019): "Facilitators and Barriers to Child Sexual Abuse (CSA) Disclosures: A Research Update (2000–2016)", en: *Trauma, Violence & Abuse* (vol. 20, núm. 2).

ARAIN, Maraim; HAQUE, Maliha; JOHAL, Lina; MATHUR, Puja; NEL, Wynand; RAIS, Afsha; SANDHU, Ranbir y SHARMA, Sushil (2013): "Maturation of the adolescent brain", en: *Neuropsychiatric Disease and Treatment* (vol. 9).

ARAYA NOVOA, Marcela (2020): "Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 32).

BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo (2005): "El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (vol. 6).

BURKE, Alison (2011): "Under construction: Brain formation, culpability, and the criminal justice system", en: *International Journal of Law and Psychiatry* (vol. 34).

CABEZAS CABEZAS, Carlos (2013): "Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código Penal", en: *Política Criminal* (vol. 8, núm. 16).

CABEZAS CABEZAS, Carlos (2019): "Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 32, núm. 1).

CABEZAS CABEZAS, Carlos (2021): *Prescripción de la acción penal* (Santiago, DER Ediciones).

CARBONELL BELLOLIO, Flavia; IHNEN JORY, Constanza y QUINTERO FUENTES, David (2022): *Interpretación, argumentación y razonamiento judicial* (Santiago, Academia Judicial de Chile).

CERDA AGUILAR, Carmen (2019): "Errores más frecuentes en el trabajo investigativo de un delito sexual", en: Meriño Aravena, Marcelo (coordinador), *Los delitos sexuales desde una perspectiva interdisciplinaria*, 2ª edición (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

CERDA SAN MARTÍN, Mónica y CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2007): *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* (Santiago, Editorial Librotecnia).

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2024): "Modificaciones al sistema de responsabilidad penal adolescente", en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. 48, núm. 1).

CILLERO BRUÑOL, Miguel (2011): "Comentario", en: Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Libro Primero. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Legal Publishing Chile).

CILLERO BRUÑOL, Miguel y VITAR CÁCERES, Jorge (2022): *Responsabilidad Penal Adolescente* (Santiago, Academia Judicial de Chile).

CÓRDOBA RODA, Juan (2002): "La ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos", en: *Revista Jurídica de Catalunya* (vol. 101, núm. 2).

Couso, Jaime (2012): "La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos,

y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 38, núm. 1).

COUSO SALAS, Jaime y DUCE JULIO, Mauricio (2013): *Juzgamiento Penal de Adolescentes* (Santiago, LOM Ediciones).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2010): "Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (vol. 12, núm. 1).

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

DÍAZ CORTÉS, Lina (2010): *Introducción al Derecho Penal Juvenil* (Santiago, Librotecnia).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2025): *El derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual*, 2ª edición (Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F).

ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco y VALENZUELA RIVERA, Ester (2023): *Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia* (Santiago, Academia Judicial de Chile).

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998): *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.

FARMER, Elly (2011): "The age of criminal responsibility: developmental science and human rights perspectives", en: *Journal of Children's Services* (vol. 6, núm. 2).

FIERRO MORALES, Claudio y WALKER MARTÍNEZ, Agustín (2025): *La acción de amparo. Análisis desde su operatividad jurisprudencial en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

FISCALÍA NACIONAL DE CHILE (2025): *Minuta Ejecutiva: Clasificación de crímenes, simples delitos y faltas de acuerdo con la pena en abstracto de adulto* (Santiago, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente).

FUNDACIÓN AMPARO Y JUSTICIA (2020): *Entrevista Investigativa Videograda a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*, 2ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

GARRIDO MONTT, Mario (2005): *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2007): "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 20, núm. 2).

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): "La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley N°20.084", en: *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil* (vol. 2).

HORVITZ LENNON, María Inés (2006): "Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (vol. 7).

HUERTA CASTRO, Sofía; DUQUE DUVAUCHELLE, Carolina; BLANCO GONZÁLEZ, Alejandra; ROMO FERNÁNDEZ, Verónica; FUENZALIDA CRUZ, Rose Marie; LEIVA CHACANA, Aída; CAMPLÁ BOLIVAR, Xaviera; PEREIRA ÁVILA, Patricia y MUÑOZ GARCÍA, Patricia (2019): *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales. Documento de Trabajo Interinstitucional* (Santiago, Fiscalía Nacional del Ministerio Público).

LUZÓN PEÑA, Diego (2025): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición ampliada y revisada (Valencia, Tirant lo Blanch).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 4ª edición actualizada (Valencia, Tirant lo Blanch).

MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): *Introducción al Derecho Penal*, 2ª edición (Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F).

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010): *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y VERA VEGA, Jaime (2012): "Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno", en: *Política Criminal* (vol. 7 núm. 13).

ORTIZ DE FILIPPI, Hugo (2021): *Amnistía, indulto y prescripción* (Santiago, Legal Publishing Chile).

ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (2021): "La prescripción de los abusos sexuales infantiles en la política criminal contemporánea", en: Cillero Bruñol, Miguel; Maldonado Fuentes, Francisco y Valenzuela Rivera, Ester (editores), *Protección Frente a la Violencia Contra Niños, Niñas y Adolescentes en Chile. Aspectos Jurídicos y Sociales* (Santiago, Thomson Reuters).

RECCHIA, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale* (Turín, Giappichelli Editore).

RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2018): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos* (Santiago, DER ediciones), t. I.

REYES LÓPEZ, Mauricio (2019): *Responsabilidad Penal Adolescente* (Santiago, DER Ediciones).

RIEGO RAMÍREZ, Cristian (2014): "La expansión de las facultades de la víctima en la reforma procesal penal y con posterioridad a ella", en: *Política Criminal* (vol. 9, núm. 18).

RODRÍGUEZ GUERRA, David (2021): "Notas sobre el perjuicio sexual como un tipo de daño moral o daño no patrimonial civilmente indemnizable. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de abril de 2020, dictada en autos rol 33.598-2018", en: *Ius et Praxis* (vol. 27, núm. 3).

ROMERO KRIES, Mario (2025): *Salidas alternativas al procedimiento judicial en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Ley 20.084* (Concepción, Editorial ConfinSur).

SCOGNAMILLO SUÁREZ, Alessandra (2022): "Dificultades en relación con la prescripción de la acción penal en caso de delitos cometidos por y contra una persona menor de edad", en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. 48, núm. 1).

SUPPIEJ, Agnese; LONGO, Isabella y PETTOELLO-MANTOVANI, Massimo (2025): "The pivotal role of mental health in child and adolescent development", en: *Global Pediatrics* (vol. 13).

TAPIA BALLESTEROS, Patricia (2016): "El estatuto de la víctima en el ordenamiento jurídico chileno: estado de la cuestión y algunas consideraciones", en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. 43, núm. 2).

WITTWER OPITZ, Carmen Gloria (2023): "Silencio de la víctima, consentimiento y violación: una mirada desde la persecución penal", en: Oliver Calderón, Guillermo; Mayer Lux, Laura y Vera Vega, Jaime (editores), *Un derecho penal centrado en la persona. Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.

Jurisprudencia citada

Pizarro Pérez Leandro Antonio contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (2023): Corte Suprema, de 06 de noviembre de 2023, rol 240.877-2023.

Matías Ignacio González Ramírez contra Juzgado de Garantía de Melipilla (2024): Corte Suprema, de 10 de julio de 2024, rol 20.574-2024.

González Espinoza Miguel Ángel con Juzgado de Garantía de Chillán (2024): Corte Suprema, de 01 de agosto de 2024, rol 28.311-2024.

Seguel Aguilera Marcelo Alexis con Segunda Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción (2024): Corte Suprema, de 04 de septiembre de 2024, rol 41.349-2024.

Bizama Moya Andrés contra Juzgado de Garantía de Río Bueno (2024): Corte Suprema, de 07 de noviembre de 2024, rol 55.697-2024.

Muñoz Arias Ladislao contra Corte de Apelaciones de Temuco (2024): Corte Suprema, de 12 de noviembre de 2024, rol 56.209-2024.

Leveque Pilgrim Franco contra Juzgado de Garantía Valdivia (2024): Corte Suprema, de 26 de diciembre de 2024, rol 60.878-2024.

Ministerio Público Fiscalía Local con Yeneri Cristian Navarro Silva (2024): Corte Suprema, de 03 de enero de 2025, rol 57.252-2024.

Jorquera Ovalle Rafael contra Quinta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso (2025): Corte Suprema, de 28 de enero de 2025, rol 1.912-2025.

González Mardones Joan Miguel contra Noveno Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 04 de abril de 2025, rol 9.922-2025.

J.D.G.A contra 10º Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 24 de abril de 2025, rol 12.161-2025.

Castro Fernández Diego Arturo Alejandro contra Juzgado de Garantía de Villarrica (2025): Corte Suprema, de 13 de mayo de 2025, rol 15.207-2025.

Jaramillo Soto Javier contra Corte de Apelaciones Temuco (2025): Corte Suprema, de 23 de mayo de 2025, rol 16.552-2025.

Berrocal Raín Rubén Darío contra Juzgado de Garantía de San Pedro de La Paz (2025): Corte Suprema, de 05 de junio de 2025, rol 18.485-2025.

García Orellana Antonio contra Juzgado de Garantía de Los Andes (2025): Corte Suprema, de 13 de junio de 2025, rol 19.934-2025.

Wehrhahn Barría Lucas contra 11º Sala Corte de Apelaciones de Santiago (2025): Corte Suprema, de 25 de junio de 2025, rol 21.783-2025.

Ayala Yllescas David Paul contra Noveno Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 30 de junio de 2025, rol 22.327-2025.

Valenzuela Saavedra Benjamín contra Tercera Sala Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua (2025): Corte Suprema, 30 de junio de 2025, rol 22.395-2025.

Madrid Silva Ernesto Octavio contra Primer Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 03 de julio de 2025, rol 23.254-2025.

Contardo Muñoz Diego Ignacio contra 15º Juzgado de Garantía (2025): Corte Suprema, de 08 de julio de 2025, rol 24.037-2025.

Segovia Sanhueza Sebastián Renato contra 14° Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 24 de julio de 2025, rol 25.643-2025.

Cantín Aguirre Rodrigo Osvaldo contra Juzgado de Garantía Antofagasta (2025): Corte Suprema, de 28 de julio de 2025, rol 28.194-2025.

Loyola Luengo Neicer Isaac contra 8° Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (2025): Corte Suprema, de 02 de septiembre de 2025, rol 34.411-2025.

Bahamonde Bravo Benjamín contra Cuarta Sala Corte de Apelaciones de Santiago (2025): Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2025, rol 39.194-2025.

NNA contra Octavo Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 02 de octubre de 2025, rol 39.830-2025.

Mario Urtuya Araya contra Corte de Apelaciones de Talca (2025): Corte Suprema, de 09 de octubre de 2025, rol 40.601-2025.

V. I. R. F contra Octavo Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 14 de octubre de 2025, rol 41.168-2025.

Miranda Villalobos Sergio Andrés contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena (2025): Corte Suprema, de 16 de octubre de 2025, rol 41.533-2025.

Cárcamo Mendoza Óscar Miguel contra Corte de Apelaciones de Coyhaique (2025): Corte Suprema, de 27 de octubre de 2025, rol 42.794-2025.

Salgado Colil Pedro contra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua (2025): Corte Suprema, de 29 de octubre de 2025, rol 43.440-2025.

González Mardones Joan Miguel con 9° Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de marzo de 2025, rol 904-2025.

Rubén Darío Berrocal Raín con Juzgado de Garantía de San Pedro de La Paz (2025): Corte de Apelaciones de Concepción, de 15 de mayo de 2025, rol 256-2025.

Madrid Silva Ernesto Octavio con 1° Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de junio de 2025, rol 2.266-2025.

Diego Ignacio Contardo Muñoz con 15° Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte de Apelaciones de San Miguel, de 19 de junio de 2025, rol 821-2025.

Bastián Ignacio Cifuentes Pérez con Juzgado de Garantía de Chiguayante (2025): Corte de Apelaciones de Concepción, de 24 de septiembre de 2025, rol 572-2025.

Normas citadas

Código Penal Chileno, 12 de noviembre de 1874.

Decreto N°830, promulga convención sobre los derechos del niño, 27 de septiembre de 1990.

Ley N°19.696, establece código procesal penal, 12 de octubre de 2000.

Ley N°20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 07 de diciembre de 2005.

Ley N°20.191, modifica la ley n°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 02 de junio de 2007.

Ley N°21.153, modifica el código penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, 03 de mayo de 2019.

Ley N°21.160, declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, 18 de julio de 2019.

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, 15 de marzo de 2022.

Ley N°21.483, modifica el código penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica, 24 de agosto de 2022.

Ley N°21.527, crea el servicio nacional de reinserción social juvenil e introduce modificaciones a la ley n°20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, 12 de enero de 2023.

Sobre el hecho o hechos que suspenden la prescripción de la acción penal. Interpretación de la ley y límites

On the event or events that suspend the statute of limitations for criminal proceedings. Interpretation of the law and limits

FRANCISCO CAAMAÑO CAMPOS*

*Universidad de Concepción, Concepción, Chile.
<https://orcid.org/0009-0000-6573-9584>

Recibido:

21 de octubre, 2025

Aceptado:

05 de diciembre, 2025

Publicado:

22 de enero, 2026

*Autor de

correspondencia

Francisco Caamaño

Campos

Universidad de Concepción,

Concepción, Chile.

Correo electrónico:

fcaamano@udec.cl

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la institución de la suspensión de la acción penal, específicamente en lo relativo a la determinación del momento y de los actos que la provocan, partiendo desde lo indicado por el legislador en el artículo 96 del Código Penal, procurando conseguir sentar las bases y los argumentos que permitan sustentar debidamente una interpretación restrictiva por parte de los Tribunales de Justicia en base a los postulados garantistas.

PALABRAS CLAVE

Suspensión, acción penal, código penal.

ABSTRACT

This paper studies the institution of the suspension of criminal proceedings, specifically with regard to determining the moment and the acts that trigger it, based on the provisions of Article 96 of the Criminal Code, seeking to establish the foundations and arguments that will allow the courts to duly support a restrictive interpretation based on the principles of due process.

KEYWORDS

Suspension, criminal proceedings, criminal code.

Sobre el hecho o hechos que suspenden la prescripción de la acción penal. Interpretación de la ley y límites. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (108-127). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.06>

I. INTRODUCCIÓN

Es conocida, y prácticamente natural, la existencia de diversas posturas respecto a determinados hechos o conceptos, por lo que no es de sorprender de que dicha constatación tenga un reflejo en el ámbito jurídico, toda vez que el recurso del legislador, al momento de dar lugar al derecho positivo, se dirige a la utilización del

lenguaje, el cual por naturaleza es portador de lo que se ha denominado textura abierta,¹ por lo que presenta ciertas características, importando para los fines del presente trabajo la de su de ambigüedad, lo que da paso a la existencia de que una palabra pueda ser aplicada en diversos contextos, o que pueda ser portadora y objeto de múltiples interpretaciones o significados, lo que puede ser considerado como un aspecto positivo (permitir la extensión de opciones posible de aplicación en los casos que no se sobrepase el tenor literal de un precepto legal o reglamentario) o negativos (inseguridad jurídica al momento de determinar los casos que quedan dentro del campo de aplicación de una determinada regulación).

Dicho lo anterior, resulta fundamental para los objetivos de aplicar una disposición, el hecho de demarcar su campo de actuación mediante la determinación del sentido y alcance de las expresiones utilizadas por el legislador, lo cual se consigue mediante el ejercicio de la interpretación. La labor interpretativa recorre por lo tanto todo el esquema de actuación de la disposición por los intervinientes o destinatarios y aplicadores de los enunciados normativos contenidos en las diversas leyes y regulaciones que integran un determinado ordenamiento jurídico.

Así, y teniendo en cuenta lo mencionado, me abocaré a estudiar la institución de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal chileno, centrando específicamente los esfuerzos en determinar el momento en que se produce la mencionada suspensión, a partir de la precisión del contenido, sentido y alcance de la expresión "*desde que el procedimiento se dirige contra él (delincuente)*" mediante la aplicación de postulados, reglas y procesos de interpretación establecidos específicamente en materia de la ley penal y que permiten considerar las particularidades propias y especiales de la disciplina jurídica en la cual se encuentra ubicado el precepto estudiado.

El trabajo se estructura en tres partes, en que en la primera me encargo de efectuar una aproximación y delimitación de la problemática mediante la exposición de nociones previas acerca de la institución de la prescripción de la acción penal, sus plazos, la suspensión de dichos plazos y los hechos que la dogmática y la jurisprudencia han entendido como aquellos que provocan que un procedimiento se dirija en contra del delincuente.

En una segunda parte, intentaré dilucidar la problemática acerca de la precisión del momento de suspensión del plazo de prescripción mediante la aplicación metodológica de criterios interpretativos y argumentativos propios de la disciplina penal que nos permitan sostener una respuesta acerca de la anhelada pretensión de seguridad jurídica, tomando como punto de referencia para el estudio y aplicación metodológica, las interpretaciones que sostenidamente han emanado de forma reciente de parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, y que han sido en su mayoría coherentes con los principios rectores del Derecho Penal, principalmente emanados del principio de legalidad y las garantías sustantivas y procesales que emanan del mismo, sin perjuicio de indicar y hacerme cargo de los argumentos críticos que puedan dirigirse en contra de ellas, para los fines de avanzar hacia una construcción argumental que pueda cumplir con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales más allá de la simple indicación somera de tomas de postura.

En una tercera parte, se esbozarán las conclusiones arribadas, indicando si la hipótesis inicial acerca de que la aplicación de una interpretación construida a partir de criterios propios de la disciplina jurídico penal y argumentada en clave garantista nos permiten establecer coherente y legítimamente el momento de suspensión de la prescripción de la acción penal.

A. Metodología

La presente investigación fue realizada a partir de un enfoque cualitativo del tipo descriptivo-analítico, estructurada a partir de un ejercicio interpretativo sobre una disposición normativa a la cual se aplicaron preferentemente las herramientas interpretativas y argumentativas elaboradas para su aplicación a la disciplina jurídico-penal, y que estimo procedentes para arribar a una solución garantista. Para lo anterior, se estudió críticamente diversa doctrina especializada sobre la materia objeto de estudio, complementándose con jurisprudencia reciente que se ha pronunciado sobre la problemática. Finalmente, se aplicaron los conocimientos al ejercicio de interpretación de la disposición correspondiente.

¹ Todo lo cual ha sido bastante desarrollado desde que H. L. A. Hart lo desarrollara en el capítulo VII de su famosa obra "*El concepto de derecho*" en 1961. HART (1963), pp.155 y ss.

B. Objetivo

Identificar las posibles consecuencias de la aplicación de los diversos postulados y criterios interpretativos y argumentativos contruidos para su aplicación en la disciplina penal en el estudio de una institución específica, concluyendo con la elaboración de la propuesta que me parece más acertada desde una óptica argumentativa disciplinaria y garantista y que permite arribar a resoluciones debidamente fundamentadas y motivadas por parte de nuestros Tribunales de Justicia evitando las simples tomas de postura que pueden provocar inseguridad jurídica.

II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL: CONCEPTO, SUS PLAZOS, LA SUSPENSIÓN Y LOS ACTOS O EVENTOS QUE LA PROVOCAN

A lo primero que debemos hacer mención es a la institución de la prescripción penal en cuanto marco desde el cual debe iniciarse el estudio de la problemática del presente estudio, entendiendo por tal a una causal de extinción de la responsabilidad penal consistente en la *"cesación de la pretensión punitiva del Estado por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido o sin que pudiese ejecutarse la condena, si se trata de la acción penal o de la pena, respectivamente, siempre que durante ese lapso no se cometa por el responsable un nuevo crimen o simple delito"*.² Dicho lo anterior, ya quedamos en condiciones de hacernos cargo derecha y directamente de la institución de la prescripción de la acción penal. La prescripción de la acción penal es aquella causal de extinción de la responsabilidad penal en virtud de la cual, el paso de cierto tiempo hace cesar el derecho del Estado a imponer una pena.³ En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrada en su calidad de causal de extinción de responsabilidad penal en el artículo 93 n°6 primera parte del Código Penal.

Para un adecuado análisis de la institución, necesariamente debe hacerse mención a los fundamentos de su existencia. Así, se mencionan entre sus fundamentos: la renuncia del Estado de perseguir y castigar delitos, precisamente por el transcurso de un tiempo considerable; el hecho de que con el tiempo disminuye o desaparece la necesidad de la pena; el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones indebidas; la seguridad jurídica en orden a que mediante ella se busca preservar la paz social a través de la consolidación de ciertas situaciones jurídicas; la sanción a las autoridades y funcionarios públicos emanada de su inactividad; el hecho de que el transcurso del tiempo dificulta considerablemente la actividad probatoria o disminuye su eficacia procesal; la consideración de la reinserción social como fin de la pena aplicada al individuo que con posterioridad a cometer el hecho punible ha permanecido un largo periodo sin volver a delinquir, y que demostraría su reinserción a la sociedad como ciudadano respetuoso de las normas; o bien de los fines del Derecho penal como herramienta del Estado para sancionar aquellas conductas que perturben de forma especialmente grave a la sociedad y que atendido el transcurso del tiempo se produce un olvido en esta sociedad de la conducta del individuo.⁴

Los plazos de prescripción de la acción penal están señalados expresamente en el artículo 94 del Código Penal, estableciendo un plazo de quince años para los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos; diez años para los demás crímenes; cinco años para los simples delitos; y de seis meses para las faltas (sin perjuicio de las reglas especiales sobre plazos especiales o de imprescriptibilidad), los cuales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 95 del citado cuerpo normativo, empiezan a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Por su parte, la institución de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal determina que el plazo de prescripción cesa de contarse, pero, para diferenciarse de la figura de la interrupción del plazo de prescripción, no implica la pérdida del tiempo ya transcurrido hasta el momento de su procedencia,⁵ y se justificaría mediante

² MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 792.

³ GUZMÁN (2002), p. 459.

⁴ BALMACEDA (2016), pp. 107-111.

⁵ CURY (2005), p. 802.

la alusión a que su finalidad sería dar a los órganos de la persecución más tiempo para concluir la investigación y llegar a una conclusión, pero provocándose un efecto singular en el sistema chileno, en virtud del cual los plazos no se suspenden porque exista un obstáculo al proceso, sino porque es precisamente este último el que obstaculiza la prescripción.⁶

El problema se suscita a la hora de determinar el momento, los hechos, eventos o acontecimientos que provocan que un plazo de prescripción de la acción penal se suspenda. En principio, la respuesta la entregaría directamente el legislador en el artículo 96 del Código Penal al señalar que la prescripción respecto del delincuente *"se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él"*. Así, si con una lectura preliminar se puede llegar fácilmente a señalar el hecho que produce la suspensión, resulta del todo controvertido precisar el sentido y alcance de los términos utilizados por el legislador. Los autores se han hecho cargo desde un plano dogmático acerca de una posible precisión de los términos del legislador, proponiendo que es el artículo 233 del Código Procesal Penal el que zanjaría la discusión por el hecho de establecer y mencionar la suspensión de la acción penal entre los efectos de la formalización de la investigación,⁷ lo cual trae importantes complejidades respecto de los procedimientos que no contemplan necesariamente la procedencia de dicha actuación (por ejemplo los procedimientos monitorios, simplificados o tratándose de los procedimientos por delitos de acción penal privada), haciendo presente además que los Tribunales tienden a considerar suspendida la prescripción de la acción penal desde la admisión a trámite de una querella nominativa o, en términos más generales, desde que se le pueda atribuir la calidad de imputado al sujeto en el procedimiento, otorgando una función subsidiaria a la regla del artículo 233 del Código Procesal Penal,⁸ lo cual, según se verá, ha ido cambiando considerablemente con la última jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.

Siguiendo con las interpretaciones posibles a las cuales ha arribado la doctrina y jurisprudencia, se encuentran aquellas que incluyen como hito en virtud del cual un procedimiento se dirige en contra del delincuente a la denuncia y a la querella en un sentido amplio (ya no solo la nominativa), pero luego afirmando dichos autores que por expresa disposición legal se dejaría claro que sería la formalización de la investigación la única actuación procesal que permitiría suspender la prescripción de la acción penal *"entregando seguridad jurídica al sistema acusatorio que opera desde la reforma del año 2000"*.⁹ Además, también es posible mencionar los postulados que, haciendo eco de pronunciamientos jurisprudenciales, realizan alusión expresa a la presentación de los requerimientos judiciales por parte del Ministerio Público como actos que dirigirían un procedimiento en contra del delincuente en los términos del artículo 96 del Código Penal tratándose de los procedimientos simplificados y monitorios.¹⁰ Finalmente, también es posible mencionar los postulados que indican que sí podría dársele el efecto de suspender el plazo de prescripción de la acción penal a actuaciones que cumplan ciertos requisitos, como sería el caso de la existencia de una querella dirigida en contra del culpable,¹¹ o incluso entender que, en términos generales, el hito que produciría la suspensión se daría cuando la justicia ejercite la acción penal mediante un proceso que se encamine en contra del delincuente.¹² De lo expuesto se desprende que son múltiples las interpretaciones que se han esbozado al respecto, las cuales evidentemente generan inseguridad e incertidumbre toda vez que existen posiciones más restrictivas y beneficiosas para el imputado y acordes al principio de legalidad en materia penal, en razón de la cual, mediante una interpretación conjunta de los artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal, se le asigna únicamente la virtud de dirigir un procedimiento en contra del delincuente a la formalización de la investigación como acto de mera garantía en favor del imputado. Por el contrario, existen posturas que le otorgan un sentido extensivo a las palabras de la ley, haciendo que actividades bastante anteriores

⁶ CABEZAS (2021), pp. 44 y 45.

⁷ MERA (2011), p. 727.

⁸ VAN WEEZEL (2023), p. 515.

⁹ ORTIZ (2021), pp. 202 y 203.

¹⁰ BALMACEDA (2021), p. 621.

¹¹ ETCHEBERRY (1999), p. 259.

¹² NOVOA (1985), p. 488.

al acto de formalización provoquen el efecto indicado en la disposición del artículo 96, tales como la mera denuncia o la querella, o, incluso, en el extremo, el mero hecho de la atribución de la calidad de imputado. Al respecto, estimo que todo análisis no puede partir desconociendo aquel postulado de que, sin perjuicio de la vaguedad que caracteriza al lenguaje, siempre existirá un núcleo duro en el cual indiscutiblemente quedarán comprendidas en el concepto en análisis (o precepto en análisis), que, en este caso, sería la formalización (nadie podría desconocer que mediante ella se produce el efecto de dirigir el procedimiento en contra del delincuente), debiendo a medida que nos alejamos de dicho núcleo duro, y ante la imposibilidad de afirmar con igual claridad la procedencia de aplicación del efecto mediante la verificación de otros actos, se tendrían que tomar muchos mayores resguardos a fin de no caer en una analogía, y, dentro de esta, en una *in malam partem*, absolutamente prohibida en nuestro sistema penal en virtud del principio de legalidad.¹³

III. RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Por resultar relevante para los fines de la investigación, procedo a mencionar expresamente los razonamientos que han sido expuestos por nuestros Tribunales Superiores de Justicia en algunos de sus últimos pronunciamientos sobre la materia, sin pretender limitar el debate a dicho casos, sino que únicamente para los efectos de acreditar que el tema es contingente debido a la disparidad de interpretaciones y la aun ausente de seguridad jurídica al respecto. Asimismo, la decisión respecto a los fallos específicos y a su marco temporal deriva de la necesidad de renovar el estudio jurisprudencial y evitar la reiteración de remisión a sentencias ya mencionadas en otras obras, tomando en cuenta la pretensión y limitación de extensión del presente estudio.

En marzo del año 2025, y con motivo del conocimiento de un recurso de queja interpuesto por la parte querellante, la Corte Suprema de Justicia estima que no existió falta o abuso por parte del Tribunal de primera instancia al considerar que la formalización de la investigación es el único acto que de conformidad a la ley produce el efecto de suspender el plazo de prescripción de la acción penal (la Corte Suprema en cierto pasaje confunde suspensión con interrupción), toda vez que no es sino una de las posibles posiciones que se puede adoptar frente a una norma jurídica al momento de interpretarla, reconociendo que se trata de una asunto que puede admitir diversas interpretaciones, es decir, la Corte no se hizo cargo derechamente del fondo del asunto (sobre qué actuación o actuaciones pueden provocar el efecto alegado), sino que se limita a reconocer la existencia de diversas interpretaciones al respecto, dentro de las cuales es lícito que el Tribunal pueda sostener y fundamentar alguna de ellas.¹⁴

Con posterioridad, nuestro mismo máximo Tribunal, resolviendo un recurso de apelación respecto de una acción de amparo interpuesto en contra de una resolución que denegó el sobreseimiento definitivo en una causa en que los hechos imputados se referían a una supuesta estafa, indicó que, de conformidad al artículo 233 del Código Procesal Penal, *"es la formalización de la investigación la que suspende la prescripción de la acción penal"*, y, en ese sentido, *"ni la sola presentación de la petición de formalización, ni la querella criminal interpuesta, tienen la virtud de suspender el plazo de prescripción de la acción penal, ello por no ser considerado por el legislador como medio expreso para dichos fines y, por cierto, una interpretación por analogía que homologue dichas actuaciones al acto de formalización se encuentra vedado conforme lo dispone el inciso final del artículo 5 del Código Procesal Penal"*, revocándose en definitiva la sentencia apelada,¹⁵ lo cual no es sino la reiteración en idénticos términos de lo que ya había resuelto meses antes, pero en la cual la decisión había sido acordado con dos votos en contra.¹⁶ En los mismos términos antes esbozados resolvió nuestro máximo Tribunal en sentencia de fecha 09 de octubre del año 2025 al resolver un recurso de amparo que se conoce vía apelación.¹⁷ Finalmente, cabe indicar que la misma

¹³ RETTIG (2019), pp. 251 y 252.

¹⁴ Andueza con Sepúlveda (2025).

¹⁵ Segovia contra Juzgado de Garantía de Ovalle (2025).

¹⁶ De la Cruz Varela contra Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (2025).

¹⁷ Lepe contra Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago (2025).

decisión en orden a que el acto que suspendería el plazo de prescripción de la acción penal es la formalización se ha sostenido por nuestro máximo Tribunal en materia de responsabilidad penal adolescente.¹⁸

Por su parte, diversas Cortes de Apelaciones también han tenido oportunidad de emitir importantes pronunciamientos al respecto. Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallando un recurso de apelación en contra de una resolución que decretó el sobreseimiento definitivo de una causa por prescripción de la acción penal, resolvió que aun estimándose que el plazo de prescripción para el caso concreto era de cinco años, este no se encontraría cumplido en relación a su cómputo, toda vez que le otorgó a la querella interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, y dirigida contra persona determinada, el efecto de suspender el curso de la prescripción de la acción penal conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, haciendo presente que el hecho de que el artículo 233 del Código Procesal Penal le otorgue el efecto suspensivo al acto de formalización no excluye que otros hitos procesales produzcan dicho efecto, considerando además que la institución en cuestión sería de índole sustantiva, debiendo regularse por las disposiciones de dicho ramo, revocando en definitiva la decisión de primera instancia.¹⁹ Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmando una resolución apelada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, en la cual este último Tribunal accedió a decretar el sobreseimiento definitivo de una causa por prescripción, atendido a que, no obstante figurar interpuesta una querella en la causa, y considerando que esta fue objeto con posterioridad de una declaración de abandono de la misma, consideró que no se había producido la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, constatándose el transcurso del plazo de cinco años, compartiendo la Corte los fundamentos del Tribunal de primera instancia.²⁰ Lo interesante de esta resolución (y del Tribunal de primera instancia) es que surge la interrogante de determinar qué habría ocurrido si la querella no hubiese sido declarada abandonada, en orden a si el Tribunal Oral y la Corte mantendrían idéntica resolución respecto a la prescripción, o si, por el contrario, y por haber hecho expresa mención a la situación de la declaración del abandono, sí hubiesen considerado suspendido el plazo por el hito procesal de la interposición de una querella. Finalmente, en resolución de fecha 13 de enero del año 2026, la Corte de Apelaciones de Antofagasta estableció que la querella nominativa sería la forma en que la víctima solicita iniciar una investigación penal o hacerse parte de ella, haciendo nacer ciertos derechos como lo es el de poder forzar la acusación aun cuando no exista formalización previa, poniendo énfasis también en que la querella tendría la función de iniciar la investigación de un delito de conformidad al artículo 172 del Código Procesal Penal, por lo que de conformidad al artículo 96 del Código Penal sería suficiente para suspender la prescripción, agregando que resolver en sentido contrario traería como consecuencia *"radicar la posibilidad de suspender la prescripción solo en uno de los titulares de la acción penal, dejando sin posibilidades al querellante"*, haciendo énfasis en la ausencia de herramientas para obligar al Ministerio Público a proceder con la formalización de la investigación.²¹⁻²²

Si nos remontamos a años anteriores, el panorama no varía demasiado. En el año 2024 la Corte Suprema ya sostenía que de conformidad al artículo 233 del Código Procesal Penal es la formalización de la investigación la que suspenden el plazo de prescripción de la acción penal, descartando expresamente otras actuaciones para dichos fines, tales como la simple presentación de petición de formalización ni la denuncia del delito, por no ser el legislador el que los haya indicado expresamente como provocadores de la suspensión, entendiendo que una decisión en contrario significaría una homologación producto de una interpretación por analogía que se encuentra vedada por nuestra

¹⁸ *Bahamonde contra Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2025).

¹⁹ *C.D.E con González* (2025).

²⁰ *C/ Von Bischoffshausen* (2025).

²¹ *Mascayano Bórquez con Miguel Ángel Chaves Pérez* (2026).

²² La sentencia fue acordada con el voto en contra de la abogada integrante señora Luisa Cortés Sánchez quien, dentro de los múltiples argumentos esbozados, señala que se debe determinar la conjunción lógica y sistemática del artículo 96 del Código Penal, el cual contempla por una parte un modelo de simple dirección persecutoria, y por otra un modelo de información formal de persecución que se obtiene o prevé en el artículo 233 literal a) del Código Procesal Penal, para luego entrar a realizar una interpretación de las palabras del legislador teniendo en consideración el hecho de que siendo la disposición del Código Penal anterior a la contenida en el Código Procesal Penal, debe darse preferencia a esta última por principio de temporalidad y también haciendo alusión a la historia del precepto del Código adjetivo, que daría cuenta de la voluntad del legislador, además de indicar que una interpretación del artículo 96 del Código Penal en desconexión al artículo 133 del Código Procesal Penal no solo supondría una contravención al principio de legalidad, sino que podría suponer además a una interpretación analógica.

legislación.²³⁻²⁴ Siguiendo la línea anterior, es demostrativo el fallo de la Corte Suprema pronunciado en noviembre del año 2024, y en que siguiendo una interpretación restrictiva del artículo 96 del Código Penal en relación con el artículo 233 del Código Procesal Penal resuelven que no basta con la petición de formalización para que opere la suspensión, sino que derechamente debe verificarse el acto mismo de la formalización.²⁵

En el caso del año 2023, y por tratarse de una sentencia interesante para los fines del presente trabajo, la Corte de Apelaciones de Concepción le reconoció el efecto suspensivo al requerimiento presentado en contra del imputado en procedimiento simplificado, reconociendo que si bien el artículo 233 del Código Procesal le confiere al acto de formalización el efecto de suspender la prescripción de la acción penal, no se trata de una norma cerrada o exclusiva que la consagre como la única actuación capaz de provocar dicho efecto.²⁶

La crítica que puede formularse transversalmente a las sentencias citadas es que se extraña un razonamiento más acabado con una argumentación que aporte bases sólidas para defender la postura sostenida, limitándose en la mayoría de ellas a una alusión somera de los artículos 96 del Código Penal y 233 del Código Procesal Penal, pero sin entrar en un análisis acabado de por qué, dentro de todas las posibilidades, estiman que es la correcta. Así, corresponde iniciar el estudio de la interpretación de la disposición legal correspondiente para los efectos de intentar arribar a una solución construida sobre la base de diversos elementos y argumentos analizados y esbozados en atención a la disciplina jurídico-penal, y que permitan afirmar que estamos en presencia de resoluciones debidamente motivadas.

IV. INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DISCIPLINAR ESPECÍFICO

A. Punto inicial de estudio

Aplicando una estricta metodología que tenga en consideración las particularidades propias de la disciplina en la que se encuentra inmersa la norma cuyo contenido se pretende esclarecer, debemos comenzar por indicar que el legislador fue claro al señalar en el artículo 96 del Código Penal que la suspensión de la prescripción de la acción penal se verifica desde el momento que el procedimiento se dirige en contra del delincuente, pero es precisamente la determinación de qué acto o actos pueden entenderse dentro de los que dirigirían el procedimiento en contra del delincuente lo que genera las dudas. Parte importante de la doctrina, como bien se indicó previamente, indican que, en atención a lo dispuesto en el artículo 233 del Código Procesal Penal, sería la formalización de la investigación la que dirigiría el procedimiento en contra del delincuente, y, por tanto, la que produciría el efecto suspensivo. Dicha posición no puede entenderse exentas de críticas y carente de bases sólidas que permitan por sí misma arribar a la conclusión a la que reiteradamente llegan los Tribunales Superiores. Así, podríamos intentar reconstruir la voluntad del legislador histórico, partiendo de la base de que la disposición del artículo 233 del Código Procesal Penal no existía al momento de la creación del artículo 96 del Código Penal, por lo que malamente pudo tenerla en consideración el legislador al momento de producir la última disposición. Lo mismo ocurriría si pretendiéramos limitar (o extender) la aplicación de la disposición recurriendo a la consideración de actos posibles de dirigir al procedimiento en contra del delincuente enunciados en el artículo 81 del antiguo Código de Procedimiento Penal, esto es, a los actos de denuncia, querella, requisición del Ministerio Público o pesquisa judicial, y que fue esbozada por algunos en su oportunidad,²⁷ atendido de que dicho cuerpo legal tampoco estaba vigente al tiempo de la producción del artículo 96 del Código Penal.

²³ *Leveque Pilgrin Franco contra Juzgado de Garantía de Valdivia* (2024).

²⁴ El fallo fue pronunciado contando con los votos en contra de dos Ministros, quienes estuvieron por confirmar la resolución apelada por los mismos fundamentos.

²⁵ *Muñoz Arias contra Corte de Apelaciones de Temuco* (2024).

²⁶ *Alarcón Contreras contra Pablo Andrés Gandara Romero* (2023).

²⁷ LABATUT (1972), p. 298.

Así, ya el primer problema que trae aparejada la aplicación directa del artículo 96 del Código Penal en relación con el 233 del Código Procesal Penal, es que necesariamente deberíamos reconstruir la voluntad del legislador histórico prescindiendo de una conexión con disposiciones del Código Procesal Penal y del Código de Procedimiento Penal.²⁸ Incluso, si queremos recurrir a razones históricas, necesariamente debemos considerar que el origen de la institución en nuestra legislación es controvertida, toda vez que no figura como tal en las legislaciones que se tuvieron a la vista al momento de legislar (Código Penal español), en los cuales el hecho de dirigir un proceso en contra del perseguido interrumpía el plazo iniciado, por lo que en el ámbito chileno la suspensión se explicaría bajo la lógica de que el proceso no tiene la entidad para interrumpir la prescripción pero sí para detenerlo.²⁹ La situación cambia al estudiar derechoamente el artículo 233 del Código Procesal Penal en sus orígenes legislativos en la cual se reconoce que el legislador intervino para los fines de establecer a la formalización como requisito indispensable para hacer procedente la suspensión, entendiendo que con ello vino a cambiar el modelo que regía la institución.³⁰

En lo relativo al estudio gramatical de las palabras empleadas por el legislador, tendríamos que recurrir a su sentido natural y obvio por no estar en presencia de expresiones definidas por el legislador, ni tratarse de palabras técnicas de una determinada ciencia u arte, teniendo que considerar eso sí el contexto en el cual se encuentran inmersas dichas palabras en su sentido natural y obvio,³¹ por lo cual, la expresión "*dirigir*" debe entenderse en el sentido de enderezar o guiar, ya sea llevando rectamente algo hacia un término (que en este caso sería el procedimiento), o mostrando o dando las señas de un camino.³² Hasta este momento no se clarifica en nada la extensión precisa del precepto, ya que todo podría conducirnos a suspender el plazo de prescripción de la acción penal, desde una simple denuncia, la presentación de una querrela nominativa, o con un requerimiento de procedimiento simplificado o monitorio, y no solamente con el acto de la formalización de la investigación.

Si entendemos que lo que perseguimos al interpretar la ley es la búsqueda de la decisión más razonable y justa debemos reconocer que la expresión "*desde que el procedimiento se dirige contra él*" no resulta indiscutible a la luz de los intervinientes o de los individuos en general, por lo cual malamente podemos intentar darle aplicación recurriendo única y directamente a su tenor literal o al sentido emanado de la voluntad histórica, sino que debemos considerar, entre otros, el hecho de que el precepto tiene aplicación en materia penal, donde rige el principio de legalidad del cual emanan una serie de garantías tanto sustantivas como adjetivas. Dentro de las garantías encontramos la exigencia de la interpretación a favor del imputado en caso de dudas, como sería este caso, en virtud del cual, frente a un conflicto al momento de aplicar normas sustantivas o procesales, se deberá optar por la que sea más favorable al imputado,³³ lo cual proviene precisamente de exigencias contempladas en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y que resultan plenamente aplicables en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, reconociéndole además una jerarquía constitucional, o, a lo menos, suprallegal, siendo reconocidas incluso directamente como constitución material a partir de dicha norma.³⁴

Junto a lo anterior, y en ejercicio de la labor interpretativa, también se debe recurrir no solamente a los elementos de interpretación contenidos en la ley en los artículos 19 a 24 del Código Civil, sino que también a ciertos argumentos de interpretación aplicables al caso en razón de su campo de aplicación, dentro de los cuales encontramos precisamente los argumentos en base a principios, en virtud de los cuales si en la interpretación de un precepto legal determinado resulta aplicable un principio o conjunto de principios, debe favorecerse la interpretación del

²⁸ Atendido al hecho de que a la fecha de dictación del artículo 96 del Código Penal era el Código Civil y la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales las que lo complementaban.

²⁹ CABEZAS (2020), pp. 22-24.

³⁰ GANDULFO (2010), p. 11.

³¹ CARBONELL ET AL (2022), p. 37.

³² Diccionario de la lengua española, primera y segunda acepción.

³³ CERDA (2019), p. 80.

³⁴ NOGUEIRA (2015), p. 315.

precepto legal que mejor se adapte al principio o conjunto de principios identificados.³⁵

Así, al momento de interpretar el precepto legal, necesariamente debemos situarnos en la disciplina jurídica en la cual se encuentra inmersa y considerar los tópicos jurídicos propios de ella, así, si estamos entonces en materia de Derecho penal, en el cual rige el principio de legalidad, que, dentro de sus fundamentos políticos se encuentra la lucha en contra de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, no podemos dejar al sujeto en contra del cual el Estado puede aplicar su potestad punitiva en una situación de desamparo por razones de falta de claridad de la ley, y menos dejarlo a su suerte fundamentado en una remisión laxa a la búsqueda de la voluntad histórica del legislador, toda vez de que no existiría nada más peligroso que el axioma común de consultar el espíritu de la ley³⁶ o a la voluntad del legislador, y, desde dicho plano, aun en los casos en que se pretenda recurrir a los elementos de interpretación en la forma que se encontrarían establecidos en los artículos 19 y siguientes del Código Civil no debe desconocerse que en la labor interpretativa la hermenéutica debe emplear todas las herramientas normativas que se encuentren a su alcance, considerando que los principios constitucionales y las reglas contempladas en el Código Civil son relevantes, pero que bajo ningún supuesto pueden llevarnos a desconocer que existen otras múltiples disposiciones legales a las cuales recurrir y que se encuentran tanto en el Código Penal, como otras disposiciones de la disciplina penal, y que, si los comparamos con las disposiciones del cuerpo civil, mantendrán idéntica jerarquía legal,³⁷ por lo que la aplicación de toda disposición al caso en estudio debe realizarse en clave penal.

Siguiendo en la búsqueda de ciertos tópicos jurídicos que nos permitan ir precisando el alcance de la disposición legal para los fines de arribar a una decisión "*justa*", se pueden mencionar los que emanan de la aplicación del principio de reciprocidad en los cambios, entendido esta como una herramienta para la obtención de una justicia que limite lo más posible cualquier atisbo de arbitrariedad y subjetividad. Es precisamente del principio de reciprocidad en los cambios, como tópico jurídico aplicable al Derecho penal, que se pueden extraer algunas ideas argumentativas básicas aplicables a la labor interpretativa. Entre las ideas mencionadas, encontramos la noción del "*tópico jurídico de la pena*", de la cual emanan, por ejemplo, la fundamentación de la proporcionalidad entre delitos y penas, o de estas y los distintos grados de culpabilidad, antijuricidad e imputabilidad de los imputados. Asimismo, puede emanar otro relevante tópico jurídico, como lo es el de la participación y rol de la víctima y querellante en el proceso, y del cual se extraen importantísimas consecuencias a la hora de interpretar un determinado precepto, toda vez que complejiza la tarea de determinar si en un caso concreto se puede dar preeminencia a los intereses de la comunidad por sobre el interés particular de un interviniente o viceversa. Por último, encontramos el tópico jurídico de la defensa en juicio. Lo anteriormente indicado es solo preliminar, toda vez que los autores que han propuesto lo mencionado hacen la precisión de que dentro de cada tópico se pueden encontrar otros que admiten además una serie de clasificaciones.³⁸

Desde la óptica particular de la intervención y relevancia de las partes en el proceso, especialmente en lo relativo al imputado, no se presentan problemas para defender como el único acto provocador del efecto de suspender la prescripción de la acción penal, por "*dirigir el procedimiento contra el delincuente*", al acto de formalización de la investigación, lo cual no resulta controvertido en los casos en que estemos en presencia de procedimientos que inician con una detención, su control posterior al día siguiente en audiencia, y en la cual inmediatamente se procede al acto de formalización. En dichos casos no se avizoran conflictos entre el interés general de la comunidad y la de los intervinientes en el proceso, cumpliéndose ya en esta etapa inicial dos de los tópicos jurídicos antes analizados (siendo el tercero uno que queda fuera de análisis en esta etapa, toda vez que se aplicaría o al momento de crear la ley penal o en el de su aplicación, es decir, antes o después de la persecución penal y que el procedimiento se dirija contra el delincuente).

Pero el resultado anterior no aplica para todos los casos, entrando en evidente conflicto en otros supuestos, como por ejemplo, en los casos en que la causa se inicie a través de la interposición de una querrela por parte de la víctima

³⁵ RETTIG (2019), p. 282.

³⁶ BECCARIA (2020), p. 59.

³⁷ SÁNCHEZ (2025), p. 112.

³⁸ CLÉRICO (2017), pp. 213 y 214.

o por una institución u organismo en representación de ella, o aún en los casos en que la causa no contemple el acto de formalización de la investigación, como ocurre tratándose de los procedimientos simplificados en que el requerimiento "*sustituye*" la formalización, no figurando esta última en el proceso. En estos casos, si se le niega la posibilidad de que la querella o el requerimiento, según corresponda, encuadre dentro de los actos que "*dirigen el procedimiento en contra del delincuente*" lo que se estaría haciendo es establecer una desigualdad entre los diversos intervinientes del proceso, y, en último término, en una afectación al principio de reciprocidad, porque no se estaría respetando el tópico de la participación y rol de la víctima y querellante en el proceso, dándose preeminencia a un interés particular específico (el del imputado), por sobre los demás intereses en juego (el del Estado en representación de la comunidad como voluntad general y el particular de la víctima). El problema anteriormente comentado resulta más problemático en los casos en que es precisamente la querella la única diligencia que puede considerarse como la que "*dirige el procedimiento en contra del delincuente*", como ocurre en los procedimientos por delito de acción privada de conformidad a los artículos 400 y siguientes del Código Procesal Penal, y en el cual la propia ley señala que "*El procedimiento comenzará sólo con la interposición de la querella por la persona habilitada para promover la acción penal, ante el juez de garantía competente*". Tratándose de este caso específico, incluso puede discutirse acerca de si estamos en presencia de un verdadero proceso penal, o de un híbrido entre un proceso civil y uno penal (considerando especialmente la existencia de etapas no contempladas en la generalidad de los procedimientos penales, como la conciliación, y sin la intervención del Ministerio Público). De entender que solamente el acto de formalización de la investigación suspende el plazo de prescripción de la acción penal, se llega a la conclusión de que no procede la institución de la suspensión en los procedimientos de acción penal privada, lo cual es del todo controversial si tenemos en cuenta que incluso en el proceso civil existe tal institución.³⁹

En los casos antes expuestos, ya no simplemente se transgreden intereses individuales, sino que ciertos principios propios dentro del Estado, y que en última instancia emanan de la noción de justicia, sobre todo si consideramos que para su concreción se requiere que todas las partes crean que aunque difieran en mucho sus concepciones sobre la justicia, en última instancia apoyan el mismo juicio en la situación presente, el cual se mantendrá aun cuando intercambien posiciones,⁴⁰ esto es, llegar a un consenso sobre lo justo aun cuando en el caso concreto dicha postura los perjudique, ya que de lo contrario siempre llegaremos a la idea de que la justicia es solo lo que le favorece a la parte en un determinado momento. Dicho de otra forma, para una adecuada solución del conflicto debe necesariamente precisarse la posición que ocupa la víctima ya no simplemente dentro de un proceso penal, sino que, en relación con la institución específica en estudio, y, por lo tanto, vinculado también a la naturaleza jurídica de la misma, y solo así llegar a establecer los posibles efectos de sus actuaciones con respecto a la suspensión de la prescripción. Asimismo, y para los mismos fines, también debe estudiarse la posición del Estado y sus específicas limitaciones.

B. Breve referencia a la posición de la víctima en el proceso penal y ante la institución de la prescripción de la acción penal

Lo primero que debe mencionarse a este respecto es que la víctima en nuestro actual sistema procesal penal es considerada un interviniente dentro del proceso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal. Además, y de conformidad al artículo 109 del mismo cuerpo legal, se le reconoce un sólido estatuto y catálogo de derechos que puede o no ejercer dentro del proceso, el cual debe ver complementado por las disposiciones contenidas en leyes especiales que complementan el estatuto general.⁴¹ Siguiendo en la misma línea, se ha extendido la preocupación por asegurar la posición de la víctima dentro del proceso penal, razón por la cual existen diversas disposiciones que aseguran ciertos derechos y que emanan del derecho internacional, mencionando por vía ejemplar aquellos que emanan de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la

³⁹ Considerando en este punto que existen autores que han encontrado cierto origen de nuestra institución de la suspensión en el Derecho Civil, pero que reconocen que aun cuando se estime de tal modo en cada caso deben considerarse argumentaciones diversas para justificar su existencia. CABEZAS (2020), pp. 15 y 16.

⁴⁰ RAWLS (2006), p. 352.

⁴¹ Pudiendo mencionarse al respecto las disposiciones contenidas en las Leyes N°20.066 y N°21.675.

Mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Todo esto que conforma el estatuto mencionado ha llevado a concluir que la posición de la víctima ganó relevancia con la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, motivada en parte por la desconfianza hacia las instituciones, pero lo que no debe llevar a concluir que exista una efectiva protección de derechos,⁴² lo cual podría justificar las alusiones a que el protagonista principal del procedimiento penal seguiría siendo el imputado en cuanto sujeto de la protección o tutela judicial.⁴³

En lo relativo al estudio propio respecto a la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal deben realizarse dos precisiones a esta supuesta extensión de la protección de los derechos de la víctima. La primera precisión gira en torno a cuestionar la supuesta extensión de la aplicación del estatuto de la víctima en los casos en que puede entrar en conflicto con los intereses del Estado o con el estatuto del imputado. Respecto del Estado, ya se ha cuestionado el hecho de entender que la víctima tenga propiamente derechos e intereses de contenido penal, postulando que lo que la víctima tiene es un interés de reparación de las vulneraciones provenientes de la comisión de un delito, pero lo cual no son el objeto de tutela del proceso penal y de la sentencia penal condenatoria, no siendo estas las vías idóneas para dar tutela a los derechos individuales de la víctima.⁴⁴ Complementando esta línea, y bajo la idea de que no se pueden desconocer los derechos de la víctima, hay que reconocer que ello no significa necesariamente que la víctima tenga un derecho fundamental a la tutela judicial que le permita llevar a una persona a un juicio penal en búsqueda de la aplicación de una condena, toda vez que de ser así estaríamos prácticamente ante un derecho absoluto que entraría en colisión a intereses públicos que rigen las políticas persecutorias, como sería el de racionalización del sistema penal,⁴⁵ lo cual explica, por ejemplo, la forma de regulación que tienen las salidas alternativas en el Código Procesal Penal en que en la suspensión condicional del procedimiento el derecho de la víctima se agotaría en ser oído por el Tribunal y en el hecho de que tratándose de los acuerdos reparatorios se establezcan limitaciones a su procedencia, entre otras, en el interés público, lo cual también tendría un correlato en la facultad privativa del Estado de efectuar la formalización de la investigación.

Un aspecto relevante en esta materia, y que se vincula directamente a lo que se ha expuesto, es la relevante posición del Ministerio Público dentro nuestro sistema procesal penal, la cual se mantiene reforzado pese a las modificaciones que han reconocido mayor participación a los demás intervinientes, por lo que sigue siendo el organismo a cargo de la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, del eventual ejercicio lugar de la acción penal pública y de adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas, testigos y eventualmente otros sujetos que se encuentren ligados al proceso. Así, el hecho de que la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción penal pública sean atribuciones privativas del Ministerio Público demuestra el otorgamiento de un margen de discrecionalidad que, si bien es controlable en ciertos casos por parte de los Tribunales de Justicia (ya sea en base a los principios que regulan la actividad del organismo o de las reglas de control expresamente consagradas en la ley), esto no ocurre en todos los casos, entre otros, en el caso de la ausencia de una regla de forzamiento de la formalización, a diferencia de lo que ocurre con la acusación.⁴⁶

En lo relativo a la naturaleza material o procesal de la prescripción (y por ende de la suspensión de la misma) si bien es importante tener en cuenta que algunos autores la consideran explícitamente una institución perteneciente de

⁴² TAPIA (2016), p. 37.

⁴³ CERDA (2019), p. 22.

⁴⁴ BORDALÍ (2011), p. 524.

⁴⁵ BORDALÍ (2011), p. 527.

⁴⁶ Los autores indican la existencia de controles de naturaleza política, procesal, jerárquico y ciudadano, importando para lo que nos interesa acá lo relativo al control procesal realizado por la víctima, y, excepcionalmente, mediante una acción popular. HORVITZ y LÓPEZ (2003), pp. 132-139.

índole material o sustantiva,⁴⁷ mientras otros lo aceptan implícitamente,⁴⁸⁻⁴⁹ no es menos cierto que también se encuentran aquellos que la estiman como una institución de naturaleza mixta o incluso derechamente procesal pero que estiman que la discusión al respecto no sería tan relevante en atención a que el aspecto práctico en el cual influiría ya estaría resuelto por el legislador en el Código Procesal Penal.⁵⁰ Lo interesante comienza cuando nos apartamos de los antiguos argumentos y tendencias dicotómicas que se centran en lo abstracto de una institución y comienzan a centrarse en lo relevante en el caso concreto para los fines de asegurar los derechos de los interesados y en alcanzar un proceso justo y una resolución fundada y motivada. En este punto resulta interesante entender que el momento de creación de una determinada institución de derecho sustantivo trae consigo suponer que debe existir un procedimiento para hacerlo operativo, y dicho procedimiento se inscribe por lo tanto dentro del mismo derecho sustantivo cuya falta de respeto en su aplicación trae aparejada una infracción del mandato sustantivo,⁵¹ es decir, no puede intentar separar el contenido eminentemente sustantivo de una institución bajo la falsa premisa de que tiene un contenido adjetivo, así que no puede lisa y llanamente argumentarse mediante la existencia de ciertos derechos en favor de la víctima para intentar llevar la institución al campo procesal desconociendo todo el estatuto sustantivo protector del imputado que emana de las limitaciones propias a la facultad sancionadora del Estado que emanan de los principios rectores del Derecho penal en un Estado de corte liberal.

C. Ius puniendi estatal, límites formales y materiales e interpretación restrictiva

Luego de estudiar y hacerme cargo de las nociones generales aplicables en materia de interpretación y de los cuestionamientos posibles emanados del supuesto reconocimiento amplio de derechos de la víctima es necesario hacer una importante precisión para continuar con la construcción argumental en clave garantista y que consiga motivar adecuadamente los pronunciamientos judiciales. En la mayor parte de las disciplinas jurídicas es perfectamente admisible la reconstrucción de las disposiciones y enunciados normativos para aplicarlos a los casos concretos, pero específicamente en materia penal no puede sino concluirse que el ejercicio debe invertirse. Así, en materia penal lo primero que debe establecerse es el modelo universal que justifica y legitima su existencia, y solo a partir de ello entrar a legislar, y, en última instancia, interpretar las disposiciones para los fines de aplicarlas a los casos concretos mediante el ejercicio de subsunción.

Para un correcto ejercicio de interpretación partiremos por asumir que, en materia penal, el modelo que resulta aplicable es uno de naturaleza garantista, toda vez que es el garantismo es el que está en los cimientos de la disciplina, y que recorre las diversas etapas de su existencia y manifestación. Así, el garantismo se traduce en un modelo normativo de derecho que, en la disciplina penal, es de estricta legalidad, toda vez que se debe reducir al máximo el recurso a ella por parte del Estado, prefiriendo y procurando la existencia de un "Derecho penal mínimo", por lo que es garantista *"todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva"*. Además, el garantismo hace alusión a toda una teoría y crítica del derecho para establecer la legitimidad o no de sus normas, y finalmente en una filosofía y crítica de la política,⁵² todas las cuales permiten construir todo un modelo de Derecho que los Estados pueden o no asumir, y que, en el caso nacional, parece no ser controvertido en cuanto a su seguimiento general (no obstante que en ciertos casos se discuta si se aleja o no del modelo garantista).

⁴⁷ CURY (2005), p. 798.

⁴⁸ VAN WEEZEL (2023), pp. 509 y 510.

⁴⁹ Un aspecto relevante en este punto surge en relación con el principio de legalidad, y que se encuentra íntimamente ligada a la discusión respecto a la naturaleza material o procesal de la institución de la prescripción, surge del estudio de la irretroactividad de la ley penal como garantía sustantiva emanada del principio en estudio y de su correlativa excepción respecto de la ley penal más favorable. Así, hay autores que entienden que dentro de los casos en que una nueva ley es más favorable para el afectado se encuentra precisamente cuando reduce plazos de prescripción o cuando se altera la forma de computarla de forma tal que el afectado resulta alcanzado por ella, lo cual denotaría la naturaleza sustantiva de la prescripción, toda vez que de otra forma no se entendería comprendida dentro de los casos que operativizan una excepción que emana del principio de legalidad. RETTIG (2019), p. 144; y CURY (2020), p. 290.

⁵⁰ En este sentido, entre otros, ORTÍZ DE FILIPPI (2021), pp. 156 y 157; y POLITTOF ET AL (2004), pp. 582 y 583; y GARRIDO (1997), pp. 372 y 373.

⁵¹ PÉREZ (2018), p. 278.

⁵² FERRAJOLI (1995), pp. 851-854.

La labor de interpretación de la ley penal debe iniciarse desde los postulados garantistas y especialmente lo relativo a los límites impuestos al Estado. Dentro de estos límites tenemos al principio de legalidad, el cual, en materia de garantías sustantivas, consagra el mandato de certeza a partir del cual, si bien se dirige al legislador, sirve de fundamento para afirmar que se debe limitar fuertemente cualquier atisbo de actividad creadora de los jueces mediante la obligación de interpretar la ley penal en favor del imputado en los supuestos en que el mandato de certeza se infrinja (lo cual no es tan excepcional), atendido a que el principio de legalidad debe interpretarse en clave de protección del individuo frente a la actividad persecutoria del Estado, por lo que la interpretación en favor del imputado termina por convertirse en un fundamento del mandato de certeza que emana del principio de legalidad,⁵³ el cual más allá del efecto general de seguridad jurídica no debiese intentar construirse en favor de la víctima, la cual no está en esta posición desventajosa frente a un Estado sancionador. Para llegar a esta forma de comprender la labor de interpretación en el caso concreto resulta fundamental comprender a la prescripción no solamente como una institución de naturaleza sustantiva, sino que también como una que emana de una norma complementaria a la norma de sanción (la cual podrá ser aplicada por el juzgador únicamente en el evento de que la acción penal no esté prescrita), y, por lo tanto, amparada por las garantías sustantivas que emanan del principio de legalidad.

Lo esbozado tiene bastante relevancia en atención a que cada vez surge con más fuerza la tensión con la actividad creadora de los jueces a través de la utilización amplia de interpretaciones y argumentaciones equitativas para poner el acento cada vez más en la justicia al caso concreto, dejando de lado muchas veces la abstracción inherente de la ley para los fines de ser aplicada de forma general a los casos cuyo supuesto de hecho se describe. Ante la existencia de múltiples argumentaciones posibles, unas más correctivas, otras más literales, no debe olvidarse que la labor se inserta dentro de un modelo garantista, por lo que la argumentación equitativa, y que se centra en el caso concreto, debería tener aplicación en los casos en que únicamente beneficia al imputado, y no al revés. Así, cada vez que existan conflictos o concursos de normas a aplicar, y, en última instancia, conflictos de derechos, se debe considerar que es posible de resolverse de una forma general o abstracta dando preeminencia a un derecho por sobre otro, o bien considerar que el conflicto es en última instancia insoluble en abstracto, siendo solamente solucionable en concreto, debiendo resolverse mediante una ponderación equitativa tomando ahora las circunstancias irrepetibles del hecho que hacen a la situación concreta completamente diferente de las demás, y, con ello, en ambos casos, no se infringe el principio de legalidad, asegurando la sujeción de los jueces a la ley⁵⁴ y siempre considerando que la labor, en materia penal, inicia desde un modelo garantista. Un aspecto que sirve para reforzar la idea garantista en lo relativo a regulaciones en contra del imputado se encuentra en el hecho de que en las ocasiones en que el legislador ha establecido reglas de suspensión de los plazos que favorecen a este, lo ha indicado expresamente, así, en materia sustantiva se puede mencionar lo dispuesto en el inciso final del artículo 5° de la Ley N°20.084 en lo relativo a la suspensión del inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal para los casos de ciertos delitos cometidos por adolescentes en contra de víctimas niños, niñas y adolescentes, o, en materia procesal, en el caso del artículo 237 Código Procesal Penal. Así, el hecho de que una investigación se haya demorado por dificultades concretas no debería habilitar para entender de que en ese caso sí es posible otorgar a una actividad de la víctima el efecto suspensivo del plazo de prescripción, ya que de hacerlo lo que estaría haciendo el juzgador es crear derecho y no simplemente interpretar extensivamente, ya que está considerando situaciones concretas o razones de justicia material dentro de un ámbito en que por las particularidades disciplinares prohíbe dicha actuación.

Los fines garantistas deben estar en la base desde la cual se debe iniciar toda la maquinaria del Estado para los fines de la persecución penal. El individuo debe saber claramente lo prohibido o mandado bajo amenaza de sanción penal para dar cumplimiento a las finalidades de seguridad jurídica, y ante la carencia o insuficiencia del legislador, no se puede entrar a interpretar de forma contraria a los intereses del "*perseguido*", es decir, el Estado no puede hacer recaer sobre el perseguido los efectos de sus incumplimientos. Por ello es que el legislador debe orientar su actividad a los fines de crear leyes claras y comprensibles para todos, debiendo además ser precisas sus disposiciones para los fines de evitar ambigüedades y vaguedades, evitar textos redundantes y vacíos legales y

⁵³ SARRABAYROUSE (2012), p. 51.

⁵⁴ FERRAJOLI (2025), p. 157.

procurando el uso de un lenguaje sencillo y común.⁵⁵ De no conseguirlo el legislador, el juez no puede interpretar la disposición que se aleja del mandato de certeza en contra del imputado, toda vez que los límites que emanan desde el modelo garantista, y específicamente del principio de legalidad, se dirigen tanto al legislador en forma directa, pero también al juez en última instancia.

Un aspecto importante a considerar, es que el principio de legalidad no se agota simplemente en el mandato de certeza, sino que también lo integra o emana la prohibición de la analogía *in malam partem*, lo cual obliga a determinar con precisión la línea divisoria entre aquella y lo que se podría estimar como una interpretación extensiva permitida si se cumplen con determinados presupuestos, especialmente lo relativo al respeto a la prohibición de traspasar las fronteras del núcleo duro del tenor literal del precepto interpretado constituyéndose el sentido literal posible el límite externo de la labor interpretativa.⁵⁶ Por lo tanto, bajo el razonamiento clásico recién esbozado toda labor interpretativa del enunciado "*desde que el procedimiento se dirija con el delincuente*" que sobrepase el sentido literal posible infringiría el principio de legalidad por tratarse ya sea de una interpretación extensiva o derechamente de una analogía *in malam partem*, ambas completamente prohibidas al tratarse la norma contenida en el artículo 96 del Código Penal de una que complementa la norma de sanción.⁵⁷ Continuando con el razonamiento, esta solución se vería reforzada al entender que la prohibición de la analogía no emana únicamente en general del principio de legalidad, sino que también específicamente del propio mandato de certeza al concebir a este último como un mandato de determinación de las leyes cuya fundamentación no resultaría complicada.⁵⁸ Finalmente, hay que considerar que la prohibición de la analogía no se configura únicamente como una garantía sustantiva, sino que también procesal, lo cual tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 5° del Código Procesal Penal, al cual nuestros Tribunales han recurrido en un intento por justificar normativamente una interpretación restrictiva de la institución en estudio, y a los cuales ya se hizo mención en el apartado correspondiente de este trabajo.

Aplicando todo lo señalado hasta el momento al caso concreto resulta que el legislador ha señalado expresamente que la acción penal se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, y es la propia ley la que ha designado que la formalización de la investigación produce el efecto suspensivo, fijándose a partir de ambas disposiciones el alcance que deba dársele a la institución, razón por la cual, razonablemente, podría estimarse que exceder el alcance de dicha interpretación en términos que afectan la naturaleza garantista que está en la base del sistema penal chileno, por ejemplo, otorgándole el efecto suspensivo a actos no expresamente indicados por el legislador como provocadores del mismo utilizando argumentos basados en similitud, como lo sería la interposición de una querrela nominativa y que incluso pueda portar un contenido aún mayor que el expuesto en el acto de formalización,⁵⁹ daría cuenta de una analogía *in malam partem* prohibida en nuestro sistema.

Además, y en lo que respecta a la aplicación del principio de reciprocidad como tópico jurídico, el problema se soluciona haciendo presente que requiere de un correctivo importante para su entendimiento y aplicación en materias penales y que complementa lo ya expuesto a su respecto. El principio indicado debe ser aplicado con anterioridad del ejercicio de los derechos y libertades que puedan entrar en conflicto, por lo que se enmarcan en la base del razonamiento del sistema y no como un mero recurso de solución de controversias, razón por la cual lo que procede es traer el concepto de reciprocidad "*ante los ojos*" del modelo teórico garantista en clave constitucional⁶⁰ (para el objeto de establecer el orden y organización inicial aplicable), y no para afectarlo mediante su utilización posterior.

⁵⁵ FERRER ET AL (2025), pp. 30 y 31.

⁵⁶ RETTIG (2019), p. 140.

⁵⁷ En contra de este razonamiento clásico Mañalich, quien estima que no resulta coherente el ejercicio esbozado al señalar, entre otros postulados y fundamentos, que si un respectivo texto es el objeto de la interpretación no podría, además, y al mismo tiempo, funcionar como criterio de corrección en la labor de su propia interpretación. MAÑALICH (2024), p. 67.

⁵⁸ KUHLEN (2021), p. 162.

⁵⁹ En este sentido varios de los argumentos y remisiones expresadas por la abogada integrante de la Corte de Apelaciones de Antofagasta señora Luisa Cortés Sánchez en los considerandos 2° a 5° de su voto en contra en la sentencia a la que se hizo mención en el capítulo correspondiente.

⁶⁰ PUIG (2022), pp. 236 y 237.

Por otro lado, no puede sino estudiarse específicamente la herramienta que otorga nuestro ordenamiento jurídico penal para que la víctima haga valer sus pretensiones en el proceso penal, cual es la querella. Podría incluso intentar sostenerse que es una herramienta idónea para dirigir un procedimiento en contra de un determinado sujeto, única y exclusivamente en los casos en que el control judicial a su respecto trascendiera lo meramente formal. Pero en los hechos, prácticamente la totalidad de las querellas ingresadas son declaradas admisibles mediante un control somero de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 113 del Código Procesal Penal, en virtud de los cuales cualquier pretensión puede dar inicio al proceso penal, constituyéndose en un recurso peligroso que puede utilizarse con la sola finalidad de obtener el efecto de suspender la prescripción de la acción penal. En lo que toca a este tema, nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia ya se pronunció respecto del control de admisibilidad de la querella, estableciendo que el control que debe realizar el Juzgado de Garantía debe responder *"únicamente a aspectos formales y no puede servir para establecer cuestionamientos de fondo, lo cual puede ser determinado luego de una investigación que debe ser llevada a cabo por el Ministerio Público"*, atendido a que se efectúa en un estadio primigenio del proceso penal, sin perjuicio de que en dicha sentencia existieron votos disidentes al respecto.⁶¹ Si nos tomamos en serio el estudio de las instituciones penales en clave garantista, resulta que no podemos aceptar que una querella vaya a ser suficiente para dar lugar a importantes efectos contra el imputado, como lo es suspender un plazo de prescripción. Es más, todavía ni siquiera se discute el momento preciso en que dicha querella puede producir el efecto suspensivo, esto es, si con la mera interposición, con la declaración de admisibilidad o mediante su notificación (diligencia que en nuestro sistema procesal penal parece que reviste una menor formalidad en relación con el proceso civil no obstante su trascendencia para los fines del proceso, lo cual sí es controlado por los Tribunales al inicio de cada audiencia). Incluso se puede llegar a cuestionar el hecho de que la querella no otorga al imputado una instancia específica para cuestionar su forma o exigir su precisión, lo cual sí ocurre en el proceso con posterioridad al acto de formalización de la investigación. No resulta lógico que la única forma de dirigir un procedimiento en contra del imputado expresamente regulada por el legislador presente mayores controles y requisitos que una actuación particular, y que a ambos casos se le pretenda asignar idénticos efectos que vienen a afectar al imputado.

Aplicado entonces lo expuesto en este apartado a la resolución de la controversia acerca del artículo 96 del Código Penal, no puede sino concluirse que, por encontrarse situada la problemática dentro de una disciplina en la cual rige un sistema garantista, la expresión *"desde que el procedimiento se dirige contra el (delincuente)"* debe interpretarse de tal forma que cumpla con los fines garantistas del sistema, especialmente en lo relativo al principio de legalidad y en su garantía de mandato de certeza al legislador y al juzgador y a la prohibición de analogía. Así, si el legislador no ha establecido claramente cuando el procedimiento se dirige contra un delincuente, y, es más, consagrando expresamente un caso en que se dirige contra él, no puede entrar el juzgador a contemplar más casos mediante una interpretación extensiva, o incluso analógica, toda vez que lo que estaría haciendo es suplir una deficiencia propia del legislador que, en virtud del principio de legalidad, solo le corresponde a él. Si se quiere extender el campo de actuación del artículo 96 del Código Penal en lo relativo a la suspensión de la prescripción de la acción penal, debe necesariamente procederse vía modificación legal que señale expresamente que dicho efecto lo provoca, por ejemplo, la interposición o la notificación de la querella o la interposición de un requerimiento en procedimiento simplificado.

V. CONCLUSIONES

1. El método de interpretación y argumentación aplicado al momento de decidir una determinada controversia respecto del sentido y alcance de un precepto penal resulta de total relevancia, teniendo en cuenta la relevancia de las herramientas, operaciones y de fundamentos empleados;
2. Lo que resulta fundamental es que si de verdad queremos atribuir algún significado a una institución, necesariamente debemos estudiarla a la luz de la disciplina jurídica en la cual se encuentra inmersa, así, si lo característico de la prescripción es el transcurso del tiempo, y este debe además comprenderse dentro de la disciplina penal, no se puede dejar establecida la posibilidad de suspensión de una forma tan indeterminada que impida cumplir con los fines propios de la institución, sobre todo si la consideramos como de naturaleza

⁶¹ Mesa contra Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia (2025).

material o, principalmente, como una ligada a las limitaciones al poder sancionador del Estado emanada tanto del principio de legalidad como del de humanidad de las penas;

3. El hecho de que nuestro sistema procesal penal cada vez otorgue una mayor importancia al estatuto de la víctima no puede traer consigo una destrucción o debilitamiento del estatuto aplicable al imputado, tomando en cuenta principalmente que es el sujeto en contra del cual es el Estado pretender ejercer su poder sancionador;
4. Para el caso de que se estime pertinente recurrir en la labor interpretativa a las reglas contempladas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, así como a los demás argumentos de interpretación procedentes, tales como el argumento por analogía, a fortiori, a contrario, de principios, de no redundancia, pragmático, y por el absurdo o apagógico o de hipótesis del legislador razonable, deben serlo en un sentido que se compatibilice con el sistema garantista, por lo cual su recurso siempre será para limitar el sentido de la disposición normativa que contraviene el mandato de certeza o de prohibición de la analogía (tanto en su variante sustantiva como procesal), y, por lo tanto, siempre en favor del imputado,⁶² habida cuenta que la labor de interpretación se debe realizar e iniciarse desde la consideración del sistema en que la disposición está inmersa, por lo que solo a partir de ello se puede conseguir fundamentar y motivar adecuadamente una resolución judicial que pretenda interpretar el enunciado correspondiente; y
5. Finalmente, se puede concluir que siendo lo más adecuado el interpretar los preceptos partiendo desde la consideración de encontrarse enmarcado dentro de un sistema específico en que impera el garantismo, por ser una disciplina donde se persigue la limitación del poder estatal que se ejerce en contra de los individuos, la interpretación restrictiva en casos en que exista una importante base normativa para ello, o en que se vislumbra claramente un alejamiento del mandato de certeza, sería una exigencia y no meramente una opción que se pueda aceptar o adecuar mediante argumentos, siendo incluso derechamente un punto de partida que impediría la actividad creadora del juzgador en contra del imputado, siendo por tanto la formalización de la investigación el único acto posible de encuadrar en lo que el legislador pretendió regular en el artículo 96 del Código Penal al señalar que la acción penal se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, por lo cual, en el evento de que se estime necesario ampliar el campo de actuación del artículo 96 del Código Penal en la parte que indica desde cuando se suspende el plazo de prescripción de la acción penal, debe procederse necesariamente vía modificación legal, por ejemplo en el artículo 113 del Código Procesal Penal, para que se utilice la misma técnica contemplada en el artículo 233 del Código Procesal Penal respecto de la querrella, o en los demás preceptos correspondientes si lo que se pretende es de dotar de dicho efecto a la denuncia o al requerimiento en procedimiento simplificado, señalando expresamente los requisitos, procedimientos y posibilidades de control, siendo esta la única forma de otorgar debida certeza y seguridad jurídica dentro de un campo que no solamente lo considera deseable, sino que derechamente lo exige, no pudiendo aceptarse por meras alusiones de igualdad procesal o "*justicia*" entrar a "*corregir*" eventuales deficiencias legislativas. Lo anterior trae como consecuencia la improcedencia de la institución de la prescripción de la acción penal en los términos del artículo 96 del Código Penal en los casos en que no proceda o no haya tenido lugar la formalización de la investigación, sin perjuicio de las reglas de suspensión especialmente reguladas, por ejemplo, en el artículo 5° de la Ley N°20.084 o en el artículo 237 del Código Procesal Penal. Toda solución que se pretenda argumentar en contrario debe poder sostenerse claramente en la ley, razón por la cual debería procederse a su modificación, por ejemplo, en los términos que figuran en los proyectos de Código Penal, es decir, Anteproyecto de 2013 y Proyecto de 2014, los cuales expresamente en los artículos que regulan la suspensión de la prescripción de la acción penal, luego de hacer idéntica mención a la frase "*desde que el procedimiento se dirige contra el responsable*", agregan "*esto es, desde la primera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que fuere realizada por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se le atribuyere responsabilidad en el hecho punible*"⁶³ o en los Anteproyectos de 2015 y 2018 en los cuales se indica "*La prescripción de la acción penal se suspenderá desde que se practicare la primera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra*

⁶² RETTIG (2020), pp. 255 y ss.

⁶³ Artículos 207 y 206 del Anteproyecto de Código Penal de Chile de 2013 y del Proyecto de Código Penal de Chile de 2014 respectivamente.

índole, por la cual se le atribuyere responsabilidad por el respectivo hecho punible".⁶⁴

Declaración de contribución de autoría CrediT

Francisco Caamaño Campos: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2016): "La prescripción en el Derecho penal chileno", en: *Revista de Ciencias Penales* (núm. 1).

BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2021): *Manual de Derecho penal Parte General*, 4ª edición (Santiago, Librotecnia).

BECCARIA, Cesare (2020): *De los delitos y de las penas* (Traducc. de Francisco Laplaza, Lima, Editorial Palestra).

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón (2012): "La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 39).

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2011): "La acción penal y la víctima en el Derecho Chileno", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37).

CABEZAS CABEZAS, Carlos (2020): "La prescripción de la acción penal y la suspensión de la misma en el derecho positivo. Un estudio histórico-comparado", en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal* (núm. 40).

⁶⁴ Artículos 177 y 181 de los Anteproyectos de Código Penal de Chile de 2015 y 2018 respectivamente.

CABEZAS CABEZAS, Carlos (2021): *La prescripción de la acción penal. Herencia y desafíos político-criminales* (Santiago, DER ediciones).

CARBONELL BELLOLIO, Flavia; IHNEN JORY, Constanza y QUINTERO FUENTES, David (2022): *Interpretación, argumentación y razonamiento judicial* (Santiago, Academia Judicial).

CARMONA TINOCO, Jorge (1996): *La interpretación judicial constitucional* (Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2019): *Manual del sistema de justicia penal* (Santiago, Librotecnia).

CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal Parte General*, 7ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

CURY URZÚA, Enrique (2020): *Derecho Penal Parte General*, 11ª edición (Santiago, Ediciones UC).

CLÉRICO, Juan (2017): "La tópica y la reciprocidad en los cambios en el derecho penal", en: *Revista Prudentia Iuris* (núm. 83).

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1999): *Derecho Penal Parte General*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Traducc. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta).

FERRAJOLI, Luigi (2025): *Contra el creacionismo judicial* (Traducc. de Perfecto Andrés Ibáñez y Félix Morales, Lima, Palestra).

FERRER BELTRÁN, Jordi, FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina, GARCÍA YZAGUIRRE, Víctor y SCAVUZZO, Natalia (2025): *La seguridad jurídica para el desarrollo humano: desafíos en Iberoamerica* (Madrid, Marcial Pons).

GANDULFO, Eduardo (2010): "El inicio de la suspensión de la prescripción de la acción penal en el nuevo ordenamiento para el proceso penal: Un nuevo modelo", en: *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas* (núm. 1).

GARRIDO MONTT, Mario (1997): *Derecho Penal Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2002): "De la extinción de la responsabilidad penal", en: Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis (directores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Libro Primero-Parte General, Artículos 1º al 105* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

HART, Herbert (1963): *El concepto de derecho* (Traducc. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2003): *Derecho Procesal Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.

KUDLICH, Hans (2018): *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal* (Madrid, Marcial Pons).

KUHLEN, Lothar (2021): "Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía", en: Montiel, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal ¿decadencia o evolución?* (Madrid, Marcial Pons).

LABATUT, Gustavo (1972): *Derecho Penal Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2024): "La interpretación de la ley penal bajo la "prohibición de analogía". Una reconstrucción desde el pragmatismo semántico", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 51 núm. 3).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 4ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

MERA FIGUEROA, Jorge (2011): "De la extinción de la responsabilidad penal. Artículo 96", en: Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor (directores), *Código Penal Comentado. Libro Primero. Arts. 1º a 105. Doctrina y jurisprudencia* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", en: *Estudios constitucionales* (año 13 núm. 2).

NOVOA MONREAL, Eduardo (1985): *Curso de derecho penal chileno: parte general*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ORTÍZ DE FILIPPI, Hugo (2021): *Amnistía, indulto y prescripción* (Santiago, Thomson Reuters-Legal Publishing).

PÉREZ RAGONE, Álvaro (2018): "El impacto del dialogo entre derecho sustantivo y el derecho procesal", en: *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia* (núm. 41).

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PUIG HERNÁNDEZ, Marc-Abraham (2022): "El principio de la reciprocidad: Fundamentos para el ejercicio de las libertades fundamentales", en: *Revista Derechos y libertades* (núm. 46).

RAWLS, John (2006): *Teoría de la justicia*, 2ª edición (Traducc. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica).

RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2019): *Derecho Penal Parte General. Fundamentos* (Santiago, DER ediciones), t. I.

SÁNCHEZ PEREZ, Rocío (2025): *Ley penal y criminología. La interpretación criminológica de la ley punitiva* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

SARRABAYROUSE, Eugenio (2012): "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración", en: Montiel, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal ¿decadencia o evolución?* (Madrid, Marcial Pons).

TAPIA BALLESTEROS, Patricia (2016): "El estatuto de la víctima en el ordenamiento jurídico chileno: Estado de la cuestión y algunas consideraciones", en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. 43 núm. 2).

VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex (2023): *Curso de Derecho Penal Parte General* (Santiago, Ediciones UC).

VIEHWEG, Theodor (2025): *Tópica y jurisprudencia* (Traducc. de José Luis Díez-Picazo, Santiago, Ediciones Olejnik).

Jurisprudencia citada

Alarcón Contreras, Elena contra Gándara Riveros, Pablo (2023): Corte de Apelaciones de Concepción, de 01 de diciembre de 2023, rol 1410-2023.

Muñoz Arias, Ladislao contra Corte de Apelaciones de Temuco (2024): Corte Suprema, de 12 de noviembre de 2024, rol 56.209-2024.

Leveque Pilgrin, Franco contra Juzgado de Garantía de Valdivia (2024): Corte Suprema, de 26 de diciembre de 2024, rol 60.878-2024.

Andueza Fouque, Juan Pedro con Sepúlveda Jaramillo, Dagoberto (2024): Corte Suprema, de 14 de marzo de 2025, rol 7.921-2024.

De la Cruz Varela, Carlos contra la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (2025): Corte Suprema, de 26 de mayo de 2025, rol 17.022-2025.

Segovia Villanueva, Pedro contra Juzgado de Garantía de Ovalle (2025): Corte Suprema, de 21 de julio de 2025, rol 26.692-2025.

Consejo de Defensa del Estado con González López, Víctor (2025): Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 05 de agosto de 2025, rol 1954-2025.

Ministerio Público con Von Bischoffshausen Saavedra, Norma (2025): Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de agosto de 2025, rol 3395-2025.

Mesa Latorre, Álvaro contra Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia (2025): Corte Suprema, de 23 de septiembre de 2025, rol 37.661-2025.

Bahamonde Bravo, Benjamín contra Cuarta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago (2025): Corte Suprema, de 30 de septiembre de 2025, rol 39.194-2025.

Lepe Valenzuela, Antonio contra Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago (2025): Corte Suprema, de 09 de octubre de 2025, rol 40.390-2025.

Mascayano Bórquez, Erwin con Chaves Pérez, Miguel (2026): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 13 de enero de 2026, rol 1211-2025.

Normativa citada

Código Civil de Chile, 14 de diciembre de 1855.

Código Penal de Chile, 12 de noviembre de 1874.

Ley N°1853, Código de Procedimiento Penal, 19 de febrero de 1906.

Ley N°19.696, Establece Código Procesal Penal de Chile, 12 de octubre de 2000.

Ley N°20.066, Establece Ley de violencia intrafamiliar, 07 de octubre de 2005.

Ley N°20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 07 de diciembre de 2005.

Anteproyecto de Código Penal de Chile de 2013.

Proyecto de Código Penal de Chile de 2014.

Anteproyecto de Código Penal de Chile de 2015.

Anteproyecto de Código Penal de Chile de 2018.

Ley N°21.675, Estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género, 14 de junio de 2024.

Cláusulas abusivas y delimitación de regímenes de responsabilidad en materia de consumo. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025

Unfair Terms and the Delimitation of Liability Regimes in Consumer Law: Commentary on the Supreme Court of July 18, 2025

JORGE MIRANDA VALDEBENITO*

*Universidad de Perugia, Perugia, Italia.
<https://orcid.org/0009-0002-7851-0556>

Recibido:

29 de diciembre, 2025

Aceptado:

15 de enero, 2026

Publicado:

23 de enero, 2026

*Autor de

correspondencia

Jorge Miranda Valdebenito
Universidad de Perugia,
Perugia, Italia.

Correo electrónico:

jorgenatanael.
mirandavaldebenito@
dottorandi.unipg.it.

Cláusulas abusivas y delimitación de regímenes de responsabilidad en materia de consumo. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (128-146). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.07>

RESUMEN

El presente trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025, que declaró abusiva una cláusula de exoneración de responsabilidad contenida en un contrato de adhesión para la prestación de servicios educacionales. A partir del análisis del caso, se examina la relación entre las restricciones a la distribución convencional de riesgos propias de la contratación de consumo y los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad contractual. Asimismo, se abordan las dificultades que se suscitan en la delimitación de los regímenes de responsabilidad civil aplicables en esta materia, con especial atención al modelo de atribución de responsabilidad, recurriendo para ello al análisis a la luz de los fundamentos de un régimen de responsabilidad objetiva.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, derecho del consumo, regímenes de responsabilidad, responsabilidad objetiva.

ABSTRACT

This article comments on the Supreme Court judgment of July 18, 2025, which declared abusive a liability exemption clause contained in an adhesion contract for the provision of educational services. Based on the analysis of the case, it examines the relationship between the restrictions on conventional risk allocation inherent to consumer contracts and the dogmatic foundations of contractual liability. It also addresses the difficulties arising in the delimitation of the applicable civil liability regimes in this field, with particular attention to the model of attribution of liability, by resorting to an analysis grounded in the foundations of an objective liability regime.

KEYWORDS

Unfair terms, consumer law, liability regimes, strict liability.

I. OBJETO DEL COMENTARIO

La propuesta de este trabajo es comentar la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, pronunciada en causa rol N°26.545-2024 de 18 de julio de 2025, caratulada Servicio Nacional del Consumidor con Sociedad Educativa



El Maule S.A. Dicha sentencia es relevante, no solo por los motivos explícitos de la abusividad de la cláusula que exime totalmente de responsabilidad a la institución educativa, sino que, implícitamente, nos permite reflexionar sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de consumo por medio del análisis de las dinámicas de distribución de riesgos que operan en la contratación de consumo. Así, esta sentencia y la normativa subyacente nos permite sostener que el contrato de consumo no satisface los presupuestos que caracterizan la distribución convencional de riesgos que funda la responsabilidad contractual y, por tanto, hace imperante pensar en la delimitación de los regímenes en el contexto del contrato de consumo.

II. EL CASO

El Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, SERNAC o el Servicio) realizó un estudio de los contratos educacionales dispuestos por institutos profesionales para sus estudiantes, cuyo operativo tuvo como resultado el hallazgo de cláusulas que controvierten la Ley de Protección de Derechos de los Consumidores.¹ En este contexto, uno de los proveedores que incumplía la normativa fue la Sociedad Educacional El Maule S.A., quienes disponían de contratos con múltiples cláusulas abusivas a juicio del Servicio.

El SERNAC inició un proceso de mediación colectiva entre el proveedor y los consumidores, pero la Sociedad Educacional El Maule S.A. no participó. Ante esto, el Servicio Nacional del Consumidor dedujo una demanda en juicio especial de la Ley N°19.496, sobre acción de protección del interés colectivo de los consumidores. El objeto del pleito es que se declaren abusivas las cláusulas 4° a la 7°, 10° a la 12°, 16° y 18° del contrato de adhesión de prestación de servicios educacionales; que se declaren abusivas las cláusulas 1° a la 7° del pagaré; y toda otra cláusula que el tribunal estime abusiva y nula, contenida en el contrato de adhesión u otros distintos, conforme el artículo 1683 del Código Civil; que se ordene respecto de los consumidores afectados, las restituciones y prestaciones propias de la nulidad absoluta; se declare la procedencia de la indemnización y/o reparación derivada de los incumplimientos demandados en su libelo.

Dentro del listado de cláusulas debatidas nos detendremos solo en la cláusula 7° del contrato de adhesión, la cual, como desarrollaremos, es la que motiva el pronunciamiento de la Corte Suprema. Esta cláusula reza:

"El VALLE CENTRAL se reserva el derecho de iniciar o no el primer nivel de la carrera, si el número de ALUMNOS inscritos en él, no aseguran su financiamiento óptimo para el cumplimiento de los objetivos de aprendizaje de la carrera, por lo que las partes convienen, para el caso de que no se logre reunir un grupo de a lo menos 25 alumnos para aperturar la carrera o programa respectivo dejar sin efecto el presente contrato, lo mismo en caso de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen la no apertura de la carrera o programa, situación que se avisará con anticipación al inicio de clases del respectivo año, declarando desde ya el alumno que la ocurrencia de cualquiera de las situaciones antes descritas no le implica perjuicio alguno pecuniario, moral o de ninguna índole y que renuncia al ejercicio de cualquier acción judicial o de reclamo ante cualquier entidad u organismo".²

El Servicio alega que dicha cláusula representa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del proveedor frente a los de los consumidores. En este sentido, la cláusula configura un escenario donde se omite información relevante al consumidor, impidiendo la posibilidad de tomar una decisión racional, informada y oportuna en la contratación de los servicios, ya que plantea una incertidumbre al no asegurar la efectiva prestación de los servicios contratados si no se alcanza el mínimo de estudiantes. Luego, plantea que, al recurrir a los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito como justificación de la no ejecución del contrato, el Instituto estaría pretendiendo que operen de pleno derecho y sin necesidad de acreditación, lo cual sería profundamente arbitrario por parte del proveedor. Finalmente, sostiene que la parte final de la cláusula contiene diversas eximentes de responsabilidad que conjugan una serie de hipótesis de abusividad, pretendiendo eximirse de responsabilidad mediante cláusulas unilaterales predispuestas a raíz de su propia omisión y que van en franco desmedro del consumidor.

¹ Ley N°19.496, de 1997.

² Sernac con Sociedad Educacional El Maule S.A. (2025).

Luego, respecto de la pretensión indemnizatoria, el Servicio plantea que la naturaleza de la responsabilidad en materia de consumo es de carácter objetivo, bastando solo el hecho constitutivo de ella para que se configure y se condene a las demandadas.³

Respecto de la cláusula séptima, el demandado se defiende sosteniendo que el Instituto tiene derecho a exigir un mínimo de alumnos para abrir una carrera. Así lo informa previamente y sería necesario, ya que un mínimo de estudiantes haría viable contratar profesores y funcionarios para atender las necesidades de los alumnos. Nada controvierte sobre el cuestionamiento a la abusividad de la limitación de responsabilidad ni respecto a la naturaleza de la responsabilidad aplicable al Instituto.

Conoce de esta causa en primera instancia el 24° Juzgado Civil de Santiago y, con fecha de 06 de noviembre de 2023, acoge la demanda, en cuanto declara la abusividad y consecuente nulidad solo de las cláusulas cuarta, quinta, décima, undécima, duodécima y décimo octava del contrato de adhesión. Luego, rechaza la petición de declarar abusiva toda otra cláusula que el tribunal estime, se rechazan las restituciones e indemnizaciones pretendidas y, finalmente, se acoge la responsabilidad infraccional, imponiendo una multa de 155 UTM.

Sobre la cláusula séptima el Tribunal de primera instancia razona que no existe vulneración de los derechos de los consumidores, ya que sería admisible y razonable no iniciar el curso sin un mínimo de alumnos requeridos. Lo mismo ocurriría, según el Tribunal, con la referencia al caso fortuito y fuerza mayor, ya que son conceptos recogidos en el Código Civil, por tanto, la renuncia a demandar una indemnización en estos casos no afectaría la libre contratación del consumidor. Finalmente, estima que el omitir la posibilidad de devolución de lo pagado no es una cláusula abusiva que produzca un desequilibrio entre los contratantes o una afectación al derecho de información, ya que de todas formas el Instituto estaría obligado a hacerlo.

Luego, ambas partes apelan y la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11 de junio de 2024, acoge parcialmente la apelación del Servicio, solo en cuanto declara abusivas y, por consiguiente, nulas la cláusula 6° del contrato de adhesión y las cláusulas 2°, 4° y 6° del pagaré. En consecuencia, respecto a la cláusula que limita la responsabilidad, la Corte confirma lo resuelto por el 24° Juzgado Civil de Santiago.

El Servicio recurre de casación en forma y fondo insistiendo en lo no otorgado, particularmente sobre la abusividad de la cláusula séptima. La Corte Suprema falla el recurso de casación el 18 de julio de 2025, rechazando la casación en la forma y acogiendo la casación en el fondo.

La Corte Suprema sostiene que la cláusula séptima efectivamente es de carácter abusivo, toda vez que transgrede el artículo 16 letra e) de la Ley N°19.496, el cual prohíbe las limitaciones absolutas de responsabilidad del proveedor. La Corte funda su decisión en que no se da cuenta de un plazo prudente para comunicar al consumidor la decisión de no prestar el servicio, lo que abre la puerta a una retractación intempestiva que perjudicaría al consumidor más allá de lo razonable, lo que, además, impone al consumidor una renuncia a las acciones judiciales que le corresponderían.

La sentencia de reemplazo señala en su 3° considerando:

"Que tal como ya se ha afirmado, la cláusula séptima del contrato contraría el espíritu de la legislación de protección a los derechos de los consumidores, pues la institución educacional tiene el deber de obrar de buena fe y en su virtud expedir el contrato en términos claros o inteligibles; que no contenga una limitación de su responsabilidad en relación con el eventual perjuicio que al alumno se le ocasione; ni que le imponga al consumidor cargas extraordinarias".

Luego, en el considerando 4°:

"Que tal como ya se ha afirmado, la cláusula séptima del contrato contraría el espíritu de la legislación de protección a los derechos de los consumidores, pues la institución educacional tiene el deber de obrar de buena fe y en su

³ Para justificar esta afirmación, el Servicio cita la sentencia *Sernac con Administradora de Supermercados Hiper LTDA* (2014) y a FERNÁNDEZ (1998).

virtud expedir el contrato en términos claros o inteligibles; que no contenga una limitación de su responsabilidad en relación con el eventual perjuicio que al alumno se le ocasione; ni que le imponga al consumidor cargas extraordinarias".

III. DISTRIBUCIÓN CONVECCIONAL DE RIESGOS, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DELIMITACIÓN DE RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD

La sentencia tiene relevancia y puede ser analizada en dos niveles. En primer lugar, de forma explícita, la Corte se pronuncia sobre la abusividad de la cláusula que limita la responsabilidad del proveedor, esto nos permite observar la aplicación del artículo 16 letra e) de la Ley N°19.496, toda vez que, aunque habiendo consagración normativa de dicha hipótesis, para los tribunales de primera y segunda instancia no se configuró la cláusula abusiva. Por otro lado, de forma implícita, la sentencia en comento nos provoca recurrir a la discusión que subyace al problema, esto es, la distribución de riesgos y la determinación del régimen aplicable en materia de consumo.

En los siguientes apartados plantearemos que, en materia de consumo, a pesar de existir un contrato que liga y es obligatorio para las partes, no es posible hablar de una distribución convencional de riesgos propiamente tal debido a las dinámicas propias de las relaciones de consumo. En consecuencia, al plantearnos el problema de la determinación del régimen de responsabilidad aplicable en materia de consumo debemos tener en cuenta, indefectiblemente, que estas limitaciones en la distribución de riesgos atentan directamente con los fundamentos de la responsabilidad contractual.

A. Abusividad de cláusulas que limitan la responsabilidad del proveedor

Siguiendo lo propuesto por De Cupis, podemos comprender como cláusula limitativa de responsabilidad todos aquellos acuerdos que modifican los principios dispositivos que, respecto a la obligación de indemnizar, regulan la determinación y medida del daño indemnizable.⁴ En nuestro sistema, dichas cláusulas tienen reconocimiento en materia contractual por medio del artículo 1547 inciso final del Código Civil, ya que esta norma prescribe cuál es la responsabilidad del deudor, mas en su último inciso señala que *"Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes"*.⁵ Luego, el artículo 1558 inciso final del Código Civil prescribe que *"Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas"*,⁶ refiriéndose a las reglas de responsabilidad del deudor. Así, esta es una evidente manifestación de la autonomía de la voluntad, en cuanto el ordenamiento reconoce la facultad de los particulares de auto-regular sus relaciones, dándole primacía a estas convenciones por sobre las normas de responsabilidad contractual e, incluso, amparando las cláusulas que importen una renuncia al derecho a ser indemnizado, ya que el artículo 12 de nuestro Código lo permite.⁷

Por otro lado, dichas cláusulas, especialmente aquellas que implican una irresponsabilidad de una de las partes, han sido criticadas por la doctrina. Se apunta que aquellas desdibujan la propia idea de contrato, ya que no es posible pensar en un contrato donde, desde su perfeccionamiento, el deudor esté autorizado para su incumplimiento. En este sentido, Barros plantea que no existiría una voluntad seria de obligarse, toda vez que la suerte del contrato estaría entregada a la mera voluntad del deudor, lo que constituye una condición meramente potestativa de este y es sancionada con la nulidad en el artículo 1478 del Código Civil.⁸ De esta forma, un contrato que contiene una cláusula de irresponsabilidad, como la contenida en el contrato de adhesión, no constituiría una obligación

⁴ DE CUPIS (1975), p. 496.

⁵ Código Civil, de 1857, artículo 1547.

⁶ Código Civil, de 1857, artículo 1558.

⁷ Sobre este punto, véase GONZÁLEZ (2011), pp. 90 y ss.

⁸ BARROS (2021), p. 1097.

jurídica propiamente tal.⁹

Sin perjuicio de las críticas anotadas, debemos tener presente que, en materia civil, no se trata de una declaración unilateral de irresponsabilidad o su limitación, al contrario, existe consentimiento de las partes en orden a alterar las reglas de responsabilidad.¹⁰

Ahora, el caso que analizamos no corresponde a la contratación civil, sino que debemos estar a las lógicas y normativas del derecho del consumo. Aquí la situación cambia, ya que debemos considerar los conceptos de contrato de adhesión, asimetría entre las partes y tutela de la parte débil. Ante la imposibilidad de una libre auto-regulación de las partes, lo cual se esgrime como fundamento de estas cláusulas, y de una limitación de la autonomía de la voluntad en razón de ser un estatuto protector, debemos analizar críticamente su procedencia.

Al no existir las condiciones que permitan un contrato libremente discutido, los contratos de adhesión están sujetos a un control judicial represivo y preventivo para tutelar al consumidor. La represión del contenido contractual busca la ineficacia de las cláusulas vulatorias de los derechos de los consumidores por medio de la declaración de la abusividad de estas.¹¹

La idea esencial de las cláusulas abusivas es que configuran un desequilibrio entre las partes y, en definitiva, son desfavorables para el consumidor.¹² La Ley N°19.496 recibe esta tipología y, en su artículo 16, establece un catálogo de hipótesis constitutivas de cláusulas abusivas. Se ha entendido que la letra g) de dicho catálogo constituye una regla general,¹³ ya que prescribe: *"No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen"*.¹⁴ Dicho artículo es una herramienta relevante, ya que nos permite conceptualizar los elementos y alcances que constituyen la abusividad a la luz del estatuto protector de los consumidores.

Además, en particular sobre el caso en comento, debemos estar a la letra e) de dicho artículo, el cual dispone: *"No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio"*.¹⁵

En consecuencia, considerando las normas citadas, las cláusulas que pretenden una limitación o exoneración de responsabilidad del proveedor a través de una disposición impuesta por él mismo son consideradas abusivas. En este sentido, la letra e) del artículo 16 es claro en señalar que el ámbito de protección detrás de esta hipótesis de abusividad es evitar que el consumidor se vea privado de su derecho a resarcimiento derivado de las deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. Así, la cláusula séptima encaja en este supuesto, toda vez que buscaba privar de toda indemnización al consumidor ante el eventual incumplimiento del Instituto.

Así, dicha cláusula tiene por objeto realizar una distribución convencional de riesgos. Las partes utilizan el contrato

⁹ ESMEIN (1927), pp. 52-59; GONZÁLEZ (2011), p. 92.

¹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ (2011), p. 92; *Sociedad Constructora Salfa S.A. con Fisco de Chile* (1990) y, por cierto, las normas del Código Civil anteriormente citadas.

¹¹ BARRIENTOS (2019), pp. 115 y ss.

¹² DE LA MAZA (2004), p. 119.

¹³ BARRIENTOS (2019), pp. 116 y 117. La autora destaca la relevancia de considerarla la regla general, ya que sus elementos también deben estar presentes en las otras letras del artículo 16. DE LA MAZA (2004), al contrario, sostiene que no sería necesario su concurrencia en las otras letras, ya que serían casos de *"listas negras"*, cuya sola existencia supone la abusividad.

¹⁴ Ley N°19.496, de 1997, artículo 16 letra g).

¹⁵ Ley N°19.496, de 1997, artículo 16 letra e).

como un instrumento de distribución de riesgos derivados del incumplimiento de lo pactado. Empero, dada las dinámicas descritas, dicha asignación de riesgos vulnera el ámbito de protección de la Ley N°19.496, en cuanto recae todo el peso del incumplimiento del proveedor y los daños que de él derivan en el consumidor. Esto implica la abusividad de dichas cláusulas y, por tanto, se produce la ineficacia de estas.

Ahora, con miras al objeto de este comentario, la abusividad de esta cláusula no es baladí respecto de la configuración del régimen de responsabilidad aplicable, ya que la restricción del ámbito de libertad para asignar los riesgos transgrede los fundamentos del régimen de responsabilidad contractual y, por consiguiente, nos invita a pensar en cómo se configura el sistema de responsabilidad considerando las particularidades de las relaciones de consumo. En el siguiente apartado desarrollaremos el fundamento del régimen de responsabilidad contractual y los contrastaremos con los desafíos del derecho del consumo.

B. Régimen de responsabilidad en materia de consumo

El contrato de consumo, con sus relevantes características, es el instrumento articulador de las relaciones entre proveedores y consumidores. El contrato permite las transacciones sobre bienes y servicios, de manera que en este se regulan las condiciones en que se cumplirá el contrato. En este sentido, ante la ausencia de desarrollo del régimen de responsabilidad en la Ley N°19.496,¹⁶ parte de la doctrina ha entendido que, al tratarse de daños derivados de un incumplimiento contractual, debe aplicarse el régimen de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, tal como esbozamos en el apartado anterior, las dinámicas del mercado producen asimetrías informativas, imposición de cláusulas y, en definitiva, asimetrías en el poder de negociación, donde el consumidor solo puede aceptar las condiciones impuestas, sin poder negociar el contenido del contrato.

Así, los contratos entre proveedores y consumidores se insertan en una realidad jurídica y fáctica con características particulares y diversas respecto de la contratación civil. Esto ha sido reconocido por la Ley N°19.496 y se traduce en una disciplina del contrato de consumo, estableciendo normas que tutelan las asimetrías y vulnerabilidades que se presentan a lo largo del *iter* contractual. Sin embargo, esta regulación no se extiende con tal precisión al régimen de responsabilidad aplicable.

De esta forma, son escasas las normas que se refieren a la responsabilidad civil aplicable. En primer lugar, debemos señalar que el legislador no trata sistemáticamente el régimen de responsabilidad y, por tanto, las normas se encuentran dispersas en el cuerpo normativo. Luego, las normas existentes solo son referencias a la responsabilidad, pero no constituyen un régimen propiamente tal, toda vez que no desarrolla sus elementos esenciales. La doctrina ha entendido que se trata, entonces, de una remisión al régimen común del Código Civil, de manera que la responsabilidad sería en la mayoría de los casos de naturaleza contractual y, en ciertas hipótesis, se trataría de responsabilidad extracontractual. De esto podemos concluir, desde ya, que el problema de la remisión al régimen común es que no es del todo claro que la hipótesis de consumo se adapte completamente a alguno de los regímenes, lo cual es especialmente interesante respecto de la alegación del Servicio en orden a entender que el régimen aplicable es de carácter objetivo.

La norma relevante sobre la materia se encuentra en el artículo 3 letra e): "Son derechos y deberes básicos del consumidor: *"e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea"*.¹⁷ Esta norma fue modificada el año 2004 por la Ley N°19.955 e introdujo la expresión *"en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor"*, ya que anteriormente el precepto se limitaba al incumplimiento de lo prescrito en la Ley. De esta forma, podemos desprender que el régimen de responsabilidad se extiende a los daños propiamente contractuales, lo cual es relevante en la determinación del régimen.

Es interesante el planteamiento que hace el legislador, ya que, a diferencia de lo que ocurre con el Código Civil,

¹⁶ La Ley N°19.496, de 1997, se limita a prescribir que el consumidor tendrá derecho a ser indemnizado, pero no construye un régimen, ya que no desarrolla cuáles serán los elementos ni las reglas que lo regirán.

¹⁷ Ley N°19.496, de 1997, artículo 3 letra e).

no conceptualiza la responsabilidad desde el hecho generador, sino desde su resultado. Es decir, el legislador consagra el derecho y debemos hacer una operación inversa para determinar los elementos que deben reunirse para que se constituya el hecho que hace nacer el derecho, lo cual justifica la solución de remisión al régimen común.

Siguiendo esta lógica, podemos afirmar que la mayoría de los daños que se producen en las relaciones de consumo serían de carácter contractual dada la existencia del contrato que une a proveedores y consumidores. Sin embargo, debemos hacer presente que también existen hipótesis extracontractuales, por ejemplo, por infracciones al deber de seguridad en el consumo donde no media contrato alguno o respecto de víctimas que no son el consumidor directo. Ahora, observando que la mayor parte de las hipótesis consistirían en daños derivados del contrato, nos debemos cuestionar cómo engarzan estas dinámicas con las características de la responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual, en su sentido estricto, constituye una de las herramientas que dispone el acreedor para reparar el daño que ha sufrido producto del contrato. Tal como lo sostiene la doctrina, para que ello ocurra debe concurrir dos elementos fundamentales: la existencia de un contrato previo y el incumplimiento de una obligación derivada del contrato.¹⁸ Ahora, la pregunta sería qué rol cumplen dichos presupuestos en la delimitación del régimen frente a la responsabilidad extracontractual.

En este sentido, podemos afirmar que, tal como lo desarrolla Aedo, los contornos de la responsabilidad contractual no se agotan en la exigencia formal de un contrato, sino que la existencia de un contrato es el reconocimiento de un ámbito de libertad a las partes que, en virtud de su autonomía privada, pueden asignar y distribuir los riesgos y daños que del contrato puedan derivar.¹⁹ Así, respecto del contrato, las partes pueden disponer de las reglas de responsabilidad, como en el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Esto es relevante porque las partes aceptan una órbita de riesgos previamente determinada, ya que el punto de previsibilidad de los daños es la época de la celebración del contrato y no el daño en sí.

El principio que subyace a esta idea es el de la igualdad entre partes, ya que el ordenamiento reconoce un espacio de libertad a partes que, en igualdad de condiciones, pueden disponer y proteger sus intereses de la mejor forma posible, ya que cada individuo es el más idóneo para gestionar sus propios intereses.

Ahora, en materia de consumo, la imposibilidad de limitar o exonerar de responsabilidad al proveedor por medio de cláusulas insertas en un contrato de adhesión nos lleva a vincularlo con los efectos de dicha ineficacia a la luz de la configuración del sistema de responsabilidad aplicable, ya que constituye un argumento relevante para abandonar la idea de la posibilidad de aplicar lisa y llanamente un régimen contractual.

En efecto, el presupuesto de igualdad entre las partes, que justifica la libertad para distribuir contractualmente los riesgos y modular la responsabilidad, no se verifica en las relaciones de consumo, caracterizadas precisamente por asimetrías estructurales de información, de poder de negociación y de capacidad de influencia sobre el contenido contractual.

En este contexto, la autonomía privada del consumidor aparece severamente limitada, cuando no meramente formal. El contrato de adhesión no constituye el resultado de una negociación entre partes situadas en un plano de igualdad, sino un instrumento predispuesto unilateralmente por el proveedor, en el cual el consumidor se limita a aceptar un haz de condiciones previamente fijadas. De este modo, la posibilidad de asignar o distribuir los riesgos contractuales, que en la contratación civil clásica se presenta como una manifestación legítima de la libertad contractual, se encuentra sustancialmente neutralizada.

Esta constatación explica que el legislador de consumo haya optado por privar de eficacia a determinadas cláusulas contractuales, en particular aquellas que limitan o exoneran de responsabilidad al proveedor, precisamente por estimar que su incorporación no responde a un ejercicio genuino de la autonomía privada del consumidor, sino

¹⁸ AEDO (2021), p. 52; Díez-PICAZO (1999), 264-266; DOMÍNGUEZ (2000), p. 624; BARROS (2021), pp. 724 y 725; VIDAL (2011), p. 764; PIZARRO (2017), pp. 50 y 51.

¹⁹ AEDO (2021), pp. 55 y ss. El autor refuerza este planteamiento citando a FLEMING (1987), p. 2; ATIYAH (1988), pp. 150 y 151; CARTWRIGHT (2019), p. 121; PANTALEÓN (2010), p. 206; SCHOPF (2017), pp. 73 y 74; ZIMMERMANN (2019), p. 100.

al aprovechamiento de una posición de superioridad estructural. La ineficacia de estas cláusulas no constituye, entonces, una excepción aislada, sino una manifestación coherente de un modelo contractual que reconoce la vulnerabilidad del consumidor y busca corregirla.

Desde esta perspectiva, la imposibilidad de limitar o exonerar de responsabilidad al proveedor mediante cláusulas insertas en contratos de adhesión obliga a replantear la aplicación mecánica del régimen de responsabilidad contractual común. En efecto, sin uno de los elementos característicos de dicho régimen, esto es, la posibilidad de distribuir anticipadamente los riesgos y atenuar la responsabilidad, se encuentra severamente restringido o derechamente excluido en materia de consumo, resulta discutible sostener que nos encontramos, sin más, frente a un régimen contractual en sentido estricto.

Así, la ineficacia de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad no solo cumple una función protectora inmediata, sino que incide directamente en la configuración del sistema de responsabilidad aplicable, debilitando uno de los pilares dogmáticos sobre los que se construye la responsabilidad contractual clásica. Esta circunstancia permite anticipar que el régimen de responsabilidad en materia de consumo presenta rasgos propios, que no se dejan reconducir íntegramente ni al régimen contractual ni al extracontractual del Código Civil.

En consecuencia, el análisis de la responsabilidad civil en las relaciones de consumo exige abandonar una lógica puramente de remisión y atender a las particularidades estructurales de este tipo de contratación. En el siguiente apartado, plantearemos algunos problemas relativos a la ausencia de normas especiales de responsabilidad en materia de consumo.

C. El modelo de atribución de responsabilidad como aspecto problemático en la delimitación de regímenes

El sistema de responsabilidad civil se construye como un artefacto ordenado que mantiene una armonía entre su fundamento, sus funciones y el modelo de atribución de responsabilidad.²⁰ Las características de un sistema no son decisiones normativas parceladas que respondan a lógicas que se satisfagan en sí mismas y con prescindencia de los demás elementos, al contrario, el juicio de responsabilidad supone la convergencia de elementos complejos que, en conjunto, permiten atribuir la responsabilidad al autor. Así, bajo una mirada sistemática, podemos advertir varios problemas en la integración de las modificaciones al régimen común que propone la Ley N°19.496.

En el presente apartado nos enfocaremos en dos grandes problemas que nos presenta la determinación del régimen aplicable. Motivados por la afirmación del Servicio y la incidencia de determinación del régimen, nos detendremos en el modelo de atribución de responsabilidad, ya que el demandante, señala que es de carácter objetivo; nosotros plantearemos críticamente dicha posibilidad, por un lado, debido a los fundamentos que justifican un régimen objetivo y, por otro lado, respecto a la ausencia de una norma que configure el régimen.

1. Justificación de un régimen objetivo en materia de consumo

El juicio de responsabilidad tiene por objeto determinar quién debe soportar los costos de los accidentes. La lógica de atribución de dicha obligación parte por determinar el fundamento que hace justo que una determinada persona solvante los costos; luego, las funciones del sistema nos permiten apreciar la capacidad de la institución para el cumplimiento de fines institucionales²¹ y, finalmente, desde una óptica sistemática podemos apreciar el modelo de atribución de responsabilidad y los elementos necesarios para que concurra la obligación indemnizatoria.

Ahora, los deslindes entre un modelo de atribución de responsabilidad de culpa frente a un régimen objetivo no es tarea fácil. A priori, podríamos pensar que son figuras completamente antagónicas, pero las decisiones normativas, generalmente, presentan mixturas entre ambos regímenes y, especialmente, los deslindes se distorsionan en la aplicación práctica de las reglas de responsabilidad. Así lo explican Werro y Büyüksagis, quienes señalan *"Indeed, it turns out that there are not simply two alternative paths, but rather a single wide road with several lanes, offering*

²⁰ PAPAYANNIS (2012), p. 692; PAPAYANNIS (2014); BARROS (2021), pp. 45 y ss; COLEMAN (2010); PINO (2013); AEDO (2024).

²¹ LLAMAS (2020), pp. 53 y 54, quien señala que cuando *"hablamos de función, nos referimos al sentido genuino de la expresión, como «capacidad de acción o acción de un ser apropiada a su condición natural (para lo que existe)» y no «al destino dado por el hombre (para lo que se usa)», según el DRAE"*.

different mixes of the two types of liability".²² En este caso, los autores ilustran que no se trata de una dicotomía claramente distinguible, sino que podemos esperar varios tipos de combinaciones que supongan la atenuación o intensificación de ciertos requisitos de cada régimen.

El régimen de culpa es el común y supletorio de nuestro ordenamiento. Siguiendo a Aedo, la culpa es una *"herramienta de distribución de riesgos entre la conducta que debe ser asumida por el potencial dañante y el ámbito de cuidado de la propia víctima"*.²³ Así, la doctrina mayoritaria suscribe a la concepción normativa de la culpa, sosteniendo que se compone de la infracción de un deber de cuidado, lo cual implica una contrastación entre la conducta apreciada en abstracto y un estándar objetivo. El proceso de determinación de la existencia consiste, en este caso, en la comparación en abstracto de la conducta con un estándar objetivo, de manera que es menester determinar las fórmulas de construcción de este estándar. La doctrina concuerda en que este estándar se construye de tres formas, a saber: la culpa como infracción normativa, la cual consiste en la culpa contra la legalidad o, en otras palabras, en que es el legislador quien impone el estándar de conducta a observar; en segundo lugar, se menciona a las actividades sociales y/o profesionales autorreguladas, donde el estándar está determinado en función de la dinámica de dichas actividades, como en el caso de violación de la *lex artis* médica; y, en tercer lugar, el estándar que construye el juez en el caso sometido a su conocimiento.²⁴ Lo relevante de este concepto normativo de culpa es afirmar que la sola vulneración de un estándar de comportamiento social es insuficiente para explicar la culpa. En este sentido, la culpa, en esencia, consiste en la distribución de riesgos sociales, pues no basta afirmar la contrastación de estándares sociales si no nos detenemos a reflexionar cómo se construyen. Por tanto, se plantea que el deber de cuidado implica un estándar de conducta medio, el cual se conforma por medio de la delimitación entre las esferas de control del potencial autor y la esfera en que la víctima debe encargarse de sus propias medidas de cuidado.²⁵

A fines del siglo XIX surge la doctrina de la responsabilidad objetiva al alero de la dogmática penal positivista italiana. Esta escuela profesaba que la responsabilidad civil no debía contener un trasfondo punitivo, por lo cual es posible desprenderse de la exigencia de culpa.²⁶ Por otro lado, en Francia, punto de partida de esta doctrina es el derecho del trabajo, ya que uno de los primeros trabajos relevantes es *"Les accidents au travail et la responsabilité civile"*²⁷ de Raymond Saleilles, en el cual plantea lo injusto detrás de exigir que un trabajador accidentado deba probar la culpa del empleador para ser indemnizado. Esto desató un gran interés en la doctrina, la cual, por un lado, comenzó a hablar de la objetivación como un proceso de socialización de los riesgos y, por otro lado, otros autores se empeñaron a delimitar el concepto de riesgos que ameritaban la atribución de responsabilidad sin culpa.

No concordamos con la postura que entiende la responsabilidad objetiva como una *"responsabilidad sin culpa"*, ya que la evolución de este régimen ha avanzado desde ser una mera supresión de la culpa a tener sus propios fundamentos. En un primer estadio de desarrollo podíamos hablar de una responsabilidad *"sin culpa"*, ya que la construcción de este sistema suponía una mera supresión de este elemento y, en consecuencia, que la obligación de indemnizar fuera producto de la sola atribución causal del daño. Desde otra perspectiva, se ha sostenido que la responsabilidad estricta es sinónimo de responsabilidad *"por riesgo"*, lo cual implica que el fundamento para atribuir la responsabilidad consiste en que el agente creó un riesgo y, al concretarse en un daño, es obligado a repararlo. Sostenemos que esta visión es errada e inarmónica con el sistema en general, pues la responsabilidad civil supone siempre una reparación de riesgos que se concretan en un daño, siendo el objeto de los regímenes la determinación de a quién le corresponde hacerse cargo de dichos riesgos. Así, concordamos con Aedo en que el riesgo es elemento articulador de la responsabilidad civil y no sería propia solamente de la responsabilidad

²² WERRO y BÜYÜKSAGIS (2021), p. 186.

²³ AEDO (2014), p. 705.

²⁴ AEDO (2017), pp. 330 y 331.

²⁵ AEDO (2014), pp. 706 y 707.

²⁶ AEDO (2006), p. 68.

²⁷ SALEILLES (1897).

objetiva, ya que, como definimos anteriormente, la culpa es una herramienta de distribución de riesgos.²⁸

Lo anterior es relevante, ya que afirmar que la responsabilidad del proveedor es de carácter objetivo no solo es un problema por no existir una norma que lo sustente, sino también por cómo conversa con los fundamentos de la responsabilidad objetiva.

Sobre el punto, Basozabal señala que, a diferencia de la responsabilidad por culpa, no existe un solo fundamento que explique el régimen.²⁹ Mientras la responsabilidad por culpa se funda, principalmente, en el juicio de negligencia que recae en la conducta del autor, en la responsabilidad objetiva se esgrimen un conjunto de argumentos que, al combinarse, avalan su reconocimiento legal y jurisprudencial. Esto no es baladí, pues un fundamento fuerte es relevante para las aspiraciones de una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas o para la delimitación de riesgos cubiertos en hipótesis tan diversas como el derecho del consumo.

La relevancia de los fundamentos en la responsabilidad objetiva es, según Basozabal, configurar elementos que permitan hacer dos cosas: determinar el ámbito de protección de la responsabilidad objetiva y, por otro lado, determinar las causas de exoneración.³⁰ En un sentido similar, Canaris y Larenz señalan que lo relevante de la responsabilidad objetiva es determinar los límites de su protección.³¹ Recordemos que, ante la ausencia de la culpa como herramienta de distribución de riesgos, los límites del régimen objetivo son sumamente importantes.

A continuación, revisaremos algunos de los fundamentos más importantes para su posterior análisis con el derecho del consumo.

a. Riesgo anormal

La justificación más relevante detrás de un régimen objetivo es la anormalidad del riesgo que ampara. El régimen se sustenta en la peligrosidad del riesgo y dicha característica hace necesario establecer reglas especiales respecto del régimen de culpa. En este sentido, lo relevante del asunto es determinar qué riesgos son normales y cuáles son anormales. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español señala que *"la aplicación de la doctrina del riesgo como fundamento de la responsabilidad extracontractual exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios"*.³² En este sentido, Martín-Casals y Ribot sostienen que la determinación de anormalidad debe realizarse *"respecto del que normalmente supone para uno mismo y para los demás cualquier cosa o cualquier actividad"*.³³

Alguno de los criterios más aceptado respecto a la determinación de anormalidad del riesgo es, por un lado, la probabilidad especialmente alta de la ocurrencia del daño o, por otro lado, la probabilidad de que el daño resulte catastrófico.³⁴ En el primer caso, se trata de actividades o cosas que muy probablemente generarán daño, sin atender a la intensidad o gravedad de este, por ejemplo, se señala el caso de los automóviles que frecuentemente generan accidentes, lo cuales no necesariamente son letales. En el segundo caso, al contrario, no se atiende a la frecuencia con que se concretan los daños, sino que se trata de cosas o actividades que se puede esperar un daño especialmente intenso. Claro ejemplo de este segundo grupo es el transporte aéreo, pues comúnmente se señalan como el medio de transporte más seguro debido a su baja tasa de accidentabilidad, pero, al ocurrir, las posibilidades de que este resulte en una catástrofe son muy altas.

²⁸ AEDO (2025).

²⁹ BASOZÁBAL (2015), p. 55.

³⁰ BASOZÁBAL (2015), pp. 55 y ss.

³¹ CANARIS y LARENZ (1994), p. 602.

³² STS. Sentencia de 06 de noviembre de 2002. RJ 2002, 9636.

³³ MARTÍN-CASALS y RIBOT (2003), p. 830.

³⁴ BASOZÁBAL (2015), pp. 55 y 56.

Además, la doctrina formula otros criterios para la determinación de anormalidad del riesgo. En este sentido, Canaris y Larenz sostienen que se debe considerar el desconocimiento de un riesgo potencial que a priori no quepa excluir, por ejemplo, los casos de manipulación genética.³⁵ Esto es de relevancia para el derecho del consumo, ya que una de sus características es, precisamente, la asimetría informativa entre el proveedor de consumidor, de manera que la puesta en circulación de un producto con un riesgo potencial no informado oportunamente al consumidor puede ser considerado una actividad con un riesgo anormal o extraordinario, especialmente que, dada la masividad de los productos, sería peligroso por la intensidad del potencial daño y de la frecuencia de consumidores dañados.

En materia de consumo, el abanico de posibilidades es demasiado grande. Tenemos hipótesis de incumplimientos cuyo daño es pecuniario hasta productos que pueden generar daño corporal grave e, incluso, la muerte. Es difícil equiparar todos los riesgos posibles en materia de consumo bajo el ámbito de protección de riesgo cubierto. Efectivamente, existe una parte importante de hipótesis que engarzan con esta categorización, como los productos defectuosos o las infracciones a deberes de seguridad, pero eso nos hace pensar en la articulación de un régimen objetivo especial de productos defectuosos más que extender una cláusula general de responsabilidad objetiva en materia de consumo.

En consecuencia, tal como lo desarrollaremos más adelante, nos parece inadecuado afirmar que un régimen objetivo de carácter general se justifica en materia de consumo. Al contrario, creemos que aquellos ámbitos donde es pertinente, especialmente en materia de productos defectuosos

b. Impertinencia del juicio de culpa

Volviendo al concepto de culpa antes desarrollado, esta supone una herramienta de distribución de riesgos, es decir, constituye un mecanismo que atribuye la responsabilidad de indemnizar un daño por medio de la delimitación de la esfera de control del agente y de la esfera en que la víctima debe desplegar medidas para evitarlo. Así, la responsabilidad objetiva supone una hipótesis donde la culpa no es un medio apto para determinar la responsabilidad de reparar el daño.

La inutilidad de la culpa en ciertas hipótesis podemos verla por medio de la correlación entre el concepto de culpa y la idea de riesgo anormal. En primer lugar, la culpa supone la distribución de riesgos por medio de la delimitación de la esfera en que el agente puede actuar diligentemente para evitar el daño, pero precisamente la responsabilidad objetiva está llamada a supuestos de daños residuales, es decir, aquellos en que el agente despliega todas las medidas posibles para evitar el daño y aún así ocurre. En segundo lugar, se distribuyen los riesgos por medio de la delimitación del ámbito de cuidado de la víctima, pero aquí operamos bajo supuestos donde, según Canaris y Larenz, incluso se desconoce un riesgo potencial³⁶ o, por ejemplo, en un accidente aéreo, no hay medida de resguardo alguna que la víctima pueda desplegar para evitar el daño.

Desde la escuela del Análisis Económico del Derecho, siguiendo a Shavell y Posner, se señala la relevancia de los daños residuales como gran manifestación de la distinción entre los regímenes de culpa y objetivo, ya que en este último se traslada la responsabilidad a quien ha causado los daños.³⁷ Así, siguiendo la perspectiva del análisis económico del Derecho, se sostiene que la responsabilidad objetiva cumple un papel preventivo más fuerte que la responsabilidad por culpa, ya que obliga a quién quiere desarrollar una actividad peligrosa a decidir no solo si está dispuesto a intervenir en todas las medidas de prevención posibles, sino que tendrá que decidir si quiere emprender una actividad a sabiendas que deberá responder de todos los daños causados por dicha actividad.

Este es un punto relevante para lo que nos convoca, ya que, como anotamos anteriormente, es difícil pensar que la generalidad de la actividad de los proveedores sea extraordinariamente peligrosa, de manera que, en la mayoría de los casos, la debida diligencia del proveedor sería suficiente para evitar la ocurrencia del daño y, por su parte, en la esfera de cuidado de la víctima las medidas de cuidado que pueda desplegar también serán eficaces para evitar

³⁵ CANARIS y LARENZ (1994), p. 606.

³⁶ CANARIS y LARENZ (1994), p. 606.

³⁷ SHAVELL (2003), pp. 272 y ss.

el daño. Por otro lado, esta "*función preventiva fuerte*" puede ser un desincentivo injustificado a la producción de bienes y servicios relevantes para satisfacer las necesidades de los consumidores, de tal forma que debemos procurar un equilibrio entre la tutela de los consumidores y los incentivos para realizar actividades económicas.

c. Comunidad de riesgo

La comunidad de riesgo, en términos teóricos, es aquella que opera en los casos donde un tipo de riesgo es potencialmente probable en un conjunto de potenciales víctimas, las cuales ven incrementados los costos de sus relaciones jurídicas con el objeto de crear un fondo de compensación que permita resarcir en todo caso el daño surgido de la materialización del riesgo. Esto es relevante, pues no se puede hablar en este caso de un riesgo anormal ni de una cuestión de culpa, es más, se trata de un riesgo estadístico en el que el conjunto de actores y conductas desplegadas representa una probabilidad de ocurrencia del daño.

En este sentido, se plantea como principal caso el de la responsabilidad por productos peligrosos. En este caso, un agente (productor) entabla relaciones jurídicas con un gran número de potenciales víctimas (consumidores), quienes ven incrementados los costos de transacción (aumento en el valor de los productos) con el objeto de centralizar en el productor la reparación de los daños causados por su producto.

La idea de riesgo anormal o extraordinario no concurre en la creación de productos, pues es esperable que, en una producción en grandes cantidades, algunas unidades puedan presentar desperfectos. Por otro lado, el hecho de existir unidades defectuosas tampoco puede suponer, a priori, que es fruto de la negligencia del productor, ya que, al haber una mayoría de productos en buen estado y solo algunos con defectos, la culpa no es idónea para atribuir la responsabilidad cuando la misma conducta ha tenido resultados correctos en la gran mayoría de los ejemplares.

Por lo tanto, en este caso, se habla más bien de un riesgo estadístico, el cual supone que en un proceso de fabricación en masa existe una probabilidad marginal de que algunos productos sufran defectos. Esto es parte de la naturaleza de los procesos productivos, así afirma Widmer, quien sostiene que la producción siempre perfecta no es posible y que no hay nada reprochable en no hacerlo, ya que producir más barato implica menor perfección.³⁸ Esto, en consecuencia, está representado por la interacción de dos factores, estos son, el riesgo y el precio, los cuales fluctúan y permiten al consumidor ponderar en que grado prima o se equilibran estos. De esta forma, los consumidores pueden beneficiarse de la maximización de los costos de producción, pero si alguno de ellos se ve afectado por un producto defectuoso, el productor tendrá que responder.

Ahora, es pertinente señalar por qué se sostiene que el fabricante debe responder objetivamente, ante lo cual se ha señalado que esta relación tiene una lógica más contractual que extracontractual, donde el consumidor espera que su producto tenga la misma seguridad que lo demás de su especie, ya que el fabricante les garantiza la seguridad del producto.³⁹ Por otro lado, podemos sostener que el fabricante está en posición de distribuir el costo de la indemnización entre todos los consumidores, donde estos en su conjunto constituyen una verdadera comunidad de riesgo interesada en que el fabricante centralice la cobertura del daño. Además, algunos sostienen que se debe considerar la asimetría de las posiciones del fabricante y de los consumidores, quienes tienen desventajas para probar el defecto, la causalidad y la culpa en el proceso de producción.

Así, la idea de comunidad de riesgo se observa en que, como sostiene Basozabal, "*el fabricante que responde de manera objetiva por los daños que causen sus productos defectuosos actúa como asegurador de esos daños incorporando al precio del producto la prima del seguro*".⁴⁰ Por lo tanto, podríamos afirmar que esto supone una verdadera distribución de los riesgos de una actividad, donde la responsabilidad de reparar radica en quien está en mejor posición de disminuir la repercusión de los costos de la indemnización entre quienes tienen intereses de ser reparados en caso de concretarse el daño.

³⁸ WIDMER (2003), pp. 174.

³⁹ PANTALEÓN (2003), p. 32.

⁴⁰ BASOZABAL (2015), p. 60.

d. Justicia distributiva

Siguiendo lo planteado por Esser, el objeto de la responsabilidad objetiva va más allá de lo perseguido por la justicia conmutativa, ya que no sería un solo restablecimiento del equilibrio que fue alterado por el daño, sino se trataría de asignar la responsabilidad de aquellos daños residuales, es decir, aquellos que se producen aun con el despliegue de las medidas de cuidado esperadas.⁴¹

A partir de esto, Canaris y Larenz sostienen que los sujetos de la responsabilidad objetiva están afectos a una posición netamente desigual, ya que no se trata de sujetos que se expongan recíprocamente a un riesgo similar, sino entre los titulares que explotan fuentes de riesgo extraordinario y el resto de los ciudadanos.⁴²

Para los autores, esta conceptualización es relevante, ya que sostienen que incide directamente con el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva y de los daños que pueden ser cubiertos por esta. Así, siguiendo a Esser, la responsabilidad objetiva solo tiene procedencia respecto de daños accidentales o residuales, lo mismo plantea Canaris y Larenz, según ya señalamos.⁴³ Ante esto Wagner critica que la responsabilidad objetiva esté solamente en función de distribuir esta clase de infortunios, ya que carecería del potencial preventivo.⁴⁴ Esta crítica de Wagner se sustenta en que no tendría en cuenta el comportamiento del causante del daño, lo cual creemos es un débil argumento, pues la responsabilidad objetiva supone una atribución de responsabilidad teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad o la cosa y no la conducta del agente, lo cual también se ha refutado desde el Análisis Económico del Derecho en orden a defender el potencial preventivo de la responsabilidad objetiva.⁴⁵

Creemos que la justicia distributiva conversa de forma adecuada con las características que presenta el derecho del consumo, ya que este tipo de relaciones están marcadas por un desequilibrio entre las partes, donde el proveedor tiene una posición mucho más ventajosa en cuanto al poder de negociar y a la información disponible, frente al consumidor que se encuentra en un plano de desventaja y, por tanto, debe ser tutelado por el ordenamiento. De esta forma, la justicia distributiva representa una justificación adecuada a la asignación de riesgos en un contexto de consumo, ya que permite considerar las desiguales posiciones de los sujetos.

Según lo expuesto anteriormente, los últimos dos fundamentos encajan bastante bien para justificar una responsabilidad en materia de consumo. Estos nos permiten superar la idea de peligrosidad inherente de la actividad y ponen el foco en las posiciones de los sujetos y en las dinámicas de la producción en masa de productos. Desde este punto de vista, podemos justificar un modelo de atribución objetivo en cuanto a la distribución de los costos de los accidentes, pero aún debemos hallar una justificación normativa que permita su aplicación en esta materia, ya que, como señalamos anteriormente, lo relevante es delimitar el ámbito de protección de un modelo objetivo.

2. Fuente de un régimen objetivo

El presente apartado busca explorar si el estado actual de la normativa de consumo permite la configuración de un régimen objetivo. Este punto es de suma relevancia, ya que, como dijimos anteriormente, lo esencial de la responsabilidad objetiva es delimitar su ámbito de protección.⁴⁶

En primer lugar, debemos señalar que la Ley N°19.496 no establece norma alguna que haga referencia a un régimen objetivo, lo cual es un grave problema si pretendemos su aplicación en el estado actual, ya que genera importantes distorsiones en el sistema de responsabilidad civil.

⁴¹ ESSER (1969), pp. 69 y ss.

⁴² CANARIS y LARENZ (1994), p. 608.

⁴³ CANARIS y LARENZ (1994), p. 602.

⁴⁴ WAGNER (2003), pp. 272 y ss.

⁴⁵ PANTALEÓN (2003), pp. 34 y ss.

⁴⁶ BASOZÁBAL (2015), p. 55.

En nuestro sistema, la culpa es el estatuto común y supletorio en materia de responsabilidad.⁴⁷ Por consiguiente, no existiendo una norma que prescriba lo contrario, debemos remitirnos a dicho estatuto. Por otro lado, el fenómeno denominado como la "*sectorización de la responsabilidad civil*" ha articulado estatutos especiales donde el legislador ha establecido regímenes objetivos de responsabilidad en determinados supuestos en virtud de las características de la actividad que se regula.

Así, la recepción del sistema de responsabilidad objetiva emerge con manifestaciones en diversas leyes especiales, lo cual implica una enumeración de las hipótesis cubiertas.⁴⁸ La efectividad de este modelo se ha cuestionado y se propone la elaboración de normas de carácter general que permitan amparar la responsabilidad por actividades peligrosas como un supuesto de responsabilidad objetiva. En este caso, se distingue la posibilidad de crear una norma que verdaderamente imponga un principio general de responsabilidad objetiva o la creación de normas generales que permitan abarcar las actividades anormalmente peligrosas que no fueron consideradas expresamente por el legislador, lo cual se denomina como una cláusula general residual (solución pequeña). El debate actual se orienta a determinar la procedencia de este último caso.⁴⁹

A favor de una cláusula general se pronuncia Koziol, quien señala que la única forma de satisfacer una necesidad de justicia es que la responsabilidad objetiva sea unitaria o, al menos, estar unitariamente regulada, lo cual solo se consigue mediante una cláusula general, ya que el legislador no puede regular controlar todas las fuentes de riesgo o prever la constante aparición de nuevos riesgos.⁵⁰ Además, se sostiene que lógica de la enumeración solo tiene sentido si admitimos que la responsabilidad por culpa es la regla general y la responsabilidad objetiva solo una excepción, pero, si ambos tienen el mismo rango, debiésemos aceptar que es necesaria una norma de carácter general que la contemple.⁵¹ El fundamento más apoyado para esta cláusula se encuentra en las escasas posibilidades del legislador de estar al ritmo de los tiempos, ya que una acelerada sociedad técnica requiere que el derecho de daños tenga la suficiente flexibilidad para adaptarse a esos cambios y actuar sin depender de latos procesos legislativos.

En el otro extremo, se plantea fundamentalmente un argumento en contra de una cláusula general, esto es, falta de seguridad jurídica que causa la dificultad para delimitar con precisión la noción de riesgo extraordinario. Este es un argumento fuerte, el cual lleva a autores como Canaris y Larenz a optar por la enumeración, basados en que brinda mayor seguridad jurídica al actuar fuera de la responsabilidad por culpa, ya que el titular de la fuente de riesgo sabe de antemano que tendrá que responder objetivamente por su actividad y, por otro lado, se soslaya la vaguedad del concepto de peligrosidad.⁵²

De esta forma, debiésemos central este debate a partir de la determinación del rol que ocupa el régimen objetivo dentro del sistema de responsabilidad, ya que solo esto nos permitirá armonizar el sistema y, así, definir el alcance de las normas de responsabilidad objetiva. Para esta labor, es fundamental conciliar y valorar adecuadamente los fundamentos de la responsabilidad objetiva, los cuales dan cuenta de la verdadera naturaleza y lógica interna del régimen, ya que, si seguimos apreciándolo como la mera responsabilidad sin culpa, nunca pasaría más allá de un régimen supletorio subordinado al régimen de culpa.

Ahora, tal como señalamos en materia de consumo, no tenemos norma que configure el régimen, de manera que pretender su aplicación sería entender que existe una cláusula abierta para los daños producidos en materia de consumo. Esto es problemático en dos sentidos.

⁴⁷ BARROS (2005), p. 2.

⁴⁸ Algunos estatutos especiales son: Ley N°18.302, de 1984; Decreto Ley N°2.222, de 1978; Decreto Ley N°1.808, de 1977; Decreto con Fuerza de Ley N°458, de 1976.

⁴⁹ MARTÍN-CASALS y RIBOT (2003), pp. 846 y ss.

⁵⁰ KOZIOL (2010), p. 236.

⁵¹ WILL (1980), p. 245.

⁵² CANARIS y LARENZ (1994), p. 601.

Por un lado, creemos que la configuración de un régimen objetivo es, fundamentalmente, una decisión legislativa y, por consiguiente, no es correcto inferir su existencia desde normas que no se refieren en modo alguno a la materia. Sin dicha justificación normativa no es posible de una atribución legítima de responsabilidad y, por tanto, va en desmedro de la seguridad jurídica que puede otorgar el sistema.

Por otro lado, en concordancia con lo anterior, la concepción de un sistema objetivo sin ninguna norma que lo constituya es problemático en cuanto a sus elementos y límites. Sin dicho desarrollo normativo, no es posible tener claridad sobre el ámbito de protección, las hipótesis cubiertas, elementos que deben concurrir, delimitación de sujetos responsables ni una serie de otras normas que deben dar operatividad al régimen.

En consecuencia, no podemos pensar el régimen objetivo como una declaración de principios en orden a proteger a unos o a ser más duros con otros. Al contrario, el régimen de responsabilidad objetiva tiene fundamentos y lógicas propias que deben ser armonizadas con el ámbito de protección pretendido. Solo afirmar la existencia de un régimen sin su justificación normativa genera una importante incertidumbre y atenta directamente con la seguridad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025 constituye un pronunciamiento relevante en la evolución del derecho del consumo chileno, no solo por la declaración de abusividad de una cláusula contractual concreta, sino, sobre todo, por las implicancias dogmáticas que se desprenden de dicha declaración para la delimitación del régimen de responsabilidad civil aplicable en las relaciones de consumo. En efecto, el fallo permite constatar que la ineficacia de las cláusulas abusivas no se agota en una técnica de depuración del contenido contractual, sino que incide directamente en la estructura misma del sistema de responsabilidad, obligando a repensar categorías tradicionales del derecho civil a la luz de las finalidades protectoras del estatuto de consumo.

A lo largo de este trabajo se ha sostenido que el contrato de consumo, aun cuando formalmente constituye un contrato en sentido técnico, no satisface plenamente los presupuestos dogmáticos que justifican la aplicación del régimen de responsabilidad contractual. En particular, la posibilidad de distribuir convencionalmente los riesgos del contrato, elemento central de la responsabilidad contractual en el derecho civil común, se encuentra severamente limitada en la contratación de consumo, debido a la existencia de contratos de adhesión, asimetrías estructurales de información y una posición de superioridad del proveedor en la configuración del contenido contractual. Estas circunstancias erosionan el fundamento de autonomía privada que legitima la asignación contractual de riesgos y explican la intensa intervención normativa y judicial en este ámbito.

La declaración de abusividad de la cláusula analizada en el caso comentado constituye una manifestación clara de esta lógica. La cláusula no solo pretendía exonerar absolutamente de responsabilidad al proveedor, sino que operaba como un mecanismo de distribución unilateral de riesgos, trasladando íntegramente al consumidor las consecuencias de la no prestación del servicio. Al privar de efectos a dicha estipulación, la Corte Suprema no solo restablece el equilibrio contractual, sino que impide que el contrato de consumo sea utilizado como un instrumento para neutralizar el derecho del consumidor a la reparación e indemnización de los daños derivados del incumplimiento.

Desde esta perspectiva, el control de abusividad adquiere una función estructural en la configuración del régimen de responsabilidad en consumo. La ineficacia de las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad no constituye una excepción aislada, sino un elemento central del estatuto protector, que restringe deliberadamente la autonomía contractual del proveedor y refuerza el carácter inderogable de los derechos del consumidor. En este sentido, la prohibición contenida en el artículo 16 letra e) de la Ley N° 19.496 debe entenderse no solo como una norma de control de contenido, sino también como una regla que incide directamente en la delimitación del régimen de responsabilidad aplicable.

La ausencia de un desarrollo sistemático del régimen de responsabilidad civil en la Ley N° 19.496 ha llevado tradicionalmente a la doctrina a sostener una remisión al régimen común del Código Civil. Sin embargo, como se ha argumentado, esta solución resulta insuficiente para dar cuenta de las particularidades estructurales de la

contratación de consumo. La responsabilidad contractual clásica presupone igualdad entre las partes, previsibilidad del daño y libertad para distribuir riesgos, presupuestos que no se verifican plenamente en este ámbito. En consecuencia, la responsabilidad en materia de consumo debe ser concebida como un régimen especial, con rasgos propios, orientado primordialmente por la finalidad tutelar del estatuto

Finalmente, la sentencia comentada pone de relieve la necesidad de profundizar, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en la construcción de un régimen coherente de responsabilidad en materia de consumo. Ello exige clarificar los elementos constitutivos de la responsabilidad, las reglas de imputación, la distribución de la carga de la prueba y la articulación de los distintos remedios disponibles para el consumidor. Asimismo, resulta imprescindible avanzar en el desarrollo de criterios que permitan identificar y proteger adecuadamente a consumidores en situación de especial vulnerabilidad, en quienes las asimetrías propias del mercado se manifiestan con mayor intensidad.

En este escenario, la incertidumbre en torno a la determinación del régimen de responsabilidad aplicable en materia de consumo pone de manifiesto la necesidad de profundizar en discusiones dogmáticas específicas que permitan dotar de mayor coherencia y previsibilidad al sistema. Entre ellas, adquiere particular relevancia el análisis de la responsabilidad por productos defectuosos, cuyo desarrollo normativo y doctrinal en el derecho chileno ha sido escaso, pese a su importancia central en los ordenamientos comparados. Precisamente en este ámbito se justifica, con mayor claridad, la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva, atendida la posición del productor como quien introduce el riesgo en el mercado, el carácter masivo de la circulación de bienes y las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores para acreditar la culpa en la fabricación o diseño del producto. La falta de una construcción sistemática en esta materia no solo debilita la tutela efectiva frente a daños derivados de productos inseguros, sino que también contribuye a la confusión entre los regímenes contractual y extracontractual en el derecho del consumo. Avanzar en esta discusión resulta, por tanto, indispensable para consolidar un régimen de responsabilidad en consumo que sea coherente, diferenciado según el tipo de riesgo y acorde con las exigencias actuales de protección del consumidor.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Jorge Miranda Valdebenito: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AEDO BARRENA, Cristián (2006): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Libromar).
- AEDO BARRENA, Cristian (2014): "El concepto de culpa aquiliana y su evolución en las últimas décadas. Distintas teorías", en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (vol. 21 núm. 2).
- AEDO BARRENA, Cristian (2017): "¿Por qué en la culpa no hay siempre una infracción a un deber de cuidado?", en: Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristian (2021): "Contornos de la responsabilidad contractual", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 34 núm. 2).
- AEDO BARRENA, Cristian (2024): "Principio de reparación integral. Su relación con el fundamento y los fines de la responsabilidad civil", en: Rosso Elorriaga, Fabián (editor), *Estudios sobre responsabilidad civil. El principio de reparación integral del daño* (Valencia, Tirant lo blanch).
- AEDO BARRENA, Cristian (2025): "La causalidad en la responsabilidad estricta: Causalidad adecuada y fin de protección de la norma", en: *Revista de Derecho y Ciencia Política* (vol. 17 núm. 1).
- ATIYAH, Patrick (1988): *Essays on Contract* (Oxford, Clarendon Press).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): *Lecciones de derecho del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): "La diferencia entre «estar obligado» y «ser responsable» en el derecho de los contratos", en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis).
- BARROS BOURIE, Enrique (2021): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- BASOZÁBAL ARRÚÉ, XABIER (2015): RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA: PARTE GENERAL (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- CANARIS, Claus-Wilhelm y LARENZ, Karl (1994): *Lehrbuch des Schuldrechts* (München, Beck).
- CARTWRIGHT, John (2019): *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (traducc. de Juan Pablo Murga Fernández, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).
- COLEMAN, Jules (2010): *Riesgos y daños* (Madrid, Marcial Pons).
- DE CUPIS, Adriano (1975): *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona, Bosch).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2004): "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 3).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999): *Derecho de Daños* (Madrid, Civitas).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El Daño Moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESMEIN, Paul (1927): "De las cláusulas de irresponsabilidad", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (T. XXIV).
- ESSER, Josef (1969): *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 2ª edición (München, Beck).

FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998): "Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones", en: *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión* (vol. 1 núm. 2).

FLEMING, John (1987): *The Law of Torts*, 7ª edición (Sidney, The Law Book Company).

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2011): "Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 núm. 1).

KOZIOL, Helmut (2010): *Grundfragen des Schadenersatzrechts* (Wien, Jan Sramek Verlag).

LLAMAS POMBO, Eugenio (2020): *Las formas de prevenir y reparar el daño* (Madrid, La Ley- Wolters Kluwer).

MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi (2003): "La responsabilidad objetiva: Supuestos especiales versus cláusula general", en: Cámara Lapuente, Sergio (coordinador), *Derecho Privado Europeo* (Madrid, Colex).

SALEILLES, Raymond (1897): *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence).

SCHOPF OLEA, Adrián (2017): "Las diferencias funcionales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual", en: Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).

SHAVELL, Steven (1987): *Economic Analysis of Accident Law* (London, Harvard University Press).

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (2003): "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en: *Derecho y Humanidades*.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (2010): "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).

PAPAYANNIS, Diego (2012): "Derechos y deberes de indemnidad", en: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 35).

PAPAYANNIS, Diego (2014): *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual* (Madrid, Marcial Pons).

PINO EMHART, Alberto (2013): "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 21).

PIZARRO WILSON, Carlos (2017): "Responsabilidad contractual y extracontractual: desde el problema de la opción al dilema del derecho común", en: Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011): "La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento", en: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing).

WAGNER, Gerhard (2003): "Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht", en: Zimmermann, Reinhard. (editor), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht* (Baden-Baden, Nomos).

WERRO, Franz y BÜYÜKSAGIS, Erdem (2021): *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, 2ª edición (Cheltenham, Elgar).

WIDMER, Pierre (2003): "Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene", en: Zimmermann, Reinhard. (editor), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts* (Baden-Baden, Nomos).

WILL, Michael (1980): *Quellen erhöhter Gefahr* (München, Beck).

ZIMMERMANN, Reinhard (2019): *La indemnización de los daños contractuales* (Traducc. de Antoni Vaquer Aloy, Santiago, Olejnik).

Jurisprudencia citada

Sociedad Constructora Salfa S.A. con Fisco de Chile (1990): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26 de enero de 1990, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 87, sec. 2ª.

STS. Sentencia de 06 de noviembre de 2002. RJ 2002, 9636.

Sernac con Administradora de Supermercados Hiper (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de noviembre de 2014, rol 1031-2014.

Sernac con Sociedad Educativa El Maule S.A. (2025): Corte Suprema, de 18 de julio de 2025, rol 26.545-2024.

Normas citadas

Decreto con Fuerza de Ley N°458, Ley General de Urbanismo y Construcción, 13 de abril de 1976.

Decreto Ley N°1.808, aprueba convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, con su anexo, 26 de mayo de 1977.

Decreto Ley N°2.222, Ley de Navegación, 21 de mayo de 1978.

Ley N°18.302, Ley de Seguridad Nuclear, 16 de abril de 1984.

Ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, 07 de marzo de 1997.

Cinco problemas con la especialidad normativa en la sentencia Rol 1298-2024 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt

Five problems with *lex specialis* in decision Rol 1298-2024 of the Puerto Montt Court of Appeals

MICHAEL SÁNCHEZ CÁRDENAS*

*Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.
<https://orcid.org/0009-0004-5440-5051>

Recibido:

12 de diciembre, 2025

Aceptado:

16 de enero, 2026

Publicado:

24 de enero, 2026

*Autor de

correspondencia

Michael Sánchez Cárdenas
Universidad Alberto

Hurtado, Santiago, Chile.

Correo electrónico:

mchlsanchezcardenas@
gmail.com.

Cinco problemas con la especialidad normativa en la sentencia Rol 1298-2024 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. (2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 47, (147-161). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n4708>

RESUMEN

Este comentario examina la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en la causa Rol 1298-2024, que rechaza un recurso de protección deducido contra una empresa eléctrica por la existencia, desde hace décadas, de un poste y de líneas de distribución eléctrica instalados en un inmueble sin inscripción de servidumbre ni indemnización. A partir de una reconstrucción sistemática de las decisiones del tribunal, este comentario muestra cómo la Corte especifica el artículo 20 de la Constitución combinando, por un lado, una lectura estricta del plazo fatal de treinta días y, por otro, una concepción fuertemente subsidiaria del recurso frente a los procedimientos sectoriales previstos en la Ley General de Servicios Eléctricos y en el Código de Procedimiento Civil. Sobre esa base, se identifican cinco problemas teóricos en el modo en que el fallo emplea el argumento de especialidad normativa (*lex specialis*): el déficit de justificación de la relación género-especie entre los conceptos en juego; la confusión funcional entre especialidad, supletoriedad y subsidiariedad; la conversión de la especialidad en una meta-regla de exclusión automática de la tutela constitucional; el carácter concluyente (no derrotable) que se atribuye a esa prioridad; y la insuficiente atención a las jerarquías normativas cuando un procedimiento legal "*especial*" se usa para restringir el acceso a una acción constitucional de urgencia.

PALABRAS CLAVE

Acción de protección, *lex specialis*, especialidad jurídica, subsidiariedad, supletoriedad, derecho de propiedad.

ABSTRACT

This commentary examines the judgment delivered by the Court of Appeals of Puerto Montt in case Rol 1298-2024, which rejects a recurso de protección filed against an electric company on account of the existence, for decades, of a pole and electric distribution lines installed on a property without registration of an easement or compensation. On the basis of a systematic reconstruction of the court's decisions, this commentary shows how the Court specifies article 20 of the Constitution by combining, on the one hand, a strict reading of the fatal time limit of thirty days and, on the other, a strongly subsidiary conception of the remedy in relation to the sectoral procedures provided for in the General Law of Electric Services and in the Code of Civil Procedure. On that basis, five theoretical problems are identified in the way in which the decision employs the argument of normative speciality (*lex specialis*): the deficit of justification of the genus-species relation between the concepts at stake; the functional confusion between speciality, suppletoriness and subsidiarity; the conversion of speciality into a meta-rule of automatic exclusion of constitutional protection; the conclusive (non-defeasible) character that is attributed to that priority; and the insufficient attention to normative hierarchies when a "special" legal procedure is used to restrict access to an urgent constitutional action.

KEYWORDS

Constitutional protection remedy, *lex specialis*, legal speciality, subsidiarity, suppletory application, property.

I. INTRODUCCIÓN

Un conflicto aparentemente prosaico (un poste eléctrico instalado hace medio siglo en un patio de Puerto Montt) termina iluminando una cuestión metodológica central: qué hacemos, exactamente, cuando invocamos "especialidad" para ordenar acciones y procedimientos dentro de un sistema jurídico que, a la vez, reconoce una tutela constitucional de urgencia. La sentencia comentada es útil porque exhibe, en estado concentrado, una forma de razonar que aparece con frecuencia en el contencioso constitucional chileno, la combinación de una lectura estricta del plazo del recurso de protección con una idea fuerte de subsidiariedad apoyada en la presencia de vías sectoriales "especializadas". El resultado no es solo un desenlace procesal, sino una reconfiguración del mapa. Ello conlleva a preguntar qué cuenta como vía idónea, cuándo la existencia de un procedimiento legal desplaza al remedio constitucional y en qué condiciones esa prioridad debe considerarse absoluta o derrotable.

Para desarrollar el comentario procedo en tres movimientos. Primero, presento el caso y sintetizo la decisión en un nivel compatible con su función descriptiva, sin convertir esa síntesis en una discusión anticipada de las tesis. Segundo, reconstruyo la decisión como un conjunto ordenado de operaciones, delimitación del problema, selección e interpretación de normas, adscripción a líneas jurisprudenciales, identificación de propiedades relevantes y formulación de una regla-resultado. En el sentido del modelo inferencial, *"El propósito del modelo es hacer visibles las decisiones que los jueces 'deben tomar' cuando la norma que se aplica a un caso está indeterminada"*.¹ Tercero, examino el uso del argumento de especialidad normativa en cinco problemas teóricos, mostrando por qué el paso desde *"hay un juicio sumario especial"* a *"la acción constitucional es improcedente"* requiere más justificación de la que el fallo ofrece.

Antes de entrar al detalle conviene fijar el punto de apoyo conceptual que recorrerá el análisis. *"Especialidad"*, *"supletoriedad"* y *"subsidiariedad"* son nociones cercanas, pero no equivalentes. La especialidad, en sentido estricto, describe una relación lógico-conceptual de género-especie entre elementos de normas² o, en otro registro, una meta-regla de prioridad entre normas previamente calificadas como general y especial. En este sentido, Ataoglu sostiene que *"la norma B es especial en relación a la norma A, si y solo si, un elemento de la norma A está en relación de género-a-especie con un elemento de la norma B"*.³ La supletoriedad, en cambio, es un vínculo funcional de relleno, opera cuando un régimen *"principal"* calla sobre un punto y el ordenamiento habilita la aplicación de un régimen *"general"* para colmar ese silencio. Desde esta perspectiva *"la norma A está en relación de supletoriedad de la norma B, si y solo si, la norma B carece de un elemento que la norma A le aporta"*.⁴ La subsidiariedad, finalmente, ordena mecanismos y vías procesales, un remedio se reserva para hipótesis en que no existe otra vía, o la existente no es idónea o no puede brindar tutela efectiva y oportuna. El problema de la sentencia comentada no es que recurra a esas nociones, sino que las hace confluir en una conclusión de improcedencia casi automática, sin distinguir los planos y sin explicitar las condiciones bajo las cuales esa prioridad debería ser derrotada.

II. EL CASO Y LA DECISIÓN: MAPA MÍNIMO

El recurso de protección fue interpuesto por el propietario de un predio urbano de Puerto Montt en contra de la Sociedad Austral de Electricidad S.A. (SAESA). El recurrente sostiene que en su inmueble existe desde antiguo un poste con una línea eléctrica aérea que lo atraviesa, sin título de servidumbre inscrito ni indemnización, lo que configuraría una *"servidumbre de hecho"* que restringe ilegítimamente su dominio y frustra un proyecto habitacional. Añade que, pese a gestiones ante la empresa y actuaciones ante la Superintendencia de Electricidad

¹ CALZETTA ET AL (2025), p. 95.

² ZORZETTO (2024), p. 17.

³ ATAOGU (2024), p. 268.

⁴ ATAOGU (2024), p. 268.

y Combustibles (SEC), la infraestructura no ha sido retirada, aun cuando la autoridad administrativa habría ordenado su traslado mediante un oficio.

La recurrida, por su parte, informa que la estructura corresponde a una línea de transmisión de 23 kV, amparada en concesiones eléctricas definitivas, emplazada en el lugar desde hace aproximadamente cincuenta años. Sostiene, además, que el recurrente adquirió el predio en 2016 con pleno conocimiento de la instalación y que, al menos desde 2018, ha deducido reclamos administrativos sobre la misma situación. En consecuencia, opone tres defensas conectadas: extemporaneidad del recurso; improcedencia de la vía constitucional para discutir servidumbres eléctricas y sus consecuencias patrimoniales; y existencia de un procedimiento administrativo de invalidación pendiente ante la SEC respecto del oficio que ordenó el traslado.

La Corte estructura su decisión recordando la naturaleza del recurso de protección del artículo 20 de la Constitución como acción cautelar, sumaria y excepcional, orientada a tutelar urgentemente derechos fundamentales frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarios, siempre que exista un derecho indubitado y una afectación actual o inminente. Desde esa premisa, el fallo identifica tres puntos decisivos: el cómputo del plazo fatal de treinta días establecido en el Auto Acordado/Acta N° 94-2015; la idoneidad del recurso para dirimir un conflicto relativo a una servidumbre eléctrica de larga data; y la incidencia de la existencia de procedimientos administrativos y judiciales específicos. Con base en el conocimiento del recurrente desde 2016 y sus gestiones desde 2018, concluye que la acción se deduce varios años después de haber tenido noticia cierta del hecho estimado lesivo, de modo que es manifiestamente extemporánea. Rechaza, además, que la invocación de un "*acto continuo*" permita eludir indefinidamente la preclusión.

Luego, la Corte sostiene que el litigio planteado (existencia, regularidad y eventual prescripción de una servidumbre eléctrica, validez de concesiones, procedencia de indemnizaciones) excede el marco cognitivo del recurso de protección y debe discutirse en el juicio sumario previsto en el artículo 680 N° 2 del Código de Procedimiento Civil y en el procedimiento sectorial de la Ley General de Servicios Eléctricos. Finalmente, agrega que existe un procedimiento de invalidación administrativa pendiente ante la SEC respecto del oficio que ordenó el traslado, lo que refuerza la idea de subsidiariedad de la acción constitucional. En consecuencia, en virtud de la extemporaneidad, de la falta de idoneidad de la vía y de la disponibilidad de cauces específicos, rechaza el recurso sin pronunciarse sobre el fondo patrimonial del conflicto.

El interés del fallo no radica únicamente en ese desenlace (que en buena medida descansa en el plazo), sino en la manera en que el tribunal usa la retórica de la "*especialidad*" para reorganizar el campo de procedimientos relevantes, desplazando el recurso de protección en favor de un cauce sectorial. Precisamente allí se abren los problemas teóricos que justifican el comentario.

III. RECONSTRUCCIÓN DE LA DECISIÓN COMO CONJUNTO DE OPERACIONES

Para comprender con precisión cómo la Corte llega a su conclusión no basta con reiterar sus considerandos. Conviene, más bien, reconstruir la sentencia como una secuencia de decisiones,⁵ esto es, qué preguntas formula el tribunal, qué materiales normativos selecciona, qué propiedades trata como relevantes, qué familia de casos invoca y qué regla-resultado se sigue de esa arquitectura.⁶ Para ello utilizo el método de reconstrucción de sentencias desarrollado en la literatura chilena reciente por Claudio Agüero, Enrique Sologuren, Eduardo Sepúlveda, Juan Pablo Zambrano, entre otros. En ese marco, y para hacer operativa la reconstrucción, los autores distinguen unidades retóricas jerarquizadas: "*Las unidades retóricas, en cuanto categorías organizadas jerárquicamente por su nivel de generalidad de menor a mayor, son las siguientes: el paso retórico, la movida retórica y la macromovida retórica*".⁷ En palabras de los autores "*Se trata de una propuesta descriptiva que informa cómo, de hecho, operan*

⁵ AGÜERO ET AL (2022), p. 231.

⁶ Estos son los cinco puntos que plantean los autores como necesarios para hacer visibles las operaciones realizadas por el juez.

⁷ AGÜERO ET AL (2024), p. 210.

los tribunales de justicia al momento de operar con normas indeterminadas en la resolución de un caso".⁸ Entonces, el modelo busca establecer cómo los tribunales precisan conceptos indeterminados.⁹

A. Delimitación del problema

La Corte delimita el problema en tres planos que organizan su agenda. En el plano fáctico, enfrenta la existencia de infraestructura eléctrica de larga data emplazada en un predio privado y la alegación de ausencia de servidumbre inscrita o indemnización. En el plano de la reclamación, el recurrente pide que se declare vulnerado el derecho de propiedad y se ordene el retiro de la infraestructura para restablecer el imperio del derecho. En el plano defensivo, la recurrida sostiene extemporaneidad, improcedencia y existencia de procedimientos administrativos pendientes.

Desde esa delimitación emergen tres preguntas jurídicas, expresables sin las torsiones interrogativas que a veces genera la prosa judicial. Primero, si el recurso fue interpuesto dentro del plazo fatal de treinta días previsto en el Auto Acordado/Acta N° 94-2015. Segundo, si, aun prescindiendo del plazo, el recurso de protección es una vía idónea para resolver una controversia relativa a la existencia, validez o prescripción de una servidumbre eléctrica con infraestructura emplazada desde hace décadas. Tercero, si la existencia de procedimientos administrativos y judiciales específicos (y, en particular, la tramitación de alguno de ellos) excluye la procedencia de la acción constitucional por su carácter subsidiario.

B. Selección e interpretación del material normativo

En la operación de identificación del derecho aplicable, la Corte trabaja con tres bloques.

El primer bloque es constitucional y procedimental-constitucional. El artículo 20 de la Constitución y el régimen del recurso de protección complementado por el Auto Acordado/Acta N° 94-2015. De allí extrae la estructura del remedio, cautelar, urgencia, no declarativo, excepcionalidad, exigencia de derecho indubitado, determinación de un acto u omisión ilegal o arbitrario y, sobre todo, la regla del plazo fatal de treinta días como condición de apertura.

El segundo bloque es el derecho de propiedad. El artículo 19 N° 24 de la Constitución, conectado con la definición clásica de dominio del artículo 582 del Código Civil, entendido como facultad de usar, gozar y disponer. La Corte acepta, en abstracto, que la afectación ilegítima del dominio puede ser tutelable por protección, pero restringe esa posibilidad a hipótesis de afectación inmediata y no "*remisible*" a otras vías.

El tercer bloque es sectorial y procesal civil. El artículo 680 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, que remite controversias sobre servidumbres a juicio sumario, y el régimen especial sobre servidumbres eléctricas del artículo 71 de la Ley General de Servicios Eléctricos, particularmente su previsión de un cauce específico para ese tipo de disputas. A ello se agrega (no como norma de fondo, sino como dato institucional) la fiscalización administrativa de la SEC y la posibilidad de invalidación de sus actos.

De la forma en que la Corte articula estos bloques emerge una tríada interpretativa. Primero, que el recurso de protección no puede utilizarse para constituir, declarar o extinguir derechos reales ni para zanjar cuestiones complejas de servidumbres y prescripción. Segundo, que el plazo de treinta días se cuenta de modo objetivo desde el conocimiento del acto lesivo y que la idea de "*acto continuo*" no puede, sin límites, neutralizar la preclusión, porque ello dejaría el término a disposición del interesado. Tercero, que la existencia de procedimientos administrativos y judiciales específicos (y en especial su activación en el caso) refuerza la improcedencia del recurso por subsidiariedad.

⁸ AGÜERO y SEPÚLVEDA (2024), p. 15.

⁹ AGÜERO ET AL (2022), p. 231.

C. Adscripción a líneas jurisprudenciales y familia de casos

Aunque la sentencia no cita extensamente jurisprudencia, se alinea con dos familias argumentales atribuidas a la Corte Suprema. Por un lado, la línea que considera improcedente el recurso de protección para controversias complejas sobre derechos reales y servidumbres,¹⁰ ya que requieren prueba y discusión sobre prescripción, remitiéndolas a juicios declarativos o sumarios. Por otro, la línea sobre el cómputo del plazo, que rechaza que la permanencia de un hecho permita eludir indefinidamente la preclusión, exigiendo accionar dentro del término desde el conocimiento suficiente del hecho lesivo.¹¹

En un nivel más concreto, el caso se integra en la familia de conflictos entre propietarios y empresas eléctricas por infraestructura de distribución emplazada desde antiguo en predios privados, donde se discute título de servidumbre, derecho a indemnización y eventual prescripción. En ese universo, la regla jurisprudencial dominante (tal como la reconstruye el propio manuscrito original) ha sido estimar que el recurso de protección no es vía idónea para constituir o revisar servidumbres, por existir procedimientos específicos en el marco sectorial y en el proceso civil.

D. Propiedades relevantes del caso

El fallo trata como decisivas cuatro propiedades. La primera es la antigüedad de la infraestructura, una red instalada hace aproximadamente cincuenta años, que sitúa el conflicto en una lógica de larga data, en tensión con la urgencia propia del recurso. La segunda es la conducta temporal del recurrente, adquisición del inmueble en 2016 con conocimiento del poste y reclamos administrativos desde 2018, lo que consolida la conclusión de extemporaneidad. La tercera es la naturaleza patrimonial y técnica del conflicto, servidumbre, prescripción, indemnización, concesiones administrativas, todo lo cual requeriría prueba y debate propio de un juicio sumario o declarativo. La cuarta es la existencia de un procedimiento administrativo de invalidación pendiente ante la SEC respecto del oficio que habría ordenado el traslado, lo que funciona como indicador de que hay un cauce institucional específico en curso.

Estas propiedades, combinadas, permiten a la Corte afirmar dos cosas a la vez. Primero, que no existe una afectación inmediata y actual que justifique una tutela cautelar constitucional y segundo, que, aun si existiera, concurren vías alternativas idóneas y no agotadas, lo que excluiría la acción por su carácter subsidiario.

E. Regla-resultado

Reconstruida la estructura decisional, la regla-resultado que organiza el rechazo puede formularse así. Si la afectación alegada del derecho de propiedad se vincula con infraestructura eléctrica emplazada desde hace décadas, amparada en concesiones administrativas; si el propietario ha conocido esa situación con antelación superior a treinta días antes de deducir el recurso, incluso habiendo ejercido reclamos administrativos previos; y si el ordenamiento prevé procedimientos administrativos y judiciales específicos para discutir la existencia, ejercicio, extinción o indemnización asociada a la servidumbre eléctrica (algunos de ellos incluso en curso), entonces el recurso de protección es extemporáneo e improcedente, por no ser vía idónea ni subsidiaria para constituir, declarar o extinguir derechos reales de esta naturaleza, y debe ser rechazado sin pronunciamiento sobre el fondo patrimonial.

Además de sintetizar el fallo, esta regla hace visible un detalle crucial: la improcedencia no se apoya en un solo argumento, sino en una conjunción de plazo, idoneidad y subsidiariedad. La crítica teórica que sigue no desconoce ese carácter acumulativo; lo que discute es el modo en que la Corte convierte la "especialidad" en una razón estructurante que tiende a cerrar el espacio del recurso de protección más allá de lo necesario para resolver el caso.

¹⁰ *Ponce con Barra* (2025); *Monte Oscuro S.A con Agrícola Super Ltda.* (2025); *Enap Refinerías S.A con Quera* (2024); *Venegas con Herrera* (2021); *Cruz con Eletrans II S.A* (2021).

¹¹ *Castro con Schulz* (2020).

IV. ¿QUÉ NOCIÓN DE ESPECIALIDAD JURÍDICA PRESUPONE LA CORTE?

A partir de la reconstrucción, puede preguntarse qué entiende la Corte por "*especialidad*" cuando afirma que el cauce sectorial torna improcedente la acción constitucional. Aunque el fallo alude al "*principio de especialidad que informa el ordenamiento*", ese enunciado no es un análisis, sino un puente. Conviene, entonces, distinguir tres planos de uso del término, tal como el propio manuscrito propone al apoyarse en desarrollos doctrinales.

En un primer plano, la especialidad puede concebirse como relación género–especie entre conceptos jurídicos.¹² Bajo esta idea, una norma es especial respecto de otra cuando un elemento de la norma "*general*" está en relación de género–especie con un elemento de la norma "*especial*". En la sentencia comentada, la Corte parece asumir implícitamente que "*controversias sobre servidumbres eléctricas*" cae como especie dentro de un género suficientemente amplio que también abarcaría los "*casos tutelables por recurso de protección*" cuando está comprometido el derecho de propiedad. Sin embargo, la premisa clave (que los conceptos relevantes estén efectivamente en una relación de género–especie) no se explicita ni se justifica. En esta línea, Agüero advierte que "*la configuración de un vínculo de especialidad entre ambos sectores del derecho depende de varios criterios y tiene múltiples impactos*".¹³ Desde ese presupuesto, el razonamiento del fallo habría requerido explicitar cuáles son los "*criterios*" que permiten sostener la especialidad en el caso y delimitar el alcance práctico que se sigue de esa preferencia normativa, antes de derivar de ella consecuencias procesales. El recurso de protección se define por la afectación actual o inminente de derechos fundamentales; el juicio sumario sectorial organiza controversias patrimoniales técnicas. Que ambos puedan tocar el derecho de propiedad no equivale, por sí solo, a que uno sea especie del otro.

En un segundo plano, *lex specialis* opera como meta-regla (es decir, una regla sobre cómo usar otras reglas) de prioridad entre normas. Zorzetto reconstruye el principio *lex specialis derogat generali* como una meta-regla de aplicación externa que establece una jerarquía material entre normas previamente identificadas como generales y especiales, y que dispone el uso exclusivo de la norma más especial como base de la justificación interna del caso.¹⁴ Leída así, la sentencia hace exactamente ese movimiento, califica el juicio sumario sectorial como cauce "*especializado*" y, desde allí, excluye el recurso de protección del conjunto de normas operativas para el caso, como si su sola coexistencia generara un desplazamiento.

En un tercer plano, *lex specialis* funciona como razón de prioridad no concluyente, esto es, como una razón que puede ser derrotada por razones en sentido contrario de suficiente peso.¹⁵ En esa perspectiva, incluso si existiera especialidad, el juez debería preguntarse si, dadas las circunstancias, hay razones para no aplicar la prioridad usual y para permitir la tutela urgente, por ejemplo, la insuficiencia práctica de la vía sectorial, la urgencia de la afectación o la ausencia de medidas que puedan restablecer oportunamente el derecho. En la sentencia, en cambio, el argumento se utiliza como una razón concluyente, donde verificada la existencia del cauce sectorial, el recurso de protección queda prácticamente sin espacio, sin considerar dos lecturas en torno a la prioridad: (i) una vez verificada la existencia del juicio sumario, la Corte no se pregunta si, dadas las circunstancias del caso (antigüedad de la ocupación, demora en la SEC, proyecto habitacional frustrado, instrucción de la SEC de trasladar el poste), hay razones para dejar sin efecto esa prioridad en favor de una tutela judicial urgente, o (ii) verificada la extemporaneidad en la interposición del recurso, no aparece de manifiesto que existan razones que superen la prioridad establecida por el legislador.

Visto en conjunto, el fallo utiliza una idea de especialidad sectorial o procesal, asumiendo que, porque el legislador diseñó un procedimiento específico para servidumbres eléctricas, ese procedimiento desplazaría al recurso de protección. Este uso se asemeja más a la noción de "*especialización*" por materia o por régimen que a la especialidad

¹² ZORZETTO (2024), p. 17.

¹³ AGÜERO (2017), p. 399.

¹⁴ ZORZETTO (2013), p. 388.

¹⁵ MARCOS (2025), p. 223.

estrictamente lógica de *lex specialis*.¹⁶ En este sentido, Carrasco distingue que la "especialidad" se orienta a la resolución de problemas de inconsistencia normativa, mientras que la "especialización" alude a la ocupación o competencia de determinados sectores del ordenamiento, vinculados a una materia o rama del derecho.¹⁷ Ese desplazamiento conceptual abre el terreno para los cinco problemas a desarrollar.

V. CINCO PROBLEMAS TEÓRICOS EN EL USO DEL ARGUMENTO DE ESPECIALIDAD

A. Primer problema: objeto y relación género–especie

El primer problema es, en apariencia, técnico. Para invocar especialidad en sentido estricto, debe mostrarse que las normas o conceptos que se ordenan por especialidad comparten el mismo tipo de objeto. La relación género–especie no se predica de cualquier par de enunciados normativos, sino que requiere identificar elementos comparables.¹⁸ En el fallo, no se muestra que el concepto "*casos tutelables por recurso de protección*" sea un género cuyo ámbito contiene, como especie, "*controversias sobre servidumbres eléctricas*". Se pasa, más bien, desde una descripción material (hay un conflicto de servidumbre) a una conclusión procesal (hay un juicio sumario especial y, por tanto, el recurso no procede), sin construir explícitamente el puente lógico entre los conceptos.

Esa omisión importa porque la estructura del recurso de protección no está diseñada para la materia "*servidumbres*" como tal, sino para un tipo de afectación actual o inminente, ilegal o arbitraria, respecto de un derecho fundamental, que en el caso concreto sería el derecho de propiedad. El juicio sumario sectorial, por su parte, está diseñado para resolver un tipo de controversia patrimonial con densidad técnica y probatoria. Que ambos puedan referirse al dominio no es suficiente, por sí solo, para sostener que uno desplaza al otro por especialidad conceptual. Lo que la sentencia necesita mostrar (y no muestra) es por qué cuando el conflicto se formula como "*servidumbre eléctrica*", deja de ser, por ese solo hecho, un "*caso tutelable*" por protección incluso si se alegan afectaciones actuales del derecho de propiedad.

B. Segundo problema: confusión entre especialidad, supletoriedad y subsidiariedad

Este problema es estructural. La sentencia mezcla tres criterios distintos y los presenta como si fueran una sola razón. Ataoglu ha distinguido especialidad y supletoriedad. La especialidad es una relación lógico-conceptual o una meta-regla de prioridad entre normas calificadas como general y especial.¹⁹

La especialidad jurídica puede definirse como una relación lógico-conceptual entre normas (o, más precisamente, entre los conceptos jurídicos que las componen) que adopta la forma de una relación de género a especie. Una norma es "*especial*" respecto de otra cuando, al compararlas, es posible identificar previamente un género común y una o más diferencias específicas relevantes que permiten tratar a una como caso particular de la otra. Como dice Zorzetto: "*la especialidad jurídica exige identificar previamente un género y una o más diferencias específicas relevantes*".²⁰ En este sentido, la especialidad no es una propiedad intrínseca de las normas, sino una propiedad derivada que depende de cómo los intérpretes construyen y jerarquizan sus elementos conceptuales (los términos determinantes): "*ninguna norma es especial ni general de acuerdo con sus características inherentes. La especialidad/generalidad es una propiedad derivada de conceptos jurídicos: depende de la identificación del género (el término más general) y de la diferencia específica respectiva que caracteriza a la especie*".²¹

¹⁶ CARRASCO (2014), p. 254 y 273.

¹⁷ CARRASCO (2014), p. 273.

¹⁸ ZORZETTO (2024), p. 24.

¹⁹ ZORZETTO (2024), p. 17.

²⁰ ZORZETTO (2013), p. 390.

²¹ ZORZETTO (2024), p. 25.

Si la relación de especialidad adopta la forma de inclusión lógica (la especie contenida en el género), rige un principio de herencia conceptual que afirma que: todas las características del género se transmiten a la especie, lo que genera una redundancia normativa estructural, pues ambas normas pueden resultar *prima facie* aplicables al mismo caso. La especialidad, por tanto, es ante todo una operación semiótico-conceptual que presupone criterios de relevancia valorativa para decidir qué similitudes y diferencias cuentan jurídicamente.

El principio de *lex specialis derogat legi generali* es una meta-norma de aplicación que se deriva de la especialidad jurídica. La norma coordina normas previamente ordenadas por una relación de especialidad, disponiendo que, cuando concurren una norma general y otra más específica, debe utilizarse exclusivamente la norma más especial como base de la justificación interna del caso. En estos términos, el principio "*se puede reconstruir como una meta-regla sobre la aplicación externa que establece una jerarquía material entre las normas previamente identificadas como lógicamente ordenadas en base a una relación de especialidad*",²² es decir, "*una meta-regla que dispone el uso exclusivo de la norma relevante (más) especial*".²³

Tradicionalmente la meta-norma se expresa mediante el adagio *lex specialis derogat generali*, entendido como un criterio para resolver antinomias normativas. Sin embargo, su alcance es más amplio, no opera solo frente a conflictos (antinomias total-parciales), sino también (y de manera muy relevante) para evitar la acumulación de normas compatibles que serían simultáneamente aplicables. Cuando la especialidad adopta la forma de inclusión lógica, el principio "*sirve precisamente para evitar esta acumulación de normas en el nivel de la aplicación al afirmar que solo se aplica la norma (más específica)*".²⁴ Además, la derogación que produce la *lex specialis* no es intrínseca a la relación entre normas, sino una decisión situada en el plano de la justificación jurídica.²⁵ Por ello, una norma especial puede tanto derogar a una norma general incompatible como integrarse con otra norma general compatible.

Muchas veces la especialidad aparece cuando dos normas se ocupan de la misma materia, pero una de ellas lo hace de manera más detallada, precisa, concreta o "*фина*" que la otra.²⁶ Casi siempre el punto de comparación entre las dos normas es el supuesto de hecho y/o la condición de aplicación. Así, la especialidad ordena dar prioridad a aquella norma que fije un supuesto de hecho y/o una condición de aplicación más precisa o fina. Es importante notar que la especialidad no describe un mecanismo de última ratio. No se trata de que primero se usa la norma general y solo si falla se usa la norma especial. Al revés. Cuando se cumplen las condiciones de la especialidad, el derecho ordena aplicar directamente la norma especial.

La supletoriedad es una relación funcional en donde una norma llena un vacío de otra. La supletoriedad es un mecanismo de relleno. Una norma opera supletoriamente cuando la regulación matriz, principal o genérica guarda silencio.²⁷ En este aspecto Ataoglu afirma: "*la relación de supletoriedad entre normas es una relación que depende de la necesidad de suplementar un elemento de una norma con un elemento presente en otra*".²⁸ La supletoriedad describe una situación distinta a la especialidad. Una norma supletoria es aquella que se aplica para rellenar un vacío de otra regulación que el ordenamiento reconoce como principal o común para un determinado ámbito. En muchos casos el legislador deja zanjado de forma explícita cuándo un régimen es supletorio de otro, por ejemplo, en expresiones del tipo: "*en lo no previsto en esta ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil*". Allí está explícito el rol de "*relleno*" de la norma supletoria. Así, la supletoriedad no entra en

²² ZORZETTO (2013), p. 388.

²³ ZORZETTO (2013), p. 388.

²⁴ ZORZETTO (2024), p. 25.

²⁵ ZORZETTO (2024).

²⁶ Por supuesto, estas expresiones son metáforas. Lo que ocurre, en un sentido lógico, es que un elemento de la norma general está en relación de género-especie con un elemento de la norma especial. Esa relación de género-especie es el punto que debe ser fundamentado para que la especialidad opere adecuadamente.

²⁷ Nótese que se dice "*genérica*" en el sentido de "*común*".

²⁸ ATAOGU (2022), p. 268.

conflicto con la especialidad.

La subsidiariedad es una noción que ordena vías procesales. Una acción, un remedio o un instrumento es subsidiario solo si no existe otro medio idóneo o si el existente es insuficiente. Es decir, la subsidiariedad trata de una regla similar a una última *ratio*. Una norma subsidiaria es una regla que restringe el uso de ciertos mecanismos para que solo se activen cuando los mecanismos ordinarios han fallado o no resultan apropiados. Una metáfora puede ilustrar el concepto. La subsidiariedad funciona de un modo semejante a una escalera. Los primeros escalones de la escalera son las vías procesales que debe preferirse. Solo si ellas no protegen bien los fines del proceso se puede avanzar en los escalones. Así, las normas subsidiarias nunca son el primer escalón de la escalera. Con la metáfora es muy claro que la subsidiariedad no depende de una relación de género-especie ni sirve para llenar un vacío normativo, sino que ordena o "*escalona*" los instrumentos disponibles.

Es comprensible que la supletoriedad y la subsidiariedad se confundan, porque en la práctica se expresan con fórmulas parecidas. El legislador, puede decir, por ejemplo: "*en lo no previsto*"; "*cuando no haya otra vía*"; "*solo si los demás medios son insuficientes*" entre otras similares. Sin embargo, a pesar de que la expresión legislativa pueda ser confusa, el tipo de relación que cada concepto establece es diferente.

En primer lugar, difieren en el objeto sobre el que recaen. La supletoriedad se refiere a la relación entre regímenes normativos de fondo (normas que dicen que se debe hacer o que efectos produce un contrato, una obligación, una responsabilidad). La pregunta es, si la ley especial no dice nada sobre este punto ¿qué normas se pueden usar para completar el contenido de la obligación o de la relación jurídica? La subsidiariedad, en cambio, se refiere a una relación entre vías o mecanismos de acción (recursos, medidas cautelares, sanciones). La pregunta que organiza la subsidiariedad es otra, ¿puedo activar este mecanismo si existe otro disponible que, *en principio*, tiene prioridad?

En segundo lugar, la supletoriedad y la subsidiariedad difieren en el tipo de falla o error que habilita su uso. En la supletoriedad, la condición que tiene que cumplirse es el silencio normativo. Así, es necesario justificar que existe una laguna de la norma aplicable para recurrir a aquella que sirve para suplir ese silencio. En cambio, en la subsidiariedad, la condición que debe cumplirse es la insuficiencia o la falta de idoneidad de las vías que tienen primera prioridad. Si existe una vía procesal que tiene prioridad de uso, solo se puede usar una vía subsidiaria si la primera no permite obtener una protección adecuada, oportuna o eficaz. Aquí lo decisivo no es el silencio, sino el rendimiento práctico del mecanismo que se usa en defensa de un derecho o interés.

En tercer lugar, la supletoriedad y la subsidiariedad difieren en la gestión de la compatibilidad y el conflicto entre normas o vías. En la supletoriedad, cuando la norma aplicable se pronuncia sobre un punto, su contenido tiene primacía y la norma supletoria no puede ser considerada. Entonces no hay una antinomia, sino que una división funcional de la aplicabilidad de las normas. En la subsidiariedad, en cambio, es posible que dos vías estén disponibles al mismo tiempo, pero que el ordenamiento exija que se use primero una vía y, sólo si ella fracasa, o no resulta idónea, se abre la posibilidad de usar la vía subsidiaria. La subsidiariedad funciona, entonces, como una regla de escalonamiento, no como una regla de relleno.

Estas diferencias no son meramente teóricas, porque cambian el tipo de premisa que hace falta para llegar a la conclusión de su (im)procedencia. Si el argumento es la especialidad, se debe justificar por qué hay una relación de género-especie entre elementos de las normas que se ponen en relación. Si el argumento es la supletoriedad, se debe construir una laguna en la norma aplicable y explicar por qué el régimen supletorio completa ese vacío. Si, finalmente, el argumento es la subsidiariedad, se debe justificar por qué la vía preferente no es idónea y/o eficaz y por qué la vía subsidiaria permite proteger oportunamente los derechos o intereses en juego.

El problema del fallo analizado es que utiliza la mera existencia del juicio sumario sectorial como si simultáneamente probara la especialidad, la supletoriedad y la subsidiariedad, sin separar planos ni justificar el uso de cada una de estas nociones. El resultado es una conclusión infundada, como hay un juicio sumario especial, el recurso de protección no tiene lugar, cuando lo que correspondería argumentar es si el recurso conserva un papel subsidiario en supuestos de ineficacia o insuficiencia del cauce sectorial. En este sentido, la Corte usa un vocabulario que no distingue si el juicio sumario es especial en sentido estricto (género-especie) o simplemente otra vía que podría operar en paralelo. Tampoco se aclara si el recurso de protección desempeña algún rol cuando las otras vías resultan insuficientes.

C. Tercer problema: *lex specialis* usado como exclusión más fuerte de lo necesario

Incluso aceptando que existe una regulación sectorial especial, no se sigue necesariamente que exista antinomia entre esa regulación y el recurso de protección. En términos generales, "*resulta necesario distinguir la existencia de una ley especial de su uso preferente*",²⁹ ya que "*una cosa es el carácter especial de la ley, otra que respecto de ello se aplique el principio de especialidad normativa*".³⁰ Puede haber concurrencia, dos normas o vías compatibles que pueden operar en planos diferentes. En el caso comentado, no hay incompatibilidad lógica entre ordenar por vía de recurso de protección el retiro o traslado del poste como tutela urgente del derecho de propiedad, y que, al mismo tiempo, el conflicto de fondo se deba ventilar en el juicio sumario por cuestiones patrimoniales complejas (como la prescripción adquisitiva, el monto de una indemnización o la regularidad de concesiones), materias que requieren prueba. Como subraya Zorzetto, la relación entre normas generales y especiales no se agota en las antinomias total-parciales, sino que con frecuencia se trata de normas compatibles o redundantes, cuyo tratamiento preferente mediante *lex specialis* expresa una opción de política interpretativa y no un automatismo lógico.³¹

Sin embargo, la Corte actúa como si el conflicto fuese de contradicción total-parcial, esto es, como si estuviéramos ante una norma general, y una especial que cubre solo una fracción de sus casos, pero que, en esos casos en común, ordena una solución incompatible, de manera que excluye totalmente a la otra. En términos de Zorzetto, el fenómeno de las normas generales y especiales no debe examinarse "*solo cuando sean conflictivas y generen antinomias total-parciales, sino principalmente cuando se trate de normas redundantes*".³² En la sentencia la existencia del juicio sumario "*excluye*" la procedencia del recurso de protección. Este cierre absoluto es problemático porque elimina, sin justificar, la posibilidad de aplicación concurrente de instrumentos compatibles. La teoría de la especialidad, tal como la invoca el propio manuscrito, permite precisamente advertir que la derogación por *lex specialis* no es intrínseca a la especialidad, sino que es una decisión situada en el nivel de la justificación. Cuando se elige tratar la especialidad como exclusión total, se debe explicar por qué la concurrencia resultaría inaceptable, y esa explicación no aparece.

D. Cuarto problema: prioridad concluyente y ausencia de derrotabilidad

El cuarto problema aparece cuando el tribunal trata *lex specialis* como si fuera una razón concluyente, esto es, como si el solo hecho de existir una vía sectorial bastara para cerrar la tutela constitucional urgente, sin que sea necesario examinar si, dadas las circunstancias del caso, esa prioridad debe mantenerse o, por el contrario, debe ceder. El punto es relevante si se adopta un enfoque como el propuesto por Henrique Marcos, quien reconstruye *lex specialis* no como una regla automática de derogación, sino como una norma de segundo orden que opera proporcionando razones de prioridad (razones que favorecen la aplicación de una norma y que, al mismo tiempo, operan en detrimento de otra), pero cuya fuerza depende de una evaluación comparativa de razones. En ese marco, *lex specialis* no se activa por mera invocación, sino que solo se aplica cuando, al ponderar, "*the reasons supporting its application outweigh the reasons against it*".³³

Ahora bien, si lo anterior es correcto, entonces el razonamiento judicial que invoca un procedimiento sectorial como base para rechazar el recurso no puede limitarse a constatar su existencia ni puede tratar su pendencia como un dato que, por sí mismo, clausura la vía constitucional. Lo que debe hacer (precisamente porque la prioridad por especialidad es una razón derrotable) es explicar por qué, en el caso concreto, las razones a favor de privilegiar el cauce sectorial superan a las razones que podrían justificar una intervención cautelar urgente. Dicho de otro modo, aun concediendo que la vía sectorial constituya un dispositivo normativo más "*específico*" para conocer del asunto, el tribunal todavía tiene que justificar por qué esa especificidad debe traducirse, aquí y ahora, en una

²⁹ DE LA MAZA (2020), p. 111.

³⁰ DE LA MAZA (2020), p. 111.

³¹ ZORZETTO (2024), pp. 15 y 36.

³² ZORZETTO (2024), p. 17.

³³ MARCOS (2025), p. 245.

consecuencia excluyente, y por qué no concurre ningún conjunto de consideraciones que, por su peso, sea capaz de vencer la prioridad *prima facie* que *lex specialis* introduce. Esto importa, además, por una razón metodológica que suele pasarse por alto cuando se razona con *lex specialis*: el argumento supone condiciones de aplicabilidad que no se satisfacen con un gesto retórico. Marcos enfatiza que, si no se establece cuál norma es efectivamente más específica, o si esa especificidad es incierta, no se puede concluir que *lex specialis* sea aplicable para otorgar prioridad a una u otra norma. En su ejemplo, sostiene que, "*without establishing which norm is more specific, we cannot conclude that lex specialis applies to give priority to either*".³⁴ Esta exigencia analítica es trasladable a la sentencia. El fallo no muestra por qué el procedimiento sectorial es el régimen efectivamente más específico para desplazar la tutela cautelar, el paso desde "*existe un procedimiento*" a "*ese procedimiento excluye la protección*" queda sin soporte justificativo suficiente.

En el caso comentado, este déficit se vuelve visible porque las propias alegaciones de las partes sugieren un elemento que debería haber sido tratado como razón potencialmente contraria a la clausura, que serían, la prolongación de gestiones administrativas y la existencia de procedimientos pendientes ante la SEC. En lugar de operar como un simple dato de contexto, esa pendencia puede ser leída (y en muchos casos razonablemente lo es) como un indicio de demora o de ineficacia práctica que, lejos de reforzar la exclusión, podría activar la pregunta decisiva, si la vía sectorial, aunque sea aplicable, está siendo capaz de proporcionar una tutela oportuna y efectiva, o si, por el contrario, su desempeño real vuelve necesario abrir un espacio cautelar constitucional para evitar que el derecho quede sin protección útil. Que esa lectura sea correcta o no en los hechos es discutible; lo relevante es que, si *lex specialis* funciona como una razón *prima facie*, el tribunal debe mostrar que esa posible derrota no procede, lo que exige examinar si la demora es atribuible a la administración, si existe riesgo de irreparabilidad, y si la estructura del procedimiento sectorial permite (o no) una respuesta suficientemente rápida para la situación alegada. La sentencia, sin embargo, recorre el camino inverso, toma el procedimiento pendiente como argumento adicional para no intervenir, con lo cual convierte lo que podría haber sido un dato indicativo de insuficiencia de la tutela en una razón de cierre. Al hacer esto, el razonamiento se vuelve incompleto, no porque sea obligatorio acoger el recurso, sino porque la decisión se presenta como si la prioridad sectorial fuese una conclusión necesaria, cuando, bajo el enfoque de Marcos, lo que existe es una razón cuya fuerza depende del balance de consideraciones concurrentes. De hecho, Marcos subraya que, incluso cuando *lex specialis* ha sido aplicado para priorizar una norma, todavía puede concluirse que la norma priorizada no debe regir el caso, justamente porque *lex specialis* es "*solo un factor entre muchos otros*" y porque su razón puede ser superada por razones contrarias "*lex specialis was just one factor among many others... it was possible to conclude that N2 does not apply... even though lex specialis prioritised it*".³⁵

Finalmente, este punto se vuelve aún más preciso cuando se explicita qué significa derrotar a *lex specialis*. Marcos aclara que la derrota no tiene por qué consistir en negar que *lex specialis* ofrezca una razón; se trata más bien de reconocer que esa razón puede ser vencida por otras razones más fuertes, especialmente cuando entran en juego razones de orden superior. Por eso caracteriza la derrota como refutatoria y no como socavante "*Lex specialis still provides a reason [...] The key point is that the reasons provided by lex specialis can be outweighed by other reasons*".³⁶ Aplicado al caso, esto permite formular el reproche con mayor delicadeza teórica, el problema no es que el tribunal se equivoque por considerar relevante la vía sectorial, ni que deba necesariamente abrir el recurso; el problema es que, al tratar esa vía como una razón que clausura sin más la tutela urgente, omite mostrar por qué las razones usualmente asociadas a la protección cautelar (oportunidad, efectividad, riesgo de daño irreparable, insuficiencia práctica de la vía ordinaria) no alcanzan, en este caso concreto, el peso suficiente como para vencer la prioridad *prima facie* que *lex specialis* introduce.

E. Quinto problema: jerarquías normativas y límites del criterio de especialidad

El quinto problema desplaza el foco, ya no se trata solo de cómo se construye la especialidad, sino de qué ocurre cuando la "*especialidad*" invocada proviene de una norma legal y se utiliza para restringir el acceso a una acción

³⁴ MARCOS (2025), p. 245.

³⁵ MARCOS (2025), p. 250.

³⁶ MARCOS (2025), p. 251.

constitucional. En la teoría clásica de solución de antinomias, la especialidad aparece junto a la jerarquía y la cronología.³⁷ Pero esos criterios no operan del mismo modo. La jerarquía resuelve conflictos entre niveles distintos (Constitución y ley, ley y reglamento), mientras que la especialidad opera típicamente entre normas de igual rango, delimitando ámbitos de aplicación dentro del mismo escalón.³⁸

Aplicado al caso, el mapa jerárquico es claro. En el nivel superior está la Constitución, que reconoce el derecho de propiedad y diseña una acción de tutela urgente, el recurso de protección. En el nivel legal se encuentran los procedimientos sectoriales y las reglas procesales civiles, entre ellos el juicio sumario especial previsto para controversias sobre servidumbres eléctricas. La especialidad legal ordena, de modo natural, vías legales entre sí y frente a los procedimientos civiles generales; pero no puede, sin más, comportarse como si tuviera "*ventaja jerárquica*" frente a una acción constitucional.³⁹

El problema del fallo es que, bajo la retórica de *lex specialis*, parece extender la prioridad del juicio sumario legal más allá de su ámbito, proyectándola como razón suficiente para relegar el recurso de protección a una posición casi irrelevante cada vez que exista un cauce sectorial establecido. Una lectura más compatible con la jerarquía no niega la especialidad del juicio sumario legal para resolver la controversia patrimonial de fondo, lo que exige es ubicar esa especialidad donde corresponde y mantener el recurso de protección como mecanismo subsidiario⁴⁰ para hipótesis en que la vía sectorial sea claramente inidónea o insuficiente para otorgar una tutela efectiva y oportuna frente a una afectación actual o inminente de un derecho fundamental.

Formulado en términos de punto de partida interpretativo, el principio jerárquico impone una inversión. No es la acción constitucional la que debe ser "*reducida*" por las leyes especiales, sino las leyes especiales las que deben leerse de modo compatible con la existencia de una tutela constitucional de urgencia.⁴¹ Esto no convierte el recurso de protección en vía universal ni elimina sus requisitos de excepcionalidad y subsidiariedad. Sin embargo, sí impide, en cambio, aceptar que la sola existencia de un procedimiento legal "*especial*" baste para vaciar de contenido una herramienta constitucional destinada precisamente a suplir déficits de tutela oportuna.

VI. CONCLUSIÓN

Vista la sentencia con el lente de la "*decisión como conjunto de operaciones*", se advierte que la Corte especifica el artículo 20 de la Constitución incorporando dos criterios con efecto decisivo. Primero, un requisito estricto de tempestividad y, segundo, una regla fuerte de subsidiariedad apoyada en la presencia de procedimientos "*especializados*". Desde la teoría de la especialidad, sin embargo, el fallo opera con una noción amplia de especialidad, más cercana a la especialización sectorial o procesal que a la especialidad lógico-conceptual en sentido estricto. A partir de esa noción amplia, la Corte convierte la "*especialidad*" en una meta-regla de exclusión del recurso de protección, sin explorar seriamente el espacio de concurrencia de instrumentos compatibles, ni tratar la prioridad como razón potencialmente derrotable.

Nada de lo anterior pretende desconocer que el rechazo del recurso descansa también (y de manera relevante) en la extemporaneidad. Precisamente por eso, el comentario no sostiene que la decisión sea formalmente inválida. Lo que muestra es que el uso del argumento de especialidad resulta teóricamente más discutible de lo que la sentencia deja ver y que una reconstrucción más rigurosa de *lex specialis* habría obligado a justificar con mayor transparencia por qué, en este caso, la tutela constitucional urgente del derecho de propiedad debe quedar desplazada por la vía sectorial. En términos prácticos, aceptar sin matices una lectura fuerte de la especialidad procesal implica que,

³⁷ GUASTINI (1999), p. 438.

³⁸ GUASTINI (1999), pp. 439-441.

³⁹ GUASTINI (1999), p. 443.

⁴⁰ GUASTINI (1999), pp. 439-440 y 443.

⁴¹ GUASTINI (1999), pp. 439 y 440.

allí donde existan juicios "especializados", el recurso de protección tenderá a quedar crecientemente marginado como herramienta de tutela urgente, tensionando el lugar que la jurisprudencia le ha asignado en la protección de derechos fundamentales.

Declaración de contribución de autoría Credit

Michael Sánchez Cárdenas: Conceptualización, metodología, investigación y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor declara que el trabajo fue realizado en el marco del proyecto FONDECYT 1221269.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

AGÜERO SAN JUAN, Claudio y SEPÚLVEDA ARELLANO, Eduardo (2023): "La especificación de tres conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Público chileno", en: *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso* (vol. 59).

AGÜERO SAN JUAN, Claudio; SILVA BERRÍOS, Valentina; SEPÚLVEDA ARELLANO, Eduardo; SOLOGUREN INSÚA, Enrique y RAJEVIC MOSLER, Enrique (2022): "La estructura de las sentencias judiciales como un problema de lenguaje claro", en: *Ius et Praxis* (vol. 28 núm. 3).

AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2017): "La especialidad jurídica en un caso atípico de Nulidad de Derecho Público (Corte Suprema)", en: *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 30 núm. 2).

AGÜERO SAN JUAN, Claudio; SOLOGUREN INSÚA, Enrique; ZAMBRANO TIZNADO, Juan Pablo y CALZETTA, Alejandro (2024): "Organización retórica de sentencias judiciales chilenas: análisis del caso de Robynson Gómez Noa", en: *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law* (núm. 82).

ATAOGLU COLONNELLO, Seren (2023): "La especialidad jurídica y la falta de servicio en las Fuerzas Armadas. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de enero de 2022 en autos Rol N° 4191-2021", en: *Ius et Praxis* (vol. 29 núm. 1).

CALZETTA, Alejandro; AGÜERO SAN JUAN, Claudio; ZAMBRANO TIZNADO, Juan Pablo y SEPÚLVEDA ARELLANO, Eduardo (2025): "Puesta a punto de un modelo inferencial para analizar la operación de especificación en sentencias judiciales", en: *Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho* (núm. 62).

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2014): "El concepto «especial» en el Código Civil: diferencias de significación entre el artículo 4° y el artículo 13", en: *Ius et Praxis* (vol. 20 núm. 1).

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2020): "Lex specialis: sobre el artículo 2° bis de la ley 19.496", en: *Revista de derecho (Concepción)* (vol. 88 núm. 247).

GUASTINI, Riccardo (1999): "Antinomias y lagunas", en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (núm. 29).

MARCOS, Henrique (2025): "Lex Specialis as a Reason-Giving Norm: Balancing Norm Specificity and Individual Rights in Times of Crisis", en: *International Community Law Review* (vol. 27 núm. 3).

Zorzetto, Silvia (2013): "La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio lex specialis", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (núm. 36).

ZORZETTO, Silvia (2024): "El principio lex specialis: una explicación crítica", en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 46).

Jurisprudencia citada

Castro con Schulz (2020): Corte Suprema, de 30 de abril de 2020, rol 1247-20.

Venegas con Herrera (2021): Corte Suprema, de 28 de julio de 2021, rol 45509-21.

Cruz con Eletrans II S.A. (2021): Corte Suprema, de 29 de septiembre de 2021, rol 65967-21.

García con Sociedad Austral de Electricidad S.A. (2025): Corte Suprema, de 19 de marzo de 2025, rol 5043-25.

Monte Oscuro S.A. con Agrícola Super Ltda. (2025): Corte Suprema, de 06 de mayo de 2025, rol 7875-25.

Ponce con Barra (2025): Corte Suprema, de 14 de julio de 2025, rol 9990-25.

ENAP Refinerías S.A. con Quera (2025): Corte Suprema, de 27 de octubre de 2025, rol 59542-24.

Normas citadas

Código Civil, 14 de diciembre de 1855.

Código de Comercio, 23 de noviembre de 1865.

Código de Procedimiento Civil, 28 de agosto de 1902.

Ley N° 18.101, fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, 29 de enero de 1982.

Decreto Supremo N° 430, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, 21 de enero de 1992.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, 16 de enero de 2003.

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

Ley N° 20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, 7 de diciembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 4, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica, 5 de febrero de 2007.

Ley N° 20.393, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, 2 de diciembre de 2009.

El Concepto de lo político. Autonomía política y Estado: pensar la política contemporánea desde Schmitt

The Concept of the Political. Political Autonomy and the State: Thinking about Contemporary Politics from Schmitt's Perspective

SEBASTIÁN RODRÍGUEZ ASENCIO*

*Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.
<https://orcid.org/0009-0008-0438-5274>

Recibido:

08 de noviembre, 2025

Aceptado:

10 de enero, 2026

Publicado:

26 de enero, 2026

***Autor de**

correspondencia

Sebastián Rodríguez

Asencio

Universidad Austral de

Chile, Valdivia, Chile.

Correo electrónico:

sebastian.rodriguez01@

alumnos.uach.cl

El Concepto de lo político.
Autonomía política y
Estado: pensar la política
contemporánea desde
Schmitt. (2025). *Revista de
Derecho de la Universidad
Católica de la Santísima
Concepción*, 47, (162-168).
[http://doi.org/10.21703/
issn2735-6337/2025.n47.09](http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n47.09)

Estado o Revolución. Carl Schmitt y el Concepto de lo Político, del teórico argentino Andrés ROSLER (Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Katz Editores, 2023) viene a constituir un texto fundamental para discutir y proyectar el pensamiento de Carl Schmitt para el mundo contemporáneo. Corresponde a una recolección de diversos ensayos sobre "El concepto de lo político" escrito por el jurista alemán en 1927, donde el esfuerzo de cada uno no solo se puede entender como un ejercicio exegético necesario, sino que entrega claves necesarias para plantearse en la discusión que supone lo político en el siglo XXI. Rosler sostiene, por lo mismo, que el pensamiento de Schmitt defiende el Estado y los derechos individuales, posicionándose frente a quienes ven al jurista alemán como un ideólogo más del nazismo.

Dicho lo anterior, en el desarrollo de esta nota crítica se tratará de hacer diversos comentarios al trabajo de Rosler,¹ reconociendo elementos que se consideren valiosos, al mismo tiempo que planteando interrogantes que suponen algunas tesis defendidas a lo largo del comentario al texto de Schmitt. Por lo mismo, se planteará la autonomía de lo político, con ello, la crítica al liberalismo, el nazismo y el marxismo, como también las cuestiones teológicas y la decisión en relación con el Estado, pensando, por ejemplo, ¿es el Estado quien decide o es el partisano? ¿o quién se opone a la autonomía de lo político? ¿en qué medida el liberalismo, el nazismo y el marxismo se relacionan en torno al concepto de lo político? Vale señalar que este esfuerzo no es necesariamente una crítica absoluta del trabajo, sino que entiende que ROSLER, tomando una obra de Schmitt, dialoga con la magna producción del jurista y se pretende plantear algunos puntos fundamentales.

Al inicio de la obra Rosler,² sobre "El concepto de lo político", señala que es uno

¹ ROSLER (2023a).

² ROSLER (2023a).

de los textos más conocidos y peor entendidos de Schmitt, y que *"se trata de una obra que representa exactamente lo contrario del nazismo y de toda clase de totalitarismo en general"*.³ Mas bien, lo fundamental se encuentra en elementos como la autonomía de lo político que corresponde al aparecer de la distinción amigo-enemigo como cuestión constitutiva de lo político, donde esta no es una creación de Schmitt, sino que *"se remonta por lo menos hasta los orígenes del pensamiento republicano clásico"*.⁴

Con la recuperación de esta idea, el autor busca poner de manifiesto que Schmitt, esencialmente moderno, propone la distinción amigo-enemigo sin una correlativa moralización en el conflicto, como tampoco agregarle contenido estético o económico. Así se remite a cuando Schmitt sostiene que *"el enemigo político no necesita ser moralmente malvado, él no necesita ser estéticamente feo; no debe emerger como un competidor económico e incluso puede parecer asimismo ventajoso hacer negocios con él"*.⁵ De modo que lo político responde a un razonamiento que no es ni ético, ni estético ni económico, y, por lo mismo, también desempeña un papel normativo, como la obediencia propia de la responsabilidad política o la idea de que el antiimperialismo es inherente a lo autónomo de lo político.⁶

En otros términos, lo valioso del texto de Rosler⁷ es que pone el acento en que lo político no es necesariamente la idea de lucha constante o la apología de la violencia, sino que con la distinción que lo supone tiene por objetivo *"(a) mostrar que el conflicto político es inevitable y por lo tanto (b) no debemos criminalizar a nuestros enemigos, para no hablar de quienes simplemente no piensan como nosotros"*.⁸ El enemigo debe estar a nuestro nivel y, por lo mismo, con los mismos derechos.⁹ Sobre esto, en el libro se sostiene que *"Quienes niegan la inevitabilidad del conflicto y abogan por una comunidad política all-inclusive, terminan provocando una exclusión mucho mayor de que surge de la tesis de la autonomía de lo político, ya que no pueden explicarse por qué tienen enemigos o hay gente que no piensa como ellos, o en todo caso, la única explicación que tienen es que los que no piensan como ellos son moral o racionalmente inferiores"*.¹⁰

Este punto es fundamental, porque, por un lado, se sostiene la pluralidad externa (capítulo VI) y la exclusión que contiene el concepto de lo político desde la unidad política. Por otro lado, y que se denota de forma clara, existe una crítica que se hace al liberalismo como a los totalitarismos tales como el nazismo y el marxismo. Lo político excluye estas formas políticas porque son estas las que atentan contra los derechos del enemigo desde la moralización del conflicto. Esto se hace reconociendo el aporte de pensadores liberales tales como Tocqueville, pero en especial Benjamin Constant.¹¹

Siguiendo lo anterior, se pondrá atención en el liberalismo, al cual Rosler¹² le dedica el capítulo VIII, este supone la negación de la autonomía de lo político, porque *"busca atar lo político desde lo ético y someterlo a lo económico"*,¹³ porque, siendo su fundamento el individuo, es este quien decide el contenido y la medida de su libertad, por lo mismo, el pensamiento liberal *"circunda o ignora al Estado y la política" o directamente incurre en la 'negación*

³ ROSLER (2023a), p. 13.

⁴ ROSLER (2023a), p. 18.

⁵ ROSLER (2023a), p. 58.

⁶ ROSLER (2023a).

⁷ Rosler (2023a).

⁸ ROSLER (2023a), p. 18.

⁹ Esto, en cierta medida, supone pensar la idea de conflictividad en el *Ius publicum europaeum*.

¹⁰ ROSLER (2023a), p. 18.

¹¹ ROSLER (2023b) reconoce que la crítica a la moralización de lo político no es solo propia de Schmitt, sino que esta se encuentra, en gran medida, en los postulados de Constant, siendo este un cultor del liberalismo político.

¹² ROSLER (2023a).

¹³ SCHMITT (2009), p. 61.

de lo político contenida en todo individualismo consecuente' (69)".¹⁴ Esto se entiende en tanto que el individuo no pelea sino solo por sí mismo, y solo confía en su causa, por lo que no existe un enemigo al cual enfrentarse; y, en consecuencia, es inexistente una unidad política que se plantee ante la pluralidad externa o decida en la pluralidad interna (capítulo V). Así las cosas, Rosler afirma que *"el liberalismo es irreconciliable con toda "unidad política" (...) Tanto la violencia como la autoridad son entonces incompatibles con el individualismo liberal, de ahí que el liberalismo tienda a "desmilitarizar" y "despolitizar" los conceptos (70)"*.¹⁵ Siendo el centro de todo la economía y la moral.

Ahora, aunque Rosler¹⁶ fundamenta la permanencia de lo político en Schmitt, pareciera que, a pesar de que no se opone al individuo, si este tiene que existir, debe quedar en una posición de dependencia o vaciado de poder frente a un soberano ¿no se convierte en individuo en solo una función del orden estatal? En cuanto que la unidad política supone el orden, ¿no se está disolviendo la autonomía del individuo la cual pareciera tener inspiración kantiana? Esto es interesante, porque se puede hacer la relación entre la autonomía del individuo del liberalismo con los postulados kantianos en la *"Crítica de la facultad de juzgar"* la cual desarrolla que más que ser determinante, el individuo puede decidir entendiendo siempre que lo que haga es una contribución y nunca en relación a un absoluto determinado.¹⁷ Frente a eso, Schmitt está buscando la seguridad del orden apelando al absoluto, no solo en lo político, sino que también en lo judicial.¹⁸ ¿no está cayendo en esto mismo Rosler en su defensa de Schmitt? Quizás, como argumento, se podría afirmar que Schmitt, en cuanto se refiere a liberalismo, está criticando a la cultura política de su tiempo.

En su edición de 1933, la cual tiene algunos cambios formales más que de contenido por la llegada al poder del nazismo, Schmitt no realizará cambios en determinar en su obra que lo político supone una diferencia con lo moral, lo estético y lo económico. Porque, en el fondo, es esto lo que permite defender la preeminencia del Estado (cuestión que se tomará más adelante) y los derechos individuales. A pesar de que a Schmitt se le ha considerado, aparte conservador, también un pensador del nacionalsocialismo, Rosler,¹⁹ de forma acertada, sostiene que al igual que con el liberalismo, el concepto de lo político se opone al totalitarismo nazi. En 1933 el enemigo aparece como *otro* o un *extraño*,²⁰ de modo que se sostiene la autonomía de lo político, y permite que Rosler señale que *"Es obvio que esta manera de entender lo político es absolutamente irreconciliable con el nazismo (...) en tanto que enemigo, el otro o extraño sigue estando a la par con aquel que no es otro o extraño. Los enemigos del nazismo, en cambio, eran por definición moralmente malvados y estéticamente feos, e incluso subhumanos"*.²¹

Por lo mismo, Rosler²² encuentra que, en *El concepto de lo político*, aún en su edición de 1933, se sostiene los derechos del enemigo como otro al igual que uno, en consecuencia, no se puede correlacionar con el nazismo, debido a que este lo desvaloriza moralmente. Siguiendo esto, el texto de Rosler más que apologético, corresponde a un ejercicio de lectura fina de la exclusión que supone siempre lo político, donde el conflicto o el enfrentamiento está siempre como posibilidad, pero nunca está la opción de que el otro tenga que ser llamado inhumano para que sea político. En cuanto se habla de humanidad en el conflicto o en la guerra frente a un enemigo, se pierde lo político.

¹⁴ ROSLER (2023a), p. 228.

¹⁵ ROSLER (2023a), p. 228.

¹⁶ ROSLER (2023a).

¹⁷ KANT (1992).

¹⁸ SCHMITT (2015).

¹⁹ ROSLER (2023a).

²⁰ Las cursivas son de SCHMITT (*Andere*).

²¹ ROSLER (2023a), p. 276.

²² ROSLER (2023a).

En tercer lugar, vale considerar el caso del marxismo en relación a la autonomía de lo político. En sus postulados teológico políticos Schmitt no solo critica al liberalismo, sino que le permite llegar a una conclusión polémica, a decir, *"el marxismo es solo un caso de aplicación del modo liberal de pensar el siglo XIX"*.²³ En su crítica a lo moderno, Schmitt entiende que hay una negación de lo político, y llega a afirmar que *"mientras que el liberalismo tiende a negar la excepción, el comunismo tiende a perpetuarla"*.²⁴ Esto es interesante, porque lo político se moraliza en la medida de que el enemigo del proletariado, o sea, el burgués, es siempre entendido como un criminal a destruir de la faz de la tierra. Por otro lado, al igual que el pensamiento liberal, el marxismo confía en el *progreso-desarrollo*, de ahí el contenido metafísico de Marx, por lo que no hay conflicto latente o referido a grados de intensidad, sino que más bien *"todas las luchas de la historia del mundo son concentradas en una única y última lucha contra el último enemigo de la humanidad, las muchas burguesías de la tierra en una única"*.²⁵ La metafísica de la inmanencia economicista supone un agrupamiento hasta la última batalla. Rosler²⁶ acierta en reconocer la moralización en el marxismo, ya que este, luchando en nombre de la humanidad, supone que el otro no es humano ¿qué opciones quedan?

Así las cosas, la autonomía de lo político supone en Schmitt, el rechazo a la moralización de lo político, es decir la combinación del anarquismo, el cosmopolitismo y el pacifismo, y es a esto a quienes se opone *El concepto de lo político*. Esto se hace, en todo momento, tomando postura por el Estado, lo que convierte a Schmitt, por un lado, en un pensador moderno y, por otro, en un opositor a la revolución desde su idea de orden que supone lo absoluto. Rosler²⁷ viene a defender al jurista alemán en tanto que los postulados de este en todo momento se oponen a los totalitarismos, y, por lo mismo, suponen una defensa de los derechos fundamentales, ¿no es esto tan necesario hoy? ¿no valdría pensar la posición de Schmitt cuando se defiende el cosmopolitismo con el concepto de globalización?

Lo anterior no puede dejar atrás que va ligado a una concepción de la naturaleza humana, en el sentido de que *"toda teoría política presupone una antropología"*.²⁸ Porque la teoría política busca dar respuesta a si el ser humano es peligroso o inofensivo. Haciendo una profusa lectura tanto de Rousseau como de Hobbes, Rosler²⁹ sostiene que, en defensa de la autonomía de lo político, la lectura antropológica que realiza Schmitt desde el catolicismo es siempre distanciándose de un sentido moral o ético. En realidad, Schmitt piensa la peligrosidad del ser humano en relación con la antinomia anarquismo-autoridad. De modo que mientras los que subscriben al anarquismo, el cosmopolitismo y el pacifismo piensan una antropología optimista, la peligrosidad que defiende Schmitt sostiene la existencia de lo político en tanto que exige la necesidad de una *"autoridad política dentro de cierto territorio, que ocasionalmente debe recurrir a la violencia"*.³⁰ En otros términos, Rosler³¹ está mostrando cómo Schmitt se enfrenta al pensamiento ilustrado reconociendo que lo hace desde postulados teológicos, por ejemplo, cuando se afirma la idea de De Maistre del carácter *satánico* de la Revolución Francesa. Ahora, valdría preguntarse si está negado el árbol del conocimiento en relación con la idea del pecado original,³² ¿cuál es el pecado del conocimiento? En realidad, pareciera que el recurso teológico más que pensar una prevención sobre el optimismo ilustrado y revolucionario estuviera negando la reflexibilidad defendida, por ejemplo, por Kant.

²³ ROSLER (2023a), p. 284.

²⁴ ROSLER (2023a), p. 284.

²⁵ ROSLER (2023a), p. 286.

²⁶ ROSLER (2023a).

²⁷ ROSLER (2023a).

²⁸ ROSLER (2023a), p. 193.

²⁹ ROSLER (2023a).

³⁰ ROSLER (2023a), p. 194.

³¹ ROSLER (2023a).

³² ROSLER (2023a), p. 220.

Hasta aquí, Rosler³³ ha mostrado cómo la autonomía de lo político se sostiene frente a sus negaciones ideológicas; sin embargo, resta identificar cuál es la forma concreta que preserva esa autonomía: el Estado. En Schmitt *"el concepto del Estado supone el de lo político"*,³⁴ y aquello es, en realidad, lo que Rosler³⁵ defiende. Que el libro se llame *"Estado o revolución"* no solo hace pensar en el clásico texto de Lenin *"El Estado y la revolución"*, sino que supone una respuesta a este. Si Lenin está pensando la revolución y la vía armada, Rosler está afirmando que el pensamiento de Schmitt no conduce a la revolución, entendida esta como ruptura al extremo del orden, sino que a la afirmación del Estado como forma política que preserva lo político y se plantea frente a la disolución del poder. Schmitt en todo momento está pensando en el orden ante la excepción, de ahí que la pregunta por la que parte la teología política es ¿por qué el orden y no el caos? Y eso explica, por ejemplo, que haya insistido constantemente en la aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar ante la presencia del movimiento nacionalsocialista. Luego, defiende el autor, el hecho de que Schmitt se haya adherido al partido nazi era porque *"era el único partido total que podía tomar el poder sin provocar una guerra civil (...) en retrospectiva, hoy sabemos que hay cosas peores que una guerra civil"*.³⁶ Esto se entiende si se reconoce que el temor de Schmitt era el quiebre del Estado mediante la revolución ya sea por los movimientos internos o la inspiración soviética. Se podría preguntar por qué no mejor la inacción, sin embargo, en defensa del Estado se hace imperativa una decisión.³⁷

Siguiendo lo planteado en el texto, Rosler³⁸ afirma que el Estado se convierte así en la respuesta secular a la pregunta teológica por el fundamento del orden. Es este la forma que permite que lo político no pierda su autonomía y se disuelva, como se ha visto, en moral, economía o técnica (piénsese en la idea de neutralización discutida por Schmitt). Frente a la disolución moderna del poder y la pérdida de razón o sentido de las instituciones, Schmitt defiende al Estado como la instancia donde el conflicto, que deviene de una antropología, no destruya la comunidad, sino que la constituya.

Si la revolución representa la disolución del orden político en nombre de la humanidad, del individuo, la moral o la clase (por ejemplo, la proletaria en el marxismo), el Estado se entiende como una decisión en el sentido del orden,³⁹ de modo que se remarcen los límites de la posibilidad política sin caer en los extremos moralizantes. Esto va directamente ligado a la idea de unidad política (capítulo IV), donde el Estado toma la decisión de la exclusión política en contra de la criminalización total de la violencia, es desde la unidad política que se puede distinguir entre la violencia inaceptable (propia del anarquismo) y la aceptable. Es decir, *"Mientras que la violencia criminal pertenece por definición al género de la violencia inaceptable debido a que solo apunta al interés particular de quien la ejerce, la política [la cual preserva el Estado] en cambio es un tipo de violencia aceptable, al menos según la ocasión"*.⁴⁰

El Estado, al tomar la decisión, posee la legitimidad de la violencia política la cual *"deriva de su justificación pública; hace que quien actúe por razones políticas esté dispuesto no solo a actuar violentamente, sino además, a dar la vida por lo que cree"*.⁴¹ Esto es importante, porque no tiene caso ni sentido ensayar una justificación en la violencia criminal, porque el anhelo del criminal es solo producto de su arbitrio.

Ahora, el Estado es a quien corresponde la decisión sobre la distinción amigo-enemigo *"(o inclusión-exclusión) no*

³³ ROSLER (2023a).

³⁴ SCHMITT (2009), p. 49.

³⁵ ROSLER (2023a).

³⁶ ROSLER (2023a), p. 300.

³⁷ SCHMITT (1969).

³⁸ ROSLER (2023a).

³⁹ SCHMITT (1969).

⁴⁰ ROSLER (2023a), p. 108.

⁴¹ ROSLER (2023a), p. 109.

solo tiene proyecciones internacionales, sino que además puede repercutir directamente en el ámbito nacional o interno".⁴² Es decir, Rosler⁴³ reconoce que solo mediante el Estado se puede sostener lo político, entendido esto como la decisión de un pueblo, o sea, de lo público sobre sí mismo y ante los demás, de ahí que lo político supone la exclusión y el entender que existe un pluralismo interno y uno externo. Y esto es inevitable. A decir, "un pueblo puede tomar la decisión de dejar de existir políticamente, pero eso no implica que lo político desaparezca también".⁴⁴ Ahora, Rosler⁴⁵ no ahonda mucho más en la situación del partisano, ¿no sucede que en las ideas de Schmitt este también puede tomar decisiones? Pareciera que en el texto solo existiese una profundización en el caso del Estado, pero no se discute con la misma intensidad la posición del partisano como sujeto capaz de tomar la decisión política ¿por qué no ahondar en esa idea al mismo tiempo incendiaria y bomberil?

Por lo anterior, vale señalar que Rosler⁴⁶ de una manera clara y consistente deja ver que Schmitt, aún en su crítica al pensamiento ilustrado y su optimismo antropológico, es un pensador moderno. Desde su lectura teológica de Hobbes, afirma que "sucede que un monstruo, el 'Estado' Leviatán, somete constantemente al otro monstruo, la 'revolución' Behemoth".⁴⁷ Lo cual quiere decir que se acepta la neutralidad del Estado o la abstracción de este debido a que debe cumplir su misión principal, a decir, "evitar la guerra civil".⁴⁸ El Estado moderno emerge como "como una tercera persona o institución distinta tanto de las personas que ocupan los cargos, como de la comunidad de ciudadanos en general".⁴⁹ El problema aparece cuando aquello se vuelve total, ¿qué sucede cuando el decisionismo se vuelve absoluto y se pierde la distinción entre Estado y sociedad? ¿no es aquello una posibilidad si Schmitt está pensando en un absoluto? Así, lo valioso de Rosler,⁵⁰ hay que señalarlo, es que entiende que en Schmitt el Estado representa más que un mecanismo administrativo, sino que una unidad política que "por definición gira alrededor de la idea de autogobierno, necesariamente acompañado de ideas tales como legitimidad, confianza y el sentido de un destino común, y que supone la existencia de otras unidades políticas que reclaman otro tanto".⁵¹ Hay pues un realismo innegable.

Finalmente, es notable afirmar, tal como hace Rosler al final de su trabajo que "al igual que Thomas HOBBS, hace tiempo que Carl Schmitt ya no enseña en vano".⁵² Esto, porque los problemas contemporáneos y los conflictos bélicos que tiene el siglo XXI no se están solucionando con las ideas liberales de cosmopolitismo, pacifismo y globalización, sino que más bien se hace imperioso poner el acento en la realidad de lo político, es decir, que la exclusión-inclusión está presente en todo momento, y que no puede negarse. Vale entender que "para ser miembro de una comunidad política es necesario que haya otras personas que no lo sean, tal como puede advertirse en los diferentes regímenes de ciudadanía".⁵³ Es esto lo que invita a hacer Rosler cuando sostiene que "el liberalismo tiene mucho que aprender todavía del antiliberalismo en general".⁵⁴ En realidad, la obra de Rosler es firme y clara,

⁴² ROSLER (2023a), p. 115.

⁴³ ROSLER (2023a).

⁴⁴ ROSLER (2023a), p. 114.

⁴⁵ ROSLER (2023a).

⁴⁶ ROSLER (2023a).

⁴⁷ ROSLER (2023a), p. 129.

⁴⁸ ROSLER (2023a), p. 140.

⁴⁹ ROSLER (2023a), p. 140.

⁵⁰ ROSLER (2023a).

⁵¹ ROSLER (2023a), p. 160.

⁵² ROSLER (2023a), p. 309.

⁵³ ROSLER (2023a), p. 70.

⁵⁴ ROSLER (2023a), p. 308.

y ayuda en profundidad a reconocer que *"la respuesta a la pregunta de qué viene primero – el orden o la libertad – depende de si estamos hablando de la excepción o la normalidad"*.⁵⁵ Aquello es necesario plantearse si se quiere resguardar las democracias contemporáneas.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Sebastián Rodríguez Asencio: Conceptualización, metodología, investigación, recursos y redacción.

Implicancias éticas

Este estudio se elaboró a partir de una revisión bibliográfica y análisis doctrinario y normativo, sin involucrar investigación con seres humanos ni utilización de datos personales sensibles.

Financiación

El autor no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

El autor declara no tener conflictos de interés en relación con la elaboración o publicación de este artículo.

Agradecimientos

El autor no declara agradecimientos.

Datos de investigación

El presente artículo se sustenta exclusivamente en fuentes bibliográficas, normativas y documentales de acceso público. No se generaron ni recopilamos datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

KANT, Immanuel (1992): *Crítica de la Facultad de juzgar*, 18ª edición (Caracas, Monte Ávila Editores).

ROSLER, Andrés (2023a): *Estado o revolución. Carl Schmitt y el concepto de lo político* (Buenos Aires, Katz Editores).

ROSLER, Andrés (2023b): "Constant y la autonomía de lo político", en: *República y Derecho. Revista jurídica* (vol. 9 núm. 9).

SCHMITT, Carl (1969): *Politische Theologie* (Berlín, Duncker & Humblot).

SCHMITT, Carl (2009): *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 9ª edición (Berlín, Duncker & Humblot).

SCHMITT, Carl (2015): *Posiciones ante el derecho* (Madrid, Tecnos).

⁵⁵ ROSLER (2023a), p. 308.

**UCSC**FACULTAD DE
DERECHO

CONTENIDOS

- 3 Polarización política y socialización natural en los algoritmos computacionales**
Political polarization and natural socialization in computational algorithms
ALBERTO DÍAZ RIVERO
- 20 Culpa infraccional y culpa subjetiva: una revisión a la jurisprudencia ambiental**
Negligence per se and subjective liability: a review of environmental case law
DANIEL TAPIA OLIVARES
- 36 Paradoja histórico-iusfundamental y colonialismo. Una lectura de colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo de Eugenio Zaffaroni**
Historical paradox and fundamental law. A reading of colonialism and human rights. Notes for a criminal history of the world by Eugenio Zaffaroni
FRANCISCO RUAY SÁEZ
- 49 La protección médica al interés superior del hijo y de los deberes parentales: paradojas y conflictos jurídicos, bioéticos y jurisprudenciales**
Medical protection in the best interests of the child and parental duties: legal, bioethical, and jurisprudential paradoxes and conflicts
CHRISTIAN DÍAZ SOBENES
- 87 Prescripción de la acción penal en delitos sexuales cometidos por adolescentes. Análisis al criterio jurisprudencial sobre aplicación del artículo 21 LRPA en la determinación de la naturaleza del delito y su impacto en los plazos de prescripción**
Statute of limitations for criminal action in sexual crimes committed by adolescents. Analysis of the jurisprudential criterion on the application of article 21 LRPA in the determination of the nature of the crime and its impact on the limitation periods
ORIANA OVIEDO CARRASCO, SEBASTIÁN ALVARADO MONTES
- 108 Sobre el hecho o hechos que suspenden la prescripción de la acción penal. Interpretación de la ley y límites**
On the event or events that suspend the statute of limitations for criminal proceedings. Interpretation of the law and limits
FRANCISCO CAAMAÑO CAMPOS
- 128 Cláusulas abusivas y delimitación de regímenes de responsabilidad en materia de consumo. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2025**
Unfair Terms and the Delimitation of Liability Regimes in Consumer Law: Commentary on the Supreme Court of July 18, 2025
JORGE MIRANDA VALDEBENITO
- 147 Cinco problemas con la especialidad normativa en la sentencia Rol 1298-2024 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt**
Five problems with lex specialis in decision Rol 1298-2024 of the Puerto Montt Court of Appeals
MICHAEL SÁNCHEZ CÁRDENAS
- 162 El Concepto de lo político. Autonomía política y Estado: pensar la política contemporánea desde Schmitt**
The Concept of the Political. Political Autonomy and the State: Thinking about Contemporary Politics from Schmitt's Perspective
SEBASTIÁN RODRÍGUEZ ASECIO