

EDICIÓN N° 48 • 2026

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: **ALEXIS MONDACA MIRANDA**

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

En sus manos tiene el lector el n°. 48 de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Este nuevo número, por una parte, constituye una señal de consolidación de la labor que realiza la mencionada revista y, al mismo tiempo, nos permite razonar sobre los nuevos y cada día más complejos desafíos que debe enfrentar el fenómeno jurídico.

Diversas dimensiones del saber jurídico forman parte del número que se presenta: derechos fundamentales, Derecho civil; Derecho minero; Derecho migratorio; los neuroderechos; y Derecho procesal.

A mayor detalle, el primer trabajo, obra de María José Arancibia Obrador, analiza la problemática constituida por la ponderación o limitación de los derechos fundamentales, sobre la base del caso Instituto Alemán de Osorno desde el debate Alexy-García Amado. Por su parte, en el segundo trabajo, ahora en sede de Derecho civil, redactado por Felipe Diez Ringele, se trata la utilidad de distinguir entre riesgo y peligro en el Código de Bello. Así, luego de un interesante estudio, se propone una sistematización de la referida materia.

En tercer lugar, Fernando Díaz González, en su trabajo sobre concesiones mineras y litio, explora las tensiones legislativas y judiciales que genera el régimen jurídico aplicable a la referida cuestión. El complejo y muy vigente tópico de la vinculación entre el debido proceso y la expulsión administrativa, a la luz de la regulación establecida por la Ley N°. 21.325 y teniendo presente los estándares interamericanos, es objeto de estudio en el cuarto artículo, perteneciente a Daniel Atencio Huggins.

Aplicando un enfoque ético y jurídico, en el quinto trabajo, Mariela Rubano Lapasta y Rodrigo Lagos Arévalo, tratan los neuroderechos en el contexto del Derecho comparado y del Derecho chileno. Pasando al trabajo sexto, Francisco Cabello Vargas, estudia la vivienda que adquiere la mujer que se ha casado bajo el régimen de sociedad conyugal, por lo que, asimismo, analiza el patrimonio reservado, la renuncia de los gananciales y la tutela de terceros.

Dos comentarios de jurisprudencia contempla el presente número. En el primero, autoría de Branco Aravena Cuevas, analizando una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, se indaga sobre la autocontratación y mandato que cede en el puro interés del mandatario. El segundo comentario, obra de Sebastián Vera Briones, recae en sentencia pronunciada por la Corte Suprema, dicha resolución permite al autor referirse a la sana crítica a propósito de los informes periciales.

Por último, Jaime Ramírez Cifuentes, reseña la monografía intitulada "De la sucesión, de la herencia y de su derecho real. Elementos esenciales para el análisis dogmático del sistema sucesorio", escrita por Esteban Busch Montanares, texto publicado el año pasado por Ediciones Universidad Católica de la Santísima Concepción.

El presente número es el primero que ha tenido al suscrito como Director de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Espero, por lo menos, no ser el causante de una merma en la buena marcha de ésta, especialmente teniendo presente la excelente gestión llevada a cabo por su anterior Director, el profesor Cristian Aedo Barrena.

Terminamos estas palabras agradeciendo el loable y dedicado trabajo realizado por los miembros del equipo de trabajo de este Revista, en especial, reconocemos el esfuerzo desplegado por Sebastián González Mendoza, coordinación de redacción, Mariana Stober Valenzuela, Isidora Rodríguez Roldán, Rodrigo Castillo Araneda y Benjamín Elgueta Mora.

ALEXIS MONDACA MIRANDA

Director

¿Ponderación o delimitación de derechos fundamentales? Análisis del caso Instituto Alemán de Osorno desde el debate Alexy–García Amado

Balancing or Delimiting Fundamental Rights? An Analysis of the Instituto Alemán de Osorno Case in Light of the Alexy–García Amado Debate

MARÍA JOSÉ ARANCIBIA OBRADOR*

*Universidad de Talca, Talca, Chile.
(<https://orcid.org/0009-0007-6535-2647>)

Recibido:

02 de diciembre, 2025

Aceptado:

08 de enero, 2026

Publicado:

01 de junio, 2026

*Autor de

correspondencia

María José Arancibia Obrador
Universidad de Talca, Talca,
Chile.

Correo electrónico:

marancibia@utalca.cl.

¿Ponderación o delimitación de derechos fundamentales? Análisis del caso Instituto Alemán de Osorno desde el debate Alexy–García Amado. (2026). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 48, (3-12). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.01>

RESUMEN

El presente trabajo examina críticamente el uso de la ponderación de derechos fundamentales en la práctica judicial chilena a partir de un estudio de caso único y metodológicamente controlado. Tomando como marco teórico la arquitectura de la ponderación desarrollada por Robert Alexy —para quien el balance de principios constituye un ejercicio racional estructurado, articulado en torno al principio de proporcionalidad y la denominada “fórmula del peso”— y contrastándola con la crítica escéptica formulada por Juan Antonio García Amado —quien cuestiona la capacidad descriptiva y justificativa de dicha técnica—, el artículo analiza en profundidad la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso Instituto Alemán de Osorno con Superintendencia de Educación (Rol N° 6.192-2025).

A partir de una reconstrucción dual del razonamiento judicial, el estudio muestra que la decisión no se estructura como un ejercicio de ponderación en sentido técnico, sino como una operación de delimitación del contenido normativo del derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria, seguida de una subsunción. En este contexto acotado, el caso analizado resulta ilustrativo para evidenciar la distancia que puede existir entre el lenguaje de la ponderación y las técnicas efectivas de razonamiento judicial, así como para poner en valor la delimitación conceptual de los derechos fundamentales como una técnica autónoma de decisión.

PALABRAS CLAVE

Ponderación de derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, delimitación del contenido normativo, razonamiento judicial.

ABSTRACT

This article critically examines the use of fundamental rights balancing in Chilean judicial practice through a single, methodologically controlled case study. Drawing on the theoretical framework developed by Robert Alexy—according to which the balancing of principles constitutes a structured and rational exercise articulated through the principle of proportionality and the so-called “weight formula”—and contrasting it with the skeptical critique advanced by Juan Antonio García Amado, who questions the descriptive and justificatory capacity of balancing, the article offers an in-depth analysis of the Chilean Supreme Court’s decision in the *Instituto Alemán de Osorno v. Superintendencia de Educación* case (Decision N°6.192-2025).

Through a dual reconstruction of the Court's reasoning, the study shows that the decision is not structured as a balancing exercise in the technical sense proposed by Alexy. Instead, the case is more convincingly explained as an operation of delimiting the normative content of the right to equality and non-arbitrary discrimination, followed by subsumption. Within this delimited context, the case provides a particularly illustrative example of the gap that may exist between the language of balancing and the effective techniques of judicial reasoning, while also highlighting the relevance of conceptual delimitation of fundamental rights as an autonomous decision-making technique.

KEYWORDS

Fundamental rights balancing, principle of proportionality, delimitation of normative content, Judicial reasoning.

I. INTRODUCCIÓN

La ponderación de derechos fundamentales ocupa un lugar central en la teoría contemporánea de la argumentación jurídica y, a través de ella, en el constitucionalismo actual. Asociada de manera paradigmática a la teoría de los principios desarrollada por Robert Alexy, la ponderación se presenta como una técnica destinada a resolver conflictos entre derechos concebidos como mandatos de optimización, ofreciendo un modelo de decisión que aspira a combinar racionalidad, corrección argumentativa y control intersubjetivo. Esta arquitectura teórica ha ejercido una influencia significativa tanto en la dogmática constitucional como en el lenguaje empleado por los tribunales, particularmente a partir de la difusión del principio de proporcionalidad como criterio general de control de la actividad estatal.

Frente a esta pretensión de racionalidad, la crítica formulada por Juan Antonio García Amado ha cuestionado de manera sistemática la viabilidad metodológica de la ponderación y su capacidad real para describir y justificar el razonamiento judicial. Desde esta perspectiva, la ponderación no constituiría un método decisonal estructurado, sino una noción equívoca que tiende a encubrir valoraciones discrecionales bajo una apariencia de objetividad formal. En lugar de un "*pesaje*" entre principios, las decisiones judiciales se explicarían mejor como operaciones clásicas de interpretación y delimitación del contenido normativo de los derechos fundamentales, seguidas de una subsunción de los hechos del caso bajo la norma así interpretada.

Este trabajo se inscribe en dicha tensión teórica, pero adopta deliberadamente un alcance empírico acotado y metodológicamente controlado. A diferencia de aproximaciones que buscan extraer conclusiones generales a partir del análisis de conjuntos amplios y heterogéneos de sentencias, el artículo opta por un estudio de caso único en profundidad, con el propósito de contrastar, en un contexto específico, la pretensión de racionalidad asociada a la ponderación alexyana con la crítica reconstructiva de García Amado. El caso seleccionado es la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en la causa Instituto Alemán de Osorno con Superintendencia de Educación (rol N°6.192-2025), relativa a la tensión entre la autonomía educacional y el derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria, en el marco de normas internas sobre apariencia personal.

La elección de este caso responde a su carácter paradigmático. Se trata de una decisión reciente del máximo tribunal, en la que el conflicto puede ser formulado, *prima facie*, como una colisión entre derechos fundamentales y en la que el razonamiento judicial incorpora referencias a criterios de razonabilidad y justificación de la intervención estatal. Estas características lo convierten en un escenario particularmente adecuado para examinar si la resolución del conflicto se estructura efectivamente como un ejercicio de ponderación en sentido técnico o si, por el contrario, descansa en una técnica distinta de razonamiento jurídico.

La hipótesis que se pone a prueba es la siguiente: si la Corte Suprema resolviera el conflicto mediante un ejercicio de ponderación en el sentido propuesto por Robert Alexy, deberían poder identificarse en la sentencia elementos propios del principio de proporcionalidad, tales como un análisis de la adecuación de la medida restrictiva para lograr la satisfacción de otro derecho fundamental, el examen de alternativas menos lesivas y una justificación comparativa del sacrificio relativo de un derecho frente a otro. La ausencia de tales elementos permitiría sostener que la decisión se explica de mejor manera como una operación de delimitación del contenido normativo de los derechos fundamentales involucrados.

Para desarrollar esta hipótesis, el artículo se estructura de la siguiente manera. La sección II expone de forma sintética los elementos centrales de la teoría de la ponderación de Robert Alexy, con el exclusivo propósito de fijar un estándar normativo de evaluación. La sección III presenta la crítica formulada por Juan Antonio García Amado, poniendo énfasis en su propuesta de reconstrucción alternativa del razonamiento judicial. Finalmente, la sección IV aplica ambos marcos teóricos al análisis detallado del caso seleccionado, mediante una reconstrucción dual del razonamiento judicial, con el fin de determinar qué modelo ofrece una explicación más adecuada de la estructura argumentativa de la sentencia.

II. LA ARQUITECTURA DE LA PONDERACIÓN EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

A. De reglas a principios: La necesidad de un nuevo método

El fundamento de la teoría de la ponderación de Alexy reside en una distinción estructural clave que adopta y desarrolla a partir de la obra de Ronald Dworkin: la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que se aplican a la manera de *"todo o nada"* (*all-or-nothing fashion*). Si se dan las condiciones de hecho que la regla estipula, esta impone su consecuencia jurídica de manera definitiva. Si no se dan, la regla es irrelevante para el caso. La operación lógica que corresponde a las reglas es la subsunción.¹

En cambio, los principios son definidos por Alexy como *"mandatos de optimización"* (*Optimierungsgebote*). Estos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes.² A diferencia de las reglas, los principios no establecen consecuencias jurídicas automáticas. Su aplicación es gradual y depende de las circunstancias del caso concreto. De esta manera, a diferencia de las reglas, a los principios les subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos *"mejor"* y *"peor"*. Los principios no se formulan como juicios hipotéticos (*"si a, entonces b"*), sino como juicios categóricos que aspiran a ser aplicados en todas las situaciones posibles.

La actuación de un principio es *"más imprecisa que la de una regla"* y define *"pautas ejecutivas"* que permiten un mayor grado de discreción. Esto se debe a que los principios son mandatos de optimización, lo que significa que deben ser realizados en la mayor medida posible dadas las posibilidades fácticas y jurídicas.

Un aspecto clave es que los principios pueden ser *"contradictorios entre sí y, sin embargo, son simultáneamente válidos"*. Esto contrasta con las reglas, donde la contradicción lleva a la invalidez de una de ellas.

Cuando los principios entran en conflicto, la solución no es la invalidez de uno de ellos, sino un ejercicio de *"argumentar en términos de intensidad y relevancia"* de cada principio respecto del caso específico. Es necesario considerar las consecuencias de preferir uno u otro principio, lo que implica un balance.

Por lo tanto, el rechazo de una pretensión basada en un principio no implica el *"desconocimiento del derecho"* que el principio encarna. En cambio, significa que, en las circunstancias fácticas concretas del caso, el principio fue *"derrotado"* por otro principio o por las limitaciones de la situación, sin que por ello pierda su validez en abstracto. La aplicación de principios, a diferencia de reglas, implica una solución que no aparece de antemano como unívoca.³ Los derechos fundamentales, en la doctrina constitucional moderna, tienen, para Alexy, la estructura de principios.⁴

Esta distinción no es una mera clasificación taxonómica; es un movimiento conceptual que redefine la naturaleza de la norma constitucional y, consecuentemente, la función del juez. Al caracterizar los derechos fundamentales

¹ ALEXY (2019), pp. 86-93.

² GIL (2011), p. 50.

³ BARROS (1984), p. 270.

⁴ RUAY (2014), p. 128.

como "*principios*", Alexy los traslada del ámbito de la aplicación mecánica (subsunción) al de la deliberación valorativa (ponderación). El juez ya no es un mero aplicador de una norma preexistente, sino un "*optimizador*" de mandatos morales positivizados. Cuando dos principios entran en conflicto, por ejemplo, la libertad de expresión colisiona con el derecho al honor, uno no anula la validez del otro. Ambos siguen siendo válidos, pero se necesita un método para determinar cuál de ellos tiene precedencia condicionada en la situación específica. Ese método es la ponderación, que permite construir una regla para el caso concreto a partir del balance de los principios en juego. Es precisamente esta transformación de la función judicial la que genera las críticas más agudas, que ven en ella una politización de la judicatura y una amenaza a la separación de poderes.⁵

B. La ley de la ponderación y la "*fórmula del peso*"

Para proveer de racionalidad y control a este proceso deliberativo, Alexy articula la ponderación dentro del marco más amplio del principio de proporcionalidad. Este principio se descompone en tres subprincipios que deben ser examinados secuencialmente: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

1. Idoneidad: Una medida que afecta un principio (derecho fundamental) es idónea si sirve para promover la satisfacción de otro principio en conflicto.
2. Necesidad: Una medida es necesaria si no existe otra medida alternativa que sea igualmente idónea para promover el segundo principio, pero que afecte en menor grado al primero.
3. Proporcionalidad en sentido estricto: Este es el núcleo de la ponderación. Se rige por la "*ley de la ponderación*", que establece: "*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*".⁶

Para evitar que este último paso sea un mero juicio subjetivo, Alexy propone la "*fórmula del peso*", a través de la cual busca formalizar y cuantificar el juicio de ponderación. La versión más conocida de la fórmula es:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot S_i}{I_j \cdot W_j \cdot S_j}$$

Donde:

- $G_{i,j}$ es el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j .
- I representa la intensidad de la afectación o interferencia en el principio (en el numerador, el principio afectado; en el denominador, el que se busca satisfacer).
- W es el peso abstracto de los principios en conflicto.
- S se refiere a la seguridad de las premisas empíricas sobre la afectación.

Alexy asigna valores numéricos a estas variables en una escala triádica: leve (1), medio (2) y grave (4). Si el resultado del cociente es mayor que 1, el principio P_j (el que justifica la intervención) prevalece. Si es menor que 1, prevalece el principio P_i (el afectado). Si es igual a 1, existe un empate, y la decisión queda a discreción del legislador o, en su caso, del juez. A través de este andamiaje matemático, Alexy pretende que la ponderación sea un procedimiento racional, argumentable y controlable intersubjetivamente, distanciándola de una decisión arbitraria o basada en meras preferencias personales.⁷ En otras palabras, no basta que alguien diga que "*está ponderando*", como si bastara solo su buen juicio y prudencia para determinar la solución al caso concreto⁸ sino que debe mostrar por qué y en qué medida un principio pesa más que el otro en las circunstancias del caso.

⁵ RAMÍREZ (2020), pp. 58-59.

⁶ RAMÍREZ (2020), p. 58 y ALEXY (2019), pp. 57-59.

⁷ ALEXY (2019), pp. 16-21.

⁸ RUAY (2014), p. 130.

III. LA DECONSTRUCCIÓN DE LA PONDERACIÓN: LA CRÍTICA DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

A. El "ponderómetro" como ilusión: La crítica a la objetividad

Juan Antonio García Amado dirige su crítica más sustantiva contra la pretensión de objetividad que subyace a la técnica de la ponderación. A su juicio, la noción de "pesar" normas o valores constituye una metáfora equívoca, cuya literalización por parte de Robert Alexy y los autores que adhieren a su concepción teórica conduce a errores metodológicos y argumentativos. Para García Amado, la ponderación no es un acto de constatación objetiva, sino un acto de valoración subjetiva. Su argumento se resume: *"si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad"*.⁹

La crítica se extiende a la "fórmula del peso". García Amado argumenta que la asignación de valores numéricos (1, 2, 4) a conceptos tan abstractos como la "gravedad" de una afectación a un derecho es un acto arbitrario que no resuelve el problema de fondo: la incommensurabilidad de los valores y la subjetividad de la valoración inicial. La fórmula, en este sentido, no constituye sino un mecanismo formal que traduce en términos matemáticos una decisión previamente adoptada de manera subjetiva mediante la asignación de pesos. La pretendida objetividad se desvanece al evidenciarse que la determinación de dichos valores responde, en última instancia, a la inclinación valorativa del juzgador. Por ello, considera que *"lo que no es honesto, en términos de racionalidad argumentativa, es que el ponderador se señale a sí mismo como quien indica una balanza objetiva y en perfecto funcionamiento"*.¹⁰ Este escepticismo sobre la cuantificación de valores es compartido por otros críticos que ven en la fórmula un intento de ocultar la discrecionalidad judicial detrás de una aparente objetividad matemática.¹¹

B. Discrecionalidad, arbitrariedad y la erosión de los derechos como límites

La crítica de Juan Antonio García Amado trasciende lo meramente metodológico para cuestionar las consecuencias ontológicas que la ponderación produce sobre la estructura misma de los derechos fundamentales. A su juicio, esta técnica los vacía de su contenido deontológico, al transformarlos en bienes relativos susceptibles de ser derrotados en un cálculo de costos y beneficios, reduciéndolos así a intereses teleológicos. En contraste, la concepción dworkiniana excluye que razones de conveniencia o *public policy* puedan prevalecer sobre la afirmación de un derecho individual, lo que permite acotar el ámbito de la ponderación y preservar el carácter absoluto de ciertos derechos como límites infranqueables frente al poder estatal. Bajo este paradigma, si únicamente los derechos, y no cualquier tipo de interés, son susceptibles de ser ponderados, el problema se torna más delimitado y menos proclive a justificar decisiones judiciales discrecionales bajo el amparo de una supuesta racionalidad formal.¹²

La estructura de un derecho fundamental, bajo esta lógica, se convierte en una cláusula derrotable: *"Todo ciudadano tiene derecho a no ser torturado, a no ser que en el caso concurran razones de más peso ligadas a otros derechos o a principios atinentes a las funciones del Estado"*.¹³

Esta relativización de los derechos es, para García Amado, extremadamente peligrosa. Si cualquier derecho puede ser ponderado y, eventualmente, sacrificado en aras de un principio o interés que "pese más" en el caso concreto, entonces ningún derecho está verdaderamente garantizado. La protección deja de depender de la norma constitucional para depender del juicio de valor del ponderador. En sus propias palabras, *"los derechos fundamentales ya no son límites en sí, sino que el límite o su falta lo determina en su caso la balanza del ponderador,*

⁹ GARCÍA (2017), p. 60.

¹⁰ GARCÍA (2017), p. 60.

¹¹ CARRILLO (2021), p. 8.

¹² DWORKIN (1984), pp. 386-387.

¹³ GARCÍA (2017), p. 111.

el ponderómetro".¹⁴

Esta visión resuena con la corriente del neoconstitucionalismo centrado en el principio de proporcionalidad. En este sentido, con las críticas de otros teóricos, Atria argumenta que el neoconstitucionalismo, al promover esta forma de razonamiento, disuelve la "*forma del derecho*" en una deliberación política que corresponde al legislador, no al juez, politizando la función judicial.¹⁵ Por su parte, Eduardo Aldunate advierte que la ponderación, lejos de aportar certeza, aumenta la indeterminación del derecho y la discrecionalidad del juez, al permitirle decidir caso por caso según su particular concepción de la justicia.¹⁶ En última instancia, la ponderación no solo afecta la seguridad jurídica, sino que redefine la naturaleza misma de un "*derecho fundamental*", transformándolo de una garantía protegida a una simple pretensión a ser considerada en un cálculo judicial.

C. La reconstrucción del razonamiento judicial: El engaño de la ponderación

Para demostrar empíricamente su tesis, García Amado analiza en su obra "*Decidir y argumentar sobre derechos*" dos sentencias del Tribunal Constitucional Alemán que el propio Alexy presenta como ejemplos paradigmáticos de una correcta ponderación: el caso de la "*Incapacidad Procesal*" y el caso "*Titanic*".¹⁷

En su análisis del caso de la "*Incapacidad Procesal*" (BVerfGE 51, 324), donde se discutía si un acusado anciano y enfermo debía ser sometido a juicio oral con riesgo para su vida, García Amado argumenta que el tribunal no "*ponderó*" el derecho a la vida contra el interés estatal en la persecución penal. En su lugar, lo que el tribunal hizo fue una operación clásica de interpretación y subsunción. Primero, interpretó el alcance del derecho a la vida y a la integridad física (artículo 2 de la Ley Fundamental alemana), concluyendo que este derecho comprende la protección contra un proceso judicial que ponga en grave peligro la vida del acusado. Luego, subsumió los hechos del caso (el estado de salud del recurrente) bajo esa norma interpretada, y derivó la consecuencia: el juicio debía suspenderse.¹⁸

De manera similar, en el caso "*Titanic*" (BVerfGE 86, 1), sobre un conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, García Amado reconstruye el razonamiento del tribunal para mostrar que no se trata de un pesaje de principios, sino de una delimitación de los contornos de cada derecho. El tribunal define qué constituye una "*sátira*" y qué un "*insulto*", y luego determina si la publicación en cuestión encaja en una u otra categoría. La decisión se basa en la interpretación de los límites de la libertad de expresión, no en una ponderación de su "*peso*" contra el "*peso*" del honor.

La conclusión de García Amado es clara: la ponderación es, en el mejor de los casos, una descripción errónea de lo que los jueces realmente hacen (interpretar y subsumir) y, en el peor, una "*noción engañosa, falsa*". Es un subterfugio que permite a los jueces "*argumentar peor o eludir los argumentos principales, los referidos a por qué se interpreta la norma como se interpreta*".¹⁹

¹⁴ GARCÍA (2017), p. 113.

¹⁵ ATRIA (2016), p. 96.

¹⁶ ALDUNATE (2010), p. 94.

¹⁷ GARCÍA (2017), p. 159.

¹⁸ García Amado cita un pasaje clave de la sentencia para reforzar su punto: "*¿Qué nos está diciendo este párrafo final? Que no es necesaria en realidad la ponderación, pues lo que invalida la resolución cuestionada es el hecho de que el tribunal ha aplicado un canon normativo inadecuado*", GARCÍA (2017), p. 156.

¹⁹ GARCÍA (2017), p. 192.

IV. ¿PONDERACIÓN O DELIMITACIÓN? ANÁLISIS DEL CASO INSTITUTO ALEMÁN DE OSORNO CON SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN (CORTE SUPREMA, ROL N°6.192-2025)

A. Justificación metodológica del estudio de caso

El fallo de la Corte Suprema en la causa rol N°6192-2025,²⁰ que confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia (rol N°68-2024), se presenta como caso paradigmático, en cuanto se trata de un conflicto que puede formularse como una colisión entre derechos fundamentales.²¹ La idoneidad del caso se explica porque el conflicto sometido a decisión se presenta, *prima facie*, como una colisión genuina entre derechos fundamentales: por un lado, la autonomía educacional derivada de la libertad de enseñanza (artículo 19 N°11 de la Constitución); por otro, el derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria (artículo 19 N°2). Además, el razonamiento judicial incorpora referencias explícitas a la razonabilidad y a la justificación de la intervención estatal, lo que permite evaluar si tales referencias se traducen efectivamente en un ejercicio de ponderación estructurado o si, por el contrario, la decisión se funda en una técnica distinta de razonamiento jurídico.

Desde una perspectiva metodológica, el análisis que sigue no pretende atribuir intenciones subjetivas al tribunal ni evaluar la corrección sustantiva del fallo. Su objetivo es estrictamente reconstructivo: determinar qué tipo de operación argumentativa permite explicar de mejor manera la estructura del razonamiento judicial contenido en la sentencia.

B. Reconstrucción hipotética de una ponderación en sentido alexyano

Para evaluar si la Corte Suprema resolvió el caso mediante un ejercicio de ponderación en el sentido propuesto por Robert Alexy, resulta necesario fijar previamente un estándar operativo mínimo de lo que exigiría una ponderación racional y controlable. Este ejercicio no tiene por finalidad imponer al tribunal el uso de una fórmula matemática, sino establecer los elementos argumentativos que deberían ser reconocibles, al menos implícitamente, si se estuviera frente a una decisión fundada en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, una ponderación al estilo alexyano habría requerido, en primer lugar, precisar explícitamente los principios en conflicto: (i) el derecho a la no discriminación arbitraria del alumno afectado por el reglamento interno del establecimiento educacional, y (ii) la autonomía del establecimiento para definir su proyecto educativo y sus normas de convivencia.

En segundo lugar, el tribunal habría debido examinar la idoneidad de la medida restrictiva, esto es, evaluar si la prohibición del uso de pelo largo por parte de alumnos varones constituye una medida adecuada para lograr la satisfacción del derecho fundamental a la libertad de enseñanza y, en particular, del principio de autonomía educacional invocado por el establecimiento.

En tercer lugar, un análisis conforme al subprincipio de necesidad habría exigido examinar la existencia de medidas alternativas menos lesivas para el derecho a la igualdad que permitieran, al mismo tiempo, resguardar los fines educativos invocados por el establecimiento.

Finalmente, en la fase de proporcionalidad en sentido estricto, el tribunal habría debido analizar la intensidad de la afectación que la norma cuestionada produce sobre el derecho a la igualdad, evaluando si la prohibición del uso de pelo largo por parte de alumnos varones constituye una interferencia leve, media o grave en dicho derecho. De manera correlativa, habría sido necesario identificar el grado de afectación que una eventual invalidez de la norma reglamentaria produciría sobre la autonomía educacional del establecimiento. Sobre la base de dicho examen, el tribunal habría debido fundamentar comparativamente por qué la satisfacción del principio de autonomía educacional haría admisible el sacrificio del derecho a la no discriminación, o viceversa, explicitando las premisas empíricas y normativas que sustentan dicha conclusión.

²⁰ Instituto Alemán de Osorno con Superintendencia de Educación (2025).

²¹ ATRIA (2016), p. 60 y GARCÍA (2017), pp. 104-107.

Sin embargo, como se mostrará a continuación, la sentencia no desarrolla ninguna de estas etapas ni ofrece elementos que permitan reconstruir un juicio de ponderación en este sentido. La decisión no se articula como un balance entre principios optimizables, sino a través de una configuración argumentativa de naturaleza distinta.

C. La estructura real del razonamiento judicial: delimitación conceptual y subsunción

Resulta necesario precisar, desde ya, que la delimitación del contenido del derecho no opera aquí como una etapa previa o implícita de un juicio de ponderación, sino como una técnica autónoma de decisión que hace innecesario recurrir al balance entre principios. El análisis de la sentencia permite constatar que la Corte Suprema no enfrenta el caso como un conflicto entre derechos fundamentales que deban ser ponderados, sino que centra su razonamiento en la interpretación y delimitación del contenido normativo del concepto de "*discriminación arbitraria*".

En efecto, el núcleo argumentativo del fallo consiste en afirmar que la norma reglamentaria cuestionada no constituye una discriminación arbitraria, en la medida en que concurren determinadas características relevantes: (i) la infracción asociada al uso de pelo largo se califica como leve; (ii) las medidas adoptadas por el establecimiento tienen un carácter formativo y no punitivo; y (iii) del razonamiento de la sentencia se desprende que no se acredita una afectación del aprendizaje ni de la participación del alumno en el proceso educativo. A partir de estas consideraciones, la sentencia concluye que la regulación de la apariencia personal se sitúa dentro del ámbito de la autonomía que el ordenamiento jurídico reconoce a los establecimientos educacionales para definir su proyecto educativo.²²

Esta reconstrucción no descansa en una inferencia externa al texto, sino en la ausencia verificable de los elementos argumentativos mínimos que caracterizan un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, tal como fue definido en la sección precedente. No se identifica un análisis de la adecuación de la medida restrictiva de un derecho fundamental para lograr la satisfacción de otro derecho fundamental, ni análisis de alternativas menos lesivas, ni una justificación comparativa del sacrificio relativo de un derecho frente a otro.

D. Alcance del caso y relevancia para el debate sobre la ponderación

El análisis del caso Instituto Alemán de Osorno permite sostener, en síntesis, que la sentencia examinada no se articula como un ejercicio de ponderación en sentido técnico, sino que descansa en una operación de delimitación del contenido normativo de los derechos fundamentales involucrados, cuyas implicancias teóricas y metodológicas se desarrollan en las conclusiones que siguen.

V. CONCLUSIÓN

El análisis desarrollado en este trabajo permite extraer algunas conclusiones relevantes para el debate contemporáneo sobre la ponderación de derechos fundamentales y su utilización como técnica de razonamiento judicial.

A partir de un estudio de caso único y metodológicamente controlado, el artículo ha puesto a prueba, en un contexto específico, la pretensión de racionalidad asociada a la ponderación en el sentido propuesto por Robert Alexy, confrontándola con la crítica reconstructiva formulada por Juan Antonio García Amado.

²² "Considerando Quinto: Que, a la luz de las normas mencionadas, el establecimiento ha definido un catálogo de hechos que configuran infracciones a la sana convivencia escolar, que se insertan en su reglamento interno y se relacionan directamente con su proyecto formativo, en tanto sus límites y reglas, la regulación del comportamiento, la responsabilidad y la autonomía producen determinados aprendizajes que inciden en el tipo de sociedad que se quiere construir, a través de la formación de los estudiantes. Así ya lo razonó esta Corte en autos rol N°41.420-2024. En otras palabras, la decisión de sancionar una determinada conducta con medidas que resulten proporcionales y adecuadas al hecho infractor, se inserta dentro de la autonomía y libertad que se reconoce a los establecimientos para llevar a cabo su proyecto educativo, que toda la comunidad escolar reconoce y acepta al momento de elegir un determinado colegio. En el presente caso, se trata de una falta leve que tiene asociadas medidas pedagógicas y formativas, además de otras disciplinarias de menor intensidad, circunstancia que confirma su carácter corrector y formador más que sancionatorio. De este modo, no se advierte cómo la regla cuestionada podría afectar el aprendizaje o la participación de los alumnos en el proceso educativo".

La reconstrucción argumentativa del caso Instituto Alemán de Osorno con Superintendencia de Educación muestra que la sentencia de la Corte Suprema no se estructura como un ejercicio de ponderación en sentido técnico, pese a que el conflicto sometido a decisión podía ser formulado, *prima facie*, como una colisión entre derechos fundamentales. Aplicado el estándar alexyano fijado previamente, no se identifican en el razonamiento del fallo los elementos mínimos propios del principio de proporcionalidad, tales como un análisis de la adecuación de la medida restrictiva de un derecho fundamental para lograr la satisfacción de otro derecho fundamental, el examen de alternativas menos lesivas o una justificación comparativa del sacrificio relativo de un derecho frente a otro.

En lugar de ello, la decisión se explica de manera más consistente como una operación de delimitación del contenido normativo del derecho a la igualdad y a la no discriminación arbitraria, seguida de una subsunción de los hechos del caso bajo dicha delimitación. La sentencia no afirma que el derecho a la no discriminación deba ceder frente a la autonomía educacional por ostentar esta última un mayor “*peso*”, sino que concluye que la conducta regulada no se encuentra comprendida dentro del ámbito de protección del derecho invocado, tal como este es interpretado en el contexto específico del caso. Una vez delimitado dicho contenido, el conflicto se disuelve en sentido fuerte y la decisión se sigue lógicamente de esa delimitación.

Este resultado es coherente con la crítica de García Amado, en cuanto sostiene que muchas de las decisiones judiciales descritas doctrinalmente como ejemplos de ponderación se resuelven, en realidad, mediante técnicas clásicas de interpretación jurídica. En el caso analizado, la ponderación no aparece como el método decisional efectivo que estructura la sentencia, sino como un lenguaje disponible en el trasfondo del discurso jurídico, que no se traduce en una operación argumentativa de balance entre principios optimizables.

Por otro lado, desde una perspectiva metodológica, el alcance de estas conclusiones es necesariamente acotado. El análisis de un caso único no permite generalizar sobre la totalidad de la jurisprudencia constitucional chilena ni permite afirmar que la ponderación carezca de relevancia como modelo normativo en otros contextos. No obstante, en cuanto caso paradigmático, la sentencia examinada resulta especialmente ilustrativa para mostrar la distancia que puede existir entre el lenguaje de la ponderación y las técnicas efectivas de razonamiento judicial empleadas por los tribunales.

Finalmente, el estudio pone de relieve la importancia de abordar el análisis del razonamiento judicial con criterios de caridad argumentativa y control metodológico, evitando tanto la imputación de déficits argumentativos inexistentes como la aceptación acrítica de etiquetas conceptuales. En el caso examinado, la delimitación del contenido de los derechos fundamentales emerge no como una forma defectuosa o encubierta de ponderación, sino como una técnica autónoma de decisión, dotada de coherencia interna y capacidad explicativa. Reconocer esta distinción no solo contribuye a una descripción más precisa de la práctica judicial, sino que permite afinar el debate teórico sobre el alcance, los límites y la utilidad real de la ponderación en el derecho constitucional contemporáneo.

Declaración de contribución de autoría Credit

María José Arancibia Obrador: 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

La autora no declara fuentes de financiamiento.

Conflictos de interés

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

Agradecimientos

La autora agradece la colaboración en la revisión de aspectos formales del presente trabajo de Danitza González Barrera. Abogada. Mg. en Derecho con mención en Derecho Civil Patrimonial de la Universidad de Talca.

Datos de investigación

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

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): "Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo", en: *Revista de Derecho* (vol. XXIII núm. 1).

ALEXY, Robert (2019): *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (Lima, Palestra Editores).

ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A).

BARROS BOURIE, Enrique (1984): "Reglas y Principios en el Derecho", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (núm 2).

CARRILLO SALGADO, Augusto (2021): "Crítica al método de la ponderación de Robert Alexy a partir de algunas reflexiones de Riccardo Guastini", en: *De Iure* (vol. 3 núm. 4).

DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Traducc. de José Esteve Pardo, Barcelona, Editorial Ariel).

GARCÍA AMADO, Juan (2017): *Decidir y argumentar sobre derechos* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).

GIL RENDÓN, Raymundo (2011): "El neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales" en: *Quid Iuris* (vol. 12).

RAMÍREZ SALAZAR, Cesia (2020): "La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos humanos", en: *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos* (núm. 19).

RUAY SÁEZ, Francisco (2014): "Una crítica al juicio de ponderación de Alexy a propósito del procedimiento de tutela laboral", en: *Revista de Derechos Fundamentales* (núm. 12).

Jurisprudencia citada

Instituto Alemán de Osorno con Superintendencia de Educación (2025): Corte Suprema de Chile, de 28 de febrero de 2025, rol 6.192-2025.

La utilidad de distinguir entre riesgo y peligro en el código civil chileno: una propuesta de sistematización

The usefulness of distinguishing between risk and danger in the Chilean Civil Code: a proposal for systematization

FELIPE DIEZ RINGELE*

*Universidad del Desarrollo, Chile.
Universitat de Girona, Girona, España.
(<https://orcid.org/0009-0007-1891-5574>)

Recibido:

06 de abril, 2026

Aceptado:

13 de mayo, 2026

Publicado:

12 de junio, 2026

*Autor de

correspondencia

Felipe Diez Ringle
Universidad del Desarrollo,
Concepción, Chile.
Universitat de Girona,
Girona, España.

Correo electrónico:

fdiezr@udd.cl

RESUMEN

El trabajo indaga si el Código Civil chileno utiliza "*riesgo*" y "*peligro*" como sinónimos o con significados diferenciados. A partir de su sentido etimológico y, principalmente, jurídico —con referencias puntuales a su comprensión sociológica—, se revisan los artículos que emplean cada término, mostrando que "*riesgo*" alude a contingencias dañinas eventuales y evaluables ex ante, mientras que "*peligro*" se reserva para amenazas graves, próximas o inminentes. Sobre esa base, se propone leer el artículo 2329 como una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas y altamente riesgosas. La distinción permite graduar umbrales de protección, niveles de diligencia, cargas probatorias y criterios de imputación de pérdidas.

PALABRAS CLAVE

Riesgo, peligro, Código Civil chileno, actividades peligrosas, responsabilidad civil.

ABSTRACT

The study examines whether the Chilean Civil Code employs the terms "risk" and "danger" as synonyms or with differentiated meanings. Drawing primarily on their etymological and legal senses —with selective references to their sociological understanding—, the articles in which each term appears are analyzed, showing that "risk" refers to potentially harmful contingencies that can be assessed ex ante, whereas "danger" is reserved for severe, proximate, or imminent threats. On that basis, it is proposed to interpret Article 2329 as establishing a presumption of fault for the performance of dangerous and highly hazardous activities. This distinction makes it possible to calibrate protection thresholds, levels of due care, evidentiary burdens, and criteria for the attribution of losses.

KEYWORDS

Risk, danger, Chilean Civil Code, dangerous activities, civil liability.

La utilidad de distinguir entre riesgo y peligro en el código civil chileno: una propuesta de sistematización. (2026). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 48, (13-40). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.02>

I. INTRODUCCIÓN

En el uso corriente, riesgo se entiende como la "*contingencia o proximidad de un daño*";¹ mientras que peligro supone una "*contingencia inminente de que suceda algún mal*".² De ello se sigue que todo peligro es un riesgo, aunque no todo riesgo alcanza la intensidad de un peligro.³ Etimológicamente, el Diccionario de la Real Academia Española vincula riesgo al italiano *risico* o *rischio*, derivado del árabe clásico "*rizq*";⁴ Littré, en cambio, lo relaciona con el español *risco*, como trampa o peligro azaroso.⁵ En sociología contemporánea, la distinción se desplaza hacia el ámbito de la decisión: el riesgo se concibe como el resultado de decisiones racionales, mientras que el peligro se atribuye a factores externos no mediados por el conocimiento.⁶

Conviene asimismo precisar, desde ya, que la voz "*riesgo*" se asocia con mayor propiedad a la idea de probabilidad —y no de mera posibilidad—, en tanto supone una contingencia evaluable de daño cuya magnitud, atendida su intensidad, permite visualizar una amenaza. La "*posibilidad*", en cambio, entendida como aquella eventualidad que puede o no llegar a ocurrir, suele identificarse con la incerteza y, en consecuencia, con la precaución como principio rector frente a lo desconocido. Por su parte, las nociones de riesgo y de peligro, en cuanto designan contingencias estimables o amenazas próximas, se vinculan dogmáticamente con la prevención, en la medida en que el ordenamiento las disciplina mediante medidas tendientes a evitar la materialización del daño.⁷ Esta precisión, sugerida por la doctrina, contribuye a comprender el tratamiento autónomo que el Código Civil reserva a ambas categorías.

El Código Civil chileno no define qué debe entenderse por riesgo o peligro,⁸ lo que ha llevado a que buena parte de la doctrina no reconozca una distinción conceptual entre ambos ni se haya preocupado de la distinción que en este trabajo pretendemos abordar. Así, se ha sostenido que los términos suelen emplearse indistintamente, pues ambos describen situaciones cuya potencial nocividad es incierta, al depender de múltiples variables cuyo carácter dañino no puede determinarse con certeza.⁹ De este modo, —agrega la doctrina— se utilizan como sinónimos para referirse a cualquier situación potencialmente dañosa,¹⁰ dificultando una delimitación conceptual rigurosa. En este escenario, la doctrina tiende a privilegiar las consecuencias prácticas por sobre una depuración teórica exhaustiva de estas categorías.¹¹

Esta falta de nitidez conceptual también se ha proyectado en la jurisprudencia. Así, en 2015 la Corte Suprema aplicó el artículo 2329 del Código Civil sobre la base de un riesgo inherente —la exposición prolongada al asbesto— y de la probabilidad de daño, calificando tales elementos como propios de una actividad peligrosa.¹² De manera similar, en 2016, a propósito de un accidente laboral fatal provocado por electrificación en un entorno altamente

¹ Véase www.rae.es.

² Véase www.rae.es.

³ LITTRÉ (2003), p. 1576.

⁴ Véase www.rae.es.

⁵ LITTRÉ (2003), p. 1576; COROMINES (1973), p. 508.

⁶ BECHMANN (1997), p. 245; BECK (1998), pp. 27-29; GIDDENS (1994), pp. 42 y 43; LUHMANN (1993), pp. 22 y 23; BECHMANN (1997), p. 245.

⁷ ZORZETTO (2018), pp. 93-97.

⁸ Distinta es la situación del Código de Comercio que en su artículo 513 letra t), define el riesgo como: "*la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero*".

⁹ ZORZETTO (2018), pp. 93 y 94.

¹⁰ MAZEAU (2010), pp. 21 y 22.

¹¹ En este sentido véase KUBICA (2015), p. 94.

¹² Corvera Vergara, Diego Jose con Empresa de los Ferrocarriles del Estado (2015).

riesgoso, el tribunal volvió a configurar la existencia de una actividad peligrosa.¹³ Finalmente, en una sentencia de 2021, la Corte Suprema reiteró que el artículo 2329 contempla una presunción de culpa asociada al desarrollo de actividades peligrosas, vinculándolas con los denominados riesgos calificados.¹⁴

En este contexto, el propósito de este trabajo es determinar si, pese al uso indistinto de riesgo y peligro por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, el legislador del Código Civil chileno empleó ambos conceptos de manera equivalente o, por el contrario, los utilizó con un sentido diferenciado. En este trabajo, como se demostrará, nos inclinamos por la segunda alternativa, es decir, que el legislador optó por tratarlos en forma diferenciada, lo que es natural a la pericia gramatical de Bello.

En cuanto al término riesgo, este aparece expresamente en cinco disposiciones del Código Civil: artículo 155 inciso 4° (riesgo de mala administración del marido en separación de bienes); 271 N.° 3 (riesgo para los intereses del hijo en la emancipación judicial); 1550 (riesgo en la entrega de un cuerpo cierto); 1792 N.° 22 (asunción del riesgo de evicción por el cónyuge acreedor); y 2116 inciso 1° (riesgo implícito en la ejecución del mandato).

No obstante, el legislador emplea también nociones afines, que cumplen una función equivalente en términos de distribución o exteriorización del riesgo. Así, el artículo 1441 introduce la contingencia incierta como elemento propio del contrato aleatorio; los artículos 2003 regla 3ª y 2328 inciso 2 se refieren a situaciones de amenaza de ruina o amenaza de caída, que suponen un estado actual del cual deriva una posibilidad concreta de daño; y el artículo 2333 regula el daño contingente, distinguiéndolo de lo meramente posible por su vínculo con una situación fáctica existente que justifica medidas preventivas como la acción popular.

En conjunto, estas disposiciones muestran que el legislador utiliza el vocablo riesgo en sentido estricto para referirse a una probabilidad futura e incierta, mientras que reserva expresiones como contingencia o amenaza para describir grados de manifestación del riesgo, ya sea en su fase hipotética o en su fase de exteriorización. Ello permite modular la respuesta jurídica —desde la simple asunción del riesgo hasta la imposición de deberes preventivos— conforme al nivel de riesgo involucrado.

Por su parte, el término peligro —de uso más extendido en el texto legal— se encuentra en veintiún artículos legales, entre ellos, los artículos 81 N°7 (presunción de muerte por herida grave en la guerra u otro peligro semejante); 406 (inversión del dinero del pupilo); 466 (privación de libertad personal del demente por peligro a otros); 604 (peligro inminente como excepción a la prohibición de recalar); 933 inciso 1 (el peligro como causa justificante para variar forma y dimensiones del edificio); 935 (El peligro temido como fundamento de intervención preventiva en edificaciones y árboles); 1035 (testamento verbal en caso de peligro inminente de la vida del testador) en relación con el 1037 N°1 (escrituración del testamento verbal con la precisión de las circunstancias que hicieron creer al testador que se hallaba en peligro inminente) y en el caso del 1046 persona que puede testar militarmente se hallare en "*inminente peligro*" podrá otorgar testamento verbal; 1053 testamento verbal a bordo de un buque por peligro inminente; 1260 (responsabilidad del heredero beneficiario por la conservación y peligro de las especies o cuerpos ciertos respecto de los bienes de la sucesión); 1605 inciso 1 (efecto de la consignación suficiente para eximir del peligro de la cosa al deudor); 1826 (peligro inminente de perder el precio en una compraventa); 1852 inciso 3° (asunción del peligro de evicción por el comprador); 1996 y 2084 inciso 1 (peligro de la cosa en los contratos de obra y en los aportes sociales); 2089 inciso 1° (peligros inherentes a la gestión del socio); 2216 inciso 2 (restitución inmediata de la cosa depositada por descubrir que acarrea peligro) 2288 inciso 2 (agencia oficiosa ante un peligro inminente); 2348 N.° 2 (peligro manifiesto de incumplimiento por deterioro patrimonial); y 2350 (peligro que alcanza incluso a bienes no hipotecados del fiador).

Como se demostrará, la distinción resulta útil porque permite diferenciar los umbrales que activan consecuencias jurídicas, determinar distintos niveles de diligencia, identificar quién debe soportar la amenaza, clarificar las medidas preventivas aplicables, evitar confusiones en materia de responsabilidad civil e interpretar de manera coherente la voluntad del legislador.

¹³ *Hermosilla Barahona, Eva De Las Mercedes con Inmobiliaria Numanca Ltda., Labra Labrin Isaac E., Empresa Constructora Sigro S.A.* (2017).

¹⁴ *Letelier Cerda, Solange Ruth con Esval S.A.* (2021).

Para nuestro objetivo, este estudio abordará, en primer término, el concepto de riesgo en el Código Civil chileno, analizando de manera sintética cada una de las instituciones mencionadas y el sentido específico del término (II); posteriormente, siguiendo la misma metodología, se examinará el concepto de peligro (III); luego se desarrollará la utilidad de la distinción (IV); y finalmente se presentarán nuestras conclusiones (V).

II. EL RIESGO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

A. Riesgo inminente de mala administración del marido en el régimen de separación de bienes (artículo 155 inciso 4)

El artículo 155 inciso 4, reza: *"Si los negocios del marido se hallan en mal estado, por consecuencia de especulaciones aventuradas, o de una administración errónea o descuidada, o hay riesgo inminente de ello, podrá oponerse a la separación, prestando fianza o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer"*.

Hasta la dictación de la Ley N°19.335 de 1994,¹⁵ la causal del artículo 155 inciso 4 (mala administración del marido) exigía *"el mal estado"* de sus negocios. Pero, después de la modificación de dicha ley, la mujer puede solicitar la separación judicial ante el *"riesgo inminente"*.

En cuanto al riesgo inminente, este debe referirse al mal estado de los negocios y no a sus bienes,¹⁶ ya sea a causa de especulaciones aventuradas o una administración errónea o descuidada, pudiendo el marido enervar la acción prestando garantías suficientes (fianza o hipoteca).

En este contexto, no basta el solo riesgo, es decir, la *"contingencia o proximidad de un daño"*, sino que además debe ser inminente, es decir, que está para suceder prontamente. De esta manera, se trata de una amenaza patrimonial seria y cercana derivada de la mala administración del marido, que permite a la mujer solicitar la separación de bienes. Este riesgo, aun sin daño efectivo, activa una protección preventiva, pues el marido solo puede oponerse ofreciendo garantías suficientes (fianza o hipoteca) que resguarden los intereses de la mujer.

Aunque el artículo 155 inciso 4 utiliza la expresión *"riesgo inminente"*, el legislador mantiene la categoría de riesgo porque la amenaza descrita sigue siendo una probabilidad de daño, no un daño prácticamente seguro o en curso. La inminencia califica el grado del riesgo —lo acerca—, pero no lo transforma en peligro, porque el deterioro patrimonial aún depende de decisiones internas del marido (su gestión futura o las garantías) y no de un factor externo, inevitable o descontrolado. El *"riesgo inminente"* del artículo 155 inciso 4 describe, así, un estado avanzado de probabilidad y no una amenaza consumada o inevitable, lo que lo mantiene dentro de la categoría de riesgo y no de peligro.

B. Riesgo para los intereses del hijo en la emancipación judicial (artículo 271 numeral 3)

El artículo 271 N°3 reza: *"La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez: 3°. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad"*.

La disposición, en cuanto al *"riesgo para el interés del hijo"* alude a una probabilidad relevante de afectación futura, evaluada preventivamente por el juez, y no a un mal inminente o inevitable. En este contexto, estimamos que el legislador exige un juicio de pronóstico sobre la posibilidad de que la conducta o antecedentes del padre condenado puedan perjudicar al hijo, lo que corresponde a la noción de riesgo como contingencia evaluable y dependiente de circunstancias valoradas ex ante. De esta manera, no se trata de una situación de peligro, pues este implicaría, según se ha conceptualizado, una amenaza inmediata y prácticamente cierta, mientras que aquí

¹⁵ *"Establece régimen de participación en los gananciales, y modifica el código civil, la ley de matrimonio civil, el código penal, el código de procedimiento penal y otros cuerpos legales que indica"*.

¹⁶ TRONCOSO (s/f), p. 248.

solo se exige una posibilidad seria, pero aún no inminente, de daño.

C. Riesgo en la entrega de un cuerpo cierto (artículo 1550)

En lo pertinente, el artículo 1550 dispone: *"El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor (...)".* Esta disposición se relaciona directamente con el artículo 1820 que dispone: *"La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador".*

Para la doctrina, estas reglas comprenden la llamada *"teoría de los riesgos"*¹⁷ en el Código Civil chileno, que, entre otros, y como sostiene Elorriaga, goza del más unánime rechazo de la doctrina,¹⁸ debido a que resulta manifiestamente injusta, pues desconoce el principio según el cual las cosas perecen para su dueño. Celebrado el contrato y antes de la tradición, el deudor sigue siendo propietario; por tanto, si la cosa se destruye fortuitamente, debería ser él quien soporte la pérdida, sin poder exigir el cumplimiento a su contraparte. La razón de esta solución tan poco equitativa radica -como sostiene Ramos Pazos- en que Bello reprodujo la disposición del Código francés sin considerar que, en ese ordenamiento, la sola celebración del contrato transfiere el dominio. Allí la regla era coherente, porque el acreedor ya se convertía en dueño y, en consecuencia, debía asumir el riesgo de la pérdida. Aquí, en cambio, la dualidad título-modo vuelve injusta su aplicación literal.¹⁹

En defensa de la redacción de la disposición, Guzmán Brito ha sostenido que, en el Derecho romano clásico, la regla *periculum est emptoris* (*"el riesgo es del comprador"*) se fundamenta en que el vendedor responde por custodia de la cosa hasta su entrega. Según los textos romanos, el hurto o robo antes de la tradición era riesgo del vendedor, y el caso fortuito, del comprador. Así, el comprador debía pagar el precio incluso si la cosa perecía fortuitamente. La romanística moderna criticó esta regla por injusta, y varios códigos la eliminaron; sin embargo, algunos — como el francés y el chileno— la mantuvieron sin conservar la responsabilidad por custodia, dejando la regla sin fundamento. En el derecho chileno, distinguir hurto y robo de caso fortuito permite reconstruir parcialmente esa custodia: El vendedor responde por hurto o robo, salvo que pruebe caso fortuito o fuerza mayor. No responde por culpa levisísima, pero sí por dolo eventual (si prevé el riesgo y no toma precauciones adicionales). Así, este régimen se asemeja al romano, aunque basado en la responsabilidad subjetiva. Permite justificar que el comprador soporte el riesgo del caso fortuito, y evita que el vendedor disuelva el contrato simulando robos. En suma, la distribución clásica —vendedor responde por sustracciones; comprador asume el caso fortuito— ofrece una repartición justa de riesgos dentro del contrato de compraventa.²⁰

En nuestro entender, basándonos en la distinción entre riesgo y peligro, el artículo 1550 puede tener otra explicación. Primero, porque el legislador utiliza *"riesgo"* para describir un evento dañoso posible pero incierto, cuya ocurrencia no depende de una amenaza inmediata o segura. Así, no se trata de peligro, ya que este supondría una pérdida prácticamente inminente o un daño ineludible. Lo que hace el artículo 1550 solo es regular quién soporta las consecuencias de un *"riesgo"* propio del tráfico jurídico.

Esto se podría explicar de la siguiente manera: imagine el lector que es el comprador de un vehículo motorizado nuevo, cuyo contrato se celebra con una automotora. Dado que en el sistema del Código Civil impera la dualidad título-modo para la adquisición del dominio, con la sola celebración del contrato de compraventa del vehículo el comprador no es dueño. En este escenario, los riesgos del vehículo pertenecen al comprador, dado su carácter proyectado o previsible en el contrato; sin embargo, si el vehículo sufre un peligro, asociado a factores externos no mediados, lo cierto es que quien responde es el propietario (deudor o automotora), pues la regla del artículo 1550 atribuye al acreedor (comprador), solo los riesgos, mas no los peligros a los que pueda someterse la cosa, lo que

¹⁷ DE LA MAZA (2012), p. 633.

¹⁸ ELORRIAGA (2002), pp. 33 y 34.

¹⁹ RAMOS (2023), pp. 222 y 223.

²⁰ GUZMÁN (1997), pp. 193-199.

hace la regla una norma más lógica de lo que se ha querido pretender.

Un argumento importante para esto es el tenor del artículo 2084 inciso 1, a propósito de los peligros de la cosa en aportes sociales, al que nos referiremos más adelante, y que dispone: *"Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie"*.

En consecuencia, si el lector presta atención a la disposición, esta dice *"el peligro de la cosa"*, *"pertenece a la sociedad"* (propietaria), *"según las reglas generales"*, lo que refuerza que el riesgo pertenezca al comprador aun no siendo dueño, por ser algo proyectable o estimable, y por su parte, el peligro, siempre pertenezca al propietario, más no al comprador o titular de un mero derecho personal.

D. Asunción del riesgo de evicción por el cónyuge del acreedor (artículo 1792 párrafo 22)

El artículo 1792 párrafo 22 inciso 2 dispone: *"Renacerá el crédito, en los términos del inciso primero del artículo precedente, si la cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo"*.

El Código Civil no regula expresamente la dación en pago, pero el artículo 1792-2 inciso 2° constituye una excepción relevante: al establecer la forma de extinguir el crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales, el precepto reconoce explícitamente que dicho crédito puede satisfacerse mediante la entrega de un bien distinto al debido, es decir, mediante dación en pago.²¹

La doctrina sostiene mayoritariamente que, si la cosa recibida en dación en pago resulta evicta, el deudor queda sujeto a obligación de garantía, entendida hoy como una obligación de alcance general y no propia solo de la compraventa. Esta tesis fue confirmada por la Ley N°19.335: el artículo 1792-22 inciso 2° dispone que, en el régimen de participación en los gananciales, si la cosa dada en pago es evicta, renace el crédito, salvo que el acreedor haya asumido expresamente el riesgo. En tal caso, el acreedor puede exigir las indemnizaciones correspondientes y, además, conservar las acciones derivadas de la obligación original, puesto que la dación en pago supone un pago que devino ineficaz conforme al artículo 1575.²²

En lo relativo a la *"asunción del riesgo de evicción"*, y en nuestra opinión, el legislador habla de riesgo porque se trata de un evento futuro, incierto y dependiente de circunstancias externas cuya ocurrencia no es inminente ni segura, sino simplemente posible. No corresponde a peligro, ya que este implicaría una amenaza inmediata y prácticamente cierta de la privación total o parcial (evicción) del bien; en cambio, la evicción se configura como un riesgo contractual típico, asumido por acuerdo de las partes, respecto de un daño cuya materialización es incierta y no inminente.

E. Riesgo implícito en la ejecución del mandato (artículo 2116 inciso 1)

El artículo 2116 inciso primero dispone: *"El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"*.

Como sostiene autorizada doctrina, el mandatario puede ejecutar el encargo a nombre propio o a nombre del mandante; en este último caso actúa como su representante. Sin embargo, en ambos escenarios el resultado de la gestión —éxito o fracaso— repercute siempre en el patrimonio del mandante, pues el mandatario obra *"por cuenta y riesgo"* de aquel; de modo que las consecuencias de lo actuado corresponden a este y no al mandatario. Precisamente por ello la ley impone al mandatario el deber de informar, esto es, rendir cuenta de la gestión, sus resultados y todo lo recibido en su ejecución.²³

²¹ RAMOS (2023), p. 325.

²² RAMOS (2023), p. 332.

²³ DOMÍNGUEZ y MUNITA (2023), p. 360.

En este contexto, entendemos que el “riesgo” implícito en la ejecución del mandato se refiere a la eventualidad de pérdidas o contingencias propias del negocio encomendado, que recaen sobre el mandante por ser quien asume sus efectos. El término corresponde a riesgo porque describe posibilidades inciertas derivadas de la gestión, cuya materialización depende del desarrollo del negocio y no de una amenaza inmediata o segura. No es peligro, ya que este exigiría un mal inminente; aquí, en cambio, se regula la exposición natural a contingencias inherentes al negocio jurídico, propias de la noción de riesgo en sentido obligacional.

De este modo, en el Código Civil chileno, las referencias al riesgo —en materias de familia, obligaciones y contratos— muestran un uso técnico consistente: siempre alude a eventualidades inciertas y no a peligros inminentes. Esta sistematización es útil porque permite identificar un patrón legislativo que emplea el riesgo como herramienta preventiva y de distribución de cargas, aclarando su función en la protección anticipada de intereses y en la asignación de responsabilidades dentro del tráfico jurídico.

F. Contingencia y amenaza como símiles de riesgo

En el mismo sentido del riesgo, el legislador ha utilizado conceptos sinónimos para tratar al riesgo.

Así, en el artículo 1441 sostiene que el contrato oneroso es conmutativo, *“cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”*.

Este artículo afirma que, en los contratos conmutativos aleatorios, la equivalencia radicaría en una “contingencia” incierta; es decir, sostendría que en los contratos aleatorios existiría una suerte de “equivalencia” fundada en la incertidumbre. Sin embargo, como señalan López y Elorriaga, la diferencia decisiva entre contratos conmutativos y aleatorios no es esa, sino la posibilidad —o imposibilidad— de calcular racionalmente sus efectos económicos: en los conmutativos las partes pueden anticipar beneficios y evaluar el negocio al momento de contratar, mientras que en los aleatorios el resultado económico depende íntegramente del azar y, por ende, no puede ser anticipado. En este contexto, los autores critican la relación de “equivalencia” con la “contingencia incierta” para calificar dichos contratos lo que es coherente con la forma de entender la contingencia.²⁴

En cuanto a los contratos de construcción, el artículo 2003 regla 3a, establece en lo pertinente que:

“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: N°3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario (...)”.

En consecuencia, para invocar esta disposición basta acreditar que el edificio ha perecido o se encuentra en riesgo de ruina, total o parcial, debido a un vicio de la construcción, del suelo o de los materiales. No se exige el colapso efectivo de la obra: la mera ruina potencial resulta suficiente,²⁵ lo que es equivalente a una situación riesgosa.

Por otro lado, el artículo 2328 inciso 2 establece que:

“Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien pertenezca la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”.

Este inciso establece una acción popular preventiva que permite a cualquier persona exigir judicialmente la remoción de cualquier objeto ubicado en la parte superior de un edificio o lugar elevado que amenace caer y causar daño, pudiendo dirigirse contra el dueño del edificio o sitio, el inquilino, el dueño de la cosa o quien la use. La norma tiene un alcance amplio —incluye cualquier objeto riesgoso, incluso fuera de edificios— y coexiste con

²⁴ LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), pp. 108-111.

²⁵ CORRAL (2010), p. 3.

la posibilidad de denunciar.²⁶ Asimismo, tiene relación directa con el daño o perjuicio que se teme de un edificio (artículo 932) y el caso de los árboles expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (artículo 935).

No obstante, pese a la idea promotora y preventiva de la disposición, esta resulta exigente, pues no basta con acreditar alternativamente la amenaza de caída o la amenaza de daño: exige demostrar copulativamente que concurren amenazadas ambas, tanto la caída como el daño.

Asimismo, el artículo 2333, dispone que,

"Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción".

Lilian San Martín, para establecer cuándo se está en presencia de esta hipótesis de daño, cuya principal característica es que no ha ocurrido, sino que constituye una amenaza de daño, un daño temido, propone recurrir a la idea de razonabilidad, afirmando que el daño contingente se caracteriza porque aún no se ha generado la lesión *"sino que presenta una probabilidad razonable y concreta de que ésta llegue a producirse"*. De esta manera, agrega la autora, sería posible definir el daño contingente como *"aquel respecto del cual existen razonables probabilidades de ocurrencia, si no se remueve la fuente de peligro"*.²⁷ En este contexto, como sostiene Pinochet, *"la doctrina y jurisprudencia nacionales exigen una "inminencia clara y probada", una "probabilidad razonable y concreta", una "posibilidad o peligro inminente", o un "riesgo actual, real y comprobable"*".²⁸

Rodríguez explica que el daño contingente se encuentra *"representado por una situación de peligro de la cual puede derivarse razonablemente un daño resarcible (riesgo)"*, siendo la regla contenida en el artículo 2333 –que permite incluir en su regulación todos los casos en que existe una situación de peligro que pueda amenazar la producción de un daño resarcible– de una amplitud inmensa, procedente en las más variadas hipótesis que se pueda imaginar.²⁹ En el mismo sentido, Corral precisa que, *"no basta que el daño sea meramente hipotético o posible, es necesario que sea más que probable. No basta que haya un mero riesgo de que se produzca el daño una situación de peligro general"*.³⁰

Esto nos permite distinguir lo contingente de lo posible. Lo contingente es aquello que puede producirse (hipotéticamente) pero vinculado a una situación jurídica o fáctica actual del cual deriva el riesgo; lo que lo diferencia de lo posible, que puede producirse (hipotéticamente) basándose simplemente en una posibilidad lógica o fáctica.

III. EL PELIGRO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil emplea el término peligro en diversas instituciones y efectos jurídicos. Así, lo utiliza con motivo de la inversión de la presunción de muerte por herida grave en la guerra u *"otro peligro semejante"* (artículo 81 N°7); en materia de administración del patrimonio del pupilo (artículo 406); y respecto de la privación de libertad del demente cuando su conducta pueda representar un peligro para sí o para otros (artículo 466).

Aparece también en el ámbito sucesorio, particularmente en el testamento verbal otorgado en caso de peligro inminente de la vida del testador (artículo 1035), en relación con la exigencia del artículo 1037 N°1 de precisar

²⁶ ALESSANDRI (2020), pp. 323 y 324.

²⁷ SAN MARTÍN (2018), pp. 192 y 193.

²⁸ PINOCHET (2023), p. 986.

²⁹ RODRÍGUEZ (2009), pp. 285-288.

³⁰ CORRAL (2011), p. 357.

las circunstancias que hicieron creer que el otorgante se hallaba en tal peligro; así como en el artículo 1046, que autoriza a quien puede testar militarmente a otorgar testamento verbal cuando se encuentre en "*inminente peligro*"; y en el artículo 1053, que permite el testamento verbal a bordo de un buque por peligro inminente.

El concepto vuelve a presentarse en el artículo 1605 inciso 1, que atribuye a la consignación suficiente el efecto de eximir al deudor del peligro de la cosa; en el artículo 1260, relativo a la responsabilidad del heredero beneficiario por la conservación y peligro de las especies o cuerpos ciertos de la sucesión; y en el peligro inminente de perder el precio en la compraventa (artículo 1826). Asimismo, se alude al peligro en la asunción del riesgo de evicción por parte del comprador (artículo 1852 inciso 3); en el peligro de la cosa en los contratos de obra (artículo 1996); y en el aporte social cuando el peligro de la cosa recae sobre la sociedad (artículo 2084 inciso 1).

El Código menciona además los peligros inherentes a la gestión del socio (artículo 2089 inc. 1); el descubrimiento de la peligrosidad de la cosa depositada, que habilita su restitución inmediata (artículo 2216 inc. 2); la agencia oficiosa ante un peligro inminente (artículo 2288 inciso 2); el peligro manifiesto de incumplimiento derivado del deterioro patrimonial del deudor (artículo 2348 N°2); y el peligro que afecta incluso a los bienes no hipotecados del fiador cuando se encuentra recargado de deudas (artículo 2350).

Las referidas disposiciones, se pueden sistematizar a través del reconocimiento del "*peligro inminente*" (1); Peligro como amenaza a la vida o a la integridad personal (2); Peligro como amenaza al patrimonio o solvencia (3); Peligro como amenaza a la estabilidad estructural o a la seguridad material (4); Peligro como criterio de imputación o atribución de la pérdida ("*peligro de la cosa*") (5); peligro como elemento implícito del artículo 2329 (6).

A. Peligro inminente

En cuanto al concepto de inminente, el Diccionario de la RAE lo define como algo que "*amenaza o está para suceder prontamente*"; utilizando como sinónimos lo próximo, cercano o inmediato. La calificación de inminente, la utiliza el Código Civil a propósito del peligro de naufragio, apresamiento o necesidades semejantes que fueren a ello (a); en el testamento verbal (b) y en el peligro inminente de perder el precio en una compraventa (c).

1. El peligro inminente como excepción a la prohibición de recalar (artículo 604 inciso 1)

El artículo 604 inciso 1 prescribe: "*Las naves nacionales o extranjeras no podrán tocar ni acercarse a ningún paraje de la playa, excepto a los puertos que para este objeto haya designado la ley; a menos que un peligro inminente de naufragio, o de apresamiento, u otra necesidad semejante las fuerce a ello (...)*".

Así, por ejemplo, se ha sostenido que un simple estado de guerra no basta para considerar que existe un peligro de guerra. Para que aquello acontezca, debe haber un peligro real e inminente, como que el navío haya estado efectivamente amenazado por el enemigo. Las estadías forzadas y las averías sufridas para evitar una captura sí constituyen hechos de guerra, pero solo cuando provienen de esa amenaza concreta. Si no hay peligro real, solo puede hablarse de un riesgo marítimo agravado por la guerra, pero no de un verdadero hecho de guerra como causa del siniestro.³¹

De esta manera, el peligro inminente es la única causal que permite recalar en lugares no autorizados, pues supone una amenaza real, externa y ya presente, como el naufragio o el apresamiento, que obliga a actuar sin demora. No deriva de una elección o cálculo —propios del riesgo—, sino de un hecho que se impone objetivamente y cuyo daño es inminente. Por eso la ley excepciona la prohibición solo cuando la nave se encuentra forzada por un peligro que se proyecta directamente sobre ella, haciendo inevitable la maniobra excepcional.

2. Testamento verbal en caso de peligro inminente de la vida del testador (artículo 1035)

El artículo 1035 dispone: "*El testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne*".

³¹ STUARDO (1941), pp. 54 y 55.

Por su parte, el artículo 1037 N°1 exige que, en la escrituración del testamento verbal se precisen las circunstancias que hicieron creer al testador que se hallaba en peligro inminente; asimismo, el artículo 1046 autoriza el testamento verbal para quien puede testar militarmente ante un peligro inminente; y, el artículo 1053, permite otorgar testamento verbal a bordo de un buque por peligro inminente.

Como sostiene Elorriaga, lo más relevante es la *"inminencia"* de la muerte del causante, no basta en consecuencia un peligro de fallecimiento, sino que éste debe ser tan evidente que ni siquiera puede haber tiempo para cumplir con las solemnidades ordinarias de un testamento.³²

De esta manera, en el testamento verbal, exige un peligro inminente de la vida del testador, entendido como una amenaza real, externa y próxima, que hace imposible otorgar un testamento solemne. No se trata de un riesgo calculado, sino de un peligro ya manifestado, cuya inmediatez obliga a actuar de inmediato. De ahí que el artículo 1037 N°1 requiera precisar las circunstancias que llevaron a creer en ese peligro, y que los artículos 1046 y 1053 admitan el testamento verbal ante situaciones igualmente forzadas por una amenaza objetiva a la vida, como ocurre en contextos militares o a bordo de un buque.

3. Peligro inminente de perder el precio en una compraventa (artículo 1826 inciso 4)

El artículo 1826 inciso 4 reza: *"(...) Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago"*.

En Chile, el principio de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas no opera de manera absoluta, pues cuando el precio se ha pactado a plazo el vendedor debe entregar la cosa aunque el comprador no ofrezca el pago inmediato. Fuera de este supuesto, el ordenamiento autoriza al vendedor a no entregar la cosa vendida cuando el comprador no ha pagado ni está dispuesto a pagar el precio, o cuando, tras la celebración del contrato, su fortuna ha disminuido considerablemente, generando un peligro inminente de pérdida del precio,³³ lo que se enmarca en el *"derecho de retención del vendedor"*.³⁴

Es importante destacar que, conforme a la disposición del artículo 1826, inciso cuarto, el vendedor no puede solicitar autorización judicial para retener la cosa alegando que ignoraba la insolvencia del comprador. Ello porque la norma exige que la disminución patrimonial sea sobrevenida, es decir, inexistente al momento de contratar. En consecuencia, si la insolvencia ya existía al tiempo de la celebración del contrato, la propia negligencia del vendedor le impide ser oído.³⁵

De esta manera, creemos que, el legislador, al utilizar la expresión *"peligro inminente de perder el precio"* describe una amenaza seria y prácticamente inmediata para el interés del vendedor, derivada del deterioro sustancial de la fortuna del comprador. Esto ha sido reconocido por parte de la doctrina incluso como una especial protección al deudor de la obligación de entregar.³⁶

En consecuencia, no se trata de un simple riesgo —una posibilidad eventual de impago—, evaluada al momento de contratar, sino de una probabilidad elevada y cercana, revelada por un empeoramiento objetivo y significativo de la situación patrimonial del comprador posterior a la celebración del contrato. Esa cercanía e intensidad del daño potencial justifica paralizar la entrega del bien hasta que el precio sea pagado o suficientemente asegurado, lo que encaja con la noción de peligro, entendida como un mal que está próximo a materializarse y que el ordenamiento no permite tolerar sin adoptar medidas inmediatas de protección.

³² ELORRIAGA (2015), p. 280.

³³ CÉSPEDES y MUNITA (2023), pp. 111 y 112.

³⁴ ALESSANDRI (2011), pp. 778 y ss.

³⁵ ORREGO (S/F), p. 76.

³⁶ MUNITA (2021), p. 178.

4. Agencia oficiosa ante un peligro inminente (artículo 2288 inciso 2)

El artículo 2287, a su vez, sostiene que *"Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario"*; precisando, el Código Civil en el artículo 2288 inciso 1, que en consecuencia debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia, y que su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión, precisando, el artículo 2, que:

"Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve; salvo que se haya ofrecido a ella, impidiendo que otros lo hiciesen, pues en este caso responderá de toda culpa".

Por regla general, el agente oficioso responde hasta por culpa leve, quedando excepcionalmente limitado al dolo o culpa grave, que constituyen el mínimo de responsabilidad del artículo 1547 del Código Civil. Esta graduación —que incluso puede extenderse a la culpa levisima— no existe en materia de delitos y cuasidelitos, donde la responsabilidad es siempre unitaria y abarca cualquier conducta dolosa o culpable que cause daño.³⁷ En este contexto, cuando el agente oficioso actúa para salvar una cosa de un peligro inminente, su responsabilidad se restringe a dolo o culpa grave, pues el legislador alude a una amenaza actual, concreta y próxima, que justifica la intervención urgente en resguardo de intereses ajenos. No se trata de un riesgo eventual, sino de un peligro inminente, razón por la cual el ordenamiento atenúa el estándar de diligencia exigible.

B. Peligro como amenaza a la vida o a la integridad personal

Además de peligro inminente, en ciertas hipótesis, el Código Civil se refiere simplemente a peligro, sin agregar la calificación de inminente. Esto ocurre, a propósito de la presunción de muerte por herida grave o peligro semejante (a); y, respecto a la privación de libertad personal del demente por peligro a otros (b). La particularidad de suprimir lo *"inminente"*, es que en este caso el legislador trata de casos en que el peligro ya existe, y no es potencial o inmediato.

Las normas que emplean peligro en relación con la vida o la integridad personal —artículos 81 N°7 y 466— revelan que el legislador reserva este término para amenazas serias y concretas sobre bienes jurídicos fundamentales, en las que la posibilidad de daño es alta y exige medidas excepcionales. En la presunción de muerte, el peligro funciona como indicador de una situación extrema que permite fijar el día presuntivo del fallecimiento; en materia de capacidad, habilita la restricción de libertad del demente cuando su conducta pueda poner en peligro real e inmediato su propia integridad o la de terceros. Esta sistematización muestra que el *"peligro"* cumple una función decisiva como criterio habilitante de intervenciones intensas orientadas a la protección de la vida y la seguridad, muy por encima de la mera contingencia que caracteriza al riesgo.

1. Presunción de muerte por herida grave o peligro semejante (artículo 81 N°7)

El artículo 81 N°7, dispone: *"Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cinco años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido"*.

En este caso, los ejemplos que da el código se refiere a situaciones ya producidas, por ejemplo, la persona que *"recibió"* una herida grave en la guerra, o *"le sobrevino"* otro peligro semejante, lo que explica que se hable solo de peligro y no de la inminencia del mismo.

En nuestro entender, los casos de otros peligros semejantes -distintos a la guerra- son aquellos parecidos o análogos, como catástrofes naturales de gran magnitud, accidentes masivos de transporte, incendios de proporciones o explosiones o siniestros tecnológicos (industria, minera o química de gran escala); así como actividades en alta montaña o mar abierto.

³⁷ CLARO (1937), p. 1067.

2. Privación de libertad personal del demente por peligro a otros (artículo 466)

El artículo 466 reza: *"El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros (inciso 1). Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador, o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas (inciso 2)".*

Esta norma justifica la privación de libertad personal del demente en dos supuestos. En primer lugar, cuando se teme que pueda causarse daño a sí mismo; en segundo término, cuando efectivamente cause peligro o notable incomodidad a terceros. La distinción resulta relevante: en la primera hipótesis basta el riesgo de un daño (a sí mismo), mientras que en la segunda se exige que el peligro o la incomodidad existan -no siendo suficiente un mero riesgo- respecto de otras personas.

C. Peligro como amenaza al patrimonio o solvencia

En materia patrimonial, el peligro designa una amenaza seria y próxima a la solvencia o estabilidad del patrimonio, distinta del mero riesgo. Por ello, el legislador activa medidas inmediatas de resguardo —exigir garantías, excluir bienes, permitir restituciones o indemnizar— ante daños cuya probabilidad aparece elevada y cercana. En este sentido, se analizará la inversión del dinero del pupilo sin peligro (a); peligro manifiesto de incumplimiento por deterioro patrimonial (b); peligro que afecta a bienes no hipotecados del fiador (c); descubrimiento de la peligrosidad del depósito (d); y, peligros inseparables de la gestión del socio (e).

1. Inversión del dinero del pupilo *"sin peligro"* (artículo 406)

El artículo 406 reza: *"El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza. Podrá, si lo estimare preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces. Por la omisión en esta materia, será responsable de lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro".*

Sobre esta materia, Claro Solar señala que nuestro Código no fija un plazo específico al tutor o curador para emplear los dineros ociosos del pupilo. La normativa solo establece, con claridad, la obligación de dar a dichos fondos un destino reproductivo,³⁸ responsabilizando al tutor o curador por toda omisión *"en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo pudo emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro"*. Se trata, por consiguiente, de una cuestión de hecho que deberá ser resuelta en cada caso por el juez, atendidas las circunstancias acreditadas en el juicio de cuentas de la tutela o curaduría.³⁹

El artículo 406 exige que el tutor dé a los dineros ociosos un empleo útil pero, sobre todo, exento de peligro. Esto no significa ausencia de riesgo económico, sino evitar amenazas concretas y objetivas para el capital. A partir de ello, Claro Solar fundamenta (i) la preferencia legal por inversiones seguras, (ii) la posibilidad de admitir otras inversiones igualmente libres de peligro, y (iii) el criterio para evaluar la diligencia del tutor en el juicio de cuentas.⁴⁰

En cuanto al uso del término *"peligro"*, no habría sido preferible sustituirlo por *"riesgo"*, pues el Código Civil emplea *"peligro"* para referirse a amenazas concretas y evitables para el capital, no a la incertidumbre inherente a toda inversión. Exigir un empleo *"sin riesgo"* sería impracticable, mientras que evitar situaciones objetivamente peligrosas —como operaciones especulativas, insolvencias previsibles o garantías insuficientes— se ajusta a la función protectora de la tutela y al estándar de diligencia del buen administrador. Por ello, *"peligro"* resulta históricamente y dogmáticamente más adecuado, al permitir un juicio prudencial razonable sin imponer la eliminación del riesgo propio de cualquier operación económica.

³⁸ El proyecto de 1853 sostenía que: *"el tutor o curador podrá poner el dinero ocioso del pupilo en "fondos de la deuda del Estado, o emplearlo en la adquisición de bienes raíces, o en especulaciones mercantiles o industriales seguras"* [BELLO (1853), p. 111].

³⁹ CLARO (1937), p. 326.

⁴⁰ CLARO (1937), pp. 327-330.

2. Peligro manifiesto de incumplimiento por deterioro patrimonial (artículo 2348 N°2)

El artículo 2348 reza: *"Es obligado a prestar fianza a petición del acreedor: N°2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación"*.

El artículo exige, para que el acreedor pueda pedir fianza, que: exista una obligación vigente; el deudor experimente una disminución real de sus facultades económicas, afectando su solvencia; y esa merma genere un *"peligro manifiesto de incumplimiento"*.

Esta regla resulta especialmente interesante, pues evidencia que la fianza es la única caución regulada en el Libro IV que se refiere expresamente a la finalidad de cubrir la insolvencia —y no solo el incumplimiento—, lo que permite precisar el alcance de la noción de seguridad contemplada en el artículo 46 del Código Civil.⁴¹

El artículo 2348 N°2 está construido desde la perspectiva del acreedor y exige no un mero *"riesgo"* de incumplimiento, sino la existencia de un peligro real y manifiesto que amenace efectivamente la satisfacción del crédito: debe producirse una disminución efectiva y comprobable del patrimonio del deudor, y ese deterioro ha de poner en peligro concreto e inmediato el cumplimiento, lo que excluye simples probabilidades abstractas, sospechas o dudas. El legislador busca que el acreedor no solo tema un eventual incumplimiento, sino que perciba objetivamente un deterioro patrimonial visible que traduzca la insolvencia en una amenaza inminente, evitando así que la fianza pueda imponerse con base en conjeturas sobre la solvencia futura.

3. Peligro que afecta incluso a bienes no hipotecados del fiador (artículo 2350 inciso 4)

El artículo 2350 regula las condiciones que debe cumplir un fiador para ser aceptado como tal; calificando que bienes son suficientes, tomando en cuenta únicamente los inmuebles, pero excluyendo los embargados o litigiosos, que no existan en territorio del Estado o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias; y precisa, en su inciso 4, que:

"Si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con estos".

En el artículo 2350 inciso 4, el *"peligro"* se utiliza porque el legislador describe una amenaza seria, concreta y cercana de que el fiador, por estar excesivamente endeudado, no podrá responder con inmuebles que en principio deberían quedar libres para garantizar la obligación. No se trata de un riesgo —una mera posibilidad de que sus deudas afecten su patrimonio—, sino de un peligro, ya que la sobrecarga financiera del fiador hace verosímil y próximo que incluso sus inmuebles no hipotecados queden comprometidos, frustrando la finalidad de la fianza.

4. Descubrimiento de la peligrosidad del depósito (artículo 2216 inciso 2)

El artículo 2216 inciso 2 prescribe:

"El depositario, sin embargo, habiendo padecido error acerca de la persona del depositante, o descubriendo que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro, podrá restituir inmediatamente el depósito".

Como hemos sostenido en otro trabajo, esta regla se aborda al analizar el consentimiento en el contrato de depósito y, en particular, las hipótesis de error que pueden recaer sobre la cosa depositada. Si bien rigen las reglas generales, el Código contempla una norma especial para el caso en que el depositario descubra posteriormente *"la peligrosidad de la cosa recibida"*. Ello supone que la entrega se realizó en completa ignorancia de dicho carácter y que solo durante la ejecución del depósito el depositario advierta el riesgo que implica conservarla. Los autores, citan como ejemplo, el caso de que al contratar el depositario cree recibir una culebra no venenosa y luego constata que es una serpiente tigre venenosa, por lo que la ley autoriza, dado el peligro, la restitución fundada en el error.⁴²

⁴¹ CABALLERO y GOLDENBERG (2021), p. 62.

⁴² DIEZ e HIGUERAS (2023), pp. 784 y 785.

En este contexto, se trata de una hipótesis de peligro y no de riesgo porque el artículo 2216 inciso 2 exige que el depositario descubra una amenaza real, objetiva e inmediata derivada de la cosa depositada, y no una mera posibilidad abstracta de daño. La regla supone que la cosa fue recibida en completa ignorancia de su carácter peligroso y que solo durante la ejecución del contrato el depositario constata un peligro manifiesto. En el ejemplo de la doctrina (depositario advierte que la supuesta culebra inofensiva es en realidad una serpiente tigre venenosa) no existe una simple probabilidad incierta (riesgo), sino una peligrosidad comprobada que convierte el daño en una amenaza concreta, lo que justifica que la ley permita la restitución inmediata del depósito.

5. Peligros inseparables de la gestión del socio (artículo 2089 inciso 1)

El artículo 2089 inciso 1 prescribe:

"Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que él hubiere adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiere contraído legítimamente y de buena fe; y a que le resarza los perjuicios que los peligros inseparables de su gestión le hayan ocasionado".

Como sostiene ALESSANDRI, en este caso la ley no diferencia según los perjuicios recaigan en los bienes o en la persona del socio. En consecuencia, si éste sufre un daño personal en el ejercicio de su gestión y a causa de un "peligro inseparable" de ella, la sociedad responde contractualmente frente a dicho menoscabo. Así ocurriría — añade el autor— con el socio industrial de una sociedad dedicada a productos químicos que, mientras los elabora, resulta afectado por la explosión de esas mismas sustancias, sufriendo lesiones corporales o la pérdida de la visión o de un brazo.⁴³

En este contexto, nos parece que el legislador quiso precisar que la responsabilidad surge cuando el daño es consecuencia de un peligro propio e inevitable de la gestión, no de la mera probabilidad estadística del daño, lo que correspondería más bien al riesgo.

D. Peligro como amenaza a la estabilidad estructural o a la seguridad material

1. Denuncia de obra ruinosa: variación de forma y dimensiones del edificio para precaver el peligro (artículo 933 inciso 1)

Tanto la doctrina⁴⁴ como la jurisprudencia,⁴⁵ han sostenido que la denuncia de obra ruinosa tiene por objeto proteger la integridad de las personas y de los bienes contra los *riesgos inminentes* que pudieran deparar las condiciones de inseguridad o estado ruinoso de un edificio, construcción o árboles.

Sin embargo, lo cierto es que el legislador, en las reglas particulares sobre la materia, no se refiere al "*riesgo inminente*", sino que derechamente, al peligro, lo que, como se ha explicado, tiene otra connotación.

Así, el artículo 933 que imparte reglas sobre reparación de obras ruinosas,⁴⁶ en su inciso 1 reza:

"En el caso de hacerse por otro que el querellado la reparación de que habla el artículo precedente, el que se encargue de hacerla conservará la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, salvo si fuere necesario alterarlas para precaver el peligro".

Por su parte, el artículo precedente (932), en lo respectivo, establece que, quien tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, puede pedir al juez que ordene al dueño derribarlo en caso de deterioro que no admita reparación; o, repararlo inmediatamente, si admite reparación; y, si el querellado no cumple la orden judicial, se

⁴³ ALESSANDRI (2020), p. 54.

⁴⁴ HIDALGO (2022), p. 230.

⁴⁵ Bustamante Gaete, Claudio con Asociación del Canal San Vicente (2011).

⁴⁶ PEÑAILILLO (2019), p. 1539.

derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

Esto, sin duda, se trata en un contexto de "*peligro*" y no de "*riesgo*", como lo evidencia el artículo 574 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe:

"En la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción, puede el tribunal decretar desde luego las medidas urgentes de precaución que considere necesarias, y además que se ejecuten dichas medidas, sin que de ello pueda apelarse".

En consecuencia, se habla de peligro y no de riesgo porque la situación regulada en los artículos 932 y 933 del Código Civil —la ruina inminente de un edificio vecino— constituye una amenaza material, externa y actual, que no depende de decisiones humanas evaluables ni de un cálculo probabilístico, sino de un hecho físico que puede causar daño de manera directa. El legislador reacciona frente a una peligrosidad ya manifestada, lo que explica tanto la referencia expresa del artículo 933 a "*prevenir el peligro*" como la habilitación del artículo 574 del Código de Procedimiento Civil para decretar medidas urgentes e inapelables, propias de un estado de peligro inminente y no de un régimen de gestión del riesgo.

2. Peligro temido de edificaciones o árboles (artículo 935)

La misma lógica anterior, de preferir el legislador el concepto de peligro sobre el de riesgo, se ha presentado en el artículo 935 del Código Civil, que reza:

"Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; o de árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia".

Esto se reafirma por el artículo 549 N°5 del Código de Procedimiento Civil vigente desde el 01 de marzo de 1903,⁴⁷ que dispone: "*Los interdictos o juicios posesorios sumarios pueden intentarse, N°5: Para impedir que una obra ruinosa o peligrosa cause daño*".

En consecuencia, las normas relativas a construcciones, edificaciones y árboles muestran que el peligro se utiliza para describir amenazas materiales, objetivas y próximas que comprometen la seguridad estructural de bienes o personas. En estos casos, el peligro habilita intervenciones inmediatas —como alterar un edificio para evitar daños o actuar ante estructuras o árboles inestables— porque el daño es suficientemente verosímil y cercano como para exigir medidas urgentes de prevención, claramente más intensas que las justificadas por un simple riesgo. Lo anterior queda reafirmado por el artículo 549 N°5, que inclusive, distingue entre "*ruina*" (que es riesgosa) y "*peligro*" de la obra.

E. Función y alcance jurídico del "*peligro de la cosa*" como regla general de imputación del ("*peligro de la cosa*")

El peligro de la cosa actúa en el Código Civil como una regla legal de imputación del riesgo, destinada a determinar quién soporta la pérdida de una especie o cuerpo cierto cuando esta se destruye o deteriora por un hecho no culposo. Se trata de un criterio objetivo y distributivo, que opera con independencia de la responsabilidad por culpa y que fija, en cada institución, el momento y el sujeto al que se atribuye el riesgo.

Así, el peligro funciona como un mecanismo supletorio que otorga certeza patrimonial en situaciones donde no existe ilícito, ya sea liberando al deudor (consignación), atribuyendo la pérdida al comprador (evicción asumida), diferenciando momentos de traslado del riesgo (contratos de obra), determinando el sujeto que soporta la pérdida en aportes sociales o fijando cargas específicas en materia sucesoria. En todos estos casos, el legislador utiliza el peligro para ordenar la distribución de pérdidas inevitables, reforzando la coherencia interna del sistema civil.

1. Consignación suficiente que exime del peligro de la cosa (artículo 1605)

El artículo 1605 prescribe: "*El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en*

⁴⁷ Artículo final del Código de Procedimiento Civil.

consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación".

Esta regla, situada dentro del pago por consignación, establece que la ley no fija un plazo para efectuar el depósito; sin embargo, como sostiene la doctrina, ello carece de mayor relevancia, pues el pago solo se entiende realizado en la fecha en que la consignación se lleva a cabo.⁴⁸

2. Asunción del peligro de la evicción (artículo 1852 inciso 3)

"Cesará la obligación de restituir el precio, si el que compró lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa, o si expresamente tomó sobre sí el peligro de la evicción, especificándolo".

La norma contempla dos situaciones en las cuales el vendedor queda liberado de restituir el precio en caso de evicción. La primera se verifica cuando el comprador adquiere la cosa con conocimiento de que es ajena. La segunda —que es la que aquí interesa— ocurre cuando el comprador asume expresamente el peligro de la evicción, siempre que sea especificado.

La exigencia legal de "*especificar*" el peligro implica, según sostiene la doctrina, que el contrato debe revelar la contingencia de evicción, identificando, por ejemplo, que un tercero reclama derechos sobre parte del inmueble o que existe un litigio pendiente que podría afectar la titularidad.⁴⁹

En cualquiera de estas hipótesis, el comprador, en términos prácticos, adquiere también la contingencia de conservar o no la cosa, circunstancia que incide en la fijación del precio de la venta, normalmente menor al que se habría pactado en condiciones ordinarias.

3. Peligro de la cosa en contratos de obra (artículo 1996)

Desde el Derecho romano se admite que el encargo de una obra puede calificarse como arrendamiento o como compraventa, según criterios desarrollados para determinar la naturaleza del contrato en cada caso. Las fuentes romanas evidencian un debate jurisprudencial sobre esta distinción. En Chile, el criterio diferenciador está recogido en el artículo 1996 del Código Civil,⁵⁰ que dispone:

"Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra (inciso 1). Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no (inciso 2). Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento (inciso 3). Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta (inciso 4). El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen (inciso 5)".

Como sostiene San Martín, en un elocuente trabajo, caracterizado por su rigor académico e intelectual, el artículo 1996 se explica por la tradición romana sobre accesión, recogida por Pothier y asumida por Bello. En Roma, la calificación del contrato dependía de quién aportaba la materia y quién adquiría el *opus*: si el mandante proporcionaba los materiales, el artífice era conductor y procedía la *actio locati*; si la materia era del artífice, el contrato se consideraba compraventa y procedía la *actio empti*. Cuando ambas partes aportaban materiales, regía el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, variando la calificación según quién proporcionara la *substantia*. Incluso aportando el artífice todos los materiales, el suelo del mandante se consideraba lo principal, operando la accesión (superficie solo cedit). En consecuencia, el artículo 1996 debe interpretarse conforme a las reglas de accesión, determinando en cada caso qué elemento es principal y cuál accesorio.⁵¹

⁴⁸ RAMOS (2023), p. 304.

⁴⁹ ORREGO (s/f), pp. 97 y 98.

⁵⁰ SAN MARTÍN (2023), p. 194.

⁵¹ SAN MARTÍN (2023), pp. 194 y 195.

En cuanto a los que nos interesa tratar, el artículo 1996 determina que la aportación de los materiales define la calificación del contrato y, con ello, quién *"asume el riesgo de pérdida"*: si el artífice aporta la materia, el contrato se asemeja a una compraventa y él soporta el riesgo hasta la aprobación de la obra, mientras que si la materia proviene del mandante o de ambas partes, la calificación puede variar, pero la aprobación sigue siendo el punto decisivo para el *"traspaso del riesgo"*. A su vez, el artículo 2000 regula lo que ocurre antes de dicha aprobación cuando los materiales no pertenecen exclusivamente al artífice: si la obra perece sin culpa de este, no responde por la pérdida, pero tampoco puede cobrar el precio, *"generándose un reparto del riesgo"*, salvo que el mandante esté en mora de aprobar o que la pérdida se deba a un vicio de los materiales que él aportó, situaciones en las cuales el riesgo recae íntegramente en el mandante.⁵²

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador, al emplear en el artículo 1996 la expresión *"peligro de la cosa"* y no la de *"riesgo"*, alude a una categoría distinta. Con *"peligro"* no describe la mera eventualidad de pérdida propia del riesgo regulado, por ejemplo, en el artículo 1550, sino una regla de imputación de la pérdida asociada a una amenaza ya objetivada y jurídicamente relevante, cuyo punto de inflexión es la aprobación de la obra. De este modo, *"peligro"* opera aquí como criterio de distribución de la pérdida fortuita una vez que esta se encuentra suficientemente perfilada en el tráfico jurídico, mientras que *"riesgo"* se reserva —como se ha visto— para contingencias futuras, inciertas y todavía situadas en el plano de la mera probabilidad.

4. Peligro de la cosa en aportes sociales (artículo 2084 inciso 1)

"Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie".

Este inciso (2084 inciso 1) habla expresamente de peligro, no de riesgo, no pudiendo confundirse con la situación del artículo 1550 que habla expresamente de *"el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor (...)"*.

En consecuencia, en el artículo 1550 se habla de un *"evento incierto"* dentro de una relación obligacional, donde aún no se ha transferido el dominio. En cambio, en el artículo 2084 inciso 1 se habla de peligro, porque la sociedad ya se convierte en propietaria del bien aportado. El peligro alude aquí a la suerte intrínseca de la cosa, característica del dominio: las cosas *"perecen para su dueño"*.

En este contexto, el 1550, a pesar de ser una regla injusta en apariencia, pudiera explicarse porque alude al *"riesgo"*, como algo calculable y proyectado, y no al peligro; por tanto, en situaciones de peligro, quien debiera responder es el propietario (deudor), lo que no haría ilógica o absurda la disposición, como la doctrina lo ha intentado sostener en reiteradas ocasiones.

5. Responsabilidad del heredero beneficiario y peligro de los bienes hereditarios (artículo 1260)

El artículo 1260 prescribe: *"El heredero beneficiario será responsable hasta por culpa leve de la conservación de las especies o cuerpos ciertos que se deban. Es de su cargo el peligro de los otros bienes de la sucesión, y sólo será responsable de los valores en que hubieren sido tasados"*.

Como consecuencia de la confusión de patrimonios y del carácter de verdadero heredero que adquiere el beneficiario, éste administra la herencia con plena libertad y responde únicamente por un valor, no por bienes individualizados, razón por la cual nuestro derecho no organiza un régimen especial de administración. No debe rendir fianza ni prenda alguna y solo responde, conforme al artículo 1258, *"de todos los créditos como si los hubiese efectivamente cobrado"*, pudiendo excusarse al justificar oportunamente lo no percibido sin culpa, poniendo a disposición de los interesados las acciones y títulos insolutos. Asume también el peligro de los demás bienes de la sucesión, siendo responsable únicamente por los valores tasados (art. 1260), y respecto de las especies o cuerpos ciertos debidos —ya sea por legados o por obligaciones del causante frente a terceros— responde hasta por culpa

⁵² SAN MARTÍN (2023), pp. 205 y 206.

leve, aplicándose así el principio general según el cual todo deudor responde de esa culpa.⁵³

En este contexto, el artículo 1260 del Código Civil permite afirmar la existencia de una verdadera situación de peligro, pues no se limita a distribuir riesgos patrimoniales, sino que atribuye al heredero beneficiario la exposición objetiva al deterioro o pérdida fortuita de los bienes hereditarios antes de su partición, independientemente de su diligencia. Cuando la norma señala que *"es de su cargo el peligro de los otros bienes"*, configura una imputación sin culpa, propia de los regímenes basados en peligro: el heredero se convierte en custodio de un patrimonio materialmente expuesto a contingencias externas —depreciación, accidentes, pérdida física— que no dependen de su voluntad.

Lo anterior se justifica, en nuestro entender, porque el artículo 1260 hace una distinción entre, la conservación de especies o cuerpos ciertos que se deban, en cuyo caso se responde culpa leve; de aquellas situaciones de peligro, en que son de su cargo, sin atender a la diligencia debida.

F. Artículo 2329 del Código Civil: Presunción de culpa por actividades altamente riesgosas o peligrosas.

El artículo 2329 dispone: *"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."*

Son especialmente obligados a esta reparación: 1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3°. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él."

1. Debate doctrinario sobre la interpretación del artículo 2329

El artículo 2329 del Código Civil chileno ha sido objeto de intensos debates doctrinarios, motivados por factores tanto fácticos como históricos,⁵⁴ lo que ha dificultado una interpretación uniforme en la doctrina y jurisprudencia.

Una primera postura sostiene que esta disposición constituye una mera reiteración del artículo 2314 del mismo cuerpo legal.⁵⁵ Otra corriente interpreta que el precepto establece una presunción general de culpabilidad, al entender que el daño se origina en un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que ocurre, resulta imputable a culpa o dolo del agente.⁵⁶

Algunos autores han propuesto una lectura dual del artículo 2329, distinguiendo entre: (1) los casos de actividades particularmente peligrosas, y (2) aquellos en que las circunstancias permiten suponer *prima facie* que el daño fue causado por negligencia, lo que se vincula con la doctrina del *res ipsa loquitur*,⁵⁷ aunque esta ha sido objeto de relevantes críticas doctrinales. Así, ha sido objeto de críticas por distorsionar el rol de la culpa, por la dificultad para distinguir presunciones *prima facie* y presunciones legales,⁵⁸ y por comprometer la certeza y la igualdad al recurrir a conceptos indeterminados como el *res ipsa loquitur*.⁵⁹ No obstante, Barros defiende su aplicación, señalando

⁵³ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2019), p. 76.

⁵⁴ Se ha señalado que la historia de la norma es difícil de rastrear, ya que no tiene precedentes en otros textos codificados; Andrés Bello solo la vincula a las leyes 6 a 8 del título XV de la Partida 7 [AEDO (2022), p. 1835].

⁵⁵ ABELIUK (2014), p. 262; MEZA (2019), p. 278; Ruz (2011), p. 477. Se ha criticado esta interpretación, señalando que la jurisprudencia ha usado ambas disposiciones conjuntamente solo para definir la negligencia o culpa, o para reiterar los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual [LARROUCAU (2011), pp. 505 y 506].

⁵⁶ ALESSANDRI (2020), pp. 212 y 213; LARROUCAU (2011), p. 492.

⁵⁷ BARROS (2020), p. 158.

⁵⁸ CORRAL (2013), p. 226.

⁵⁹ TAPIA (2009), pp. 702-705.

que la incerteza es inherente a toda noción jurídica abierta y que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia establecer sus límites.⁶⁰

Una tercera línea doctrinal postula que el artículo contempla una presunción de culpa circunscrita exclusivamente a las actividades peligrosas.⁶¹ Esta interpretación, si bien reconoce el carácter presuntivo de la norma, niega su generalidad, argumentando que la peligrosidad opera como un indicio de culpa,⁶² y que los ejemplos contenidos en el precepto aluden expresamente a "*cosas o actividades peligrosas*".⁶³

Finalmente, se han desarrollado interpretaciones particulares sobre el alcance del precepto. Algunos sostienen que no existe fundamento dogmático para una presunción general de culpa por el hecho propio, destacando que el inciso primero del artículo 2314 se refiere a hechos ilícitos sancionados penalmente, mientras que el artículo 2329 se aplicaría a hechos ilícitos no penados.⁶⁴ Otros entienden que la disposición establece presunciones de causalidad más que de culpabilidad.⁶⁵ También se ha planteado que la norma busca delimitar el ámbito de los ilícitos civiles respecto de los penales, restringiendo las presunciones de culpa a los tres supuestos expresamente enunciados.⁶⁶ Por último, hay quienes sostienen que la disposición se refiere a aquellos casos en que la obligación de indemnizar deriva de la infracción de un deber objetivo de cuidado reconocible *ex ante*, constituyendo así un ejemplo de culpa contra la legalidad.⁶⁷

2. Nuestra posición: el artículo 2329 contiene una presunción de culpabilidad por actividades peligrosas o altamente riesgosas

Como lo hemos sostenido en otros trabajos,⁶⁸ nuestra posición es la de entender que el artículo 2329 contiene una presunción de culpabilidad por actividades peligrosas o altamente riesgosas.

Al respecto, en este trabajo, pretendemos ampliar y proporcionar argumentos adicionales para sustentar nuestra posición y demostrar como el artículo dice relación con dichas actividades, lo que queda en evidencia tanto por sus fundamentos históricos así como por su reconocimiento jurisprudencial.

Nuestro primer argumento, es que artículo 2493 N°3 del Proyecto de Código de Civil de 1853, actual artículo 2329 N°3, contemplaba expresamente la palabra peligro en su redacción, bajo el siguiente tenor:

*"Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: N°3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino público, lo tiene en estado de causar peligro a los que transitan por él".*⁶⁹

Esta supresión no ha sido abordada por la doctrina que ha analizado o estudiado la disposición, pero nos parece

⁶⁰ BARROS (2020), p. 158.

⁶¹ AEDO (2018), pp. 389-392; DUCCI (1936), pp. 45 y 46; DUCCI (1971), pp. 99 y 100; TAPIA (2009), p. 704.

⁶² DUCCI (1971) pp. 99 y 100.

⁶³ TAPIA (2009), p. 700.

⁶⁴ BARRIENTOS (2009), p. 90. No compartimos la propuesta de Barrientos, ya que los artículos 1437 y 2284 se refieren a las fuentes de las obligaciones sin distinguir si existe o no tipicidad penal.

⁶⁵ CORRAL (2013), pp. 226 y 227. En este sentido Vallejo Choydeng Héctor y otra con Cia. Minera San Esteban (2006).

⁶⁶ RODRÍGUEZ (2002), pp. 209-212.

⁶⁷ ROSO (2008), pp. 447-449.

⁶⁸ DIEZ (2023), pp. 1029-1047 y DIEZ (2024), pp. 221-244.

⁶⁹ BELLO (1883), pp. 590 y 591.

que se explica para no excluir situaciones de riesgo inminente, dado que no significan lo mismo. Tal vez, podría cuestionarse la razón por la cual en lugar de suprimir la palabra peligro, el legislador simplemente no incluyó la de riesgo inminente. La razón, nos parece, se explica por la claridad de los ejemplos que contiene el artículo 2329, todos representativos de situaciones peligrosas o altamente riesgosas, que sirven para ilustrar la disposición, ya que, tal como señaló Bello en el mensaje del Código Civil:

*"Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse (...)".*⁷⁰

Por otro lado, el artículo 2329 del Código Civil chileno tiene como una de sus fuentes directas la Ley 6 de las Siete Partidas, conforme a las notas en el *"Proyecto de Código Civil de 1853"*.⁷¹ Esta disposición establece:

"Si alguien va montando un caballo, o a lomos de un rocín, o compitiendo, o participando en una carrera en un lugar designado para ello (...) y durante la carrera alguien se atraviesa y resulta atropellado, no es obligado a reparar el daño, ya que la culpa recae en la persona que se atravesó, no en quien montaba el animal.

Pero, si el jinete ve a alguien cruzar, pudiendo retener o desviar al animal para evitar el impacto y no lo hace, o si realiza estas actividades en un lugar transitado por muchas (...) entonces será culpable y estará obligado a reparar el daño (...) Este mismo principio se aplica a aquellos que disparan con ballestas en lugares por donde transitan personas y causan daño a alguien".

Esta norma distingue entre actividades realizadas en lugares apropiados para ello (como carreras o montas en zonas designadas) y aquellas llevadas a cabo en lugares públicos donde no se acostumbra dicha conducta. En el primer caso, la responsabilidad se excluye; en el segundo, se presume culpa.

Lo más relevante es que la ley no se presenta como una simple regla particular, sino como un principio general de atribución de responsabilidad por actividades peligrosas, susceptible de aplicación analógica. Esta característica refuerza la lectura extensiva del artículo 2329, en el sentido de que sus numerales no constituyen una lista cerrada, sino ejemplos ilustrativos.

En este sentido, Bello actualizó el contexto medieval del disparo de una ballesta reemplazándolo por el uso imprudente de armas de fuego, hoy recogido en el numeral 1° del artículo 2329.

A su vez, la Ley 7 de las Siete Partidas, establece que:

"(...) Las trampas, fosos o cepos (...) deben colocarse únicamente en lugares despoblados (...) Si alguien actuara de manera contraria, y alguna persona, animal doméstico u otra propiedad sufriera daño por caer en esas trampas, será responsable de repararlo (...)

Asimismo (...) si alguien conduce toros, vacas u otros animales salvajes (...) está obligado a (...) vigilarlos de manera que no causen daño. Si no los manejara adecuadamente, y dichos animales causaran algún perjuicio, la responsabilidad recaerá en quien los conducía (...)".

Esta regla distingue nuevamente entre espacios públicos y zonas apartadas, vinculando la responsabilidad con la previsibilidad del daño y la exigencia de una diligencia especial en zonas transitadas. Tales criterios se reflejan en los numerales 2° y 3° del artículo 2329, que se refieren a obras en *"calles o caminos"* y a la necesidad de evitar daños a los transeúntes.

Por último, en el ámbito nacional, si bien existen dos estudios que han analizado en profundidad la aplicación del artículo 2329 del Código Civil,⁷² cabe destacar una serie de sentencias posteriores a su elaboración, cuya

⁷⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (1855).

⁷¹ BELLO (1883), pp. 590 y 591.

⁷² Véase TAPIA (2009), pp. 689-705; POLIT (2015), pp. 827-845.

revisión resulta especialmente ilustrativa.

En primer lugar, en una sentencia de 2015, la Corte Suprema se pronunció sobre un recurso de casación fundado en la supuesta infracción de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, en el contexto del fallecimiento de un trabajador de EFE por exposición prolongada al asbesto. El fallo estableció que corresponde a la empresa acreditar el cumplimiento de sus deberes como empleador, en particular en lo relativo a la implementación de medidas mínimas de seguridad frente a materiales riesgosos como el asbesto. Al rechazar la infracción del artículo 2329 y desestimar el recurso, la Corte fundó su decisión en elementos característicos de las actividades peligrosas: la presunción de incumplimiento, el riesgo inherente a la actividad y la probabilidad del daño.⁷³

En segundo lugar, en una sentencia de 2016, relativa a un accidente laboral con resultado de muerte por electrificación -ocurrido en un espacio subterráneo, oscuro y húmedo, con instalaciones eléctricas provisionales-, la Corte Suprema acogió la demanda indemnizatoria. En la sentencia de reemplazo, aplicó expresamente la presunción de culpa por actividad peligrosa contenida en el artículo 2329, al no haberse desvirtuado por parte del empleador.⁷⁴

Para concluir, en una sentencia de 2021, referida a una demanda por daño moral ocasionado por malos olores provenientes de una planta de tratamiento de aguas servidas, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación. Aunque reconoció la existencia de una presunción de culpa por actividades peligrosas en virtud del artículo 2329, aclaró que esta solo opera cuando concurren los supuestos fácticos señalados en el inciso segundo: una acción u omisión del agente que configure una actividad de peligrosidad desproporcionada, capaz de generar una probabilidad cierta de daño derivado de dicha actividad.⁷⁵

En síntesis, el examen histórico, doctrinal y jurisprudencial muestra que el artículo 2329 descansa en la idea de peligro, entendida como una amenaza seria y previsible propia de ciertas actividades. Su origen en Bello y en las Siete Partidas confirma que la norma fue concebida para presumir culpa en actividades peligrosas o altamente riesgosa, y no como una mera e innecesaria reiteración del artículo 2314 ni como un régimen objetivo.

IV. UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN

A. Graduación de los umbrales de protección jurídica

La primera utilidad de distinguir entre riesgo y peligro en el Código Civil chileno reside en la posibilidad de graduar los umbrales de protección jurídica. Cuando el legislador recurre al vocabulario del riesgo, suele aludir a contingencias futuras, inciertas y evaluables ex ante, propias del tráfico jurídico ordinario, como ocurre con el "*riesgo inminente*" de mala administración en el artículo 155, el "*riesgo para el interés del hijo*" en el artículo 271 N.º 3 o el "*riesgo del cuerpo cierto*" del artículo 1550. En estos casos, el Derecho acepta cierto margen de exposición y reacciona principalmente mediante técnicas de distribución o asunción del riesgo. En cambio, cuando el Código emplea la noción de peligro —y con mayor razón, de "*peligro inminente*"—, describe situaciones en que la amenaza se ha intensificado hasta un punto tal que resulta jurídicamente intolerable, justificando remedios más drásticos o inmediatos, como la recalada excepcional (artículo 604), el testamento verbal (artículos 1035, 1046, 1053), la denuncia de obra ruinosa (artículos 932, 933, 935) o la agencia oficiosa ante un peligro inminente (artículo 2288). La distinción permite, así, pasar de una lógica de gestión del riesgo a una lógica de contención del peligro, con consecuencias normativas cualitativamente distintas.

⁷³ Corvera Vergara, Diego Jose con Empresa de los Ferrocarriles Del Estado (2015).

⁷⁴ Hermosilla Barahona, Eva De Las Mercedes con Inmobiliaria Numancia Ltda., Labra Labrin Isaac E., Empresa Constructora Sigro S.A. (2017).

⁷⁵ Letelier Cerda, Solange Ruth con Esval S.A. (2021); aunque la sentencia admite la presunción de culpa por actividades peligrosas, exige probar el funcionamiento deficiente de la planta —no solo los malos olores—, lo que desnaturaliza el hecho base, debilita la presunción e impide invertir la carga probatoria.

B. Diferenciación de niveles de diligencia y estándares de conducta

En segundo término, la diferenciación conceptual entre riesgo y peligro facilita la graduación de los estándares de diligencia exigibles. En contextos de riesgo, el Código opera, por regla general, con parámetros ordinarios de cuidado, frecuentemente asociados a la culpa leve, como ocurre con la administración de los dineros del pupilo (artículo 406), la ejecución del mandato por cuenta y riesgo del mandante (artículo 2116) o la conservación de especies debidas por el heredero beneficiario (artículo 1260). En cambio, frente a situaciones de peligro, el ordenamiento puede tanto intensificar como atenuar el estándar de conducta. Lo intensifica cuando se trata de actividades o estados de cosas que generan amenazas graves para terceros —como la construcción defectuosa que amenaza ruina, el manejo de materiales peligrosos o la existencia de “*peligros inseparables*” de la gestión del socio—, exigiendo una diligencia reforzada. Lo atenúa, en cambio, cuando el sujeto actúa precisamente para conjurar un peligro ya desatado, como sucede con el agente oficioso que interviene para salvar intereses ajenos ante un peligro inminente y que solo responde por dolo o culpa grave (artículo 2288 inciso 2). Así, la distinción de riesgo y peligro permite explicar dogmáticamente por qué, en ciertos casos, el sistema endurece el juicio sobre el agente, y en otros, lo flexibiliza.

C. Distribución de riesgos y peligros: imputación de pérdidas

Una tercera utilidad dice relación con la imputación de pérdidas fortuitas y la distribución objetiva de cargas. El Código no solo se preocupa de quién actuó con culpa, sino también de quién debe soportar la pérdida cuando el daño se produce sin ilicitud. En este plano, la noción de riesgo se utiliza para describir contingencias asignadas convencional o legalmente dentro de una relación obligacional —como el “*riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba*” (artículo 1550) o el riesgo de evicción asumido en ciertos casos—, mientras que el peligro de la cosa aparece como criterio estructural para atribuir la suerte definitiva de la especie o cuerpo cierto a su titular. Así ocurre con el peligro de la cosa en los contratos de obra (artículo 1996), en los aportes sociales (artículo 2084 inc. 1), en el patrimonio hereditario (artículo 1260) o en la liberación del deudor mediante consignación (artículo 1605). La distinción permite armonizar reglas que, leídas en clave puramente unitaria, se perciben como contradictorias: el riesgo se presenta como contingencia proyectada y distribuible; el peligro, como la expresión jurídica de la máxima según la cual las cosas perecen, en última instancia, para su dueño o para quien ha asumido de manera calificada la exposición.

D. Cargas probatorias, presunciones y técnicas de imputación

Ligado a lo anterior, la separación entre riesgo y peligro tiene una incidencia directa en la configuración de las cargas probatorias y el uso de presunciones. En situaciones conceptualizadas como riesgo, suele recaer sobre el demandante la carga de demostrar tanto la infracción del deber de cuidado como el nexo causal y la probabilidad relevante de daño, como ocurre paradigmáticamente en el daño contingente del artículo 2333. Por el contrario, en hipótesis de peligro, el sistema tiende a anticipar la protección y a aliviar la posición del potencial damnificado: el “*peligro manifiesto*” de incumplimiento del artículo 2348 N.º 2 habilita al acreedor para exigir fianza antes de que el incumplimiento se produzca; el peligro que grava el patrimonio del fiador (artículo 2350) impide contar con ciertos bienes como garantía suficiente; las acciones vinculadas a obras ruinosas o construcciones peligrosas permiten remover o modificar la fuente de peligro sin esperar a que el daño se consume. En estas situaciones, el peligro funciona como disparador de mecanismos probatorios y preventivos más favorables al afectado, lo que resulta difícil de justificar si se difumina la categoría en una noción genérica de riesgo.

E. Coherencia interpretativa del artículo 1550

Desde una perspectiva más amplia, la distinción proporciona una clave sistemática de lectura del Código Civil que permite reinterpretar reglas tradicionalmente tratadas como anomalías o “*errores históricos*”, especialmente en lo relativo al artículo 1550: el precepto solo traspasa al acreedor los riesgos propios del contrato —contingencias eventuales y estimables ex ante—, pero no los peligros —amenazas graves, inmediatas o externas—, que siempre corresponden al propietario. Esto corrige la injusticia advertida por la doctrina respecto de la teoría clásica de los riesgos y armoniza el sistema chileno con la dualidad título-modo. De este modo, el comprador asume riesgos previsibles, mientras que el propietario soporta los peligros propiamente tales.

F. reconstrucción sistemática del Código Civil

La articulación de las normas sobre riesgo (artículos 155, 271, 1441, 1550, 1792 N.º 22, 2116, 2003, 2328, 2333) y peligro (artículos 81 N.º 7, 406, 466, 604, 933, 935, 1035, 1053, 1260, 1605, 1826, 1852, 1996, 2084, 2089, 2216, 2288, 2348, 2350) revela una política legislativa implícita de graduación de la amenaza: el riesgo se admite y se administra; el peligro, en cambio, se contiene o se compensa. Esta lectura unitaria evita recurrir a explicaciones puramente historicistas o a imputaciones de descuido de Bello, permitiendo reconstruir la coherencia interna del sistema a partir de un uso técnico —aunque no declarado— de ambos conceptos.

G. Del “riesgo” al “peligro” en el artículo 2329: una clave para un régimen intermedio de responsabilidad

Finalmente, la distinción entre riesgo y peligro cobra una utilidad particular en la interpretación del artículo 2329 del Código Civil. La reconstrucción histórica de la norma, sus vínculos con las Siete Partidas y la supresión del término peligro en el Proyecto de 1853, sumados a los ejemplos que ofrece (disparo imprudente de arma de fuego, remoción de losas en la vía pública, acueducto o puente en mal estado en camino público), apuntan a que el precepto se apoya en la idea de actividades peligrosas o altamente riesgosas más que en la de riesgos ordinarios. Concebir el artículo 2329 como una regla especial de presunción de culpa asociada al desarrollo de actividades peligrosas o altamente riesgosas permite, por un lado, explicar por qué la jurisprudencia reciente lo ha aplicado precisamente en casos de riesgos calificados (exposición al asbesto, entornos laborales con electrificación altamente riesgosa, entre otros), y, por otro, situarlo como un régimen intermedio entre la responsabilidad subjetiva clásica y la responsabilidad estricta. En este contexto, el peligro o el alto riesgo no solo operan como descriptores fácticos de la actividad, sino como criterios normativos para elevar ex ante el estándar de diligencia exigible y, ex post, para justificar el alivio de las cargas probatorias del demandante. De este modo, la distinción entre riesgo y peligro deja de ser una sutileza terminológica para convertirse en un instrumento dogmático central en la ordenación de los deberes de cuidado y de la responsabilidad civil en el derecho chileno.

V. CONCLUSIONES

1. En el uso común, riesgo refiere a una posibilidad futura de daño, mientras peligro expresa una amenaza grave o inminente. Aunque el Código Civil no define estos conceptos y la doctrina suele tratarlos como sinónimos, el legislador los emplea de forma diferenciada: el riesgo aparece en normas que regulan contingencias inciertas y distribuibles (artículos 155, 271, 1550, 1792-22, 2116), mientras que peligro se reserva para amenazas actuales o inminentes que justifican respuestas más intensas (artículos 81, 406, 466, 604, 933, 935, 1035 ss., 1605, 1826, 1852, 1996, 2084, 2216, 2288, 2348, 2350). La jurisprudencia, especialmente en la aplicación del artículo 2329, ha vinculado los “riesgos calificados” con verdaderas actividades peligrosas. Distinguir ambos conceptos permite comprender mejor la estructura del Código, pues influye en los umbrales de protección, en los niveles de diligencia exigibles, en la imputación de pérdidas y en la interpretación coherente de la responsabilidad civil.
2. En el Código Civil chileno, el riesgo se utiliza en sentido estricto para describir probabilidades futuras e inciertas de daño, propias del tráfico jurídico, sin exigir una amenaza inminente. Así ocurre en el riesgo de mala administración en la separación de bienes (artículo 155), el riesgo para los intereses del hijo en la emancipación judicial (artículo 271 N.º 3), el riesgo de pérdida en la entrega de cuerpos ciertos (artículo 1550), la asunción del riesgo de evicción (artículo 1792-22) y el riesgo inherente al mandato (artículo 2116). A ello se suman nociones afines como contingencia, amenaza de ruina o amenaza de caída (artículos 1441, 2003, 2328 y 2333), que reflejan grados de exteriorización del riesgo y permiten activar remedios preventivos —remoción de objetos, acciones populares o responsabilidad del constructor— aun sin daño consumado. La constante legislativa muestra que riesgo siempre alude a eventualidades inciertas, dependientes de condiciones evaluadas ex ante, distinguiéndose de lo meramente posible (hipotético) y de lo contingente (vinculado a un estado de cosas actual), y se mantiene conceptualmente separado del peligro, reservado para amenazas inminentes o graves que el legislador trata con un régimen jurídico distinto.
3. En el Código Civil chileno, el peligro se reserva para describir una amenaza seria, concreta y elevada de daño, normalmente externa al sujeto, distinta del mero riesgo como contingencia calculable. Su uso se ordena en varios ejes: (i) como peligro inminente, que habilita la ruptura de reglas ordinarias por la urgencia de la situación (recalada

en lugares prohibidos por naufragio o apresamiento, artículo 604; testamento verbal cuando la muerte es tan próxima que no hay tiempo para solemnidades, artículos 1035, 1037, 1046, 1053; retención del vendedor ante peligro inminente de perder el precio, artículo 1826; agencia oficiosa que solo responde por dolo o culpa grave si actúa para salvar de un peligro inminente, artículo 2288); (ii) como amenaza a la vida o integridad personal, que legitima intervenciones excepcionales (presunción de muerte por herida grave o peligro semejante, artículo 81 N°7; privación de libertad del demente cuando su conducta genera peligro real para sí o para terceros, artículo 466); (iii) como amenaza al patrimonio o la solvencia, que activa mecanismos inmediatos de protección crediticia o de tutela (inversión del dinero del pupilo "sin peligro", artículo 406; peligro manifiesto de incumplimiento por deterioro patrimonial del deudor, artículo 2348 N°2; peligro que alcanza incluso a bienes no hipotecados del fiador sobreendeudado, artículo 2350; descubrimiento sobreveniente de la peligrosidad de la cosa depositada, artículo 2216; peligros inseparables de la gestión del socio, artículo 2089); (iv) como amenaza a la estabilidad estructural o a la seguridad material, que justifica medidas urgentes e incluso inapelables (variación de forma y dimensiones del edificio para precaver el peligro, artículo 933; peligro temido de construcciones o árboles, artículo 935, en relación con el artículo 549 N°5 CPC); y (v) como criterio de imputación de la pérdida ("*peligro de la cosa*"), que fija quién soporta la destrucción o deterioro fortuito de un bien cuando no hay culpa: la consignación suficiente libera al deudor del peligro de la cosa (artículo 1605); el comprador puede asumir el peligro de la evicción (artículo 1852); en contratos de obra, el peligro de la cosa se traslada con la aprobación (artículo 1996); en los aportes sociales, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad–propietaria (artículo 2084); y en la sucesión, el heredero beneficiario asume el peligro de los bienes hereditarios (artículo 1260).

4. Sobre este trasfondo, el artículo 2329 se explica como una regla especial de presunción de culpa por actividades peligrosas o altamente riesgosas, cuyo fundamento se apoya en su historia legislativa (proyecto de 1853 y Siete Partidas) y en la jurisprudencia reciente: el precepto no duplica el artículo 2314 ni instaaura responsabilidad objetiva, sino que construye una presunción de culpabilidad allí donde la actividad, por su peligrosidad *ex ante* (armas de fuego, obras en caminos, acueductos en mal estado, manipulación de sustancias o entornos riesgosos, etc.), convierte el peligro en eje estructural de imputación del daño.

5. La distinción entre riesgo y peligro en el Código Civil chileno permite graduar la protección jurídica y explicar soluciones que, sin ella, parecen dispersas. El riesgo alude a contingencias futuras y administrables, propias del tráfico ordinario, y opera con estándares de diligencia y distribución de cargas propios de la culpa leve y de la asignación convencional o legal de riesgos. El peligro, en cambio, designa amenazas graves e intolerables que justifican remedios excepcionales, estándares reforzados o atenuados según el contexto, y mecanismos probatorios y preventivos más favorables al afectado.

6. El artículo 1550 se vuelve coherente si se entiende que solo asigna al acreedor los riesgos —eventualidades previsibles del contrato—, mientras que los peligros —amenazas graves o inminentes— siguen siempre a cargo del propietario. Así, el comprador asume riesgos proyectables, pero el dueño soporta los peligros reales de la cosa.

7. Esta distinción ordena reglas sobre diligencia, imputación de pérdidas, cargas probatorias y medidas anticipatorias, revelando una política legislativa implícita: el riesgo se gestiona; el peligro se contiene. Permite, además, reconstruir coherentemente el sistema y comprender que el artículo 2329 descansa en la noción de actividades peligrosas, lo que justifica su funcionamiento como régimen intermedio de responsabilidad, basado en presunción de culpa y estándares de diligencia elevados, especialmente en casos de alto riesgo.

Declaración de contribución de autoría Credit

Felipe Diez Ringlele: 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

ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

AEDO BARRENA, Cristián (2018): *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).

AEDO BARRENA, Cristián (2022): "De los delitos y cuasidelitos", en: Amunátegui Perelló, Carlos (editor), *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, (Valencia, Tirant lo Blanch).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2011): *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I, vol. II.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2020): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2009): "De la presunción general de culpa por el hecho propio: a propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro Código Civil Imaginario II", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 13).

BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

BELLO LÓPEZ, Andrés (1883): *Obras completas de don Andrés Bello* (Santiago, Impreso por Pedro G. Ramírez), vol. 12: *Proyecto de Código Civil*.

BECHMANN, Gotthard (1997): *Risiko und Gesellschaft: Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung*, 2ª edición (Berlin, VS Verlag für Sozialwissenschaften).

BECK, Ulrich (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona, Paidós).

CABALLERO GERMAIN, Guillermo y GOLDENBERG SERRANO, Juan (2021): "Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 36).

CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023): "Contrato de compraventa", en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

CLARO SOLAR, Luis (1937): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile), t. XI.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2010): "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas: Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 37 núm. 3).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2011): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

COROMINES I VIGNEAUX, Joan (1973): *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, 3ª edición revisada y mejorada (Madrid, Editorial Gredos).

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2012): "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39 núm. 3).

DIEZ RINGELE, Felipe (2023): "Daños ocasionados por sistemas inteligentes complejos y de alto riesgo ante la responsabilidad civil extracontractual ¿Quién responde? Dos propuestas desde la legislación civil vigente", en: Domínguez Hidalgo, Carmen (directora y editora), *Estudios de Derecho Civil XVII-X/X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil-Villarrica 2023* (Santiago, Thomson Reuters).

DIEZ RINGELE, Felipe (2024): "Explorando la responsabilidad civil y el riesgo en el proyecto de ley chileno sobre inteligencia artificial", en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 50).

DIEZ RINGELE, Felipe e HIGUERAS ARAVENA, Ángela (2023): "Contratos de depósito y de secuestro", en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte Especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2019): *Derecho Sucesorio*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023): "Contrato de mandato", en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

DUCCI CLARO, Carlos (1936): *Responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Empresa Periodística El Imparcial).

DUCCI CLARO, Carlos (1971): *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas – hechos de las cosas – circulación de vehículos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2002): "Ponencia principal", en: AA.VV., *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, 2ª parte (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015): *Derecho Sucesorio*, 3ª edición actualizada (Santiago, Thomson Reuters).

GIDDENS, Anthony (1994): *La conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. Marco Guani (Bologna, Società editrice il Mulino).

GUZMÁN BRITO, Alejandro (1997): "La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla *periculum est emptoris*", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 24 núm. 1).

HIDALGO MUÑOZ, Carlos (2022): *Las acciones posesorias* (Santiago, Thomson Reuters).

KUBICA, María (2015): *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, Tesis doctoral (Girona, Universitat de Girona). Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/328430>.

LARROUCAU TORRES, Jorge (2011): "'Res ipsa loquitur': quien habla es el juez, no la cosa", en: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios de derecho civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Legal Publishing).

LITTRÉ, Émile (2003): *Dictionnaire de la langue française: Abrégé du Dictionnaire de Littré (Classiques Modernes)*, en: Beaujean, Alexander (editor), *La Pochothèque* (Paris, LGF/Le Livre de Poche).

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).

LUHMANN, Niklas (1993): *Risk: A Sociological Theory* (traducc. de Rhodes Barret, Berlin–New York, Walter de Gruyter).

MAZEAU, Laurène (2010): *Responsabilidad civil de los profesionales que realizan una actividad de riesgo*, Tesis doctoral (Toulouse, Universidad de Toulouse).

MEZA BARROS, Ramón (2019): *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, 10ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.

MUNITA MARAMBIO, Renzo (2021): "Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: Una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil", en: *Latin American Legal Studies* (vol. 8, núm. 1).

ORREGO ACUÑA, Juan (s.f.): *"El contrato de compraventa"*, disponible en: https://www.juanandresorrego.cl/assets/pdf/apu/ap_6/Contrato%20de%20compraventa.pdf.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Thomson Reuters).

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2023): "La acción por daño contingente y el daño lícito", en: Pinochet Olave, Ruperto (director), *Estudios de Derecho Civil XVI-XVIII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Talca 2022* (Santiago, Thomson Reuters).

POLIT CORVALÁN, Joaquín (2015): "¿Qué ha dicho realmente la jurisprudencia sobre la presunción general de culpa por el hecho propio?", en: Vidal Olivares, Álvaro (coordinador), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters).

RAMOS PAZOS, René (2023): *De las obligaciones* (Santiago, Libromar).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2002): *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2009): *Responsabilidad Extracontractual, 2ª edición* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ROSSO ELORRIAGA, Gian (2008): "Negligencia, imprudencia e impericia como conceptos negativos integradores de la culpa: intento de conceptualización", en: Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing).

RUZ LARTIGA, Gonzalo (2011): *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y responsabilidad extracontractual* (Santiago, Legal Publishing).

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2018): "Las funciones de la razonabilidad en el Derecho Privado chileno", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 51).

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2023): "Contrato de arrendamiento de ejecución de obra material", en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

STUARDO DE LA TORRE, Ena (1941): *De los riesgos en el seguro marítimo*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/205215>.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2009): "Contra una presunción general de culpa por el hecho propio", en: Pizarro Wilson, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Legal Publishing).

TRONCOSO LARRONDE, Hernán (s.f.): *Revista de D.J.T.*, XXXV, Sección 1.

ZORZETTO, Silvia (2018): *Concepto de riesgo y principio de precaución* (Santiago, Olejnik).

Jurisprudencia citada

Vallejo Choydeng, Héctor y otra con Cia. Minera San Esteban (2006): Corte de Apelaciones de Copiapó, 05 de marzo de 2006, rol N°557-2006, CL/JUR/787/2008.

Bustamante Gaete, Claudio con Asociación del Canal San Vicente (2011): Corte Suprema, 10 de agosto de 2011, rol n°1940-2009, CL/JUR/10279/2011.

Corvera Vergara, Diego Jose con Empresa de los Ferrocarriles del Estado (2015): Corte Suprema, 19 de octubre de 2015, rol n°6242-2015, CL/JUR/6235/2015.

Hermosilla Barahona, Eva De Las Mercedes con Inmobiliaria Numancia Ltda., Labra Labrin Isaac E., Empresa Constructora Sigro S.A. (2017): Corte Suprema, 15 de junio de 2017, rol n°41095-2016, CL/JUR/3873/2017.

Letelier Cerda, Solange Ruth con Esval S.A. (2021): Corte Suprema, 22 de febrero de 2021, rol n°18949-2018, CL/JUR/36154/2021.

Normas citadas

Código Civil, de 01 de enero de 1857.

Código de Procedimiento Civil, de 30 de agosto de 1902.

Código de Comercio, de 23 de noviembre de 1865.

Ley N°19.335, Chile (1994), establece régimen de participación en los gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica.

Concesiones mineras y el litio: Explorando tensiones legislativas y judiciales sobre su régimen jurídico

Mining concessions and lithium: Exploring legislative and judicial tensions over its legal regime

FERNANDO DÍAZ GONZÁLEZ*

*Universidad de Valparaíso, Chile.
(<https://orcid.org/0000-0003-3213-5105>)

Recibido:

10 de marzo, 2026

Aceptado:

02 de junio, 2026

Publicado:

26 de junio, 2026

*Autor de

correspondencia

Fernando Díaz González
Universidad de Valparaíso,
Valparaíso, Chile.

Correo electrónico:

fernando.diaz@uv.cl

Concesiones mineras y el litio: Explorando tensiones legislativas y judiciales sobre su régimen jurídico. (2026). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 48, (41-58). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n48.03>

RESUMEN

La demanda global de minerales críticos para la transición energética ha situado a Chile en el epicentro de complejas disputas sobre el régimen jurídico que habilita la explotación del litio, una sustancia no susceptible de concesión minera. El artículo explora estas tensiones mediante el análisis de proyectos de ley presentados entre 2005 y 2024, junto con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional (desde 2018 a la fecha), con el objetivo de comprender qué está en juego ante un eventual cambio de régimen. Los resultados revelan una polarización entre iniciativas que buscan reforzar el carácter estratégico y no concesible del litio y otras que promueven su concesibilidad plena, así como conflictos judiciales recurrentes en materia de consulta indígena y régimen fiscal-tributario. A partir de estos hallazgos, el artículo discute que un eventual cambio de estatuto jurídico implicaría la pérdida de control estratégico del poder político-administrativo sobre el recurso, la entrega de la decisión sobre la concesión al poder judicial, la exclusión de las comunidades indígenas del proceso de otorgamiento y una transformación del modelo fiscal.

PALABRAS CLAVE

Concesiones mineras, transición energética, regulación del litio, régimen jurídico, minerales críticos.

ABSTRACT

The global demand for critical minerals required for the energy transition has placed Chile at the center of complex disputes regarding the legal regime governing the exploitation of lithium, a substance not subject to mining concessions. This article examines these tensions through an analysis of legislative bills introduced between 2005 and 2024, together with recent case law from the Supreme Court and the Constitutional Court (from 2018 to present), with the aim of identifying what is at stake in the event of a potential change in the applicable legal regime. The findings reveal a marked polarisation between initiatives seeking to reinforce the strategic and non-concessionable nature of lithium and others promoting its full concessionability, as well as recurrent judicial disputes concerning Indigenous consultation and the fiscal and tax regime. On this basis, the article argues that a change in the legal status of lithium would entail a loss of strategic control by the political-administrative authorities over the resource, transferring decision-making power regarding its allocation to the judiciary, excluding Indigenous communities from the granting process, and transforming the existing fiscal model.

KEYWORDS

Mining concessions, energy transition, lithium regulation, legal regime, critical minerals.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, la minería del litio ha emergido como un sector estratégico debido a su papel en la transición energética global, la cual depende de la extracción y transformación de minerales críticos —como el litio— para ser utilizados en diversos rubros relativos al almacenamiento de energía y la electromovilidad.¹ Especialmente, se espera que las baterías de iones de litio, conocidas por su alta densidad energética, contribuyan a mitigar la contaminación del aire causada por la quema de combustibles fósiles y hagan que la energía renovable sea más viable y asequible.² Por otro lado, dada la alta concentración económica de este mineral en varios salares de la región andina del norte de Chile,³ cerca del 41% de las reservas mundiales,⁴ el país se ha situado como un actor cada vez más relevante en la minería del litio a nivel global.

Como consecuencia, el litio ha despertado un gran interés en la agenda político-legislativa de Chile y se plantea como la "*nueva oportunidad*" para consagrar un aprovechamiento sustentable de los recursos minerales —a diferencia de los ciclos pasados en la minería del salitre y el cobre—.⁵ En ese contexto, Chile ha asumido el desarrollo de esta industria como una política de Estado a través de la Estrategia Nacional del Litio (en adelante, ENL), una política de fomento que, entre otros aspectos, descansa en la alta rentabilidad de la explotación de litio y la condición de no ser concesible del mismo, explotación que en su defecto se llevaría a cabo especialmente a través de los Contratos Especiales de Operaciones de Litio (en adelante, CEOLes), al permitir —según se indica en el texto de la estrategia— una relación de beneficio mutua los intereses público-privado.⁶

Bajo aquel contexto, uno de los principales debates es el régimen jurídico del litio y si debiera ser un mineral concesible o no. Dicha discusión, si bien apunta a un problema legal más que constitucional,⁷ hunde sus bases en la regulación sobre recursos minerales que contiene el texto fundamental. La Constitución Política de la República de Chile (en adelante, CPR), en el denominado "*estatuto constitucional de la propiedad*",⁸ dedica los párrafos del 6° al 10° del artículo 19 N°24 a los recursos minerales, en lo que se conoce como "*propiedad minera*" o "*dominio público minero*", dependiendo del autor que se consulte.⁹ En particular, en los incisos sexto y siguientes del artículo 19 N°24, la CPR se ocupa de regular el dominio del Estado sobre las minas, y los derechos correlativos de quien aprovecha la riqueza mineral.¹⁰ Principalmente, establece un régimen en el que, si bien el Estado tiene el dominio de las minas (incluyendo los salares), entrega a la ley la determinación de qué sustancias pueden ser objeto de concesión de exploración o explotación minera (inciso 7°), estableciendo marcadas diferencias entre ambos estatutos.¹¹

El esquema de concesiones mineras a particulares, implica que serán constituidas a través de resolución judicial, poseyendo las concesiones de explotación (o pertenencias) un carácter indefinido en el tiempo, y tuteladas en

¹ FORTIN (2024), p. 211.

² LIU y AGUSDINATA (2020).

³ CABELLO (2022), p. 303.

⁴ UNITED STATES GEOLOGICAL SURVEY (2021), p. 99.

⁵ POVEDA (2020), p. 36.

⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2023), p. 20.

⁷ GARCÍA (2024).

⁸ FERNANDOIS (2010), p. 208.

⁹ AZUAJE (2020), p. 207.

¹⁰ GARCÍA (2018), p. 230.

¹¹ Existen dos especies de concesiones mineras: por un lado, la concesión de exploración otorga derechos para estudiar y buscar la existencia de minerales en un área determinada; por otro lado, la concesión de explotación otorga el derecho de obtener y comercializar los minerales que se encuentren en un área determinada. Véase VERGARA (1998), p. 250.

plenitud por el derecho de propiedad.¹² Dicha configuración sería *"el eje constitucional de un sistema que ampara con estabilidad las cuantiosas inversiones necesarias en esta área"*,¹³ y cuya arquitectura legal se encuentra en el Código de Minería (en adelante, CMi) de 1982 y la LOC de Concesiones Mineras (en adelante, LOCCM) de 1981, bajo el diseño legal de la *"concesión plena"* del entonces ministro de minería José Piñera. Aquel exministro, en su libro *"Fundamentos de la Ley Constitucional Minera"*, describe el fundamento detrás de este diseño legal, señalando el contexto en el cual esta se diseñó —a principios de 1980, durante la dictadura chilena— que *"la aplicación al caso de la concesión minera requería que el derecho de concesión involucrara el derecho a explotar y "continuar" explotando la mina, y así lo establecimos"*.¹⁴

Así el diseño de las concesiones plenas descansa, en palabras del propio Piñera, en poseer *"todos los atributos jurídicos necesarios para garantizar al inversionista privado y también para resguardar el interés nacional"*,¹⁵ y estaría caracterizada por al menos cuatro elementos claves: está protegida por el derecho de propiedad, la eventual expropiación sólo puede hacerse con una justa indemnización, es un derecho de duración indefinida, no tiene plazo determinado por ley, su conservación depende del pago de una patente anual, y -lo más destacado por su autor- no depende del poder político, *"su nacimiento, subsistencia y extinción están entregadas al Poder Judicial"* en cuyo proceso el juez *"sólo reconoce la existencia del derecho que otorga el descubrimiento"*.¹⁶ En este sentido, el diseño establecido por la LOCCM en conjunto con el CMi implica que, aunque el Estado es el dueño de todas las minas, la exploración y explotación se otorgan en concesión a privados, que pueden tener acceso a los minerales obteniendo una concesión otorgada por un tribunal ordinario de justicia y sin participación de un órgano administrativo especial responsable de otorgarlas,¹⁷ y establece explícitamente el carácter perpetuo de las concesiones.¹⁸

Asimismo, el régimen de la *"concesión plena"* no ha estado exento de críticas, sobre todo desde el punto de vista del interés público en el recurso mineral. Para Vildosola Fuenzalida, la fuente y matriz de la concesión minera plena descansaría en una especie de dominio subsidiario del Estado,¹⁹ lo cual, según explica García Machmar, justifica que el Estado tiene un *"dominio transitorio"*, es decir, que tiene como único objeto desprenderse de él y entregárselo al privado por una concesión plena.²⁰ En un sentido similar, Nacif explica que durante la discusión de la regulación del dominio público en el contexto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, CENC), pese a que en principio primó la voluntad del sector nacionalista del Ejército, parte importante del sector minero privado, a través de la regulación legal en la LOCCM y el CMi, *"consiguió que pasara a ser administrado por los tribunales ordinarios de justicia, con el objetivo de anular todo tipo de "discrecionalidad política" en la adjudicación de los yacimientos públicos"*.²¹

En la vereda opuesta se encuentra el régimen de las sustancias o minerales no concesibles —como el litio—, pues tienen un régimen jurídico con un diseño constitucional y legal menos absoluto en términos de propiedad y aprovechamiento privado. Al respecto, la CPR preceptúa en el inciso 10° del artículo 19 N°24 que existen tres

¹² VERGARA (1998).

¹³ FERNANDOIS (2010), pp. 208 y 209.

¹⁴ PIÑERA (2002), p. 24.

¹⁵ PIÑERA (2002), p. 27. En la misma línea, Hernán Büchi, en 1993, afirmaba que *"lo que se hizo [con esta ley] en el sector [minero] fue asegurar el concepto de propiedad: desregular, para que cada cual produjese con entera libertad; abrir el sector y toda la economía a la inversión extranjera"*. VERGARA (2003), p. 23.

¹⁶ PIÑERA (2002), p. 27.

¹⁷ MARTORELL (2020), p. 160.

¹⁸ GARCÍA (2018), p. 233.

¹⁹ VILDOSOLA (1999), p. 384.

²⁰ GARCÍA (2018), p. 234.

²¹ NACIF (2022), pp. 29 y 30.

modalidades para su exploración y explotación: por el Estado o por sus empresas; por concesiones administrativas y por CEOLes; quedando el origen de su otorgamiento en manos del gobierno o la administración del Estado, es decir, el poder político-administrativo. Respecto de la naturaleza jurídica de los CEOLes, se afirma que es claramente contractual, con altas dosis de discrecionalidad (que no es arbitrariedad), dado que se decide individualmente de acuerdo con cada proyecto y negociación.²² Sin embargo, como bien señala el profesor Rojas Calderón, tiene un régimen jurídico precario, prácticamente de reenvío a partir de lo que existe en materia de explotación petrolífera, y con prescripciones de carácter constitucional que derivan todo a un decreto supremo.²³

En ese sentido, desde el punto de vista de su otorgamiento, la diferencia principal entre las concesiones del inciso 7° y las concesiones administrativas o CEOLes que estos últimos dependen para su constitución de la discrecionalidad presidencial o administrativa, mientras que las primeras se constituyen a través de resolución judicial. Así, se ha dicho que aquella diferencia resalta *"un régimen jurídico más liberal, objetivo y reglado respecto de las sustancias concesibles, y un régimen de mayor intervención del Estado y de discrecionalidad administrativa más amplia respecto de las sustancias no concesibles"*.²⁴ Conforme explica García Machmar, *"mientras los títulos sobre las sustancias minerales "concesibles" son concesiones judiciales, es decir completamente reglados, los títulos sobre las sustancias minerales "no concesibles" son concesiones administrativas reguladas por decreto supremo "en cada caso", es decir, casi completamente discrecionales"*.²⁵ Ahora bien, el mayor o menor alcance de los títulos reglados frente a los títulos discrecionales no fue una determinación constitucional, sino que de la LOCCM, la que debía señalar *"qué sustancias minerales"*, de las que son parte del dominio público, son concesibles.²⁶

En el caso del litio existe además un régimen especial para su explotación por titulares históricos de concesión minera amparados por la legislación vigente previa al Decreto Ley N°2.886 de 1979, el primer instrumento legal que otorgó al litio el carácter de sustancia no concesible. En ese sentido, dicho Decreto Ley establecería la *"reserva general del litio en favor del Estado"*,²⁷ la cual también está consagrada en la LOCCM y el CMi. Rojas señala que hoy esa *"reserva"* se concreta en la *in-concesibilidad*, quedando solamente el régimen especial de asignación de derechos de uso y aprovechamiento de litio por vía administrativa.²⁸

La regulación jurídica del litio del Decreto Ley N°2.886 implicó también la consagración de una excepcionalidad respecto del régimen actual no reglado,²⁹ permitiendo que, pese a ser un recurso reservado al Estado desde 1979, paradójicamente las dos principales entidades que explotan litio son dos de las compañías transnacionales más grandes en el área de explotación del litio.³⁰ Ello es así ya que en la actualidad existen pertenencias de litio (propiedad minera establecida previo a 1979).³¹ cuyos titulares pueden explotar el mineral sin requerir de un CEOL, correspondiendo aquellas a CODELCO en el Salar de Pedernales y CORFO en el Salar de Atacama, y son explotadas mediante contratos de arrendamiento con SQM Salar y Albermarle S.A., los que tienen vigencia hasta 2030 y 2044.³²

²² ROJAS (2024), p. 214.

²³ ROJAS (2024), p. 218.

²⁴ CAVADA (2019), p. 4.

²⁵ GARCÍA (2018), p. 231.

²⁶ GARCÍA (2018), p. 231.

²⁷ DE LA BARRA (2023), p. 163.

²⁸ ROJAS (2024), p. 215.

²⁹ NACIF (2022), pp. 34 y 35.

³⁰ SLIPAK y URRUTIA (2019), p. 95.

³¹ De acuerdo con el artículo 2° del CMi, las pertenencias mineras corresponden a las concesiones mineras de explotación.

³² MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2023), pp. 20 y 21.

Lo anterior se explica porque el Estado chileno en 1979 designó al litio como un "*mineral estratégico*" con el objetivo de ejercer un mayor control sobre la extracción de litio, particularmente por su relevancia en la fabricación de armas nucleares.³³ Para resguardar los salares, el Decreto Ley N°2.886/79 impuso limitaciones sobre todas las futuras concesiones. En la práctica, luego de unos años, esta regulación derivó en un "*monopolio virtual*" para los titulares de contratos de arrendamiento sobre las concesiones definidas con anterioridad a la designación estratégica.³⁴ En el caso de Albemarle, ya operaba en el desierto de Atacama al momento del mencionado Decreto Ley, por lo que fue incorporada al régimen bajo la figura de derechos adquiridos.³⁵ En cuanto a SQM, dado que CORFO cuenta con pertenencias mineras en el Salar de Atacama, en las cuales se obtuvo la concesión de litio antes de la entrada en vigor del Decreto Ley N°1.979, tiene en arriendo parte de estas pertenencias a SQM, y por contrato, está imposibilitado de arrendar o explotar para sí el resto de las pertenencias.³⁶

Atendiendo este contexto, la pregunta indagatoria de este artículo se concentra en: ¿Qué está en juego detrás de la discusión sobre si el litio debiera ser o no un mineral susceptible de concesión minera? En respuesta a esta interrogante, habiendo ya introducido el contexto histórico-jurídico del régimen del litio y su actual relevancia, el objetivo principal de lo que sigue del trabajo es identificar y sistematizar las implicancias político-jurídicas ante un eventual cambio de régimen aplicable al litio. Para ello, se plantea como hipótesis central que una transición legal hacia la concesibilidad plena del litio implicaría la pérdida de control estratégico por parte del poder político-administrativo, trasladando el poder de decisión sobre la concesión del recurso al poder judicial, causando un riesgo de exclusión de las comunidades indígenas del proceso de otorgamiento y transformando el modelo fiscal vigente. Para evaluar esta premisa, a partir de la metodología presentada en la sección que sigue, se revisan los proyectos de ley presentados sobre este asunto en las últimas dos décadas, así como ciertos casos judiciales recientes que ilustran las problemáticas e intereses en disputa.

II. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA Y CORPUS DE ANÁLISIS

En virtud de la pregunta indagatoria, el corpus analizado se estructura en base a las últimas dos etapas de la gobernanza del litio desarrolladas por Poveda,³⁷ lo que incluye: proyectos de ley presentados entre los años 2005 y 2024, cuyas presentaciones coinciden con las etapas denominadas de "*hallazgo del litio*" y "*auge del litio*"; y sentencias dictadas en el ciclo del auge del litio, por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional dictadas en los últimos seis años y que versan sobre el derecho a la consulta indígena, el régimen fiscal del litio y la legalidad de los CEOLes.

Estos puntos se abordan desde el análisis de contenido como método principal de investigación, el cual constituye una herramienta que opera "*en el examen del Derecho como fenómeno político-social que solo puede ser comprendido en su progreso, la valoración crítica de las normas jurídicas, así como la apreciación del componente axiológico que le subyace*".³⁸ En ese sentido, la técnica principal es la investigación secundaria, utilizada para examinar los boletines legislativos y la jurisprudencia, así como la revisión de literatura especializada.

Para el examen de los boletines legislativos, se establecieron criterios de selección y exclusión de carácter temporal y temático. El único criterio de inclusión fue considerar los proyectos de ley presentados estrictamente durante

³³ JOHNSON ET AL (2024), p. 5.

³⁴ JOHNSON ET AL (2024), p. 5.

³⁵ KINGSBURY (2022), p. 564.

³⁶ COCHILCO (2009), p. 20.

³⁷ Existirían cuatro etapas históricas de la gobernanza del litio en Chile, a saber: i) Una gobernanza jerárquica, como recurso estratégico (1970-1983); ii) Una gobernanza de mercado, con la privatización y el salto productivo (1984-2004); iii) Una gobernanza jerárquica, implicada en el hallazgo del uso energético del litio (2005-2013), y iv) Una gobernanza jerárquica arraigada en el actual ciclo del auge del litio (2014- presente). POVEDA (2020), p. 35.

³⁸ MARTÍNEZ (2023), p. 3.

los dos últimos ciclos mencionados ("*hallazgo*" y "*auge*"), abarcando el periodo 2005-2024, excluyendo iniciativas previas que no abordaban un cambio de régimen o su fortalecimiento.

Respecto a la jurisprudencia, se aplicaron criterios similares de especificidad temática y jerárquica. La selección se restringió a sentencias emanadas de los máximos tribunales de justicia —Corte Suprema y Tribunal Constitucional—, excluyendo fallos de instancias inferiores que no llegaron a estas sedes. Asimismo, se aplicó un criterio de selección material estricto, incluyendo únicamente aquella jurisprudencia que versara sobre el régimen jurídico del litio, la validez o nulidad de los CEOLes, o conflictos sobre concesiones mineras ya vigentes vinculadas al litio. Cabe destacar que la muestra jurisprudencial resultante coincide de facto con la etapa del "*auge del litio*" (2018 en adelante), evidenciando la judicialización del recurso en el periodo más reciente.

A. Análisis de las tensiones legislativas y judiciales

1. Tensiones por el estatuto jurídico del Litio en actuales Proyectos de Ley en Chile

En la actualidad, existen cerca de 20 proyectos de ley, ya sean de reforma constitucional o legal, vinculados al régimen jurídico del litio y a la regulación de su explotación, todos los cuales han tenido origen en mociones parlamentarias.³⁹ La gran mayoría de estos proyectos busca que se refuercen el dominio público del litio y su carácter no concesible, mientras que un porcentaje minoritario —pero más reciente— persigue un cambio de régimen y que pase a ser un mineral susceptible de concesión minera. En especial, cobran relevancia las etapas de la gobernanza del litio presentadas por Poveda,⁴⁰ dado que es posible encontrar que los objetivos de los proyectos presentados han ido mutando e intensificándose a medida que avanzan estas etapas, tal como puede observarse en las siguientes tablas.

Tabla N°1:
Proyectos de ley en el periodo "*hallazgo del litio*" (2004-2013)⁴¹

N° Boletín	Año	Régimen del litio
8746-07	2012	No concesible
8303-08	2012	No concesible
8299-08	2012	No concesible
8247-07	2012	No concesible
6941-08	2010	No concesible
6940-08	2010	Concesible
6781-07	2009	No concesible
5655-08	2007	No concesible

En la tabla 1 están los boletines presentados en el periodo de 2007 a 2012, coincidiendo con la etapa de gobernanza "*hallazgo del litio*". De los ocho proyectos presentados en ese período, solamente uno persigue eliminar su estatus no concesible, a saber, el boletín N°6941-08 del año 2010. Dicho proyecto, entre sus fundamentos, destacó buscar "*abrir el mercado, declararlo como un mineral concesible y regular una efectiva y adecuada explotación del mismo, ya sea por inversionistas nacionales o extranjeros*".⁴²

³⁹ CURIA (2025), p. 320.

⁴⁰ POVEDA (2020).

⁴¹ Elaboración propia con base en información disponible en la Cámara de Diputados y el Senado.

⁴² Boletín N°6940-08 (2010), p. 2.

En paralelo, los siete proyectos restantes en el mismo periodo tienen fines diametralmente opuestos, y pueden agruparse en proyectos que buscaban: declarar de interés nacional el litio y reservar al Estado su exploración y explotación, y, además, fortalecer el carácter de mineral no concesible y estratégico del litio con jerarquía constitucional. Así, en el periodo se encuentra un cúmulo de proyectos de ley que buscan consagrar la no concesibilidad del litio, ya sea modificando la Carta Fundamental en el artículo 19 N°24 inciso 7° para incluir al litio entre sustancias no concesibles, o reservando su uso al Estado (Boletines N°6.781-07, 8299-08 de 2012, y 10168-07 del 2012), o bien declaran no susceptible al litio dada su relevancia nacional al tratarse de un material atómico o radioactivo (boletín N°5655-08 de 2007 y boletín N°6781-07 de 2009). Además, en el caso específico del boletín N°8247-07 del 2012, se buscó obligar al ejecutivo a solicitar autorización parlamentaria previa para suscribir CEOLes, incorporando al legislativo como un actor en el proceso contractual minero.

Tabla N°2:
Proyectos de Ley en el periodo "*auge del litio*" (2014- presente)⁴³

N° Boletín	Año	Estatus del litio
16.785-07	2024	Concesible
16778-08	2023	Concesible
16117-08	2023	Concesible
16053-07	2023	No concesible
12832-07	2019	No concesible
12173-07	2018	No concesible
11903-07	2018	No concesible
11261-07	2017	No concesible
10638-08	2016	No concesible
10168-07	2015	No concesible

En el periodo inmediatamente posterior, esto es, en el "*auge del litio*" (desde el 2013 en adelante), se aprecian interesantes matices en los proyectos de ley presentados. Como se muestra en la tabla N°2, de los diez proyectos, sólo tres buscan derogar la no concesibilidad del litio. Estos, a su vez, corresponden a los tres últimos proyectos presentados en el Congreso Nacional de Chile sobre esta materia.

Así, se aprecian siete proyectos que mantienen la tendencia presentada en la tabla 1 en lo relativo a declarar de interés nacional del litio y fortalecer su carácter estratégico y no concesible, ya sea en jerarquía legal o constitucional (boletines N°10168-07 del 2015 y 10638-08 del 2016), pero, además, en los proyectos presentados desde el 2015 hay nuevos matices. Tal es el caso de aquellos que buscan facultar al Estado para participar en la exploración y en la explotación del litio a través de empresas públicas o una nueva empresa nacional (boletines N°11261-07 del 2017, 11903-07 y 12173-07 del 2018, y 12832-07 del 2019). Sumado a que un grupo de parlamentarios presentaron en el 2023 el boletín N°16.053-07 que modifica el artículo 19 N°24 inciso 10° para incorporar un grado de participación de los pueblos indígenas en la propiedad o administración de los yacimientos que señala aquél inciso, relativos a sustancias no concesibles, y las formas específicas en que se desarrolla su exploración y explotación, como los CEOLes.

En el caso de los proyectos más recientes, los tres últimos apuntan directamente a cambiar el régimen jurídico del litio a un mineral susceptible de concesión minera. Así, se encuentran aquellos que buscan, por medio de modificaciones legislativas al CMI y a la LOCCM, permitir que el litio sea concesible (boletines N°16.117-08 y 16.778-0 de 2023). Sumado a este intento de derogar la no concesibilidad por reformas legales, el último proyecto busca constitucionalizar la concesibilidad del litio a través de un régimen especial. Se trata del boletín N°16. 785-07 de

⁴³ Elaboración propia en base a información disponible en Cámara de Diputados y Senado.

2024, el cual busca modificar la CPR en lo relativo a la exploración y explotación del litio, incorporando un nuevo inciso undécimo, para que este mineral pueda ser entregado en concesión a empresas privadas, según señala, *"de conformidad a lo establecido en una ley especial que regulará el procedimiento pertinente"*.⁴⁴

Bajo lo anterior, es posible observar que en las últimas dos décadas se han presentado proyectos de ley con marcadas posiciones contrapuestas, revelando tensiones legislativas sobre la concesibilidad del litio. Si bien tanto en el periodo del hallazgo como en el auge del litio la mayoría busca mantener su carácter actual de mineral no concesible, los últimos persiguen consagrarlo como un mineral concesible, tanto por vía de la reforma legal como constitucional.

2. Estudio de casos ante la Corte Suprema

Las principales causas que han sido sometidas a la jurisdicción de la Corte Suprema (*"la Corte"*) en torno al litio y su régimen jurídico han abarcado un periodo coincidente con la etapa del auge del litio (2014 - presente). Estas se insertan en un periodo de la minería de litio en el salar de Atacama que ha dado lugar a *"ciclos de conflictos, activismo social y procesos de negociación, que delinean claramente la interrelación entre la gobernanza mineral y los procesos de participación social"*.⁴⁵ En particular, se trata de seis causas que directa o indirectamente han versado sobre el asunto de la inconcesibilidad.

Como muestra la tabla N°3, a excepción de la causa rol 13.228-2022, la gran mayoría corresponden a impugnaciones que comunidades indígenas han presentado por concepto de consulta indígena durante la tramitación de proyectos mineros de litio. En ese sentido, dan cuenta del estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la consulta indígena, cuyos contornos han sido definidos principalmente en sede de recurso protección.⁴⁶ A continuación, e revisan en orden cronológico, primero las causas sobre recursos de protección y luego la única causa sobre casación en el fondo.

Tabla N°3:
Tensiones judiciales por el litio ante la Corte Suprema⁴⁷

Rol	Año	Caratula	Materia
10.455-2023	2023	Comunidad Indígena Colla Pai-Ote c. Subsecretaría de Minería	Protección
13.228-2022	2023	Simbalik Group Inversiones Limitada con Fisco de Chile	Casación
99-2022	2022	Comunidad Atacameña Atar con Ministerio de Minería	Protección
8.507-2022	2022	Comunidad Indígena Coya con Ministerio de Minería	Protección
154.694-2020	2021	Rivera c. Servicio de Evaluación Ambiental Araucanía	Protección
25.142-2018	2019	Asociación Indígena Consejos Pueblos Atacameños con SQM Potasio S. A	Protección

La primera corresponde a la causa rol 25.142-2018, la cual enfrentó al Consejo de los Pueblos Atacameños contra CORFO y SQM, impugnando contratos de 2018 que renovaban el arrendamiento entre ambas entidades y ampliaban la cuota de explotación de litio en el Salar de Atacama. Alegaron vulneración del Convenio 169 de la OIT en lo relativo a la omisión de consulta previa, pese a afectar territorios ancestrales y recursos hídricos, invocando los numerales 2°, 8° y 24° del artículo 19 CPR. La Corte rechazó el recurso fundamentando que los contratos derivaban de una conciliación arbitral y no de un acto administrativo, y resolvió que no existía amenaza

⁴⁴ Boletín 16.785-07 (2024), p. 4.

⁴⁵ PETRAVATZI ET AL (2022), p. 685.

⁴⁶ VALDIVIA Y BLAKE (2024), p. 147.

⁴⁷ Elaboración propia con base en el buscador jurisprudencial del Poder Judicial.

inminente, pues la modificación contractual no alteraba las autorizaciones ambientales vigentes, no siendo la acción de protección la vía idónea para debatir la validez de los contratos.⁴⁸

Posteriormente, en la causa rol 154.694-2020, recurre Elena Rivera o junto a otros habitantes de la cuenca del Salar de Maricunga, impugnando la negativa del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de Atacama a abrir un proceso de participación ciudadana (PAC) en la evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) del proyecto "*Exploración Salar de Maricunga*" de Codelco. En particular, alegó que, pese a reconocer externalidades negativas del proyecto, el SEA interpretó restrictivamente el requisito de "*beneficios sociales*" del artículo 30 bis de la Ley N°19.300 excluyendo injustificadamente la PAC, lo cual habría vulnerado los numerales 2° y 8° del artículo 19 CPR. Por su parte, el SEA defendió su decisión, argumentando que el proyecto no generaba "*beneficios sociales*" para las comunidades y que la vía idónea era impugnar en el Tribunal Ambiental. La Corte acogió el recurso de protección, revocando la sentencia apelada, y ordenando al SEA iniciar la PAC. Entre sus fundamentos, consideró que el proyecto sí genera beneficios sociales –como empleo local o mejora de caminos–, lo cual permitiría aplicar al caso el artículo 4 de la Ley N°19.300 que exige facilitar la PAC, siendo la negativa del SEA ilegal.⁴⁹

Recientemente, en el 2022, la Corte falló dos causas presentadas por las comunidades indígenas Colla y Atacameña (o Lickanantay) contra el Ministerio de Minería por la licitación de un CEOL en el Salar de Atacama. Se trata de las causas roles 99-2022 y 8.507-2022 por apelación de protección presentadas por ambas comunidades contra el Decreto N°23 del Ministerio de Minería que impulsaba una licitación de litio para otorgar un CEOL, alegando que faltó consulta previa. En la primera causa, la Corte falló a favor de las comunidades, revocando las sentencias de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y dejando sin efecto el Decreto Supremo N°23, esto es, derogándolo, subrayando que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y que su omisión constituye una acción ilegal y arbitraria que vulnera la garantía del artículo 19 N°2 CPR,⁵⁰ mientras que la segunda revocó la adjudicación del CEOL señalando que el proceso carecía de fundamento legal tras la invalidez del Decreto N°23 por la causa anterior.⁵¹

Los efectos políticos de estas dos últimas sentencias de la Corte fueron inmediatos, y pueden observarse en los fundamentos de algunos de los recientes boletines legislativos analizados en la sección anterior. El boletín N°16.785-07 del 2024 que busca constitucionalizar el litio como mineral concesible, en parte de sus fundamentos se refiere a estas causas para ejemplificar la necesidad de un cambio de régimen dadas las consecuencias del actual que desaceleran el crecimiento y la inversión en litio,⁵² y paradójicamente, también se invocaron para justificar la necesidad de incorporar la participación de pueblos indígenas en la administración y/o propiedad de yacimientos entregados en CEOLes, en el boletín N°16.053-07 del 2023.⁵³

Curiosamente, en la última causa asociada a este asunto, rol N°10.455-2023, la Corte fallaría rechazar la apelación del recurso, confirmando la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Coquimbo. En aquel caso, la controversia se suscitó por la dictación de dos decretos en el 2018 y 2019 que aprobaron un CEOL entre el Estado y la empresa Salar de Maricunga SPA para la exploración y explotación de litio. La comunidad Colla Pai-Ote alegó que aquél salar es territorio ancestral utilizado para ganadería trashumante, ceremonias sagradas y subsistencia, y que el CEOL afectaría su forma de vida, prioridades de desarrollo y recursos hídricos, incumpliendo el Convenio 169 de la OIT en lo relativo a que exista consulta previa, invocando el artículo 19 N°2 CPR. Sin embargo, la Corte rechazó el recurso por extemporaneidad, dado que se interpuso más de cuatro años después del primer decreto.⁵⁴

⁴⁸ *Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A.* (2019), considerandos 5°-9°.

⁴⁹ *Rivera con Servicio de Evaluación Ambiental Araucanía* (2020), considerandos 7°-19°.

⁵⁰ *Comunidad Atacameña Atar con Ministerio de Minería* (2022), considerando 10°.

⁵¹ *Comunidad Indígena Coya con Ministerio de Minería* (2022), considerando 20°.

⁵² Boletín N°16.784-07 (2024), p. 2.

⁵³ Boletín N°16.053-07 (2023), p. 3.

⁵⁴ *Comunidad Indígena Colla Pai-Ote con Subsecretaría de Minería* (2023), considerando 8°.

Si bien son varios los elementos cruciales que resaltan estas controversias, es de especial relevancia para este artículo cuestionar en qué situación quedarían los derechos de consulta previa de las comunidades indígenas en caso de prosperar el cambio de régimen del litio. Lo anterior no es baladí, pues en el actual esquema de procedimiento concesional no es posible realizar consulta indígena,⁵⁵ lo cual ha sido fuertemente criticado como un incumplimiento del Estado de Chile respecto de su obligación establecida en el artículo 15 N°2 del Convenio 169.⁵⁶ Gran parte de la jurisprudencia ha entendido que no es necesaria la consulta por tratarse de resoluciones judiciales -y no administrativas- que escapan de su alcance.⁵⁷ Al respecto, la única sentencia en donde se ha admitido consulta indígena en concesiones mineras ha sido el fallo rol Civil-297-2020 de la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual, si bien es histórico, no deja de ser aún un caso aislado.⁵⁸

Finalmente, el único caso identificado sobre el régimen del litio que no versa sobre consulta indígena es la causa rol N°13.228-2022, cuya controversia se basa en la posibilidad de los particulares para la explotación de litio.⁵⁹ Se trata de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco de Chile contra una sentencia que declaró la constitución de servidumbres mineras a favor de Simbalik Group Inversiones para explotar litio en el Salar de Maricunga, pese a que sus concesiones mineras -constituidas en 1936 bajo el CMi de 1932 y no el de 1983- solo autorizaban la extracción de cloruro de sodio. En ese sentido, el Fisco argumentó que las concesiones de Simbalik no incluyen el litio, pues se trata de una sustancia reservada al Estado desde 1979 por el Decreto Ley N°2.886, cuyo artículo 5° solo exceptúa de la reserva estatal a concesiones anteriores a 1979 que hayan sido constituidas específicamente sobre litio o sobre sustancias metálicas no concesibles, siendo el cloruro de sodio una sustancia no metálica. Por su parte, Simbalik argumentó que bajo el CMi de 1932 se incorporan todas las sustancias no concesibles, incluyendo el litio. La Corte decidió rechazar el recurso de casación, argumentando que el Fisco no alegó en su contestación -en primera instancia- que las concesiones de Simbalik no permitían explotar litio, y solo lo hizo en la apelación, por lo que era una defensa extemporánea que no puede fundar la casación.⁶⁰

De todas formas, el fallo no estuvo exento de tensiones, pues el ministro Blanco votó en contra de la decisión, señalando que las concesiones de cloruro de sodio nunca incluyeron litio y no correspondería haber aplicado el artículo 1° transitorio N°5 del CMi de 1983, pues el litio ya estaba reservado al Estado desde 1979.⁶¹ El fallo en ese sentido evita resolver el fondo del conflicto, en torno a si el litio puede explotarse bajo concesiones mineras antiguas de cloruro de sodio, priorizando los requisitos de la casación y dejando abierta la puerta a futuros litigios sobre el litio y su explotación en concesiones mineras constituidas pre-1979.

3. Estudio de casos ante el Tribunal Constitucional

En esta sección nuevamente cabe resaltar la correlación entre el aumento de conflictividad judicial sobre el estatuto constitucional y legal del litio en el periodo del "*auge del litio*" (desde 2014).⁶² Así, de las seis sentencias del Tribunal Constitucional ("*TC*") disponibles en su base de datos sobre recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,⁶³ las últimas cuatro son del año 2019 y 2020, coincidiendo con la etapa señalada.

⁵⁵ SALMONA (2021).

⁵⁶ CARMONA (2020).

⁵⁷ SALMONA (2021), p. 285.

⁵⁸ GUERRA (2022), p. 341.

⁵⁹ DE LA BARRA (2024), p. 162.

⁶⁰ *Simbalik Group Inversiones Limitada con Fisco de Chile* (2023), considerando 4°-5°.

⁶¹ Voto en contra del ministro señor Blanco, *Simbalik Group Inversiones Limitada con Fisco de Chile* (2023), considerando 4°.

⁶² POVEDA (2024).

⁶³ Véase buscador de jurisprudencia, palabra clave: litio. https://tcchile.cl/busqueda/buscador_contenido.php.

Tabla N°4:
Tensiones por el litio ante el Tribunal Constitucional ⁶⁴

Rol	Año	Caratula
7549	2020	SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos
7549	2020	SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos
7559	2020	SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos
4716	2019	Sociedades Legales Mineras con Ministerio de Minería y otros

La causa más antigua indicada en la tabla N°4, rol N°4.716 del 2019, involucró a seis sociedades legales mineras que explotan sustancias concesibles (potasio, boro, magnesio) en el Salar de Maricunga, las que recurrieron en contra del Ministerio de Minería, por la celebración de un CEOL con CODELCO y su filial Salar de Maricunga SPA, es decir, con una empresa del Estado. Las sociedades alegaron que aquello vulnera el derecho a la igualdad del artículo 19 N°22 CPR al excluirlas de un proceso de licitación para operar el litio, privilegiando a una empresa estatal sin justificación, y el derecho de propiedad del artículo 19 N°24 CPR al obligarlas a separar y entregar el litio (sustancia no concesible) a un tercero (Salar de Maricunga SPA), limitando su explotación de sustancias concesibles. En ese sentido, impugnaron el artículo 9° del CMi que permite al Estado exigir a los productores separar sustancias no concesibles (como el litio) de los productos mineros y entregarlas al Estado o enajenarlas por su cuenta, y el artículo 16 de la LOCCM, al establecer que la concesión minera no otorga derechos sobre sustancias no concesibles, las cuales pueden ser tomadas por el Estado. Por su parte, el Ministerio y CODELCO se respaldaron argumentando que el litio es una sustancia no concesible reservada al Estado por interés nacional a partir del Decreto Ley N°2.886/1979, por lo que el Estado puede explotarlo directamente o mediante contratos sin requerir licitación conforme el artículo 19 N°24 CPR.

Frente a esta controversia, el Tribunal Constitucional desarrolla varios razonamientos vinculados con el régimen del litio. En sus considerandos, declara que, diferencia de lo que ocurre con los hidrocarburos líquidos o gaseosos (exceptuados de concesión en el artículo 19 N°24 CPR), la in-concesibilidad del litio es de origen legal y no constitucional.⁶⁵ Enseguida, resolvió rechazar el requerimiento, considerando que el artículo 9° del CMi no es decisivo para resolver la gestión judicial pendiente, ya que esta cuestiona la legalidad de la licitación del CEOL y no la aplicación concreta de la norma impugnada, no demostrándose una conexión que vulnere los derechos alegados.⁶⁶ Además, declaró que es una sustancia no concesible reservada al Estado, que puede explotarla mediante CEOLes sin que exista una obligación de licitar en la actual regulación, y sobre el derecho de propiedad, resaltó que las concesiones mineras solo otorgan propiedad sobre sustancias extraídas, no sobre el suelo en el cual el mineral se extrae.⁶⁷

Las siguientes causas indicadas en la tabla N°4 se tratan de tres recursos de inaplicabilidad interpuestos por SQM Salar S.A. contra el Servicio de Impuestos Internos (SII) y fueron falladas conjuntamente. La controversia versó sobre el régimen fiscal-tributario de la explotación de litio, respecto del artículo 64 bis de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) que establece un impuesto específico a la actividad minera (IEM). SQM argumentó que el SII ha vulnerado la reserva legal tributaria del artículo 19 N°20 CPR al aplicar un tributo sin base legal, extendiendo el IEM a la explotación del litio, a pesar de que esta sustancia no es concesible. Además, afirmó que la decisión del SII genera inseguridad jurídica y un trato arbitrario, al imponer el impuesto a SQM, mientras que otros actores que explotan el litio mediante CEOL no están gravados. Por su parte, el SII argumentó que el litio explotado por SQM, en virtud de contratos de arrendamiento con CORFO, sí se encuentra sujeto al IEM, pues la empresa actúa

⁶⁴ Elaboración propia en base a buscador jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

⁶⁵ *Sociedades Legales Mineras con Ministerio de Minería y otros* (2019), considerando 14°.

⁶⁶ *Sociedades Legales Mineras con Ministerio de Minería y otros* (2019), considerando 34°- 36°.

⁶⁷ *Sociedades Legales Mineras con Ministerio de Minería y otros* (2019), considerando 40°- 42°.

como explotador minero bajo el régimen de concesión minera establecido previo a 1979, por lo que cumple con las condiciones para ser gravada. Además, afirmó que la controversia es de legalidad, no existiendo vulneración del principio de legalidad tributaria ni de los derechos de igualdad ante la ley, dado que la situación de SQM es excepcional y no comparable con la de los CEOLes. El Tribunal Constitucional, habiéndose producido empate, rechazó el requerimiento en las tres causas.⁶⁸

De los razonamientos del Tribunal Constitucional sobre el régimen jurídico, destaca que, aunque la CPR no menciona específicamente al litio, sí otorga al Estado el dominio exclusivo sobre todas las minas y encomienda a la ley la determinación de las sustancias concesibles. En ese sentido, señala que, pese a que el litio ha sido declarado no concesible por la LOCCM y el CMi, el Decreto Ley N°2.886/1979 mantiene concesiones anteriores, lo que crea un conflicto de legalidad, pues el SII interpreta que estas concesiones permiten gravar a SQM Salar con el IEM.⁶⁹ En ese sentido, remarca que, en términos de comparación entre explotadores de litio, se distingue entre aquellos con concesiones históricas, como SQM, y los nuevos explotadores bajo CEOL, quienes no estarían sujetos al IEM.⁷⁰

Los resultados permiten comprender algunas de las problemáticas en juego frente a la discusión sobre la concesibilidad del litio.

Los boletines legislativos demuestran una evolución en los fundamentos de distintos proyectos de ley, caracterizados por una polarización entre aquellos que buscan reforzar el régimen no concesible del litio versus aquellos que buscan exactamente lo contrario. Dicha polarización ha tenido una mutación a través de los dos últimos ciclos de gobernanza del litio, mientras en la etapa del "*hallazgo del litio*" predominan iniciativas para reforzar su carácter estratégico, no concesible y su reserva estatal, en el auge del litio, especialmente en los últimos tres años, emergen propuestas para transformarlo en un mineral concesible, argumentando agilización de inversiones y mayor recaudación fiscal a través del IEM.

El estudio de casos ante la Corte Suprema ilustra problemáticas en juego gatilladas por el aumento en intensidad y escala del activismo social contra la minería del litio,⁷¹ sobre todo en la etapa actual de auge del litio. En dicha etapa, han existido tensiones en relación con el derecho a la consulta de comunidades indígenas en el norte de Chile, llegando incluso a anular decretos supremos de CEOLes a través del recurso de protección. En paralelo, los casos ante el Tribunal Constitucional ilustran las actuales problemáticas de la regulación del litio y su no concesibilidad, en particular la reserva estatal para explotar el mineral sin obligación de licitación, así como su regulación especial pre-1979, que ha permitido su explotación por concesiones históricas arrendadas a SQM y Albemarle, lo cual tensiona su régimen fiscal-tributario, evidenciando beneficios que los actores involucrados en la exploración y explotación pudieran obtener o perder en caso de un cambio de régimen.

Bajo ese contexto, lo que está en juego con la concesibilidad es si se aplica al litio el modelo de "*concesión plena*", diseñado como respuesta a las reformas nacionalizadoras y sustentado en promover inversión extranjera en la explotación de los minerales concesibles, lo cual en términos prácticos significa entregar a los concesionarios un derecho perpetuo de exploración y explotación otorgado por resolución judicial, sin participación local ni político-administrativa. En ese sentido, un cambio de régimen implicaría que la explotación de litio en Chile adopte un modelo que llevó a la máxima expresión el carácter reglado y perpetuo de las concesiones de explotación, desequilibrando la protección de los intereses en juego en desmedro del interés público⁷² y asemejándose a un "*régimen de extracción en el que el Estado, en su capacidad administrativa y autoritativa, otorga a las empresas privadas titularidad sobre los recursos a perpetuidad*".⁷³

⁶⁸ SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020), considerandos resolutivos.

⁶⁹ SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020), considerando 12°.

⁷⁰ SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020), considerandos 14°-16°.

⁷¹ LIU y AGUSDINATA (2020).

⁷² GARCÍA (2018), pp. 250 y 251.

⁷³ APPEL (2019), p. 141.

El panorama, así, puede observarse con dos posturas tensionadas. La concesibilidad, bajo el régimen de concesión plena significa que se le aplica el IEM, lo que permitiría gravar la explotación de litio con el propósito de aumentar ingresos fiscales, tal como sucede actualmente con el cobre. Ello además estaría amparado en que la concesión minera es entregada por vía judicial, lo cual resultaría en un estímulo de certeza para la inversión extranjera en este rubro. Sin embargo, estos argumentos presentan antagonismos. Las posturas que buscan reforzar su carácter no concesible apuntan a que, al excluir el poder político-administrativo de su otorgamiento, entregándoselo al juez, se debilita la reserva estatal de este mineral, lo cual, en cierto modo, implica debilitar el sentido estratégico del mismo. A ello se suman dos efectos que la concesibilidad causaría, por un lado, profundizar la exclusión de las comunidades indígenas en el proceso de otorgamiento de concesiones mineras -pues no contemplan consulta indígena-, lo que pese a tensiones, ha sido posible en el actual régimen, y por otro, una posible pérdida de sentido de la actual ENL al no poder articularse en CEOLes bajo el paradigma de la cooperación público-privada.

A nivel de doctrina, por cierto, estas posturas también se ven tensionadas. Por un lado, hay autores que han planteado que, más allá de un cambio de régimen a mineral concesible, en este punto, lo clave es fortalecer el precario régimen de los CEOL, dotándoles de un genuino régimen jurídico, más cuando una parte importante de la ENL se asienta sobre alianzas público-privadas que requieren tener certeza para poder hacer sus inversiones.⁷⁴ Mientras que, por otro lado, hay autores que critican la discrecionalidad de los CEOL al carecer de un sistema de criterios públicos y objetivos para su asignación, y más bien, sugieren que hacer el litio concesible bajo el régimen general permitiría mayor competencia, mayor certeza jurídica y facilitaría la entrada de nuevos actores.⁷⁵

Así las cosas, el debate se revela como una cuestión eminentemente política que tensiona al sistema más allá de la regulación técnica. De no encontrarse mecanismos de balance adecuados entre el fomento a la inversión, el respeto a la participación de las comunidades y la preservación del control estratégico estatal, cualquier modificación en el régimen del litio puede terminar generando más conflictividad social en el desarrollo de esta industria.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis de los proyectos de ley y de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional permite constatar que la discusión sobre la concesibilidad del litio en Chile no responde únicamente a una controversia exclusivamente técnica sobre regímenes de explotación de recursos minerales, sino que expresa tensiones estructurales entre soberanía estatal, atracción de inversión, exclusión/inclusión de actores y justicia en la transición energética.

En el plano legislativo, los resultados del análisis muestran una evolución clara en los fundamentos de las iniciativas parlamentarias. Mientras en etapas iniciales predominan propuestas orientadas a reforzar su carácter de mineral estratégico y no concesible, en la fase actual emergen proyectos que buscan transformarlo en un mineral susceptible de ser entregado como concesión plena a privados e inversionistas, apelando a criterios de certeza jurídica, recaudación fiscal y dinamización de la inversión. Esta mutación en los proyectos de ley revela una polarización persistente y no resuelta, así como la falta de articulación de un diseño institucional que concilie intereses económicos, inclusión de voces locales y control estatal de minerales críticos.

En cuanto al estudio de casos, la jurisprudencia de la Corte Suprema analizada evidencia que el actual régimen del litio ha sido una fuente constante de conflictividad, particularmente en relación con el derecho a la consulta indígena y la utilización de instrumentos discrecionales como los CEOLes. A su vez, las decisiones del Tribunal Constitucional ponen de relieve las inconsistencias del régimen híbrido vigente, especialmente respecto de las concesiones históricas preexistentes a la reserva estatal de 1979 y su impacto en materia tributaria, dónde la piedra angular está en si la recaudación fiscal de la explotación del litio es por medio de impuestos (si es concesible) o por medio de rentas por las operaciones (régimen actual).

⁷⁴ ROJAS (2024), p. 218.

⁷⁵ WEINSTEIN (2025), p. 329.

A partir del análisis de estas tensiones, el artículo identifica qué está en juego detrás del debate sobre la concesibilidad del litio: la eventual extensión del modelo de concesión plena implicaría no solo un cambio jurídico, sino también una reconfiguración profunda del rol del Estado, del alcance del interés público y de los mecanismos de participación de actores locales e indígenas en la explotación de un mineral estratégico. Asimismo, dicha extensión conllevaría el riesgo de trasladar decisiones estratégicas y contingentes, propias del poder político-administrativo, hacia la esfera de competencias judiciales, reduciendo el margen de discrecionalidad sobre un asunto público clave en el contexto actual, dada la alta demanda de litio y su rol en la transición energética.

En definitiva, el debate legislativo y político sobre el litio no se agota en su régimen concesional, sino que interpela a diseñar herramientas normativas capaces de equilibrar diferentes posturas sobre el desarrollo de la industria en un contexto de transición energética global marcada por la constante presión -nacional y extranjera- para explotar minerales críticos.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Fernando Díaz González: 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

APPEL, Hannah (2019): *The Licit Life of Capitalism: Oil In Equatorial Guinea* (Durham, Duke University Press).

AZUAJE PIRELA, Michelle (2020): "Incorporación de las minas a la categoría del dominio público. Historia de su discusión doctrinaria y situación actual", en: *Ius et Praxis* (vol. 26 núm. 1).

CABELLO LECHUGA, José (2022): "Reserves, resources and lithium exploration in the salt flats of northern Chile", en: *Andean Geology* (vol. 49 núm. 2).

CARMONA CALDERA, Cristóbal (2020): "Minería en territorio indígena: analizando la ausencia de consulta en el

otorgamiento de concesiones mineras en Chile", en: *Revista de derecho Valparaíso* (núm. 55).

CAVADA HERRERA, Juan (2019): "Recaudación tributaria de la minería: Recaudación general, impuestos aplicables y situación del litio frente al impuesto específico a la actividad minera", en: *Asesoría Técnica Parlamentaria* (Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional).

COCHILCO (2009): "Antecedentes para una política pública en minerales estratégicos", en: *Dirección de Estudios y Políticas Públicas*.

CURIA MIRANDA, Felipe (2025): "Regulación del litio, un problema no abordado", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 41).

DE LA BARRA GARCÍA, Benjamín (2024): "Las concesiones mineras constituidas bajo la vigencia del Código de Minería de 1932 para explotar sustancias no metálicas: ¿habilitan para explotar litio hoy?", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 40).

FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico II* (Santiago, Ediciones UC).

FORTIN, Julie (2024): "Understanding the silent dimensions of social acceptability of a lithium project in the Cree community of Nemaska", en: Rodon, Thierry; Thériault, Sophie; Keeling, Arn; Bouard, Séverine y Taylor, Andrew (editores), *Mining and Indigenous Livelihoods* (Londres, Routledge).

GARCÍA MACHMAR, William (2018): "Reglados, gratuitos y perpetuos: Críticas a la asignación de títulos habilitantes sobre el dominio público", en: Arancibia Mattar, Jaime y Ponce Correa, Patricio (editores), *El dominio público. Actas de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo* (Santiago, Tirant Lo Blanch).

GARCÍA PINO, Gonzalo (2024): "Los caminos del litio para salir del statu quo", disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2024/05/29/913769/exministro-tc-gonzalo-garcia.aspx>.

GUERRA SCHLEEF, Felipe (2022): "Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco)", en: *Revista de derecho Valdivia* (vol. 35 núm. 2).

JOHNSON, Craig; CLAVIJO, Araceli; LORCA, Mauricio y OLIVERA ANDRADE, Manuel (2024): "Bringing the state back in the lithium triangle: An institutional analysis of resource nationalism in Chile, Argentina, and Bolivia", en: *The Extractive Industries and Society* (vol. 20).

KINGSBURY, Donald (2022): "Energy transitions in the shadow of a dictator: Decarbonizing neoliberalism and lithium extraction in Chile", en: *The Anthropocene Review* (vol. 10).

LIU, Wenjuan y AGUSDINATA, Datu (2020): "Interdependencies of lithium mining and communities sustainability in Salar de Atacama, Chile", en: *Journal of Cleaner Production* (vol. 260).

MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel (2023): "Sobre los métodos de la investigación jurídica", en: *Revista chilena de derecho y ciencia política* (vol. 14 núm. 1).

MARTORELL AWAD, Agustín (2020): "Mineral rights owners and renewable energies in Chile: An unsettled conflict" en: *Latin American Legal Studies* (vol. 6).

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2023): *Estrategia Nacional del Litio de Chile*.

NACIF, Federico (2022): "Dominio minero y reserva de litio en Chile. Una indagación histórica para el debate constituyente", en: *Realidad Económica* (vol. 52 núm. 346).

PETAVRATZI, Evi; SANCHEZ-LOPEZ, Daniela; HUGHES, Andrew; STACEY, John; FORD, Jonathan y BUTCHER, Andrew (2022): "The impacts of environmental, social and governance (ESG) issues in achieving sustainable lithium supply in the Lithium Triangle", en: *Mineral Economics* (vol. 35).

PIÑERA ECHENIQUE, José (2002): *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

POVEDA BONILLA, Rafael (2020): "Estudio de caso sobre la gobernanza del litio en Chile", en: *Serie Recursos Naturales y Desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)* (núm. 195).

ROJAS CALDERÓN, Christian (2024): "Los contratos especiales de operación de litio (CEOL) en el marco de la nueva estrategia nacional del litio en Chile", en: *Cuadernos De Derecho Regulatorio* (vol. 2).

SALMONA MAUREIRA, Francisco (2021): "Consulta indígena de concesiones mineras. Comentario de jurisprudencia", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 33).

SLIPAK, Ariel y URRUTIA REVECO, Santiago (2019): "Historias de la extracción, dinámicas jurídico-tributarias y el litio en los modelos de desarrollo de Argentina, Bolivia y Chile", en: Fornillo, Bruno (coordinador), *Litio en Sudamérica: Geopolítica, energía y territorios* (CLACSO).

UNITED STATES GEOLOGICAL SURVEY (2021): *Mineral commodity summaries 2021*, disponible en: <https://pubs.usgs.gov/publication/mcs2021>.

VALDIVIA OLIVARES, José y BLAKE BENÍTEZ, Tomás (2024): "La consulta indígena ante la jurisprudencia: cinco años (2020-2024)", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 40).

VERGARA BLANCO, Alejandro (1998): "Esquema del procedimiento concesional minero chileno", en: *Pro Jure Revista De Derecho* (núm. 12).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2003): "Crónica de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de 1982 y de su Real Impacto en la Doctrina y la Jurisprudencia", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (vol. 5 núm. 1).

VILDOSOLA FUENZALIDA, Julio (1999): *El dominio minero y el sistema concesional en América Latina y el Caribe* (Caracas, Editorial Latina C.A.).

WEINSTEIN DRULLINSKY, Daniel (2025): "Asignación de contratos especiales de operación de litio en el marco de la Estrategia Nacional del Litio", en: *Revista de Derecho Administrativo* (núm. 41).

Jurisprudencia citada

Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A. (2019): Corte Suprema, sentencia de 22 de abril de 2019, rol 25142-2018.

Sociedades Legales Mineras con Ministerio de Minería y otros (2019): Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 17 de julio de 2019, rol 4716-18.

SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020): Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 18 de junio de 2020, rol 7549-19.

SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020): Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 18 de junio de 2020, rol 7558-19.

SQM Salar con Servicios de Impuestos Internos (2020): Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 18 de junio de 2020, rol 7559-19.

Rivera con Servicio de Evaluación Ambiental Araucanía (2021): Corte Suprema, sentencia de 24 de febrero de 2021, rol 154694-2020.

Comunidad Atacameña Atar con Ministerio de Minería (2022): Corte Suprema, sentencia de 01 de junio de 2022, rol 99-2022.

Comunidad Indígena Coya con Ministerio de Minería (2022): Corte Suprema, sentencia de 01 de junio de 2022, rol 8.507-2022.

Comunidad Indígena Colla Pai-Ote con Subsecretaría de Minería (2023): Corte Suprema, sentencia de 21 de abril de 2023, rol 10.455-2023.

Simbalik Group Inversiones Limitada con Fisco de Chile (2023): Corte Suprema, sentencia de 05 de abril de 2023, rol 13228-2022.

Normativa citada

United Nations General Assembly, *Permanent sovereignty over natural resources*. Resolution 1803 [XVII], 14 de diciembre de 1962.

Decreto Ley N°2.886, 14 de noviembre de 1979.

Ley N°18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, 21 de enero de 1982.

Ley N°18.248, Código de Minería, 14 de octubre de 1983.

Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Otros documentos

SENADO (2007): Boletín N°5655-08, *"Impide otorgar en concesión, las sustancias radioactivas que señala"*, 19 de diciembre de 2007.

SENADO (2009): Boletín N°6.781-07, *"Declara a los materiales atómicos naturales y al litio como sustancias no concesibles de valor estratégico y reserva al Estado su exploración, explotación y beneficio"*, 1 de diciembre de 2009.

SENADO (2010): Boletín N°6940-08, *"Elimina el litio como mineral no concesible"*, 18 de mayo de 2010.

SENADO (2012): Boletín N°8247-07, *"Reforma Constitucional, artículo 19 N°24 inciso décimo, en materia de explotación del litio"*, 3 de mayo de 2012.

SENADO (2012): Boletín N°8299-08, *"Incluye al litio entre las sustancias mineras no susceptibles de concesión y reserva, al Estado y sus empresas, la exploración, explotación y beneficio de los derivados del metal"*, 10 de mayo de 2012.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2012): Boletín N°8303-08, *"Modifica el número 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, para reservar al Estado la exploración y explotación del litio y establecer modalidades en su régimen expropiatorio"*, 16 de mayo 2012.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2012): Boletín N°8746-07, *"Modifica Art. 19 N°24 de la Constitución Política de la República, reservando a las empresas del Estado o aquellas en las que éste tenga participación, la exploración y explotación del mineral litio"*, 20 de diciembre de 2012.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2015): Boletín N°10168-07, *"Reforma Constitucional que declara a los materiales atómicos naturales y el litio como sustancias de valor estratégico, no susceptibles de concesión y reserva al Estado"*

su exploración, explotación y beneficio", 1 de julio de 2015.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2016): Boletín N°10638-08, *"Declara de interés nacional la explotación y comercialización del litio, y la Sociedad Química y Minera de Chile S.A"*, 3 de mayo de 2016.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2017): Boletín N°11261-07, *"Modifica la Carta Fundamental para crear la Empresa Nacional del Litio"*, 7 de junio de 2017.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2018): Boletín N°11903-07, *"Faculta al Estado para desarrollar actividades empresariales de exploración y explotación de litio y modifica el decreto con fuerza de ley N°153, de 1960, que Crea la Empresa Nacional de Minería"*, 10 de julio de 2018.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2018): Boletín N°12173-07, *"Para consagrar la explotación directa del litio por el Estado de Chile"*, 17 de octubre de 2018.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2019): Boletín N°12832-07, *"Proyecto de reforma constitucional que crea la Empresa Nacional del Litio"*, 13 de agosto de 2019.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2023): Boletín N°16117-08, *"Proyecto de Ley: Modifica el Código de Minería para eliminar el litio como mineral no susceptible de concesión minera"*, 23 de julio de 2023.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2023): Boletín N°16778-08, *"Deroga la no concesibilidad del litio y establece una tasa única para su adquisición dentro de la concesión de explotación de que se trate"*, 23 de noviembre de 2023.

SENADO (2023): Boletín N°16053-07, *"Modifica el artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental, para incorporar un grado de participación de los pueblos indígenas en la propiedad o administración de los yacimientos que señala"*, 4 de julio de 2023.

CÁMARA DE DIPUTADOS (2024): Boletín N°16.785-07, *"Modifica la Carta Fundamental, en lo relativo a la exploración y explotación del litio"*, 23 de abril de 2024.

Debido proceso y expulsión administrativa: Análisis de la Ley N°21.325 frente a estándares interamericanos

Due Process and Administrative Expulsion: An Analysis of Law No. 21,325 Against Inter-American Standards

DANIEL ATENCIO HUGGINS*

*Universidad Central de Chile, Chile.
(<https://orcid.org/0009-0000-8586-469X>)

Recibido:

28 de mayo, 2026

Aceptado:

18 de junio, 2026

Publicado:

10 de julio, 2026

***Autor de**

correspondencia

Daniel Atencio Huggins
Universidad Central de
Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico:

datencioh@gmail.com

Debido proceso y expulsión administrativa: Análisis de la Ley N°21.325 frente a estándares interamericanos. (2026). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 48, (59-76). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.04>

RESUMEN

El presente artículo examina la compatibilidad del régimen de expulsión administrativa establecido por la Ley N°21.325, de Migración y Extranjería, con los estándares de debido proceso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A partir de un enfoque dogmático-jurídico, hermenéutico y de control de convencionalidad, se desarrolla un análisis jurisprudencial cualitativo de sentencias dictadas por la Corte Suprema de Chile entre 2022 y 2025. Se sostiene como hipótesis que el diseño procedimental de la normativa, al privilegiar la celeridad del control fronterizo, restringe el estándar de "oída y defensa" consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando una dependencia estructural de la intervención judicial como mecanismo correctivo *ex post*. Los resultados evidencian brechas de convencionalidad en la fase administrativa, particularmente en la ausencia de defensa técnica previa, la insuficiente fundamentación individualizada de las decisiones y la aplicación no sistemática de principios como el non-refoulement y la protección de la unidad familiar. Asimismo, se constata que la jurisprudencia nacional ha desempeñado una función correctora relevante, aunque fragmentaria, lo que revela una falta de internalización de los estándares interamericanos por parte de la Administración. En consecuencia, se concluye que la adecuación del régimen interno requiere la implementación de un protocolo de garantías mínimas en sede administrativa, que incorpore mecanismos de audiencia previa, asistencia letrada y efecto suspensivo de los recursos, asegurando una tutela judicial efectiva antes de la firmeza del acto de expulsión.

PALABRAS CLAVE

Debido proceso, expulsión administrativa, Ley N°21.325, estándares interamericanos, tutela judicial efectiva, control de convencionalidad, migración.

ABSTRACT

This article examines the compatibility of the administrative expulsion regime established by Act No. 21,325 on Migration and Aliens with the standards of procedural due process of the Inter-American Human Rights System. Based on a dogmatic-legal, hermeneutic, and conventionality control approach, the study develops a qualitative jurisprudential analysis of rulings issued by the Chilean Supreme Court between 2022 and 2025. The central hypothesis holds that the procedural design of the regulation, by prioritizing the expediency of border control, restricts the standard of the right to be heard and the right to a defense enshrined in Article 8 of the American Convention on Human Rights, thereby generating a structural dependence on judicial intervention as an *ex post* corrective mechanism. The findings reveal conventionality gaps in the administrative phase, particularly regarding the absence of prior legal representation, the insufficient

individualized reasoning of decisions, and the inconsistent application of principles such as non-refoulement and the protection of family unity. Furthermore, the analysis shows that national jurisprudence has played a significant, albeit fragmented, corrective role, reflecting a lack of internalization of Inter-American standards within administrative practice. Consequently, the article concludes that aligning the domestic regime with international obligations requires the implementation of a minimum guarantees protocol at the administrative level, incorporating mechanisms for prior hearing, legal assistance, and the suspensive effect of appeals, thereby ensuring effective judicial protection before the expulsion order becomes final.

KEYWORDS

Procedural due process, administrative expulsion, Act No. 21,325, Inter-American standards, effective judicial protection; conventionality control, migration.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio en Chile ha experimentado una transformación estructural en la última década. A partir de 2010, con la llegada de población haitiana¹ y desde 2017, con el incremento² sostenido de población venezolana, el país transitó de un modelo de recepción relativamente abierta hacia un régimen de control administrativo progresivamente intensificado, proceso que culminó con la promulgación de la Ley N°21.325 en 2021,³ sobre Migración y Extranjería, representa el hito legislativo más relevante en esta materia al reemplazar un marco normativo de data dictatorial por uno que, en teoría, busca conciliar la soberanía estatal con el respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, la implementación del nuevo régimen de expulsiones administrativas ha tensionado las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.⁴

El problema jurídico central de esta investigación radica en la aparente antinomia entre las facultades sancionatorias de la administración y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁵ Mientras la Ley N°21.325 otorga amplias potestades al Servicio Nacional de Migraciones para disponer el abandono forzado del territorio,⁶ la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en recursos de amparo revela una falta de uniformidad en la aplicación del control de convencionalidad.⁷ Esta inconsistencia genera una zona de incertidumbre jurídica que afecta tanto la eficacia de la política migratoria como la integridad de los derechos de las personas extranjeras.⁸

El presente artículo tiene como objetivo analizar la compatibilidad del régimen de expulsión administrativa chileno con los estándares interamericanos de debido proceso, con especial énfasis en el acceso a un recurso sencillo y efectivo. Para ello, se formula la hipótesis de que el diseño procedimental de la Ley N° 21.325, al priorizar la celeridad del control fronterizo, restringe el estándar de "*oír y defensa*" consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, delegando en la judicatura una carga correctiva que no siempre se materializa de forma sistemática.

La relevancia del problema se hace patente si se considera que Chile ha experimentado en los últimos años un incremento sostenido en el número de órdenes de expulsión dictadas por el Servicio Nacional de Migraciones.

¹ RODRÍGUEZ-TORRENT y GISSI-BARBIERI (2020), p. 9.

² SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2024), p. 1.

³ Cociña (2022), p. 193.

⁴ Sobre la evolución histórica y el cambio de paradigma normativo, véase Cociña (2022), pp. 191-215.

⁵ OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, párrafo 122.

⁶ Ley N°21.325, de 2021.

⁷ Para un análisis del contexto migratorio chileno reciente, véase Cociña (2022), pp. 191-195.

⁸ Esta "*crimigración*" o penalización del migrante es analizada detalladamente en STUMPF (2006), pp. 367-419.

Según datos del propio organismo, durante el período 2022-2024 se registró un aumento significativo de expulsiones administrativas asociadas al ingreso por pasos no habilitados, concentradas especialmente en las regiones de Tarapacá y Arica y Parinacota. Este escenario ha generado una litigiosidad creciente en sede de amparo constitucional, convirtiendo a los tribunales superiores de justicia en los principales garantes del debido proceso en materia migratoria, en ausencia de una tutela administrativa previa suficiente.⁹

En este contexto, la función del Poder Judicial como garante último del debido proceso en materia migratoria no puede ser entendida únicamente como una instancia de control *ex post*, sino como un mecanismo estructural de corrección de déficits normativos. Sin embargo, tal como evidencia la doctrina, esta judicialización de la protección de derechos no resulta suficiente para subsanar las falencias de origen del procedimiento administrativo. Entre estas falencias destacan: la ausencia de una audiencia previa obligatoria antes de la dictación de la orden de expulsión, la falta de asistencia letrada garantizada en sede administrativa y la insuficiencia de la motivación individualizada de los actos sancionatorios. Cabe precisar que la naturaleza casuística de la intervención jurisdiccional no constituye en sí misma un defecto del sistema judicial, pues responde a la estructura propia del control de legalidad; el problema radica en que, mientras dicha intervención sea el único mecanismo efectivo de protección, el estándar interamericano no podrá considerarse satisfecho.¹⁰ En efecto, la dependencia excesiva del recurso de amparo como vía de protección revela una disfuncionalidad del sistema, en la medida en que desplaza hacia los tribunales una carga que debiese ser satisfecha en sede administrativa mediante garantías procedimentales robustas y previas a la ejecución del acto expulsivo.

Desde una perspectiva de derecho comparado latinoamericano, el caso chileno resulta particularmente relevante por cuanto la Ley N°21.325 fue concebida con la aspiración de modernizar un marco normativo obsoleto el Decreto Ley N°1.094, de 1975 e incorporar estándares de derechos humanos. Sin embargo, como ocurrió en procesos legislativos similares en la región como la Ley de Migración argentina N°25.871¹¹ y la colombiana Ley N°2.136 de 2021,¹² la tensión entre el paradigma de control y el paradigma de derechos no se resuelve por la mera promulgación de una nueva ley, sino en su aplicación concreta por parte de los operadores administrativos y judiciales.¹³

La estructura del presente artículo responde a esta problemática en cinco secciones. Luego de la presente introducción y de la exposición de la metodología utilizada, se analiza el régimen de expulsión de la Ley N°21.325 y sus tensiones con los estándares interamericanos de debido proceso. A continuación, se profundiza en la discrecionalidad administrativa y sus límites jurisprudenciales. La sección de discusión vincula los hallazgos con la doctrina académica y propone una lectura armónica de la normativa. Finalmente, las conclusiones sintetizan los resultados y formulan recomendaciones concretas para operadores jurídicos e instituciones.

II. METODOLOGÍA

La presente investigación se inscribe en el paradigma cualitativo de las ciencias jurídicas, empleando un diseño de

⁹ LAWSON y RODRÍGUEZ (2016).

¹⁰ DÍAZ (2020), p. 310.

¹¹ La aplicación de la Ley N°25.871 en Argentina ha evidenciado una fuerte dispersión interpretativa tanto en sede administrativa como judicial, lo que refuerza la idea de que la tensión entre control y derechos no se resuelve en el plano normativo, sino en su implementación concreta. Véase SANDHAGEN (2025), p. 19.

¹² En el caso colombiano, la adopción de la Ley N°2.136 de 2021 no ha implicado la consolidación de un enfoque integral de derechos, en la medida en que reconoce solo un catálogo mínimo insuficiente frente a la realidad migratoria, lo que ha derivado en respuestas estatales fragmentarias y de corto plazo. Esta situación ha obligado a la intervención constante del juez constitucional para la protección de derechos fundamentales, evidenciando que la garantía efectiva de derechos no se agota en la promulgación normativa, sino en su implementación material.

¹³ En el contexto latinoamericano, diversos estudios han señalado que las reformas migratorias han coexistido con mecanismos que reproducen enfoques restrictivos, evidenciando que *“las iniciativas reformistas conviven con normas que criminalizan la migración irregular”*, lo que confirma la persistencia de una lógica de control incluso en marcos normativos orientados a derechos CERIANI (2011), p. 69.

carácter descriptivo-analítico con un enfoque dogmático y hermenéutico.¹⁴ La elección de este método responde a la necesidad de evaluar no solo el tenor literal de la Ley N°21.325, sino también la interpretación que de ella realizan los tribunales superiores de justicia en el marco del bloque de constitucionalidad.¹⁵

Para el desarrollo del estudio, se han definido tres fases procedimentales:

En primer lugar, se aplica el método dogmático-jurídico para el análisis del régimen de expulsión administrativa. Este método permite desglosar las categorías normativas de la ley y contrastarlas con los principios de debido proceso sustantivo.¹⁶ Se examinarán especialmente los artículos 126 y siguientes de la Ley de Migración y Extranjería, identificando las facultades regladas y discrecionales de la administración.

En segundo lugar, se utiliza un enfoque hermenéutico y de control de convencionalidad. Bajo este prisma, se contrastan las disposiciones internas con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹⁷ Se tomará como parámetro de validez la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos paradigmáticos sobre debido proceso en contextos migratorios.¹⁸

Finalmente, se realiza un análisis jurisprudencial crítico mediante el estudio de sentencias dictadas por la Corte Suprema de Chile entre los años 2022 y 2025. La selección de fallos se basará en recursos de amparo interpuestos contra órdenes de expulsión administrativa, utilizando como criterio de análisis la identificación de "*puntos de quiebre*" o inconsistencias en la aplicación de los estándares mínimos de defensa y tutela judicial efectiva.

En cuanto al universo de análisis jurisprudencial, la selección de fallos se circunscribió a recursos de amparo interpuestos ante la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones de Santiago, Antofagasta Arica y Concepción entre los años 2022 y 2025, por ser los tribunales con mayor concentración de causas migratorias en el país. El criterio de selección consideró exclusivamente aquellas sentencias en que se debatió expresamente la suficiencia de la fundamentación del acto administrativo de expulsión o la ponderación del arraigo familiar del amparado, por constituir estos los ejes argumentativos directamente vinculados a la hipótesis de trabajo. Cabe precisar que el presente estudio no pretende un análisis estadístico del universo total de amparos migratorios, sino una lectura cualitativa orientada a identificar tendencias interpretativas y sus inconsistencias. Esta delimitación constituye, al mismo tiempo, una limitación metodológica reconocida, toda vez que la ausencia de un repositorio unificado y sistematizado de jurisprudencia migratoria en Chile dificulta la obtención de una muestra representativa.

III. EL RÉGIMEN DE EXPULSIÓN EN LA LEY N°21.325 Y LOS ESTÁNDARES DE DEBIDO PROCESO

El análisis de la Ley N°21.325 revela una estructura diseñada para dotar a la Administración de una capacidad de respuesta ágil frente al ingreso clandestino y la permanencia irregular. Sin embargo, esta celeridad técnica a menudo entra en conflicto con las garantías procedimentales que el Sistema Interamericano considera irrenunciables.¹⁹

Desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la insuficiencia de estas garantías adquiere una dimensión particularmente crítica. La Corte Interamericana ha establecido que el debido proceso

¹⁴ ABÁSOLA (2023).

¹⁵ Sobre la importancia de la hermenéutica en el análisis de la ley migratoria, véase Cociña (2022), p. 195.

¹⁶ El método dogmático permite la sistematización de las instituciones jurídicas y su racionalización científica. Véase MARTÍNEZ (2023), p. 2.

¹⁷ Ley N°21.325, de 2021.

¹⁸ OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14, párrafo 122.

¹⁹ Sobre el debido proceso como un derecho de primera generación que actúa como límite a la soberanía estatal absoluta mediante la interdicción de la arbitrariedad administrativa, véase PÉREZ (1991), pp. 205 y 206. Esta categoría fundamenta la exigibilidad de garantías previas frente a la potestad de expulsión.

es plenamente exigible en procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo aquellos relativos a la expulsión de personas migrantes, independientemente de su situación migratoria.²⁰ No obstante, el análisis del caso chileno permite advertir una brecha significativa entre la densidad normativa del estándar interamericano y su implementación efectiva en el derecho interno, lo que se traduce en decisiones administrativas que, en ocasiones, carecen de una fundamentación individualizada y de una ponderación adecuada de circunstancias personales relevantes, como el arraigo familiar o el riesgo de afectación de derechos fundamentales.

A. Marco normativo de la expulsión administrativa y facultades discrecionales

La nueva legislación migratoria sistematiza las causales de expulsión en sus artículos 126, 127, 128 y 129, distinguiendo entre aquellas fundadas en el ingreso por pasos no habilitados y aquellas derivadas de condenas penales o infracciones graves a la normativa interna.²¹ Un aspecto crítico es la configuración del artículo 132, que establece la expulsión como una sanción administrativa de última *ratio*, pero que en la práctica opera bajo una presunción de peligrosidad vinculada al estatus migratorio.²²

Como destaca la doctrina, el tránsito hacia un modelo de control intensificado ha desplazado el eje de la protección del individuo hacia la seguridad del territorio.²³ Esta reconfiguración, bajo la lente de la materialidad discursiva, evidencia que la normativa migratoria vigente opera como un dispositivo de saber/poder²⁴ donde la celeridad administrativa es instrumentalizada para validar la indefensión del sujeto extranjero. Esta arquitectura legal no constituye una mera optimización de la gestión procedimental, sino que configura una barrera estructural de acceso a la justicia una esclerosis contextual en su implementación que, al omitir la garantía de una defensa técnica oportuna, desvirtúa la esencia de la tutela judicial efectiva y reduce el debido proceso a una formalidad ilustrativa que no logra compensar la precariedad de la posición del migrante frente al Estado.²⁵

Esta tensión no es meramente procedimental, sino que responde a una configuración de la Ley N°21.325 como un dispositivo de poder que redefine al sujeto migrante desde una dimensión discursiva y punitiva.²⁶ En este sentido, la normativa no se limita a regular flujos, sino que instituye una "*verdad*" jurídica donde la irregularidad es tratada como una amenaza a la soberanía, justificando la excepcionalidad en el trato administrativo.

La doctrina contemporánea ha advertido que las políticas migratorias en América Latina han tendido a incorporar lógicas propias del derecho penal en el tratamiento de la migración irregular, fenómeno conocido como "*crimigración*".²⁷ En el caso chileno, esta tendencia se manifiesta en la configuración normativa de la expulsión como respuesta preferente frente a la irregularidad, construyendo al migrante como sujeto de riesgo y subordinando la lógica de derechos a una racionalidad de control territorial.²⁸

La doctrina garantista advierte que la efectividad de los derechos no depende de su mera consagración normativa, sino de la existencia de garantías primarias —obligaciones positivas correlativas del Estado y garantías secundarias

²⁰ OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, párrafos 122-124. La Corte estableció que el debido proceso aplica a todo procedimiento en que el Estado determine derechos y obligaciones de las personas, incluyendo los de naturaleza migratoria.

²¹ Ley N°21.325, de 2021.

²² Sobre la naturaleza sancionatoria y sus límites, véase DÍAZ (2022), pp. 45-60.

²³ Al respecto del concepto de "*crimigración*", véase COCIÑA (2022), p. 198.

²⁴ BROWER y CONTRERAS (2025), p. 6.

²⁵ ÁLVAREZ (2021), p. 15. El texto subraya que la disparidad en los recursos disponibles para la defensa técnica constituye una barrera estructural que impide que el migrante pueda controvertir eficazmente los hechos descritos en los informes policiales o administrativos.

²⁶ BROWER (2024), p. 423. El autor caracteriza la Ley N°21.325 como un "*dispositivo*" de saber/poder que articula un control territorial estricto mediante un lenguaje que criminaliza o segrega al sujeto migrante.

²⁷ STUMPF (2006), pp. 367-419.

²⁸ BROWER (2024), p. 423.

mecanismos institucionales de reparación ante su violación.²⁹ Aplicado al ámbito migratorio, la Ley N°21.325 presenta una asimetría estructural: consagra derechos en su texto pero no instituye garantías primarias suficientes en sede administrativa que impidan su violación antes de que se produzca. El marco normativo opera bajo una lógica de eficiencia que, al tiempo que formaliza derechos, neutraliza las garantías del debido proceso en favor de un control migratorio expedito.³⁰

B. El estándar de fundamentación y debido proceso en la jurisprudencia reciente (2022-2025)

El análisis evolutivo de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia permite identificar la consolidación de un estándar de control estricto sobre la motivación de los actos administrativos migratorios. La revisión de los pronunciamientos dictados entre 2022 y 2025 evidencia que la magistratura ha transitado desde una revisión formal de la legalidad hacia una exigencia de motivación material, racional y proporcional, especialmente ante la aplicación de la Ley N°21.325.

Esta tendencia se advierte en etapas tempranas tras la reforma, donde la judicatura comenzó a relevar el factor del arraigo como un límite infranqueable a la discrecionalidad administrativa. En *Tres ciudadanos venezolanos con Intendencia Regional de Tarapacá* (2022), la Corte Suprema coligió que la existencia de vínculos fácticos, tales como la afiliación a sistemas de salud pública, constituye un antecedente de inserción social que la autoridad no puede preterir al ejercer su potestad sancionatoria.³¹ No obstante, durante el año 2023, la práctica forense detectó una disparidad en los criterios de ponderación. Ante supuestos fácticos análogos, se verificaron decisiones divergentes respecto al alcance del artículo 1° de la Constitución Política, lo que incidió en una merma temporal de la certeza jurídica para los administrados en procesos de expulsión.³²

Hacia el año 2024, el estándar jurisprudencial profundizó en la protección del núcleo familiar y en el principio de legalidad temporal. En *Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones* (2024), el tribunal acogió la acción de amparo al constatar que la orden de expulsión recurrida no solo omitía el interés superior de los niños involucrados, sino que además se cimentaba en preceptos normativos derogados, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley de Migraciones.³³ Este fallo es relevante pues explicita que la fundamentación administrativa debe ser tanto fáctica como jurídicamente vigente.

En el periodo más reciente, correspondiente al año 2025, la Corte Suprema ha sistematizado su rechazo a lo que la doctrina identifica como "*motivación estereotipada*". En *Ciudadano colombiano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025), el máximo tribunal revocó la sentencia de grado al considerar que el rechazo de una regularización fundado exclusivamente en una condena penal de data remota superior a dos décadas sin permitir al administrado presentar descargos sobre su situación actual, vulnera el derecho a un procedimiento racional y justo.³⁴ En la misma línea, en *Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones* (2025), la magistratura calificó como desproporcionada la denegación de residencia basada en la omisión de documentos que son de exclusiva responsabilidad del empleador, tales como la carpeta tributaria, ordenando la reapertura del iter administrativo para garantizar la tutela del afectado.³⁵

Finalmente, la sentencia en *Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025) refuerza la dimensión sustantiva del debido proceso al imponer a la autoridad la obligación de realizar un análisis

²⁹ FERRAJOLI (2001), pp. 19-21.

³⁰ BROWER (2024), p. 427. Se argumenta que la normativa instituye un modelo semántico e ideológico diseñado para gestionar la migración como un riesgo político-social, limitando los espacios de resistencia jurídica del individuo.

³¹ *Tres ciudadanos venezolanos con Intendencia Regional de Tarapacá* (2022).

³² Véase SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2025), p. 3.

³³ *Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones* (2024).

³⁴ *Ciudadano colombiano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025).

³⁵ *Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones* (2025).

individualizador antes de ejecutar medidas de expulsión por ingreso irregular. El tribunal estableció que la mera verificación de la causal legal es insuficiente si no va acompañada de una evaluación de las circunstancias personales y razones humanitarias alegadas.³⁶ Como se ha planteado recientemente, la emisión de actos administrativos con deficiencias argumentativas traslada indebidamente la carga de fundamentación a la sede jurisdiccional, lo que no solo afecta la eficiencia del sistema, sino que evidencia una patología en el diseño preventivo de la administración migratoria.³⁷

1. El deber de fundamentación como garantía sustantiva en el procedimiento administrativo migratorio

La exigencia de fundamentación de los actos administrativos no constituye un mero requisito formal en el ordenamiento jurídico chileno, sino que se erige como un presupuesto de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad. El artículo 11 de la Ley N°19.880 impone a los órganos del Estado la obligación de expresar las razones de hecho y de derecho que motivan su decisión.³⁸ En el ámbito migratorio, este deber adquiere una densidad reforzada, toda vez que medidas como la expulsión o el rechazo de residencia inciden directamente sobre la libertad personal y el derecho a un procedimiento racional y justo.³⁹

La revisión de la actividad jurisdiccional reciente permite constatar que el Servicio Nacional de Migraciones ha incurrido de forma sistemática en lo que la doctrina identifica como "*motivación aparente*".⁴⁰ Se ha planteado que esta práctica no solo carece de rigor jurídico, sino que precariza las trayectorias migratorias al utilizar la expulsión como una herramienta de gobernanza masiva sin considerar la viabilidad de su ejecución.⁴¹ Este déficit se agrava cuando la Administración utiliza su potestad discrecional como una "*barrera de inactividad*". Al respecto, el máximo tribunal ha señalado que la demora administrativa en la entrega de documentos de residencia no puede transformarse en un obstáculo imputable al administrado para el ejercicio de sus derechos.⁴²

La evidencia jurisprudencial muestra que la autoridad suele omitir la evaluación de criterios de proporcionalidad que la propia normativa establece como obligatorios.⁴³ En la sentencia Ciudadano venezolano con Dirección Regional de Tarapacá (2025), el tribunal confirmó la ilegalidad de una orden de expulsión al detectar que la autoridad omitió el análisis sustantivo de la situación personal y de los descargos del amparado.⁴⁴ Del mismo modo, en Ciudadano colombiano con Servicio Nacional de Migraciones (2025), se acreditó que el acto administrativo carecía de racionalidad al sustentar un rechazo en antecedentes penales de hace más de dos décadas, contraviniendo el deber de promoción de la regularidad migratoria.⁴⁵

En definitiva, la jurisprudencia ha consolidado el criterio de que la discrecionalidad administrativa debe ejercerse

³⁶ Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones (2025).

³⁷ HURTADO y SÁNCHEZ (2025), p. 5.

³⁸ El artículo 11, inciso segundo, de la Ley N°19.880, de 2003, establece que los actos que afecten derechos o intereses de los particulares deberán ser siempre fundados, expresando los hechos y fundamentos de derecho.

³⁹ La doctrina administrativa nacional sostiene que la fundamentación es un presupuesto de la defensa del interesado, permitiendo el control de la desviación de poder.

⁴⁰ En el ámbito del derecho administrativo nacional, la fundamentación como presupuesto de legalidad es analizada en BERMÚDEZ (2014), pp. 98-103.

⁴¹ Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2023).

⁴² Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2023).

⁴³ Ciudadana colombiana con Servicio Nacional de Migraciones (2025).

⁴⁴ Ciudadano venezolano con Dirección Regional de Tarapacá del Servicio Nacional de Migraciones (2025).

⁴⁵ Ciudadano colombiano con Servicio Nacional de Migraciones (2025).

dentro de los márgenes de la razonabilidad.⁴⁶ Para ser legítima, la decisión debe remitirse a la ley, cumplir con los supuestos de hecho probados y evitar la arbitrariedad en la ponderación de los intereses en juego.⁴⁷

2. La defensa técnica previa como garantía del artículo 8 de la CADH

Un aspecto particularmente crítico del régimen impuesto por la Ley N°21.325 es la posibilidad de dictar y ejecutar órdenes de expulsión sin que el afectado haya contado con asistencia letrada efectiva durante la etapa administrativa.⁴⁸ Si bien el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos alude literalmente al proceso penal, la jurisprudencia convencional ha extendido estas salvaguardas a cualquier procedimiento de naturaleza sancionatoria. En este sentido, el derecho a contar con un defensor técnico no es una prerrogativa exclusiva del ámbito penal, sino una garantía mínima exigible en el procedimiento migratorio, dada la gravedad de las consecuencias que de él derivan.⁴⁹

La realidad institucional chilena evidencia que la intervención de la Defensoría Penal Pública y de las clínicas jurídicas universitarias suele ser reactiva, concentrándose casi exclusivamente en la interposición de recursos de amparo una vez que el acto administrativo ya ha sido dictado e, incluso, cuando su ejecución es inminente.⁵⁰

Si bien la Ley N°21.325 contempla una etapa de descargos⁵¹ administrativos previa a la dictación de la medida de expulsión, el diseño normativo actual desvirtúa la eficacia de dicho recurso.⁵² La arquitectura de esta instancia no se configura como un verdadero espacio de debate probatorio garantista, sino como un trámite formal que omite la exigencia de una defensa técnica obligatoria, trasladando al migrante una carga probatoria que difícilmente puede satisfacer en un entorno de vulnerabilidad extrema.

Por consiguiente, se comprueba una disfuncionalidad sistémica donde la eficacia de la tutela judicial efectiva queda supeditada a la capacidad correctiva de los tribunales. Al operar el ámbito jurisdiccional como el espacio donde se logra la revisión sustantiva de la medida, se revela que la expulsión administrativa no constituye un acto jurídico dotado de presunción de legalidad robusta, sino una actuación estatal precaria que requiere ser validada por la judicatura para evitar la consumación de una indefensión material.⁵³ En este sentido, la brecha de convencionalidad no solo se produce por la ausencia de defensa técnica inicial, sino por la propia ineficacia del recurso administrativo; al no lograr detener la operatividad del acto sancionatorio, este se convierte en una barrera estructural de acceso a la justicia que precariza el debido proceso y reduce la tutela administrativa a una formalidad ilustrativa, subordinada a la lógica del control territorial frente a la salvaguarda de derechos fundamentales. Esta precariedad se manifiesta con especial fuerza en los casos de reconducción inmediata, donde la celeridad del procedimiento impide cualquier tipo de asesoría, dejando al extranjero en una situación de indefensión absoluta

⁴⁶ *Cantos con Argentina* (2002).

⁴⁷ HURTADO y SÁNCHEZ (2025), p. 4. Se destaca que la falta de fundamentación es un problema estructural que debilita la actuación del Estado y sobrecarga los tribunales.

⁴⁸ La doctrina garantista ha señalado que el derecho de defensa no puede ser reducido a una formalidad procedimental: su efectividad exige que la persona afectada cuente con posibilidades reales de controvertir los fundamentos del acto antes de que este produzca sus efectos. FERRAJOLI (2001), pp. 19-21. En el mismo sentido, FERRER (2011), pp. 160-165.

⁴⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, ha establecido que el debido proceso debe respetarse en cualquier procedimiento en que el Estado determine derechos, con especial énfasis en la población migrante debido a su situación de vulnerabilidad estructural.

⁵⁰ DÍAZ (2020), pp. 320-322. La autora subraya que, aunque Chile es parte del sistema interamericano, existe una resistencia administrativa para aplicar estándares de defensa técnica en el procedimiento administrativo previo, limitándolo erróneamente a la sede judicial.

⁵¹ Se sostiene que la indefensión administrativa vicia el acto desde su origen. Al no contar con abogado, la migrante rara vez logra aportar pruebas de arraigo familiar o laboral de manera técnica, lo que facilita que la Administración emita resoluciones estandarizadas o "de plantilla".

⁵² Sobre la ineficacia de las vías impugnatorias administrativas en el ámbito migratorio chileno, véase HARRIS (2022), p. 5.

⁵³ Sobre el rol del control jurisdiccional como mecanismo corrector ante la falla de la administración en materia migratoria, véase HARRIS (2022), p. 4.

frente a la potestad estatal.⁵⁴ En definitiva, la falta de defensa técnica previa no solo vulnera el debido proceso, sino que despoja al afectado de la posibilidad real de invocar causales de arraigo o protección internacional en el momento oportuno, transformando el procedimiento administrativo en una vía de hecho formalizada.⁵⁵

C. Límites sustantivos: El principio de *non-refoulement* y la protección de la unidad familiar

1. El principio de *non-refoulement* y la debida diligencia administrativa

El principio de *non-refoulement* ha adquirido especial relevancia en la jurisprudencia de amparo frente a personas provenientes de Venezuela y Haití, quienes representan las principales poblaciones afectadas por expulsiones administrativas en Chile. En el rol N°48783-2025, de 27 de noviembre de 2025, la Corte Suprema confirmó la sentencia que dejó sin efecto la resolución impugnada al constatar que la autoridad migratoria había desconocido los impedimentos objetivos derivados de la crisis humanitaria en Haití, omitiendo toda evaluación del riesgo real que el retorno representaba para el afectado.⁵⁶ El tribunal estableció, además, que el vencimiento del plazo legal de seis meses sin que la autoridad resolviera el recurso administrativo habilita directamente la vía jurisdiccional, sin que sea admisible alegar duplicidad de vías.⁵⁷

Asimismo, en lo que respecta a ciudadanos de nacionalidad venezolana, la magistratura ha determinado que la orden de abandono del país derivada del rechazo de solicitudes de regularización resulta improcedente cuando la Administración omite ponderar la imposibilidad material de un retorno seguro. En pronunciamientos de noviembre de 2025, el máximo tribunal ha subrayado que la crisis institucional y humanitaria que atraviesa dicho Estado constituye un hecho público y notorio que la autoridad migratoria no puede soslayar al momento de ejercer sus facultades sancionatorias, so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad y el deber de fundamentación.⁵⁸

Este pronunciamiento es doctrinariamente relevante porque revela que el *non-refoulement* no opera únicamente como un límite sustantivo al contenido de la resolución de expulsión, sino también como un criterio que condiciona la validez del procedimiento en su totalidad. La Corte Interamericana, en el "*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana*", estableció que las expulsiones sin procedimiento individualizado constituyen una violación autónoma del artículo 22.9 de la Convención Americana, con independencia del riesgo concreto en el país de destino.⁵⁹ Trasladado al plano chileno, la ausencia de una evaluación individualizada del riesgo de devolución en el procedimiento ante el Servicio Nacional de Migraciones configura, por sí sola, una brecha estructural de convencionalidad que los tribunales han debido corregir de manera sistemática.

Desde la perspectiva del derecho comparado, la incorporación del *non-refoulement* como garantía procedimental expresa en la práctica de los Estados europeos bajo la Directiva 2008/115/CE demuestra que la evaluación previa del riesgo no paraliza el sistema de control migratorio, sino que lo hace más robusto jurídicamente frente a impugnaciones posteriores. Los sistemas que han integrado formularios estandarizados de evaluación de riesgo en el procedimiento administrativo previo han reducido la litigiosidad en sede judicial, precisamente porque el control de convencionalidad se realiza en la fase en que aún es posible corregir sin costo institucional.⁶⁰ Esta

⁵⁴ Cociña et al (2025), p. 18. Los autores destacan que la figura de la reconducción inmediata, al operar bajo una lógica de devolución automática, anula de facto cualquier posibilidad de defensa técnica previa, convirtiendo el procedimiento en una vía de hecho administrativa.

⁵⁵ Un comentario relevante surge al contrastar la Ley N°21.325 con el estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana* (2014), donde se sentenció que el Estado debe garantizar servicios de asistencia jurídica gratuita si el migrante no puede costearlos, a fin de asegurar que la defensa sea real y no puramente nominal.

⁵⁶ El artículo 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona detenida debe ser informada de las razones de la detención. Por analogía, la doctrina ha extendido esta garantía a los procedimientos administrativos sancionatorios de naturaleza expulsiva. Véase caso *Vélez Loor con Panamá* (2010), párrafos 107-108.

⁵⁷ *Ciudadano haitiano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025).

⁵⁸ *Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025).

⁵⁹ *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana* (2014).

⁶⁰ Sobre la aplicación del principio de no devolución en el sistema interamericano, véase Nash (2009), pp. 45-60.

experiencia refuerza la propuesta conclusiva de este artículo: la internalización de los estándares interamericanos en los protocolos del Servicio Nacional de Migraciones no es solo una exigencia jurídica sino también una decisión de eficiencia institucional.

El principio de no devolución, consagrado en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe al Estado expulsar a una persona a un territorio donde su vida o libertad peligre. En el marco de la Ley N°21.325, la actividad administrativa ha evidenciado una ausencia de análisis pormenorizado respecto del riesgo en el país de origen. Al respecto, la jurisprudencia de noviembre de 2025 ha determinado que la emisión de una orden de expulsión desprovista de una verificación previa sobre las condiciones de seguridad del destinatario, resulta incompatible con el estándar de debida diligencia exigido por el Sistema Interamericano. En este sentido, la magistratura ha establecido que la protección del administrado requiere que la autoridad examine las circunstancias fácticas del país de destino como un presupuesto de validez del acto administrativo.

2. La protección de la unidad familiar y el interés superior del niño

El derecho a la familia (artículo 17 CADH) y el interés superior del niño actúan como barreras sustantivas frente a la discrecionalidad administrativa.⁶¹ Según los datos del "*Estudio de Análisis de la Migración en Chile*", un porcentaje significativo de las expulsiones administrativas afecta a padres o madres con hijos chilenos o con residencia regular consolidada.⁶²

La Corte Suprema, en sus fallos más recientes de 2025, ha establecido que la expulsión de un progenitor, cuando el único fundamento es el ingreso por paso no habilitado, resulta desproporcionada si se acredita el arraigo familiar. Este criterio armoniza con la Opinión Consultiva OC-21/14, que impone al Estado la obligación de ponderar la ruptura del vínculo familiar antes de ejecutar una medida de abandono forzado.⁶³

En el contexto chileno, el problema se agrava por la ausencia de un procedimiento formal de evaluación del interés superior del niño en sede administrativa. La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, y la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, obligan a todos los órganos del Estado a ponderar dicho principio en cualquier decisión que pueda afectar a un menor de edad. Sin embargo, los formularios y protocolos del Servicio Nacional de Migraciones no contemplan, en su diseño actual, un apartado específico para verificar si el extranjero afectado por una orden de expulsión tiene hijos menores con residencia legal en Chile o vínculos familiares que tornen la medida desproporcionada.

La jurisprudencia de amparo ha suplido este vacío institucional mediante la aplicación directa del principio de proporcionalidad. Los tribunales superiores han desarrollado una suerte de test de ponderación no codificado, que considera la antigüedad de la residencia de facto, la existencia de hijos chilenos o con residencia regular, la condena penal previa o su ausencia y la situación de vulnerabilidad de la familia. Este desarrollo pretoriano, si bien valioso, no puede sustituir la necesidad de incorporar estos criterios de manera expresa en el procedimiento administrativo, de modo que la evaluación de proporcionalidad ocurra antes de la dictación del acto y no como respuesta judicial posterior a él.

Desde una perspectiva de género, cabe subrayar que las mujeres migrantes en situación irregular enfrentan una doble vulnerabilidad: la relacionada con su condición migratoria y aquella derivada de su rol frecuente como principales cuidadoras de los hijos. Los estudios sobre expulsiones administrativas en Chile muestran que una proporción relevante de las personas afectadas son madres de menores que poseen nacionalidad o residencia chilena, lo que torna la ejecución inmediata de la expulsión en una medida con impactos que trascienden al individuo directamente sancionado y se proyectan sobre núcleos familiares completos.

⁶¹ Para un análisis sobre el impacto de la expulsión en la salud mental y la cohesión familiar, véase SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2025), pp. 12-15.

⁶² SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2025), p. 4, analizando fallos sobre la desproporcionalidad de la medida administrativa.

⁶³ La OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14, párrafos 66-70, establece que los Estados deben aplicar el interés superior del niño como criterio rector en toda decisión migratoria que afecte directa o indirectamente a menores de edad.

IV. ANÁLISIS COMPLEMENTARIO: DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y TUTELA JUDICIAL

El análisis del régimen sancionatorio migratorio bajo la Ley N°21.325 revela una tensión entre la celeridad administrativa y la tutela judicial efectiva. Mientras el legislador ha buscado dotar al Estado de mecanismos eficientes de control, la práctica revela una colisión con estándares interamericanos mínimos.

A. Marco normativo y facultades de la administración

La actual legislación migratoria sistematiza las causales de expulsión mediante una distinción técnica entre infracciones administrativas y aquellas derivadas de condenas penales, otorgando al Servicio Nacional de Migraciones, en virtud del artículo 157 numerales 7 y 10 de la Ley N°21.325, amplias potestades sancionatorias y la facultad de disponer la expulsión conforme a los artículos 126, 127 y 128.⁶⁴ Sin embargo, el ejercicio de dicha discrecionalidad administrativa ha sido objeto de revisión recurrente por los tribunales superiores de justicia, especialmente cuando las resoluciones expulsivas no cumplen con la obligación de ponderar las circunstancias individuales previstas en el artículo 129 ni satisfacen el deber de motivación exigido por el artículo 132.⁶⁵

Un aspecto crítico identificado por la jurisprudencia reciente concierne a la validez de las órdenes de expulsión dictadas por autoridades que carecen de la competencia legal específica para ello. En el rol N°44584-2025 (13 de noviembre de 2025), la Corte Suprema confirmó la anulación de una orden de expulsión emitida por la Dirección Regional de Tarapacá, tras estimar que dicha autoridad regional no poseía las facultades para imponer la sanción en casos de ingreso irregular. El tribunal razonó que la delegación de atribuciones prevista en el artículo 132 de la Ley N°21.325 se restringe a titulares de permanencia transitoria. Adicionalmente, el fallo constató una vulneración al derecho a defensa derivada de una notificación defectuosa, donde se entregó un acta de inicio de procedimiento en lugar del acto administrativo sancionatorio propiamente tal.⁶⁶

Esta dimensión competencial revela que las inconsistencias en el ejercicio de las potestades migratorias no se limitan a la suficiencia de la fundamentación, sino que alcanzan la habilitación legal del funcionario actuante. La actual configuración institucional del Servicio Nacional de Migraciones presenta ambigüedades en la delimitación de funciones entre la autoridad central y las direcciones regionales, lo que genera aplicaciones divergentes en la práctica administrativa. Este fenómeno se agudiza en las regiones fronterizas del norte del país Tarapacá, Arica y Parinacota, Antofagasta, donde la presión migratoria sobre las estructuras locales favorece la ocurrencia de estas irregularidades.⁶⁷ La necesidad de recurrir a la sede jurisdiccional para corregir actos dictados por autoridades incompetentes no solo incrementa la carga del sistema judicial, sino que ratifica la naturaleza reactiva del modelo de control migratorio nacional.

Sin embargo, la evolución jurisprudencial no permite sostener la existencia de una línea uniforme de protección favorable al administrado. En determinados casos, los tribunales superiores han validado la actuación de la autoridad migratoria, evidenciando que la función correctora del Poder Judicial se desarrolla dentro de márgenes interpretativos no exentos de controversia. Así ocurrió en la sentencia rol N°44.584-2025, de 13 de noviembre de 2025, en la cual la Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción que dejó sin efecto una orden de expulsión dictada por la Dirección Regional de Tarapacá del Servicio Nacional de Migraciones, al estimar que la autoridad regional carecía de competencia para sancionar casos de ingreso irregular y que, además, la notificación practicada había vulnerado el derecho de defensa. No obstante, el Ministro señor Valderrama estuvo por rechazar el recurso, sosteniendo que la resolución había sido dictada por la autoridad competente y que se encontraba suficientemente fundada. La existencia de esta divergencia interna revela que la determinación del alcance de las garantías procesales en materia migratoria continúa siendo un ámbito de construcción jurisprudencial, lo que refuerza la necesidad de contar con estándares administrativos claros y

⁶⁴ Ley N°21.325, de 2021.

⁶⁵ Sobre la intensidad de las facultades administrativas y la presión migratoria en regiones fronterizas, véase COCIÑA ET AL (2025), pp. 12-15.

⁶⁶ *Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones* (2025).

⁶⁷ HURTADO y SÁNCHEZ (2025), pp. 4 y 5. Las ambigüedades competenciales en el ejercicio de la potestad expulsiva generan un efecto multiplicador sobre la litigiosidad migratoria.

previamente definidos que reduzcan la dependencia de interpretaciones judiciales variables.

B. El debido proceso y la protección de la familia

Un punto crítico es la ponderación del arraigo familiar y el interés superior del niño antes de la ejecución de la medida.⁶⁸ La jurisprudencia nacional reciente ha comenzado a integrar con mayor rigor el estándar de la Opinión Consultiva OC-21/14, invalidando actos administrativos que separan a progenitores de sus hijos sin un análisis de proporcionalidad.⁶⁹ Sin embargo, persiste una inconsistencia en la suficiencia del control judicial frente a estas resoluciones, configurando brechas en la tutela judicial efectiva.⁷⁰

V. DISCUSIÓN

La discusión jurídica actual sitúa a la Ley N°21.325 en un escenario de escrutinio convencional permanente. El hallazgo principal de esta investigación permite afirmar que la normativa interna, si bien formalmente ajustada a la soberanía estatal, presenta deficiencias en su dimensión procedimental frente al "*recurso sencillo y efectivo*" exigido por el Pacto de San José.⁷¹

La vinculación del análisis con la doctrina interamericana demuestra que el derecho al debido proceso no se agota en la existencia de un recurso, sino en la efectividad de este para detener una vulneración inminente.⁷² Los datos sugieren que el modelo chileno requiere una transición desde un control judicial reactivo hacia un protocolo de garantías mínimas que asegure la oída y defensa previa a la orden de abandono forzado del territorio.⁷³

El análisis precedente permite identificar tres nudos críticos en el modelo chileno. El primero es la ausencia de una audiencia previa obligatoria antes de la dictación de la resolución de expulsión, lo que contrasta con el estándar interamericano que exige oportunidad real de ser escuchado como condición mínima del debido proceso. El segundo es la insuficiencia del control judicial de amparo como mecanismo corrector exclusivo, dado que su carácter posterior a la medida implica que, en muchos casos, la vulneración puede haberse consumado o resultar de reparación compleja. El tercero es la falta de criterios objetivos y vinculantes para la evaluación de la proporcionalidad de la expulsión en sede administrativa, lo que genera la variabilidad jurisprudencial documentada en el período estudiado.

Esta variabilidad no solo se manifiesta entre las distintas Cortes de Apelaciones, sino también al interior de la propia Corte Suprema. La existencia de votos disidentes y de decisiones que, en ciertos casos, validan la suficiencia de la fundamentación y la competencia de la autoridad administrativa, demuestra que el control judicial no opera como un mecanismo uniforme de protección. En consecuencia, la garantía del debido proceso no puede descansar exclusivamente en la expectativa de una revisión jurisdiccional favorable, pues ello supondría trasladar al ámbito judicial la corrección de déficits que debieran ser resueltos previamente en sede administrativa. La ausencia de criterios administrativos expresamente sistematizados y vinculantes favorece una protección casuística y

⁶⁸ Véase caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana* (2014), párrafos 5-173. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la unidad familiar es un derecho que la Administración debe ponderar antes de ejecutar cualquier medida de expulsión.

⁶⁹ Al respecto, la jurisprudencia de 2024 y 2025 ha mostrado criterios oscilantes sobre la fundamentación de estas órdenes. Véase *SERVICIO JESUITA A MIGRANTES* (2025), p. 5.

⁷⁰ La colisión entre soberanía y debido proceso es abordada en HURTADO y SÁNCHEZ (2025), p. 4.

⁷¹ Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. La norma consagra el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales.

⁷² *Caso Vélez Loor con Panamá* (2010), párrafo 100.

⁷³ Esta propuesta de protocolo se fundamenta en la necesidad de corregir las brechas normativas identificadas, véase HURTADO y SÁNCHEZ (2025), p. 2.

contingente, incompatible con la exigencia interamericana de contar con recursos efectivos y previsibles.

Desde el punto de vista del derecho comparado, resulta ilustrativa la experiencia argentina bajo la Ley N°25.871, que establece un procedimiento administrativo con garantías explícitas de audiencia previa, asistencia letrada gratuita y efecto suspensivo del recurso interpuesto contra la resolución de expulsión. Si bien el contexto institucional y la realidad migratoria de Argentina difieren de los de Chile en aspectos relevantes, el modelo argentino demuestra que es posible compatibilizar la gestión eficiente del control fronterizo con el respeto a las garantías mínimas del debido proceso, sin que ello implique necesariamente una parálisis del sistema administrativo.⁷⁴

Un segundo referente comparado pertinente es la Directiva 2008/115/CE de la Unión Europea, sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Aunque se trata de un instrumento propio del derecho comunitario europeo, su consagración del principio de "*retorno voluntario*" como primera opción y su exigencia de recursos con efecto suspensivo configuran un modelo de referencia que ha influido incluso en la jurisprudencia del sistema interamericano en materia de garantías migratorias.

La recepción de estos estándares en la práctica judicial chilena es aún incipiente, pero constituye una vía de argumentación que los litigantes y académicos deberían explorar con mayor sistematicidad. La reciente incorporación por parte de la Corte Suprema del estándar de *non-refoulement* como criterio de validez procedimental y no solo como límite sustantivo al resultado representa un avance significativo que acerca el modelo chileno a la práctica comparada. Sin embargo, mientras este desarrollo dependa principalmente de la actividad correctora del Poder Judicial y no de protocolos administrativos expresamente desarrollados por el Servicio Nacional de Migraciones, el sistema tenderá a mantener un carácter predominantemente reactivo. La consolidación de las garantías identificadas en este estudio exige una reforma que desplace el control de convencionalidad desde la sede jurisdiccional hacia la fase administrativa previa, transformando la tutela de los derechos migratorios en una obligación institucional y no en una contingencia jurisdiccional.

Desde la perspectiva de la teoría de las garantías, la arquitectura del sistema chileno presenta una asimetría que compromete su sustentabilidad a largo plazo. Mientras la administración migratoria opera con plazos breves y potestades amplias en la fase previa al acto, el control jurisdiccional actúa en una fase posterior donde la vulneración puede haberse consumado o resultar de reparación compleja. Esta inversión del ciclo de protección donde la garantía opera después del daño en lugar de prevenirlo, es precisamente lo que la doctrina del control de convencionalidad exige corregir. Como ha señalado la Corte Interamericana, la existencia de un recurso judicial efectivo no sustituye la obligación del Estado de garantizar que el acto que da lugar a ese recurso no viole derechos en primer lugar.⁷⁵

Desde la perspectiva del control de convencionalidad difuso, la jurisprudencia analizada representa algo más que la corrección de actos individuales: constituye la construcción progresiva de un estándar nacional de debido proceso migratorio que los órganos jurisdiccionales han elaborado en ausencia de intervención legislativa o reglamentaria. Este fenómeno es relevante teóricamente porque ilustra cómo los Estados pueden incurrir en violaciones convencionales no solo por acción normativa expresa, sino también por omisión en el diseño de garantías administrativas suficientes.⁷⁶ La Corte Interamericana ha señalado que la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno prevista en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impone a los Estados el deber de remover los obstáculos normativos o prácticos que impidan el ejercicio efectivo de los derechos convencionales, lo que incluye la adecuación de los procedimientos administrativos migratorios a

⁷⁴ Sobre la necesidad de que las garantías del debido proceso se apliquen a todo acto administrativo de gravamen para evitar la arbitrariedad, véase BOUTAUD (2022), p. 170.

⁷⁵ Vélez Loor con Panamá (2010), párrafo 141. El Tribunal considera que la falta de defensa en la sede administrativa impacta en todo el proceso y trasciende la decisión inicial, dado que el proceso administrativo sancionatorio es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos posteriores.

⁷⁶ FERRER (2011), pp. 151-180. El autor desarrolla la distinción entre control concentrado (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y difuso (jueces nacionales), señalando que este último implica la obligación positiva de inaplicar normas internas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos.

los estándares de los artículos 8 y 25 de la Convención.⁷⁷

En definitiva, la discusión revela que la brecha entre el diseño normativo de la Ley N°21.325 y los estándares interamericanos no es insalvable. Requiere, sin embargo, reformas tanto a nivel reglamentario mediante la modificación de los procedimientos administrativos del Servicio Nacional de Migraciones como a nivel legislativo mediante la incorporación expresa de garantías de audiencia previa y defensa técnica en el texto de la ley. La jurisprudencia de los tribunales superiores ha señalado el camino, pero la consolidación de estos estándares no puede descansar exclusivamente en la actividad correctora del Poder Judicial.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la obligación del Estado chileno de adecuar su régimen de expulsión administrativa a los estándares interamericanos no es meramente programática, sino jurídicamente vinculante.⁷⁸ En efecto, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone el deber de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella, así como de adoptar las medidas internas necesarias para hacerlos efectivos.⁷⁹ Este mandato se encuentra reforzado por el principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.⁸⁰ En este marco, la doctrina del control de convencionalidad, desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exige que todas las autoridades estatales incluidos los órganos administrativos, verifiquen la compatibilidad de sus actuaciones con la Convención y la interpretación que de ella ha realizado dicho tribunal.

En consecuencia, las deficiencias identificadas en la fase administrativa del procedimiento de expulsión no solo constituyen problemas de legalidad interna, sino que pueden configurar supuestos de responsabilidad internacional del Estado. El incumplimiento de los estándares de debido proceso establecidos en el sistema interamericano expone al Estado a eventuales pronunciamientos condenatorios y a la obligación de reparar las vulneraciones producidas.⁸¹ De este modo, la persistencia de prácticas administrativas incompatibles con dichos estándares no solo tensiona el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, sino que también compromete la coherencia del Estado con el orden jurídico internacional al que se ha vinculado voluntariamente.

En consecuencia, la discusión permite sostener que el desafío del régimen de expulsión administrativa en Chile no se limita a una adecuación formal de la normativa a los estándares interamericanos, sino que exige una transformación más profunda en la cultura jurídica administrativa. Ello implica transitar desde un modelo centrado en la eficiencia del control migratorio hacia uno orientado por la garantía efectiva de derechos, donde el debido proceso no opere como una instancia correctiva posterior, sino como un presupuesto estructural del ejercicio del poder sancionador del Estado. La tutela judicial en materia migratoria es correctora, pero fragmentaria y variable, por lo que no puede reemplazar las garantías que deben existir en el procedimiento administrativo.

VI. CONCLUSIÓN

A la luz del análisis dogmático y jurisprudencial realizado, se exponen las siguientes conclusiones numeradas que sintetizan los hallazgos de la investigación y el cumplimiento de los objetivos planteados:

El régimen de expulsión administrativa de la Ley N°21.325 presenta una estructura que privilegia la celeridad del control fronterizo, lo que en la práctica administrativa tiende a erosionar el estándar de fundamentación

⁷⁷ Vélez Loor con Panamá (2010), párrafos 286-290; OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, párrafo 167.

⁷⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 2, de 1969.

⁷⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 2, de 1969.

⁸⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 26, de 1969.

⁸¹ Sobre el control difuso de convencionalidad como un "*nuevo paradigma*" que obliga a todos los jueces y autoridades nacionales a realizar un examen de compatibilidad entre las normas internas y la Convención, véase FERRER (2011), pp. 531-535.

individualizada exigido por el bloque de constitucionalidad.⁸²

Se constata una brecha de convencionalidad significativa en la aplicación del derecho a ser oído. La celeridad de los procedimientos de expulsión a menudo impide el ejercicio de una defensa técnica efectiva antes de la ejecución de la medida,⁸³ circunstancia que tensiona el estándar previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸⁴

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia entre 2022 y 2025 revela una función correctora esencial frente a la discrecionalidad administrativa. No obstante, persiste una inconsistencia interpretativa respecto al alcance del arraigo familiar como límite sustantivo, lo que genera una zona de incertidumbre jurídica para el administrado.⁸⁵

El principio de *non-refoulement* (no devolución) no es ponderado de manera sistemática en sede administrativa, lo que delega en el control judicial de amparo la verificación de los riesgos para la vida o integridad en el país de destino.

Para armonizar el régimen nacional con los estándares interamericanos, es imperativo transitar hacia un protocolo de garantías mínimas que asegure el acceso a un recurso sencillo y efectivo (art. 25 CADH) antes de la firmeza del acto administrativo de expulsión.⁸⁶

La experiencia comparada latinoamericana y europea demuestra que es técnicamente viable establecer un procedimiento de expulsión que concilie la eficiencia del control fronterizo con las garantías mínimas del debido proceso. La incorporación de una audiencia previa obligatoria, la asistencia letrada gratuita en sede administrativa y el efecto suspensivo automático del recurso de reclamación constituyen mecanismos idóneos para reforzar las garantías mínimas de dicho protocolo.

Las reformas necesarias para subsanar las brechas de convencionalidad identificadas deben operar en dos niveles concurrentes: en el nivel reglamentario, mediante la modificación de los procedimientos internos del Servicio Nacional de Migraciones para incorporar criterios objetivos de proporcionalidad y evaluación del interés superior del niño; y en el nivel legislativo, mediante una reforma puntual a la Ley N°21.325 que consagre expresamente el derecho a ser oído y a contar con defensa técnica antes de la dictación del acto de expulsión.

Declaración de contribución de autoría Credit

Daniel Atencio Huggins: 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.

⁸² Ley N°21.325, artículos 125 y 126, de 2021, La estructura del régimen sancionatorio ha sido analizada también en Cociña (2022), pp. 193-198.

⁸³ *Ciudadana venezolana con Policía de Investigaciones de Chile* (2023).

⁸⁴ SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2025), pp. 35-38.

⁸⁵ Sobre la falta de uniformidad jurisprudencial y los objetivos de sistematización, véase Cociña ET AL (2025), p. 1.

⁸⁶ Para profundizar en la teoría del recurso efectivo, véase *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana* (2014).

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

ABÁSOLLO, Ezequiel (2023): *Metodología de la Investigación Científica en Derecho. Principios. Criterios. Técnicas* (Madrid, Dykinson).

ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel (2021): *Redacción de documentos legales* (Santiago, Academia Judicial de Chile).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

BOUTAUD SCHEUERMANN, Emilio (2022): "Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines", en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 90 núm. 251).

BROWER BELTRAMIN, Jorge (2024): "La nueva Ley de Migración Chilena: análisis de su configuración como dispositivo de poder discursivo", en: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (vol. 69 núm. 251).

BROWER BELTRAMIN, Jorge y CONTRERAS CANDIA, Leticia (2025): "La nueva Ley de Migración para Chile: un dispositivo de saber/poder jurídico controlador y sancionador", en: *Revista Gestión de las Personas y Tecnología* (vol. 18 núm. 53).

CERIANI CERNADAS, Pablo (2011): "Luces y sombras en las legislaciones migratorias de América del Sur", en: *Revista Nueva Sociedad* (núm. 233).

COCIÑA CHOLAKY, Martina (2022): "Análisis de la expulsión de los extranjeros en Chile desde 2012 a 2020", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 35 núm. 1).

COCIÑA CHOLAKY, Martina; DÍAZ PANTOJA, Juliana y LUCERO PANTOJA, Jairo (2025): "Expedited removal of foreign persons in Chile: An analysis of its application", en: *Latin American Legal Studies* (vol. 13 núm. 1).

DÍAZ TOLOSA, Regina (2020): "Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno", en: *Estudios Constitucionales* (vol. 18 núm. 1).

DÍAZ TOLOSA, Regina (2022): *Contexto social y estatuto de los migrantes en Chile* (Santiago, Academia Judicial de Chile).

FERRAJOLI, Luigi (2001): "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en:

Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado mexicano* (México, UNAM/El Colegio Nacional).

HARRIS MOYA, Pedro (2022): "La impugnación administrativa en la nueva ley migratoria chilena", en: *Revista de Derecho PUCP* (núm. 89).

HURTADO, Antonella y SÁNCHEZ, Diego (2025): "La fundamentación en el ejercicio de las potestades facultativas: un límite a la legalidad administrativa", en: *Servicio Jesuita a Migrantes, Boletín de Jurisprudencia y Derecho Migratorio* (núm. 9).

LAWSON, Delfina y RODRÍGUEZ ATERO, Macarena (2016): "El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas", en: Vial, Tomás (coordinador), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).

MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel (2023): "Sobre los métodos de la investigación jurídica", en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (vol. 14 núm. 1).

NASH ROJAS, Claudio (2009): *El sistema interamericano de derechos humanos en acción: aciertos y desafíos* (Ciudad de México, Editorial Porrúa/UNAM).

PÉREZ LUÑO, Antonio (1991): "Las generaciones de derechos fundamentales", en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (núm. 10).

RODRÍGUEZ-TORRENT, Juan y GISSI-BARBIERI, Nicolás (2020): "Migración haitiana en Santiago de Chile: expulsiones, imaginarios e inserción social en un Estado-nación neoliberal", en: *Política, Globalidad y Ciudadanía* (vol. 6 núm. 11).

SANDHAGEN, Alberto (2025): "Un análisis relativo a las causales penales de expulsión de la ley 25.871", en: *Escuela de la Defensa Pública, Ministerio Público de la Defensa* (año 2025).

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2024): *Anuario Estadístico de Movilidad Humana en Chile 2024* (Santiago, Área Social y Estudios Servicio Jesuita a Migrantes).

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (2025): "Sentencias destacadas del mes de Noviembre" en: *Boletín de Jurisprudencia y Derecho Migratorio* (núm. 9).

STUMPF, Juliet (2006): "The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power", en: *American University Law Review* (vol. 56 núm. 2).

Jurisprudencia citada

Cantos con Argentina (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre de 2002, Serie C N°97.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, serie A, N°18.

Vélez Lóor con Panamá (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de noviembre de 2010, Serie C-218 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, serie A, N°21.

Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2014, Serie C-282 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Tres ciudadanos venezolanos con Intendencia Regional de Tarapacá (2022): Corte Suprema, de 30 de diciembre de 2022, rol N°170540-2022.

Ciudadana venezolana con Policía de Investigaciones de Chile (2023): Corte Suprema, de 22 de diciembre de 2023, rol N°250988-2023.

Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2023): Corte Suprema, de 18 de mayo de 2023, rol N°84043-2023.

Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2024): Corte Suprema, de 30 de diciembre de 2024, rol N°60673-2024.

Ciudadano venezolano con Dirección Regional de Tarapacá del Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 13 de noviembre de 2025, rol N°44584-2025.

Ciudadano colombiano con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 13 de noviembre de 2025, rol N°44558-2025.

Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 14 de noviembre de 2025, rol N°44782-2025.

Ciudadano venezolano con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 21 de noviembre de 2025, rol N°46947-2025.

Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 21 de noviembre de 2025, rol N°46948-2025.

Ciudadano haitiano con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 27 de noviembre de 2025, rol N°48783-2025.

Ciudadana venezolana con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2025, rol N°53878-2025.

Ciudadana colombiana con Servicio Nacional de Migraciones (2025): Corte Suprema, de 28 de noviembre de 2025, rol N°48907-2025.

Normativa citada

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en Viena), de 23 de mayo de 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Ley N°19.880, establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003.

Ley N°21.325, Ley de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021.

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

Los neuroderechos ante la perplejidad de los avances científicos y tecnológicos: casos de derecho comparado y la situación en Chile

The neuro-rights in the face of the perplexity caused by scientific advances: cases from comparative law and the situation in Chile

MARIELA RUBANO LAPASTA*

(<https://orcid.org/0009-0007-8717-0350>)

RODRIGO LAGOS ARÉVALO

(<https://orcid.org/0009-0001-6848-6209>)

Recibido:

24 de marzo, 2026

Aceptado:

05 de junio, 2026

Publicado:

24 de julio, 2026

*Autor de

correspondencia

Mariela Rubano Lapasta
Universidad de la Santísima
Concepción, Concepción,
Chile.

Correo electrónico:

iris.rubano@ucsc.cl

Los neuroderechos ante la perplejidad de los avances científicos y tecnológicos: casos de derecho comparado y la situación en Chile. (2026). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 48, (77-96). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.05>

RESUMEN

Se aborda el análisis de los neuroderechos, en especial los casos de Chile, Uruguay, España e Italia. Los neuroderechos se relacionan con dos temas más amplios, a saber, las neurociencias y las neurotecnologías. Como consecuencia del avance de las ciencias y de las tecnologías hay un conjunto de riesgos para la persona humana, por lo tanto, se deben considerar las limitaciones propias de la ética y del derecho con los correspondientes resguardos.

PALABRAS CLAVE

Neuroderechos, regulación y garantías.

ABSTRACT

This paper examines the concept of neurorights, with specific reference to the legal experiences of Chile, Uruguay, Spain and Italy. Neurorights are intrinsically linked to two broader domains, namely neuroscience and neurotechnologies. As a result, the development and deployment of such technologies give rise to a series of legal and ethical risks affecting the human person, which must be addressed through appropriate regulatory frameworks and legal safeguards, in accordance with the fundamental limits imposed by ethics and the rule of law.

KEYWORDS

Neurorights, regulation, legal safeguards.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es analizar los casos de Chile, Uruguay, España e Italia. Para ello se utiliza un criterio descriptivo subrayando la relevancia del tema puesto que estos derechos buscan proteger la actividad cerebral y nerviosa ante el avance y el desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías en relación con el ser humano, por ende, comprende su biología, el aspecto social, ético, y científico.

En la actualidad, el cambio climático, que afecta a la mayoría de los países y tiene efectos devastadores sobre el planeta y sobre la humanidad, así como el conflicto climático y los derechos humanos aplicables al ámbito digital y en especial los neuroderechos, son temas relevantes para la sociedad contemporánea.

La importancia del tema se justifica porque en un contexto multidisciplinario o también llamado multinivel, se sostiene que el cerebro es fundamental para la comprensión de la conducta social e individual, en razón de la complejidad de nuestra conducta, ésta deberá ser estudiada a través de varias ciencias mediante un análisis integrador.¹

Los neuroderechos se relacionan con dos temas más amplios, a saber, las neurociencias y las neurotecnologías. Las primeras son ramas científicas que consisten en el análisis del sistema nervioso y que comprende tanto el cerebro humano en su dimensión cognitiva y física ante un eventual daño, así como en su aspecto social en cuanto a la base biológica de la conducta. Y la segunda, las neurotecnologías, se entienden como un conjunto de técnicas, métodos e instrumentos que permiten relacionar componentes técnicos y el sistema nervioso.²

En relación con el origen de los neuroderechos, podemos señalar que éstos nacen ante una necesidad social por los peligros actuales y futuros que pueden sufrir las personas. Cabe hacer la distinción con la aplicación terapéutica (uso de fármacos) que se puede traducir en mejoras desde el punto de vista cognitivo, frente a la incorporación en el cerebro de uno o más dispositivos o la conexión individuo-máquina. Lo señalado precedentemente apunta a un conjunto de riesgos para la persona humana, ante la perplejidad de los expertos e investigadores en campos científicos y tecnológicos, con las limitaciones propias de la ética y del derecho. Es reflejo de la autonomía de cada individuo para tomar decisiones sobre su vida, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el artículo 19, N°7 Constitución Política.

A efecto de cumplir con el objetivo del informe, se examinará: el caso chileno, uruguayo y español. Asimismo, se hace referencia a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile, rol 105-065-2023 caratulado GIRARDI/ EMOTIV INC., de fecha 9 de agosto de 2023. Y la sentencia de la *Corte d'Assise di Appello di Trieste*³ y que será objeto de análisis más adelante.

Para concluir con algunas ideas relevantes sobre el tema de estudio que tienen fundamento en la propia norma constitucional.

II. CASO CHILENO

A. Marco teórico: referencia a los derechos y deberes digitales

Los neuroderechos son un conjunto de nuevos derechos humanos, que surgen como consecuencia del avance de la tecnología y de la ciencia. Se trata de una nueva generación de derechos o bien, se pueden entender integrados a los derechos humanos de cuarta generación, como se indica más adelante, que refiere al empoderamiento del ser humano frente a las máquinas y a las tecnologías, que se diferencia según el sistema de fuente del Derecho.⁴ A nuestro juicio, se trata de una nueva categoría de derechos humanos, interpretación que emana de una parte de la

¹ Los autores agregan que *"El análisis integrador tiene base en tres principios: el principio de determinismo múltiple, que significa que un evento puede tener diversas causas en distintos niveles; el principio de determinismo no aditivo, el cual sostiene que el todo es más que la suma de las partes, y el principio del determinismo recíproco, según el cual puede haber una influencia mutua entre diferentes eventos en diferentes niveles"*. CÁCERES y LÓPEZ (2022), p. 46.

² MONTALVO (2025), pp. 12-15.

³ El 9 de agosto de 2023, la Corte Suprema falló el recurso de apelación presentado por el recurrente. *Girardi con emotiv inc* (2023).

⁴ La norma jurídica del derecho inglés es un derecho jurisprudencial; no obstante, se aplica la ley escrita que se sitúa a nivel del caso concreto, a diferencia de la norma jurídica continental que es formulada por el legislador o la doctrina para dirigir la conducta del ciudadano en la generalidad de los casos.

doctrina, autores como como Rubén Flores;⁵ Ramiro Orias;⁶ Rafael Yuste,⁷ entre otros.

La teoría de los neuroderechos se ha criticado por el carácter reduccionista, su enfoque se refiere a regulaciones legales sin considerar la conducta humana como un todo, podría vincularse con la psicología, disciplina que permite comprender mejor el cerebro humano. Otro argumento es que solo refiere a lo biológico y no a los rasgos individuales de cada persona como son sus pensamientos e ideas.

Hay autores que difieren respecto a la naturaleza de los neuroderechos por considerar que éstos se encuentran incorporados en la tradicional clasificación de los derechos humanos. Es decir, vinculados a derechos constitucionales ya asegurados,⁸ por ejemplo, el derecho a la privacidad, el derecho a la integridad física y a la integridad psíquica.

En síntesis y a nuestro juicio es necesario regular las neurotecnologías a fin de garantizar un aporte para toda la comunidad, para evitar diferencias arbitrarias entre aquellos que acceden a las tecnologías demostrando una mayor capacidad neuronal e intelectual frente a un gran número de habitantes que se verían perjudicados en comparación.

Sobre el particular y en el ámbito jurídico el concepto de neuroderechos se aplica en distintas ramas del derecho por su efecto integrador que comprende distintas áreas tales como, el derecho informático, derecho al consumo, el derecho procesal y su relación con la inteligencia artificial, vinculado a los principios generales, como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la igualdad y el respeto de la dignidad entre otros. Otra interpretación doctrinaria atiende a que los neuroderechos, por su parte, son una serie o listado de derechos que no están incluidos en los catálogos tradicionales de los derechos humanos de primera, segunda o tercera generación; y no todos los autores están de acuerdo en incluirlos en los derechos de cuarta generación. Los autores Walker y Rojas, refieren a los antecedentes de la Reforma Constitucional introducida en el inciso final del artículo 19 número 1 (Boletín número 13.828 -19) el concepto de neuroderechos refiere a: 1) La privacidad mental, es decir que los datos provenientes del cerebro de las personas se traten de forma confidencial 2) El derecho a la identidad, que permite conservar la individualidad de las personas. Este concepto emana del científico Rafael Yuste.⁹

En conclusión, la diferencia entre derechos humanos y neuroderechos está determinada por el avance tecnológico vinculado a la inteligencia artificial y a la implementación de dispositivos cerebrales no terapéuticos. En efecto, ello representa un grave riesgo para la plena vigencia de los derechos humanos, exigiendo formas de control, en el plano jurídico y ético por los graves peligros de la implementación de nuevas tecnologías. En otras palabras, la relación entre derechos humanos y neuroderechos no es de oposición, y si bien se exponen diferentes puntos de vista, parece ser mayormente aceptada la tesis de que los neuroderechos son parte de los derechos humanos, aceptando, como se indicó que cabría incorporarlos en los derechos humanos de cuarta generación.

Como se expresó anteriormente, están en juego varios principios y derechos fundamentales, por ejemplo, la identidad personal, es decir, se protege a la persona respecto a no afectar el "*sentido del yo*" en ninguna circunstancia; la intimidad, en el sentido que no se podrán utilizar datos de la actividad cerebral sin su consentimiento; el libre albedrío, entre otros que refiere a que las personas puedan decidir libremente sin manipulación. Es decir, se vincula con el libre desarrollo de la personalidad que es un derecho fundamental que permite a cada uno tomar decisiones, con las limitaciones establecidas por el orden jurídico y el respeto de los derechos de los demás.

Asimismo, cabe hacer la distinción con ciertos deberes, por ejemplo, en materia del derecho de familia, éstos se

⁵ FLORES (2024), p. 100.

⁶ ORIAS (2022), p. 214.

⁷ En conferencia en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Los Nuevos Derechos Humanos que el científico español Rafael Yuste planteó en dicha Casa de Estudios. Véase <https://www.uc.cl/noticias/neurocientifico-rafael-yuste-plantea-proteger-los-derechos-de-la-mente/>.

⁸ Véase MONTALVO (2025), p. 62.

⁹ WALKER y ROJAS (2023), pp. 6-9.

refieren al deber-potestad de los padres de proteger los neuroderechos de sus hijos, por ejemplo, el de identidad, por los cuales son responsables. La doctrina señala la obligación universal de tutelar la plena vigencia de los derechos a nivel nacional e internacional,¹⁰ en este caso, la protección emana de los Tratados Internacionales que miran al interés superior de niños, niñas y adolescentes. Como se puede observar en este punto, los neuroderechos abren una interesante relación con todos los individuos, sin distinción de edad, en el caso de los menores, a través del vínculo filial, al momento de tomar decisiones por ejemplo en materia de intervenciones médicas en que uno de sus aspectos podría contener elementos invasivos o directamente de riesgo a nivel neuronal.

Por otra parte, se aborda la relación con los denominados derechos digitales que se afirma son una extensión de los derechos humanos, es decir, se suman nuevos derechos a la clasificación clásica, en los términos anteriormente señalados, esto es, dentro o fuera de los denominados derechos humanos de cuarta generación.

El derecho digital regula los derechos y deberes derivados del entorno digital y en especial de la neurotecnología y la neurociencia sumada a la tecnología que ha determinado un cambio radical en nuestros derechos.

En efecto, la tecnología ha representado un cambio de paradigma frente a los derechos humanos, sea que se consideren ciertos derechos dentro de aquellos denominados de cuarta generación o se consideren derechos independientes. Como se señaló el derecho digital es una rama del derecho que refiere a la tecnología disruptiva aplicable a las personas físicas y jurídicas. La aplicación de esta rama del derecho representa un entorno digital que debe ser seguro, equitativo y respetar la plena vigencia de los derechos humanos en un plano ético con la posibilidad de determinar responsabilidades recíprocas, por parte de los titulares de los órganos del Estado y administrados, protegiendo los derechos a través de acciones y recursos para sus titulares.

Las neurociencias tienen una influencia fundamental en la práctica legal, para algunos representa nuevas formas de imputabilidad, dolo y culpabilidad.¹¹

Se suman nuevos derechos a la clasificación clásica, ejemplos: el derecho a la identidad digital, el derecho al acceso igualitario a internet, el derecho a la propiedad intelectual digital, el derecho al anonimato.¹²

Los datos que se obtienen mediante la tecnología en dispositivos cerebrales, estudios del sistema nervioso, son en principio, sensibles.

Se trata de datos personales que permiten identificar o hacer identificable a una persona, por ejemplo, su número de cédula de identidad, el domicilio, los títulos profesionales, fotografías o datos médicos, entre otros. Esta información debe estar regulada y contar con la debida protección, impidiendo que terceros traten nuestros datos sin nuestro consentimiento y que podamos controlar esa información de la cual somos titulares.

En caso de difundir los neurodatos debería efectuarse previa disociación de éstos con consentimiento expreso y por escrito de su titular. Se califica de anonimización a la disociación de los datos en relación con sus titulares, lo que permite la investigación sin afectar la intimidad de las personas a través de sus datos recolectados.¹³

Por lo expuesto. la multidisciplinariedad de la materia tratada permite afirmar que no es suficiente que se reconozcan derechos, si no están acompañados de las garantías, acciones y recursos constitucionales y legales que tienen por fin tutelar la plena vigencia de los derechos con uno de los elementos diferenciadores que es la coacción, esto es la posibilidad de hacer exigible el cumplimiento de los derechos previamente reconocidos por la

¹⁰ FLORES (2024), pp. 20-23.

¹¹ ARIANO (2016), pp. 101-106. Complementa lo indicado precedentemente, los tres modelos teóricos del derecho, son tres modelos divergentes: El legislativo, el jurisprudencial y el continental. FERRAJOLI (2014), p. 17.

¹² FALIERO (2024), p. 180.

¹³ La Ley N°21.719, de 2024, que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, en su artículo 2° letra k) define anonimización como: "el procedimiento irreversible en virtud del cual un dato personal no puede vincularse o asociarse a una persona determinada, ni permitir su identificación, por haberse destruido o eliminado el nexo con la información que vincula, asocia o identifica a esa persona. Un dato anonimizado deja de ser un dato personal".

legislación y a través de los procedimientos establecidos con dicho fin.

En el tema de los derechos digitales, la más importante garantía es el habeas data, consiste en el derecho de toda persona a controlar la información que sobre ella poseen y circula en bancos de datos en entidades públicas y privadas. El fin es proteger al individuo, su intimidad y su vida privada. Se trata de una garantía que tiene por fin rectificar, suprimir y prohibir la divulgación de determinados datos, especialmente los sensibles, evitando calificaciones discriminatorias o erróneas que puedan perjudicarlo.

En conclusión, son determinantes para que las personas se beneficien de las tecnologías digitales o Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) en forma segura, y equitativa con el fin de proteger los derechos en el contexto de un marco jurídico y ético.

La tecnología debe tener un valor instrumental pero no sustituir a las personas, son las personas las que deben tomar las decisiones y asumir las responsabilidades, no las máquinas, los algoritmos ni los robots, los cuales proporcionan información, la facultad de discernir es solo de las personas. Se ha discutido si los sistemas inteligentes pueden ser considerados agentes morales, la respuesta es negativa por lo señalado precedentemente.

En ese mismo sentido, se ha planteado si podemos tener máquinas éticas, es decir introducir valores morales en las máquinas a fin de actuar correctamente, por ejemplo, para que actúen como cuidadores en residencias de ancianos.¹⁴

B. Marco constitucional

A continuación, se analizan los preceptos constitucionales relacionados con el tema.

El principio de servicialidad del Estado contenido en el artículo 1º CPR. Es decir, el Estado es un medio, una herramienta al servicio de la persona. Ello refleja la participación de la sociedad civil, las formas de control con el fin de satisfacer las necesidades sociales, se relaciona con el principio de solidaridad, se reconocen los derechos sociales, éstos se traducen en prestaciones económicas porque exigen un canon de parte del Estado o de los particulares.¹⁵

Siguiendo con el análisis de la norma constitucional se reconoce y garantiza el derecho a la vida y a la integridad personal, es un concepto amplio que tiene como base la dignidad de la persona humana.¹⁶ Con relación al alcance de este derecho fundamental los tribunales consideran ilegal cualquier hecho que atente contra la vida de un sujeto, cualquiera sea la causa, incluso si proviene de él mismo como es la huelga de hambre o negarse a una transfusión de sangre, que es fundamental para conservar la vida. Asimismo, se reconoce el derecho a la intimidad y a la honra de la persona y de su familia, protegiendo valores o bienes jurídicos.¹⁷

Siguiendo con la interpretación constitucional se cita el principio general de igualdad ante la ley. El constituyente le da un tratamiento sociológico porque indica que *"en Chile no hay persona ni grupos privilegiados (...)".* La prohibición del constituyente consiste en no realizar distinciones arbitrarias y serán tales las que no se funden en

¹⁴ CORTINA (2025), pp. 88 y 89.

¹⁵ Artículo 1º inciso final: *"(...) el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respecto a la vida y a la integridad física y psíquica (...)".* Es decir, la servicialidad se vincula con el bien común que es el elemento teleológico del Estado, que comprende condiciones sociales, de carácter material y espiritual que tiene un fin de alcanzar el pleno desarrollo de las personas, de todos y de cada una de las personas. Se vincula con el principio de justicia y de igualdad proporcional. Constitución Política de Chile, de 1980.

¹⁶ Artículo 19: *"La Constitución asegura a todas las personas: numeral 1º "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (...)".* El derecho a la vida se reconoce como anterior al ordenamiento jurídico. La dignidad es la base de todos los derechos, se trata de un sustrato axiológico. Constitución Política de Chile, de 1980.

¹⁷ Numeral 4: *"El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la vida privada de la persona y de su familia y, asimismo, la protección de sus datos personales (...)".* Constitución Política de Chile, de 1980.

la razón y en la justicia, y por tanto carecen de fundamentos.¹⁸

La importancia del tema se justifica por su vinculación con los principios de igualdad y libertad de las personas, éstos son básicos para el mantenimiento de un régimen democrático y de la plena vigencia de un Estado de Derecho, por tratarse de derechos públicos subjetivos cuya base es la dignidad de las personas.¹⁹ Hay Estado de Derecho cuando está vigente un orden jurídico que permite la organización y ejercicio del poder político, de esta manera los destinatarios del poder están protegidos por la vigencia de normas e instituciones jurídicas que representan medios de garantías de sus derechos y libertades.²⁰

Lo señalado precedentemente tiene el fundamento constitucional en la norma del artículo 19 número 7, libertad personal y seguridad individual,²¹ se vincula con el libre desarrollo de la personalidad que es un derecho fundamental que permite a cada uno tomar decisiones, con las limitaciones establecidas por el orden jurídico y el respeto de los derechos de los demás. Es reflejo de la autonomía de cada individuo para tomar decisiones sobre su vida.²²

Asimismo, se reconoce la garantía general del numeral 26 del artículo 19 que se califica de seguridad jurídica, refleja el principio de reserva legal, en el sentido que solo la ley puede limitar o suspender el ejercicio de derechos y libertades, sin afectar la esencia de éstos,²³ que significa no desnaturalizar el derecho al punto de hacerlo impracticable. Es decir, la garantía general regulada en este precepto constitucional refiere a los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías que ella establece tienen un límite, no vulnerar el contenido esencial de los derechos, por tanto, toda limitación debe ser necesaria, adecuada y proporcional, sin afectar el núcleo esencial de los derechos. Asimismo, corresponde señalar que se excluyen de la delegación legislativa la regulación, limitación o complemento de ciertos temas señalados en la norma constitucional, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 64 de la Constitución.²⁴

La regulación y garantía de esta especie de derechos se enmarcan en la modalidad de Estado Social, forma de Estado que organiza el orden social en cumplimiento de los fines y valores que bajo la modalidad de esta especie de Estado democrático permite hacer efectivos los principios, derechos y valores.²⁵ Todo ello en un contexto legal, a través de preceptos legales se regulan y limitan los derechos, son materias propias de ley.²⁶

C. Normas legales

A continuación, se hace un análisis de las principales normas legales que complementan la norma constitucional.

¹⁸ Artículo 19 numeral 2: *"La igualdad ante la ley (...) ni la ley, ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"*. Constitución Política de Chile, de 1980.

¹⁹ CEA (2023), p. 209.

²⁰ JIMÉNEZ y JIMÉNEZ (2025), p. 177.

²¹ Numeral 7, artículo 19 consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, comprende la permanencia (residir y permanecer en cualquier parte de la república y la libertad de locomoción que se refleja en la libertad de desplazarse, de entrar y salir del territorio nacional. Constitución Política de Chile, de 1980.

²² DÍAZ y PEREDO (2021).

²³ Numeral 26: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"*. Constitución Política de Chile, de 1980.

²⁴ Artículo 64: El presidente podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley...esta autorización no puede comprender a las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado. ALDUNATE (2008), p. 61.

²⁵ GARCÍA (2010), pp. 223-246.

²⁶ Artículo 63: *"Solo son materias de ley: 20° Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico"*. Constitución Política de Chile, de 1980.

La Ley N°21.383 que complementa el precepto constitucional contenido en el artículo 19, N°1 Constitución Política de la República, en ese sentido: *"El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella"*.²⁷ Se refleja el principio de servicialidad del Estado, actúa como instrumento al servicio de la persona.

Siguiendo con el análisis de los preceptos legales, tenemos la Ley N°21.719 que regula la protección y tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de datos personales, de fecha 13 de diciembre del año 2024 y que entra en vigor el 01 de diciembre de 2026. El tratamiento y protección de los datos personales, se deberá hacer en conformidad al artículo 19, N°4 de la Constitución Política de la República. La citada ley deroga la Ley N°19.628 sobre la protección de la vida privada, que en su artículo 6 regula que los datos neuronales constituyen una categoría especial de dato sensible de salud.

A nuestro juicio los neuroderechos son *"nuevos derechos humanos que protegen la integridad física y psíquica"*, consecuencia del uso abusivo de neurotecnologías, la citada afirmación se encuentra contenida en el artículo 1° de la ley.

Como ideas matrices del precepto legal cabe señalar, la consagración de infracciones y sanciones graves, y asimismo se crea una Agencia de Protección de Datos Personales cuyo cometido es fiscalizar, promover y sancionar el uso indebido de la información. Con la vigencia de la nueva ley todas las instituciones, bancos, farmacias, empresas móviles, universidades entre otras deberán revisar sus procesos internos. En efecto, en el futuro para obtener descuentos comerciales, la persona no estaría condicionada a entregar su número de cédula de identidad para que éste se haga efectivo, basta con su consentimiento expreso.

En caso de incumplimiento la persona afectada podrá presentar su petición ante la Agencia, sin necesidad de patrocinio de abogado. Este órgano actuará de oficio, investiga y aplica sanciones y los procedimientos serán claros y accesibles.²⁸

Dentro de los aspectos de relevancia de la ley corresponde destacar las definiciones de conceptos tanto técnicos como algunos tradicionales o reconocidos por el derecho, tales como el consentimiento y el principio de seguridad al cual se agrega el de anonimización. Siguiendo el orden que le da la ley, el primero es el principio de seguridad, aporta en lo sustantivo la determinación de responsabilidades de acuerdo con la naturaleza de los datos y su tratamiento.²⁹

En segundo lugar, la exigencia de la anonimización, implica el conocimiento de otras áreas como la informática para diferenciar el dato personal de su titular a la cual pertenece.³⁰ Tal como se mencionó, este procedimiento es útil para permitir la investigación sin vulnerar los derechos de las personas. Finalmente, y en relación con el consentimiento, destacamos que se refuerza, a nivel legal, la idea de que la manifestación de voluntad debe ser además de libre y específica, informada para autorizar el tratamiento de sus datos.³¹

²⁷ Este párrafo fue agregado por el número 2 del artículo único de la Ley N°21.383, de 2021.

²⁸ ACTUALIDAD JURÍDICA (2025).

²⁹ Ley N°21.719, de 2024. Artículo 2°, definiciones "f) Principio de seguridad. En el tratamiento de los datos personales, el responsable debe garantizar estándares adecuados de seguridad, protegiéndolos contra el tratamiento no autorizado o ilícito, y contra su pérdida, filtración, daño accidental o destrucción. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la naturaleza de los datos".

³⁰ Letra "k) Anonimización: procedimiento irreversible en virtud del cual un dato personal no puede vincularse o asociarse a una persona determinada, ni permitir su identificación, por haberse destruido o eliminado el nexo con la información que vincula, asocia o identifica a esa persona. Un dato anonimizado deja de ser un dato personal". Ley N°21.719 artículo 2, de 2024.

³¹ Letra "p) Consentimiento informado: toda manifestación de voluntad libre, específica, inequívoca e informada, otorgada a través de una declaración o una clara acción afirmativa, mediante la cual el titular de datos, su representante legal o mandatario, según corresponda, autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen". Ley N°21.719 artículo 2, de 2024.

La nueva ley consagra el principio de responsabilidad proactiva, los responsables de datos deben preocuparse de cómo se hará el tratamiento de los datos. Esta obligación se extiende a todos, es decir a grandes corporaciones y establecimientos educacionales.

¿Como se hace efectiva la responsabilidad?

Primero una amonestación por escrito hasta la aplicación de multas de 20.000 UTM, en caso de reincidencia se multiplica por 3, también habrá un registro de infractores, con ello se afectaría la credibilidad de la marca comercial.

Se regula un procedimiento administrativo: por tutela de derechos, es el titular del dato que acude ante la Agencia de Protección cuando el responsable no ha respondido o fue denegada su petición, también la Agencia de oficio o a requerimiento de parte.

Al mismo tiempo, hay un procedimiento judicial: en los casos de que la decisión de la Agencia sea ilegal se puede acudir ante la Corte de Apelaciones.

La citada norma legal fue objeto de control preventivo y obligatorio por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la exigencia impuesta en el N°1, artículo 93 de la Constitución. Se trata de la sentencia, rol N°15.733 de 14-11-2024, Boletines N°11.144-07, 11.092.07. La finalidad del legislador es elevar los estándares de protección de la privacidad al nivel con la normativa internacional.

En relación con el tema, hay otros preceptos legales vinculados al área del derecho a la vida y a la salud de las personas. En ese sentido cabe indicar:

El Código Sanitario en su artículo 145 indica que *"El aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos"*.³² Es un ejemplo de protección de los datos en el sentido que la información de los pacientes o donantes adquiere relevancia porque podría permanecer por tiempo indefinido en bases de datos, lo que permitiría, sin un control especializado, su venta o transferencia a terceras personas.

Asimismo, cabe citar la Ley N°20.584 sobre los Derechos y Deberes de las Personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud: de acuerdo con el artículo 14 *"Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el Artículo 16"*. Es exigencia legal que el consentimiento debe ser manifestado de manera informada, libre, voluntaria y expresa, recibiendo para ello la información suficiente y comprensible, además, con la participación de los comités de ética.³³ En síntesis, en el futuro sería suficiente un consentimiento presunto para evitar un daño a la integridad neurológica.

Sobre el consentimiento informado, también se valora como positiva establecer expresamente en el artículo 5° la obligación de informar previamente sobre los eventuales efectos cognitivos y emocionales que puede tener dicha intervención.

También es relevante el rol de los comités de ética de los servicios. Su resolución tiene un carácter de asesoramiento y sus integrantes no serán pasibles de responsabilidad civil o penal. Tratándose de menores de edad, el comité deberá tener en cuenta el interés superior del niño³⁴ previsto en la Ley N°21.430.

³² El *"Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes"*. En relación con el artículo 145, cabe señalar: *"El aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona, sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos"*. Decreto con Fuerza de Ley N°725, de 1968, fue objeto de múltiples modificaciones.

³³ Consentimiento informado artículo 14 y siguientes. Comité de Ética, artículo 17 y siguientes.

³⁴ Ley N°21.430, de 2022. Esta ley contiene un estatuto de garantía y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia que permite el goce y ejercicio efectivo para niños, niñas y adolescentes, en protección a los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Convención sobre Derechos del Niño, y los demás tratados internacionales ratificados por Chile. La Convención de los Derechos del Niño es de fecha 20 de noviembre de 1989 y Chile la ratifica el año 1990.

Asimismo, cabe citar la Ley N°19.451 sobre el trasplante y donación de órganos, condena el tráfico de órganos, en su artículo 2° señala *"Las extracciones y trasplantes de órganos sólo podrá realizarse en hospitales y clínicas que acrediten cumplir con las condiciones y requisitos establecidos por las normas vigentes"*.³⁵

La Ley N°20.120 sobre investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana y el respectivo reglamento: exige el consentimiento informado para la investigación científica biomédica.³⁶ Esta norma legal consagra un límite a las investigaciones científicas que se traducen en el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En síntesis, los preceptos legales citados protegen la vida desde la concepción, así como la integridad física y psíquica, la diversidad e identidad genética, en el marco de la plena libertad científica biomédica y de la necesidad de que toda investigación científica en las personas deberá ser siempre realizada por profesionales idóneos en la materia, se suma la garantía impuesta por la nueva Ley N°21.719.

D. Jurisprudencia chilena

Seguidamente, se analiza un caso práctico, la sentencia dictada por la Corte Suprema que acoge el recurso de protección interpuesto por el exsenador Girardi.³⁷ Sobre el particular, podemos señalar que representa un fallo histórico, un precedente judicial importante tanto a nivel nacional como internacional, con repercusiones éticas, científicas y jurídicas, infringiendo derechos inherentes de la persona humana como son la privacidad y la integridad moral. En ese sentido se afirma *"ante la llegada de una nueva tecnología como la que es objeto de autos (...) se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean estas tecnologías y dispositivos analizados por la autoridad pertinente debido a toda la problemática que plantea, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella"* (considerando octavo). De esta manera la privacidad de los datos cerebrales debe estar resguardados y contar con una autoridad de protección de datos personales. Es muy relevante para llevar a la práctica medidas preventivas y sancionatorias, por ejemplo, evaluar el impacto a la privacidad o aplicar procedimientos sancionatorios.

Para la resolución del presente caso, la Corte consideró la Ley N°21.383 del 14 de octubre de 2001 que reformó la Constitución, incorporando el inciso final al numeral 1° del artículo 19 de la Constitución, como se señaló precedentemente.

El producto objeto de la discusión *Insight* es un dispositivo inalámbrico como vincha con sensores que obtienen información sobre la actividad eléctrica del cerebro. En ese sentido se consiguen datos sobre movimientos, gestos, preferencias, reacciones y actividad cognitiva de la persona.

El recurrente expresa haber adquirido el dispositivo con el objeto de acceder y grabar sus datos neuronales. Para ello tuvo que crear una cuenta en la *nube* de *Emotiv inc.* e instalar en su computador el *software Emotiv Launcher*, por tanto, se vio obligado a aceptar las condiciones de uso impuestas por la empresa. Debido a tener una versión gratuita de la licencia se le impidió importar y exportar registro de sus datos cerebrales. La información quedó grabada y registrada en la *nube* de la empresa. Ello es considerado un peligro en punto a su reidentificación, reutilización no autorizada y utilizada para fines no consentidos, así como la piratería de datos cerebrales. Los fundamentos legales se encuentran en los artículos 11 y 13 de la Ley N°19.628, sobre el debido resguardo de los datos personales.

La empresa demandada considera que se trata de un dispositivo de neuro tecnología no invasiva, sin fines terapéuticos, similar a un encefalograma móvil que permite la investigación de campo y que no se vende como dispositivo médico. Asimismo, expresa que el producto y su instalación están explicados en los términos de uso, donde se exige el consentimiento expreso para el tratamiento de los datos personales y cerebrales.

³⁵ Ley N°21.451, de 1996. Última modificación: Ley N°21.300, de 2021.

³⁶ La Ley N°20.120, de 2006.

³⁷ *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la agencia de protección de datos personales, correspondiente a los boletines números 11.144-07 y 11.092-07, refundidos (2024) y Girardi con Emotiv inc (2023).*

En síntesis, se le solicitó al tribunal una orden para que la empresa eliminara los datos cerebrales y también se abstuviera de seguir comercializando el producto en Chile mientras no modificara sus políticas de privacidad. El demandante se fundamentó en la privacidad de sus datos cerebrales y la ausencia de consentimiento para el almacenamiento de neuro datos. Por otra parte, la empresa afirma que el comprador había otorgado el consentimiento al aceptar los términos y condiciones, pudiendo revocar la manifestación de voluntad en el sentido que los datos eran para fines de investigación almacenados de manera anonimizada, encriptada y segura.

Del análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema se observa que los productos de *Emotiv* se comercializaban en Chile sin ningún tipo de control por parte de la autoridad competente (sanitaria y aduanera). Asimismo, en consideración al marco normativo nacional de protección de la vida privada y los requisitos del consentimiento informado aplicable a investigaciones científicas, se hace imprescindible la protección constitucional de la actividad cerebral, así como algunas normas internacionales que reconocen la relación entre ciencia y los derechos humanos. En definitiva, el Estado tiene un deber de atención y cuidado respecto a las nuevas tecnologías, resultado del principio de servicialidad ya mencionado.

Se concluye que el Estado al permitir la comercialización de estos productos sin exigir las autorizaciones correspondientes estaría vulnerando derechos personalísimos como son la privacidad y la integridad de las personas. A ello se suma, el principio de servicialidad del Estado.

Finalmente, la Corte ordenó a *Emotiv* eliminar toda información del demandante y ordenó a la autoridad de salud y aduanera evaluar los antecedentes para la comercialización y uso del dispositivo, ello se funda en la protección constitucional de la actividad cerebral.

A continuación, se abordan los conceptos relevantes emanadas de la Corte Suprema:

- Crear marcos regulatorios claros sobre la reglamentación de sus condiciones de uso y venta, requisitos mínimos de seguridad para que no existan riesgos a la privacidad de los datos cerebrales y las eventuales sanciones por el uso indebido de estas tecnologías.
- Garantizar que las personas reciban información completa, adecuada y fácilmente comprensible sobre el tema.
- No aceptar que los contratos sobre el uso de estas tecnologías sean contratos de adhesión, con el fin de que el consumidor pueda tener una información veraz y comprensible sobre el uso de estos dispositivos.
- La exigencia del consentimiento informado debe estar acompañado de requisitos rigurosos y éste podrá ser revocado sin condición alguna, con la consecuencia de eliminar la información almacenada, a solicitud del consumidor.
- La obligación de información y transparencia activa consiste en informar de manera adecuada a las personas para que éstas tengan conocimiento en forma adecuada qué son las neuro tecnologías, cuál es su estado actual, cuáles son los posibles desarrollos futuros y cuáles son sus riesgos y beneficios.
- La posibilidad de interponer acciones y recursos constitucionales y legales en los casos de vulnerar el patrimonio íntimo de las personas, inclusive la posibilidad de obtener las reparaciones económicas correspondientes.

De los considerandos de la Corte Suprema hay una exigencia, el consentimiento informado y su distinción con el consentimiento contractual. Ello, debido a que la empresa considera que la autorización para proceder a la captación y uso de datos está cubierta por el consentimiento emanado de un contrato de adhesión y que los usos de los datos libres debido a ser anonimizados pasarían a ser datos estadísticos. El tribunal exige el consentimiento informado, con el fin de garantizar una decisión informada, libre y autónoma.

Sobre el particular, está claro que el consentimiento contractual es el acuerdo de dos o más declaraciones de voluntad que emanan de sujetos distintos y que se dirigen hacia un fin común, que se materializa en un acto jurídico. A diferencia de los contratos por adhesión donde el consentimiento se emite de una manera débil, porque consiste en adherir a una serie de cláusulas sobre las que no se tiene capacidad de negociación, es decir, se acepta o se rechaza en conjunto. La exigencia del consentimiento informado implica la protección a los derechos humanos, está regulado legalmente y se deben cumplir con ciertos requisitos legales y éticos.

El tema indicado se vincula con la bioética jurídica que busca la resolución y regulación de los temas y problemas bioéticos que están dirigidos a garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales. Se trata de un puente entre la bioética y el derecho para analizar y proponer alternativas normativas. El tema en cuestión tiene un carácter axiológico representado por los valores, de ahí la importancia de contar con herramientas de garantías.³⁸

Se aplica el principio precautorio emanado del derecho internacional de los derechos humanos (considerando octavo de la sentencia) es deber del Estado otorgar cuidados con el fin de prevenir los riesgos de las nuevas tecnologías. Ello significa que los desarrollos y aplicaciones neurocientíficas pueden traer como consecuencia peligros para la supervivencia humana, exigiendo una responsabilidad especial. Se concluye que los mecanismos de protección son fundamentales debido a que el núcleo de tutela son los datos sensibles, reconocidos y garantizados.

En el caso particular se vulneran los preceptos constitucionales contenidos en los numerales 1°, 4°, 6° y 24 del artículo 19 de la Constitución.

La parte recurrente solicita que: 1) La empresa recurrida modifique sus políticas de privacidad; 2) La empresa recurrida se abstenga de vender su producto *Insight*, mientras no reforme sus políticas de privacidad; 3) Que la empresa elimine la información cerebral del actor.

La empresa recurrida rechaza haber incumplido la normativa contenida en la Ley N°19.628 sobre Protección de la vida Privada y los Datos Personales, por el contrario, afirma que cumple con una normativa aún más exigente como es el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD), que entre otros aspectos obliga a la seudonimización que impide individualizar los datos. Un segundo argumento de parte de la empresa es que los datos personales se guarden por un tiempo limitado, esto es, mientras la cuenta del usuario esté vigente. Además, puede revocar el consentimiento de sus datos en cualquier momento.

En la misma sentencia de la Corte se citan entre otros el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 15 señala el derecho de toda persona a gozar los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, su difusión, conservación y desarrollo. También se menciona la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO: "*Que la investigación científica y el uso del saber científico deben respetar los derechos humanos y la dignidad en consonancia con la declaración Universal de Derechos Humanos y a la luz de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*".³⁹

Al mismo tiempo se señala que se está afectando el medio ambiente y la salud poniendo en peligro la supervivencia de la especie humana.

Asimismo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos también de la UNESCO, establece como principios generales el respeto a la vulnerabilidad humana y a la integridad personal junto con el principio de privacidad y confidencialidad de las personas interesadas y la información que les atañe.

En síntesis

La Corte Suprema con esta sentencia histórica fue pionera en ser el primer tribunal en aplicar los neuroderechos con el fin de proteger la privacidad mental frente al uso de dispositivos tecnológicos que registran la actividad cerebral.

E. Caso italiano

El precedente judicial chileno está representado por la sentencia número cinco del 18 de septiembre de 2009, dictada por la *Corte d'Assise di Appello di Trieste*, la cual trata de una persona que padece de un trastorno mental

³⁸ SÁNCHEZ ET AL (2024), pp. 252 y 253.

³⁹ *Girardi con Emotiv inc* (2023), considerando 6°.

(esquizofrenia), que lo limita para pensar y discernir entre el bien y el mal y fue acusado de la muerte de una persona.

Cabe constatar una diferencia en los efectos del fallo en primera y segunda instancia. En aquella, se le aplicó atenuantes genéricas y en ésta, en definitiva, se aplicó a favor del homicida el máximo de las circunstancias atenuantes subjetivas.

En cuanto a la prueba presentada, resulta relevante destacar que los consultores técnicos de la defensa presentaron una prueba de genética comportamental, que convertía al sujeto en una persona con una mayor inclinación a manifestar agresividad si es provocado o excluido socialmente.

Con posterioridad en el año 2011, se falló el caso de una mujer que se le reconoció una enfermedad mental parcial y como consecuencia la condena implicó una reducción de la pena correspondiente a la acusada.

En el campo probatorio de ambos casos, se adujo de parte de los consultores técnicos de la defensa, la presencia de la variedad genética conocida como MAO-A, en los genes de ambos imputados. Lo anterior demuestra que la neurociencia en el ámbito judicial y en particular en el campo probatorio son un medio efectivo y eficaz al momento de contribuir a los elementos de prueba en lo que se refiere a un aspecto fundamental como resulta ser el de la investigación del comportamiento de la persona.⁴⁰

F. Caso uruguayo

A continuación, vamos a abordar algunas ideas centrales de la situación en Uruguay. Los neuroderechos, como se ha señalado representan una especie de derechos que permiten encontrar una respuesta frente a los planteamientos que realizan los investigadores y científicos que expresan sus preocupaciones ante los riesgos de dichos avances tecnológicos y sus eventuales aplicaciones en las personas. Estos derechos encuentran una aplicación concreta en los derechos digitales, que son a su vez, una extensión de los derechos humanos aplicables a la era digital, que consiste en el empoderamiento del ser humano frente a las máquinas.⁴¹

Como ya se señaló, la tecnología en general trae como consecuencia un cambio importante en los derechos humanos clásicos. Los derechos digitales son una extensión o transformación de los derechos reconocidos en las diversas Declaraciones Universales y Regionales, por ejemplo, un reciente informe de Naciones Unidas,⁴² que propone las bases para la creación de un marco conceptual y normativo desde la perspectiva del derecho a la privacidad para la regulación del uso de neuro tecnologías y el tratamiento de los neuro datos.

Se suman nuevos derechos a la clasificación clásica, en ese sentido podemos mencionar el derecho al olvido o prescripción de los datos, la identidad digital, el acceso igualitario a internet, la propiedad intelectual digital, la neutralidad tecnológica,⁴³ entre otros.

Con relación a los deberes, cabe mencionar que las personas tienen obligaciones que surgen de los derechos digitales de los demás, a vía de ejemplo, la obligación de los padres y tutores frente a los menores en lo que refiere a la protección de los neuroderechos. En este caso, hay un interés general y de acuerdo a los preceptos constitucionales estamos ante un límite al ejercicio de los derechos humanos de acuerdo con los artículos 7 y 72 de la Constitución.⁴⁴

⁴⁰ ARIANO (2016), pp. 103 y 104.

⁴¹ FLORES (2024), pp. 105-109.

⁴² BRIAN (2025).

⁴³ CULLELL (2010), p. 3.

⁴⁴ Constitución Política de la república oriental del Uruguay, de 1967, artículo. 7: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general". Artículo 72: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

La tecnología ha hecho un gran aporte para que los seres humanos se beneficien del avance de las tecnologías digitales de manera segura, equitativa y respetuosa en materia de los derechos humanos y de los principios éticos vigentes, con las limitaciones en el ejercicio de los derechos, invocando el interés general.

El derecho emanado de la propiedad intelectual protege la inteligencia artificial, la intimidad de las personas, el acceso equitativo a los medios tecnológicos, la neutralidad de la red, la libertad de expresión, la actuación del Estado, incluida la justicia telemática, así como también los neuroderechos y el desarrollo de las innovaciones tecnológicas con los debidos controles.

Es decir, y de acuerdo a los criterios de interpretación emanados de la doctrina, los derechos digitales son una extensión de los derechos reconocidos en la Constitución y en diversas declaraciones universales y regionales a través de herramientas o plataformas tecnológicas disponibles a través de internet. Su origen se encuentra en el desarrollo de las TIC y la expansión de internet desde finales del siglo XX. Hoy se impone la necesidad de crear un marco legal constitucional impregnado de principios éticos.⁴⁵

Es imperativo un enfoque creciente en la ética digital y la responsabilidad de las empresas y de los órganos del Estado en la protección de los derechos digitales.

Por ejemplo, el derecho a la imagen tiene su fuente en el artículo 72 de la Constitución siguiendo una interpretación sistemática con los artículos 7 y 33.⁴⁶ Se trata de proteger el honor y la intimidad al pertenecer a la esfera íntima de las personas y tiene como base la dignidad de la persona humana. En ese sentido, la privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no deben ser conocidas por terceros, salvo que medie nuestro consentimiento, son ejemplo de ello, opciones sexuales, enfermedades, comunicaciones privadas, entre otras. La identidad en general se constituye por el conjunto de datos que permiten distinguir a las personas y de este modo se les protege en el ejercicio de estos nuevos derechos, por su carácter personalísimo al pertenecer al patrimonio íntimo.

El hombre contemporáneo busca no solo petróleo, oro, sino también insumos para los algoritmos, en este sentido el ser humano es un banco de datos. Es nuestra responsabilidad adoptar una conducta que proteja nuestra intimidad, no dando a conocer ningún tipo de datos, que signifique información sensible tal como la que surge de los metadatos,⁴⁷ neuro datos, entre otros, eso exige que el uso de internet debe ajustarse a la nueva realidad en un marco de ciberseguridad.⁴⁸ La garantía de respecto de los datos de las personas se encuentra regulada en la Ley N°18.331,⁴⁹ está integrada por dos etapas la primera administrativa en sentido amplio que es necesaria y la segunda judicial que es eventual.

El objeto de la citada ley es promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público sea o no estatal y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública. La ley refiere a los datos secretos, confidenciales, y reservados y son aplicables los principios de transferencia en la gestión pública y privada.

El acceso a la información pública es la regla general salvo excepciones determinadas o cuando existe colisión entre los derechos protegidos, por el habeas data.⁵⁰ En efecto, habilita ejercer las acciones legales pertinentes en

⁴⁵ FLORES (2024), p. 22.

⁴⁶ Artículo 33: "El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley". Constitución Política de Chile, de 1980.

⁴⁷ Metadatos, en general se refiere a datos que permiten acceso a otros datos. Por ejemplo, en un archivo de imagen, los metadatos será la fecha en que fue creada la imagen eventualmente el dispositivo en que se creó.

⁴⁸ FLORES (2024), p. 43.

⁴⁹ Ley N°18.331, de 2008, Reglamentada por Decreto N°414/009, de 2009.

⁵⁰ Ley N°18.331, de 2008, en su artículo 37 indica "Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en bases de datos públicos o privados; y -en caso de error, falsedad, prohibición de tratamiento, discriminación o desactualización- a exigir su rectificación, inclusión, supresión o lo que entienda corresponder".

caso de vulneración de derechos, así controlar la información que sobre ella poseen y circulan en bases de datos de entidades públicas y privadas.

Finalmente, es de interés indicar la relación con varias ramas del derecho, a vía de ejemplo, el derecho digital que se vincula con el derecho administrativo y tributario, la fuente está en el derecho constitucional. También se vincula con el derecho privado, en especial la relación con las empresas; con el derecho penal debido a que algunas conductas tipificadas como delitos están vinculadas con los neuroderechos. Al mismo tiempo debe interpretarse con los principios del derecho internacional porque los neuro derechos tienen un efecto transnacional.

Podemos constatar una relación con la economía porque las empresas privadas son decisivas en el cumplimiento de los neuroderechos, de acuerdo con la legislación vigente de cada Estado al que pertenecen.

También la relación con la prevención del lavado de activos y la relación con el derecho laboral porque el trabajador puede tener algún dispositivo en su mente.

Se destaca su vinculación con la actividad política que busca conquistar y ejercer el poder político y hay un fin público que se persigue.⁵¹

Como se señaló precedentemente la dependencia individual está conectada con la dependencia política, determinando la obligatoriedad por parte de la autoridad competente lo que limita el principio de autonomía individual y representa una invasión en la esfera privada de las personas, ello con el riesgo de generarse una dependencia económica, por tanto, es el mercado el que incita al uso de la salud móvil, fijando el precio de acuerdo con los niveles de demanda.⁵²

G. Caso español⁵³

Es de conocimiento público todos los riesgos que vivimos para mantener la privacidad mental, en ciertos casos, descodificar las contraseñas de las cuentas corrientes bancarias. También por la información que emanada del cerebro a través de dispositivos que manipulen la información cerebral y en algunos casos llegar al mejoramiento de la actividad cerebral de las personas.

La privacidad es un santuario de la mente y no se puede ingresar, salvo que medie el consentimiento expreso y por escrito de la persona.⁵⁴

Ante esta situación, el Profesor Yuste considera que deben garantizarse cinco nuevos derechos ante cinco problemas emanados de la aplicación de la neurotecnología:

1. El derecho a la privacidad mental, el contenido de la actividad cerebral es privada y no puede ser descifrada.
2. Los cambios en la identidad mental, derecho fundamental que no puede ser modificada.
3. El derecho a la libertad, libre albedrío, autonomía intrínseca y que la decisión no sea externa.
4. El acceso equitativo a la aumentación mental y para evitar la desigualdad, que sea un derecho universal que no dependa del nivel socio económico.
5. La información que no sea sesgada, la protección en contra de sesgos emanados de la neuro tecnología y los

⁵¹ FLORES (2024), pp. 105-109.

⁵² DE MONTALVO (2025), pp. 49 y 50.

⁵³ MORTE ET AL (2020).

⁵⁴ YUSTE (2025).

implantes, descifrar la actividad cerebral para ayudar y para regular la aplicación de esta neuro tecnología en seres humanos.

En síntesis, la finalidad es proteger a las personas en el derecho a la identidad que consiste en elementos necesarios para individualizarlas, tales como nombre, fecha y lugar de nacimiento, es decir, elementos que permitan conexión. Se trata de conservar la integridad mental frente a intervenciones no consentidas, evitando las discriminaciones y sin ocasionar un daño personal.

Sobre el particular, se hace referencia al Informe de la Relatoría Especial sobre el derecho a la privacidad. Ana Brian Nougères (16 de enero de 2025).

H. Los principios

El tema se fundamenta en la vigencia de ciertos principios debido a que representan la base jurídica y ética de las neurotecnologías y las transferencias de los neuro datos. Su función esencial es servir de interpretación entre el avance tecnológico y los derechos humanos.

A continuación, se destacan los siguientes conceptos relevantes:⁵⁵

1. La Dignidad humana

Como valor supremo inherente al ser humano es preexistente, inviolable e inembargable e imprescriptible. Representa la base de todos los derechos humanos, es un sustrato axiológico que representa la base de todos los derechos humanos.

Se le atribuye al Estado el rol de respetar la dignidad humana y los derechos en el uso de las neuro tecnologías.

2. Los Datos neuronales como datos personales altamente sensibles

Los datos neuronales se califican de altamente sensibles por ser datos personales, en consecuencia, las personas responsables o encargadas del tratamiento y uso de los datos neuronales deben adoptar medidas de privacidad y seguridad, asegurando límites en la aplicación de las técnicas de decodificación. Es papel del Estado garantizar el dominio, la seguridad, la confidencialidad y la integridad de los neuro datos.

3. La Privacidad mental y el consentimiento para tratar neuro datos

Es decir, el consentimiento previo de la persona es un requisito previo para la recolección y tratamiento de esa información. El consentimiento debe reunir ciertas características, libre, informado, expreso, específico, e inequívoco. Debe tener una finalidad lícita y concreta. Además, debe ser revocable, con excepción del caso en que el neurodato se haya dissociado de la identidad. Se exigen medidas de protección tratándose de niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores, o personas privadas de libertad.

4. La Ética y protección de derechos humanos desde el diseño y por defecto en el desarrollo y uso de neuro tecnologías

Se debe garantizar la protección integral y el respeto de los derechos humanos a partir del diseño de las neuro tecnologías, comprende la investigación como la implementación, comercialización, evaluación y uso.

5. El Principio de precaución

En los casos de daño grave e irreversible para el ser humano vinculado a la investigación o al uso de neurotecnologías o neuro datos, se debe tomar medidas precautorias para evitar que se ocasione un perjuicio.

⁵⁵ NACIONES UNIDAS (2025). Tema 3 de la agenda: *Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Fundamentos y principios para la regulación de neuro tecnologías y el tratamiento de neuro datos desde el derecho a la privacidad.*

El citado principio también refiere al riesgo o la magnitud del daño producido a pesar de no existir conocimiento previo.

6. La responsabilidad demostrada y seguridad en el tratamiento de neuro datos

Se deben aplicar medidas para evitar la circulación y usos indebidos o no autorizados de los neuro datos, así como su manipulación o destrucción.

Las medidas de seguridad que se apliquen serán objeto de evaluación, revisión, y mejoras permanentes.

7. La no discriminación arbitraria

El principio de no discriminación es uno de los pilares fundamentales de los neuroderechos. Ello significa no ser tratado en forma diferente por nuestro género o raza, también la incorporación de protecciones específicas frente a la tecnología, por ejemplo, la protección contra sesgos algorítmicos, el acceso equitativo a una mayor capacidad cognitiva.

8. La protección efectiva de los derechos de las personas en el tratamiento de los neuro datos

Es rol del Estado es garantizar la plena vigencia de instrumentos de tutela efectiva de los derechos asociados al tratamiento de los neuro datos, permitiendo ejercer las acciones judiciales y reparaciones en caso de ser necesario.

9. Finalmente son recomendaciones de la Relatora Especial

- a) Promover la regulación de las neurotecnologías y el tratamiento de los neuro datos, encomendando a cada país un marco normativo, debido a evitar vulneraciones a la dignidad humana y los derechos fundamentales. Este marco regulatorio debe ser anterior a los riesgos y garantizar un uso ético, responsable y seguro.
- b) Fomentar practicas éticas en el uso de neuro tecnologías con la finalidad de asegurar el tratamiento adecuado de los neuro datos como información altamente sensible, previniendo cualquiera aplicación que vulnere la privacidad o determine discriminaciones arbitrarias para promover la educación de neuro tecnologías y neuro datos, evaluando beneficios y riesgos. Ello servirá para evaluar su impacto, tomar decisiones siempre respetando la plena vigencia de los derechos.

El desarrollo tecnológico ha traído como consecuencia el cambio del papel de los seres humanos en la sociedad. La neuro tecnología busca alterar el significado del ser humano, el cerebro es el órgano que genera toda nuestra actividad mental y cognitiva. En consecuencia, en la actualidad se puede acceder a los pensamientos de las personas y la voluntad puede ser manipulada mediante la tecnología.

III. CONCLUSIÓN

Consideramos que es relevante destacar el grave riesgo que representa el desarrollo de nuevas tecnologías que implican la relación cerebro máquina para la vigencia de los Derechos Humanos tradicionales como el derecho a la vida privada y familiar, la protección de datos personales, la libertad de pensamiento y el respeto a la integridad personal, que tienen como base la dignidad humana.

Es relevante asumir que los derechos pueden considerarse parte del bloque constitucional y supranacional de derechos esenciales y garantías, debido a que los Estados han ratificado tratados internacionales, como es, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 25 que protege los derechos fundamentales.

En el caso chileno, en virtud de una interpretación sistemática de varios preceptos constitucionales: inciso 2° del artículo 5°, números 1, 2, 3, 4, 7 y 26 del artículo 19 y artículo 20 de la Constitución Chilena. Estos preceptos son aplicables al caso en estudio, puesto que reconoce el derecho a la vida y a la integridad personal, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la vida privada, la intimidad de las personas y de sus familias, el trato igualitario y sin discriminaciones arbitrarias, la libertad personal y seguridad individual, encontrándose

garantizados por la acción de protección, que se interpreta como un derecho fundamental de las personas y una garantía específica de origen constitucional cuyo fin es accionar ante los tribunales de justicia a través de un procedimiento sumario, concentrado y efectivo, ante actos ilegales o arbitrarios que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos señalados expresamente en la norma constitucional.⁵⁶

A ello se suma la garantía general del número 26 del artículo 19, que se califica de seguridad jurídica, consagrando una prohibición expresa, solo se admiten aquellas limitaciones necesarias, adecuadas y proporcionales sin afectar el núcleo esencial de los derechos, como ya indicó precedentemente.

En esta instancia podemos subrayar las siguientes ideas centrales. A nuestro juicio los neuroderechos responden a un nuevo campo del saber multidisciplinario resultado del rol de los descubrimientos neurocientíficos y la neurotecnología en distintos ámbitos del Derecho, con implicancias en el ámbito social, ético y jurídico.

Por tanto, consideramos que la tecnología digital representa un importante aporte para que las personas se beneficien y es imperativo que los sistemas jurídicos adopten las garantías ante los riesgos derivados de la comercialización en materia de neuroderechos. Es tarea del legislador contar con un espacio jurídico, así se puede actuar en forma segura sin que se lesionen los derechos fundamentales y se respeten los principios éticos.

De acuerdo a lo que se plantea en este artículo, las consecuencias de la ciencia en la sociedad son profundas y multifacéticas. Por un lado, contribuye al bienestar general mediante la mejora de la salud pública, el desarrollo de tecnologías que facilitan la vida diaria y la resolución de problemas globales. Por otro lado, el ritmo acelerado de los avances puede provocar desigualdades, brechas digitales y dilemas éticos sobre el uso de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial y la automatización.

En el ámbito político, la ciencia desempeña un papel crucial en la toma de decisiones informadas y en la elaboración de políticas públicas basadas en la evidencia. La influencia de la ciencia puede fortalecer la democracia al fomentar el debate informado, pero también puede ser manipulada para justificar intereses particulares, lo que exige transparencia y rigor en la comunicación científica. Cabe destacar los efectos en la tecnología, puesto que contribuye a implementar nuevos sistemas computacionales que se integrarán en nuestro cuerpo y cerebro, así como banco de memorias externos y de algoritmos y servidores externos.

En el ámbito jurídico, es imprescindible la vigencia de una nueva legislación que permita regular y garantizar los derechos humanos.⁵⁷ (Ley N°21.719 que entrará en vigencia el 01 de diciembre de 2026).

Si bien ofrecen las tecnologías oportunidades para mejorar la calidad de vida y promover el desarrollo sostenible, también plantean desafíos que requieren una reflexión ética y una gestión responsable por parte de las autoridades y particulares implicados. Es fundamental regular, controlar y garantizar mediante acciones y recursos la plena vigencia de los derechos humanos ante la incertidumbre del desarrollo tecnológico y científico en el contexto de un mundo perplejo.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Mariela Rubano Lapasta: Conceptualización, metodología, investigación, recursos, redacción, revisión y edición.

Rodrigo Lagos Arévalo: 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.

⁵⁶ NOGUEIRA (2018), p. 68.

⁵⁷ YUSTE (2024), pp. 205-208.

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 agradecen a Florencia Vera Salazar por su colaboración en el presente trabajo.

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

ACTUALIDAD JURÍDICA (2025): "Un desafío de un cambio cultural: «La nueva ley de protección de datos personales marca un cambio copernicano en Chile»", disponible en: <https://actualidadjuridica.doe.cl/un-desafio-de-un-cambio-cultural-la-nueva-ley-de-proteccion-de-datos-personales-marca-un-cambio-copernicano-en-chile/>.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal publishing).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2025): *Constitución Política de Chile. 4ª edición con estudio preliminar. Incluye leyes, decretos y auto acordados complementarios*, (Santiago, Tirant lo Blanch).

ARIANO, Chiara (2016): "Reflexiones sobre el neuroderecho", en: *Vox juris* (vol. 32 núm. 2).

CÁCERES NIETO, Enrique y LÓPEZ OLVERA, Carmen (2022): "El neuroderecho como un nuevo ámbito de protección de los derechos humanos", en: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (núm. 46).

CEA EGAÑA, José (2023): *Derecho Constitucional Chileno, Derechos, Deberes y Garantías*, 3ª edición (Santiago, Ediciones UC).

CORTINA ORTS, Adela (2025): "Delegar las decisiones en la IA es inmoral", en: Escobar Chavarría, Paula (coordinadora), *Un mundo perplejo treinta conversaciones para comprender el vértigo del presente* (Santiago, La Polera Ediciones).

CULLELL MARCH, Cristina (2010): "El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico", en: *Revista de Internet, Derecho y Política* (núm. 11).

DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo y PEREDO ROJAS, Marcela (2021): "¿Cómo avanzar en los nuevos neuroderechos y en su regulación? Comentarios al proyecto de reforma constitucional (Boletín N° 13827-19) y al proyecto de ley (Boletín N°13828-19)", disponible en: <https://www.uaautonoma.cl/content/uploads/2021/03/Documento-de-Trabajo-Neuroderechos-Nro.-5-2021.pdf>.

FALIERO, Johanna (2024): *El Derecho al anonimato. Revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad*, 2ª edición (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc).

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén (2024): *Neuroderechos, Neurociencias e Internet Of Bodies* (Buenos Aires, Editorial B de F).

GARCÍA PELAYO, Manuel (2010): "El estado Social y sus implicaciones", en: *Revista de Estudios Políticos* (núm. 149).

JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y JIMÉNEZ LOOSLI, Fernando (2025): *Derecho Político*, 4ª edición (Concepción, Ediciones UCSC).

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2025): "Los Neuroderechos como instrumento de protección del individuo frente a los avances de la neurociencia y neuro tecnología: cuando más puede ser peor", en: *Revista de Derecho Político* (núm. 123).

MORA GONZÁLEZ, Miriam (2017): *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967* (Montevideo, Thomson Reuters).

MORTE FERRER, Ricardo; AUSÍN, Txetxu y MONASTERIO ASTOBIZA, Aníbal (2020): "Neuroderechos: Derechos Humanos para las Neuro tecnologías", en: *Diario la ley* (núm. 43).

NACIONES UNIDAS (2025): *Informe de la Relatoría Especial sobre el derecho a la privacidad. Fundamentos y principios para la regulación de neuro tecnologías y el tratamiento de neuro datos desde el derecho a la privacidad*, documento A/HRC/58/58, de 16 de enero de 2025.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2018): *El Recurso de Protección, Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial Cecoch).

ORIAS ARREDONDO, Ramiro (2022): "Los Neuro derechos. Una nueva frontera para los derechos humano", en: *Agenda Internacional* (núm. 40).

SÁNCHEZ CORTÉS, Moisés; COLOMBARA LÓPEZ, Ciro; MONTI VEGLIA, Natalia (2024): *En Defensa de los Neuroderechos* (Santiago, Kamanau).

WALKER SILVA, Nathalie y ROJAS AGUILERA, Joaquín (2023): "Neuroderechos con intento de protección jurídica a las personas frente al uso de neuro tecnologías", en: *Revista de Direito Sanitario* (vol. 23 núm. 1).

YUSTE ROJAS, Rafael (2024): *El cerebro, el teatro del mundo. Descubre cómo funciona y cómo crea nuestra realidad* (Barcelona, Planeta).

YUSTE ROJAS, Rafael (2025): "Chips Cerebrales: El derecho a la privacidad mental: que nadie descifre tu cerebro" entrevista de Andrés Oppenheimer al científico español, CNN", disponible en: <https://youtu.be/YNRMTNUC6Hg?si=3ooPgRYTlktxi9dq>.

FERRAJOLI, LUIGI (2006): *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (México D.F, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM).

Jurisprudencia citada

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la agencia de protección de datos personales, correspondiente a los boletines n°s 11.144- 07 y 11.092-07, refundidos (2024): Tribunal Constitucional, sentencia de 14 de noviembre del 2024, rol 15.733.

Girardi con Emotiv inc. (2023): Corte Suprema de Justicia, sentencia de 09 de agosto del 2023, rol 105.065-2023.

Normas citadas

Decreto con Fuerza de Ley N°725, Código Sanitario, 31 de enero de 1968.

Ley N°19.451, establece normas sobre trasplante y donación de órganos, 10 de abril de 1996.

Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, 28 de agosto de 1999.

Ley N°20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, 22 de septiembre de 2006.

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

Ley N°21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, 15 de marzo de 2022.

Ley N°21.719, regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la agencia de protección de datos personales, 13 de diciembre de 2024.

La vivienda adquirida con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal: patrimonio reservado, renuncia a los gananciales y tutela de terceros

Housing acquired through a housing subsidy by a married woman under the community property regime: reserved patrimony, waiver of marital gains and third-party protection

FRANCISCO CABELLO VARGAS*

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
(<https://orcid.org/0000-0001-7788-034X>)

Recibido:

29 de junio, 2026

Aceptado:

15 de julio, 2026

Publicado:

29 de julio, 2026

*Autor de

correspondencia

Francisco Cabello Vargas
Pontificia Universidad
Católica de Valparaíso,
Valparaíso, Chile.

Correo electrónico:

francisco.cabello@pucv.cl

La vivienda adquirida con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal: patrimonio reservado, renuncia a los gananciales y tutela de terceros. (2026). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 48, (97-113).
<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.06>

RESUMEN

Este trabajo examina el estatuto patrimonial de la vivienda adquirida con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal. Su hipótesis es que la regulación especial no crea un patrimonio autónomo ni se agota en una regla de capacidad para celebrar la compraventa, el mutuo o la hipoteca, sino que debe reconducirse, por integración normativa, al régimen del artículo 150 del Código Civil. La consecuencia específica de esa integración es que el inmueble ingresa al patrimonio reservado de la mujer, con un título de ingreso distinto del trabajo separado, pero sujeto a la misma lógica de administración, responsabilidad, prueba, renuncia a los gananciales y tutela de terceros. El aporte del artículo consiste en sistematizar una línea jurisprudencial protectora, precisar sus fundamentos dogmáticos, confrontar la doctrina contraria y ordenar sus efectos en torno a tres interrogantes: a qué patrimonio ingresa el inmueble, qué ocurre al disolverse la sociedad conyugal y cuáles son las facultades de la mujer respecto de la vivienda.

PALABRAS CLAVE

Mujer casada, sociedad conyugal, subsidio habitacional, patrimonio reservado, renuncia a los gananciales.

ABSTRACT

This article examines the proprietary status of a dwelling acquired through a State housing subsidy by a married woman subject to the community property regime. It argues that the special legislation does not create an autonomous patrimonial category and cannot be reduced to a mere capacity rule for entering into purchase, loan or mortgage contracts. Rather, it must be integrated into the regime of Article 150 of the Chilean Civil Code. The specific consequence of that integration is that the dwelling enters the wife's reserved patrimony, through a source different from separate work, but subject to the same structure regarding administration, liability, proof, waiver of marital gains and third-party protection. The contribution of the article lies in systematizing a protective judicial line, clarifying its dogmatic basis, confronting contrary doctrine and organizing the effects of the proposed solution around three questions: which patrimony receives the asset, what happens upon dissolution of the community property regime and which powers belong to the wife over the dwelling.

KEYWORDS

Married woman, community property regime, housing subsidy, reserved patrimony, waiver of marital gains.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto determinar el régimen patrimonial de la vivienda adquirida con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal. La cuestión se sitúa en la confluencia entre la regla de ingreso de los inmuebles adquiridos a título oneroso, las normas especiales de las políticas habitacionales y el estatuto del patrimonio reservado previsto en el artículo 150 del Código Civil. Por ello, su examen exige distinguir el acto de adquisición, el destino del bien, la administración posterior y los efectos de la disolución del régimen.

El punto de partida es la regla general. Los inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan, en principio, al haber absoluto de ésta y quedan bajo la administración del marido, sin perjuicio de las limitaciones establecidas por el Código Civil. Esa regla, sin embargo, no resuelve por sí sola los supuestos en que la mujer adquiere una vivienda con intervención estatal, sea por adquisición directa del SERVIU, sea mediante la aplicación de un subsidio habitacional. En tales casos, el legislador utiliza fórmulas especiales que presumen o consideran a la mujer separada de bienes, con una técnica legal que no siempre es uniforme.¹⁻²

El problema debe formularse en términos patrimoniales. La incorporación del bien adquirido con subsidio habitacional es un acto dispositivo-atributivo: en él concurren la voluntad traslativa del tradente y la voluntad adquisitiva de la mujer, y su eficacia enajenativa se completa, tratándose de inmuebles, mediante la inscripción conservatoria. Con todo, ninguno de los actos que componen el *iter* adquisitivo determinan por sí mismos el marco normativo de dicho bien, en particular, si el inmueble ingresa al haber social, al patrimonio propio de la mujer, al patrimonio reservado o a un estatuto autónomo. De esa calificación dependen la administración, la disposición, la responsabilidad frente a terceros, la eventual renuncia a los gananciales y la liquidación del régimen.

La hipótesis de este trabajo es que las normas sobre adquisición de vivienda con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal deben reconducirse al artículo 150 del Código Civil mediante analogía integradora. Esta reconducción no supone afirmar que la mujer haya adquirido necesariamente con el producto de un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido. Tampoco implica calificar el inmueble como bien propio *ab initio*. Supone, con mayor exactitud, que la adquisición dominical con subsidio habitacional opera como una fuente legal especial de ingreso al patrimonio reservado, desplazando la exigencia ordinaria relativa al origen laboral de los recursos y sometiendo el inmueble a las reglas de administración, responsabilidad, prueba, destino y renuncia propias de dicho estatuto.

El objetivo general de este trabajo consiste en fundamentar dogmáticamente esa solución y precisar sus consecuencias. Sus objetivos específicos son tres: primero, ordenar el diagnóstico del problema, el análisis normativo y la tesis sostenida; segundo, explicar por qué el inmueble no debe ingresar al haber social ni ser tratado como bien propio de la mujer desde su adquisición; y tercero, determinar los efectos que se siguen de su incorporación al patrimonio reservado, especialmente al disolverse la sociedad conyugal y frente a terceros.

El aporte del trabajo no radica en proponer como inédita la función integradora del artículo 150 en esta materia. Esa solución ha sido utilizada por parte de la jurisprudencia y discutida por la doctrina. La contribución específica consiste en precisar su fundamento, depurar sus categorías y demostrar que la integración produce una consecuencia patrimonial determinada: el ingreso del inmueble al patrimonio reservado de fuente legal especial. Esta precisión permite evitar dos conclusiones técnicamente insatisfactorias: reducir la presunción a una regla de comparecencia contractual o calificar el inmueble como bien propio desde el momento de la adquisición.³

Esta delimitación exige situar la propuesta frente a los estudios que más directamente la preceden. Acuña, al comentar la sentencia de 13 de julio de 2015, ya sostuvo que las normas especiales no cumplen una función de mera

¹ ALESSANDRI (1935), pp. 117-132; SOMARRIVA (1946), pp. 164-167; RODRÍGUEZ (2003), pp. 39-54; RAMOS (2015), p. 161; TURNER (2024), pp. 129-132.

² Ley N°16.392, artículo 11, de 1965; Decreto Supremo N°355, artículo 69, de 1977; Ley N°18.196, artículo 41, de 1982; Decreto Supremo N°1, artículo 29, de 2011; Decreto Supremo N°49, artículo 59, de 2012; Decreto Supremo N°10, artículo 62, de 2015.

³ ACUÑA (2015), p. 1; OTÁROLA (2023), pp. 631 y 632; GATICA y SALAH (2023), p. 101; Víctor Aravena Concha con Maritza Castro Díaz (2015); Evelyn Olate Galleguillos con Comercial e Inmobiliaria Culmen S.A. y Ricardo Troncoso Pacheco (2017); Irene Morales Villagra con Isidro Antonio Leiva Lizana (2020); Laura Doris Oñate Jara con Conservador de Bienes Raíces de San Pedro de la Paz (2023).

capacidad, sino que atribuyen a la mujer el estatuto sustantivo del artículo 150 respecto de la vivienda;⁴ Corral, en cambio, propuso distinguir entre la adquisición directa del SERVIU, sujeta al régimen del patrimonio reservado, y la compra a un tercero financiada mediante subsidio, que ingresaría al haber social, dejando la superación de esa diferencia a una reforma legislativa;⁵ Otárola avanzó hacia la integración de ambos supuestos a partir de la laguna del artículo 41 de la Ley N°18.196, pero formuló el resultado en términos alternativos, como bien propio de la mujer por presunción legal o, subsidiariamente, como bien incorporado al patrimonio reservado con su peculio profesional;⁶ y Gatica y Salah utilizaron esta jurisprudencia para abordar una cuestión más amplia, relativa a la titularidad general de los bienes del patrimonio reservado, concluyendo que la Corte Suprema parece radicar en la mujer tanto su administración como su dominio, aunque excluyeron expresamente de su análisis la adquisición a un tercero y la extensión de las facultades de la mujer más allá del acto adquisitivo.⁷

El presente trabajo se apoya en esos avances, pero no reproduce su objeto ni sus conclusiones: circunscribe el problema al estatuto de la vivienda subsidiada y rechaza que ésta sea un bien propio *ab initio*; en su lugar, la califica como un bien reservado de fuente legal especial, incorporado al régimen del artículo 150 por analogía integradora y sujeto, por ello, a la opción final entre aceptación y renuncia a los gananciales. Desde esa categoría, reconstruye de manera unitaria consecuencias que no se agotan en la determinación inicial del patrimonio al cual ingresa el inmueble —su prueba, administración y disposición posterior, responsabilidad patrimonial, oponibilidad, renuncia, liquidación y tutela de acreedores, adquirentes y conservadores— e incorpora específicamente la dimensión registral puesta de relieve por la sentencia de 24 de octubre de 2023. Así, su aporte no consiste en reiterar que el artículo 150 resulta aplicable, sino en precisar qué clase de bien produce esa aplicación y cómo operativiza, durante la vigencia y al término de la sociedad conyugal, las facultades, obligaciones y responsabilidades entre la mujer, el marido y los terceros.

II. METODOLOGÍA

La investigación es de carácter jurídico-dogmático, ya que su objeto es reconstruir el estatuto jurídico aplicable a una hipótesis que el legislador ha regulado de manera fragmentaria. Para ello se utiliza un método de interpretación sistemática, funcional y teleológica, complementado con análisis jurisprudencial y discusión crítica de la doctrina nacional.

El presupuesto metodológico del trabajo es que las categorías del derecho patrimonial de familia no pueden examinarse como compartimentos aislados. La sociedad conyugal, el patrimonio reservado, los subsidios habitacionales y la protección de terceros pertenecen a una sistemática de relaciones patrimoniales. En consecuencia, la interpretación de las normas especiales sobre vivienda no debe limitarse a constatar si un precepto contiene o no una remisión textual al artículo 150, sino que debe determinar cuál es la razón jurídica de la presunción de separación de bienes, qué laguna se produce si se la interpreta restrictivamente y qué solución conserva la coherencia del sistema.

La metodología se proyecta en tres niveles. En primer lugar, se examina la regla general de ingreso de los inmuebles adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal. En segundo lugar, se analiza el estatuto del artículo 150 del Código Civil, no como desarrollo exhaustivo del patrimonio reservado, sino como modelo de actuación patrimonial separada de la mujer dentro de la sociedad conyugal. En tercer lugar, se estudian las normas especiales sobre subsidio habitacional, junto con la jurisprudencia que ha tendido a uniformar su aplicación.

El análisis jurisprudencial se concentra en sentencias de la Corte Suprema seleccionadas por su relación directa con la calificación patrimonial de viviendas adquiridas con subsidio habitacional por mujeres casadas en sociedad

⁴ ACUÑA (2015), p. 1.

⁵ CORRAL (2017), pp. 1-3.

⁶ OTÁROLA (2023), pp. 641-647.

⁷ GATICA y SALAH (2023), p. 102 y pp. 111-113.

conyugal y por la diversidad de los conflictos jurídicos que resuelven en la práctica forense. En particular, se consideraron decisiones relativas al ingreso del inmueble al patrimonio reservado, su persecución por acreedores del marido, su adquisición por parte de terceros, los actos posteriores de disposición y la calificación registral. La selección no pretende ofrecer una revisión cuantitativa o exhaustiva de la jurisprudencia, sino reconstruir los principales criterios interpretativos desarrollados por la Corte, incluyendo tanto la línea mayoritaria favorable a la aplicación sustantiva del artículo 150 como la decisión que restringe la presunción al acto de adquisición. La selección se justifica, entonces, porque estos casos muestran la dimensión práctica del problema: el conflicto no se presenta sólo en la etapa de celebración del contrato, sino también cuando se pretende vender, embargar, reivindicar, renunciar a los gananciales, subinscribir una escritura o liquidar la sociedad conyugal.

III. ANÁLISIS: LA VIVIENDA CON SUBSIDIO HABITACIONAL COMO PROBLEMA DE SUPERPOSICIÓN NORMATIVA

A. La dispersión de fuentes y la ambigüedad de la presunción

El régimen aplicable a la mujer casada que adquiere vivienda con subsidio habitacional presenta una notoria dispersión normativa. La Ley N°16.392 dispone que la mujer casada que adquiera, hipoteque o grave una vivienda, sitio o local en los organismos que allí se mencionan se presumirá de derecho separada de bienes para el contrato correspondiente, rigiendo respecto de ella todos los derechos del artículo 150 del Código Civil. El artículo 69 del Decreto Supremo N°355 reproduce sustancialmente esta solución respecto de la adquisición, hipoteca o gravamen en favor del SERVIU. La Ley N°18.196, en cambio, establece que la mujer casada beneficiaria del subsidio habitacional del Estado se presumirá separada de bienes para celebrar contratos de compraventa, mutuo e hipotecas relacionados exclusivamente con la adquisición de la vivienda, sin mencionar expresamente el artículo 150. A su turno, reglamentos posteriores reenvían a una u otra fuente, manteniendo la diferencia textual.⁸⁻⁹

La primera dificultad consiste en precisar si estas normas disciplinan sólo la celebración del contrato o también el destino patrimonial de la vivienda. La respuesta literal parece variar según el texto aplicable. Cuando la mujer adquiere del SERVIU o hipoteca o grava en su favor, la remisión al artículo 150 es explícita. Cuando adquiere de un tercero con subsidio habitacional, el artículo 41 de la Ley N°18.196 se limita a presumirla separada de bienes para la celebración de ciertos contratos. Esta diferencia ha sido utilizada para sostener que en el primer caso la vivienda ingresaría al patrimonio reservado y en el segundo al haber social, con la sola consecuencia de que la mujer pudo contratar sin autorización del marido.¹⁰ Esa distinción, aunque atendible desde una lectura estrictamente literal, genera un resultado difícil de justificar desde la *ratio legis* y desde la actual plena capacidad de la mujer casada.

Si la presunción de separación de bienes sólo facultara la celebración del contrato, su alcance actual sería reducido. La mujer casada en sociedad conyugal dejó de ser relativamente incapaz y responde de sus actos con los bienes que administra de conformidad con los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil. Por lo mismo, mantener la presunción como un simple instrumento de habilitación contractual amenaza con convertirla en una cláusula residual y deja sin respuesta las preguntas que realmente se presentan en la práctica: quién administra el inmueble, quién puede disponer de él, qué ocurre al disolverse la sociedad conyugal y qué acreedores pueden perseguirlo.¹¹

B. Los tres interrogantes decisivos

El análisis debe ordenarse en torno a tres preguntas. La primera es a qué patrimonio ingresa el inmueble. Si se

⁸ Ley N°16.392, artículo 11, de 1965; Decreto Supremo N°355, artículo 69, de 1977; Ley N°18.196, artículo 41, de 1982. En términos descriptivos, también CORRAL (2017), p. 1.

⁹ Decreto Supremo N°1, artículo 29, de 2011; Decreto Supremo N°49, artículo 59, de 2012; Decreto Supremo N°10, artículo 62, de 2015.

¹⁰ CORRAL (2017), p. 2.

¹¹ Ley N°18.802, artículo 2, de 1989. Sobre la nueva configuración de la capacidad de la mujer casada, COURT (2009), pp. 193-196; TURNER (2024), pp. 162-166.

aplica sin matices la regla del artículo 1725 N°5 del Código Civil, la vivienda integraría el haber social por tratarse de una adquisición onerosa realizada durante la vigencia de la sociedad conyugal. Si se considera que la presunción genera un estatuto propio, habría que explicar su régimen de administración, responsabilidad y destino. Si se reconduce al artículo 150, el inmueble ingresa al patrimonio reservado, aunque no por haber sido adquirido con remuneraciones provenientes del trabajo separado, sino por mandato legal de las normas especiales de vivienda.

La segunda pregunta se refiere a la disolución de la sociedad conyugal. Si el inmueble es social, debe formar parte de la comunidad que -eventualmente- surge al disolverse el régimen y luego liquidarse entre los cónyuges. Si es propio de la mujer, queda fuera de la masa partible. Si es reservado, su destino depende de la aceptación o renuncia a los gananciales: si la mujer acepta, el bien entra en la partición; si renuncia, lo conserva íntegramente, sin participación del marido, y éste no responde por las obligaciones contraídas por ella en su administración separada.¹²

La tercera pregunta concierne a las facultades de la mujer. No basta afirmar que pudo comprar. La cuestión determinante es si puede administrar, gravar, enajenar, promover tercerías respecto de embargos trabados por acreedores del marido, renunciar a los gananciales y conservar el inmueble para sí. Estas facultades no se explican adecuadamente con una presunción limitada al contrato dominical, sino que exigen un régimen de responsabilidad y oponibilidad frente a terceros, que es precisamente lo que el artículo 150 contiene.

C. Las tres respuestas posibles

La primera respuesta consiste en sostener el ingreso al haber social. Su argumento es simple: al tratarse de una adquisición onerosa durante la sociedad conyugal, debe aplicarse la regla general del artículo 1725 N°5, salvo que una norma especial disponga lo contrario. Esta solución tiene la ventaja de conservar la protección del crédito de los acreedores del marido y la regularidad del régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, presenta un problema decisivo: vacía de contenido sustantivo la presunción de separación de bienes y frustra el propósito de la normativa habitacional de asegurar una esfera real de actuación patrimonial de la mujer.

La segunda respuesta califica el inmueble como bien propio de la mujer. Esta solución, a primera vista, parece protectora; empero, es técnicamente inadecuada. En la sociedad conyugal, los bienes propios de la mujer son administrados por el marido, salvo hipótesis excepcionales. Por tanto, decir que la vivienda es propia desde su adquisición no explica por qué la mujer la administra ni por qué los acreedores del marido carecerían, en principio, de acción sobre ella. Además, confunde el destino final que el bien puede tener si la mujer renuncia a los gananciales con su calificación jurídica durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La tercera respuesta, que aquí se defiende, es su incorporación al patrimonio reservado. Esta solución no desconoce que el bien se adquiere a título oneroso ni que el patrimonio reservado conserva una relación funcional con la sociedad conyugal. Lo que afirma es que el legislador ha creado una fuente especial de ingreso a ese patrimonio, de manera que el inmueble queda sometido a la administración separada de la mujer, a la regla de inmunidad relativa frente a los acreedores del marido, a las normas de responsabilidad por deudas contraídas por ella y al régimen de aceptación o renuncia a los gananciales.

IV. DISCUSIÓN: EL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MODELO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA

A. La regla general de la sociedad conyugal y su función de garantía

La sociedad conyugal funciona como un régimen de patrimonios vinculados y de administración concentrada. Frente a terceros, la sociedad no opera como persona jurídica ni como patrimonio autónomo de afectación, sino mediante la atribución legal al marido de la administración de los bienes sociales y de ciertos efectos de titularidad

¹² Código Civil, artículo 150, incisos 7° y 8°, de 1855; ALESSANDRI (1935), pp. 737-739 y 756-760; SOMARRIVA (1955), p. 342; FUEYO (1959), pp. 215-219.

respecto de ellos.¹³ Esta estructura cumple una función de protección del crédito: los terceros cuentan con una masa patrimonial amplia y con un sujeto específico para hacer efectivas sus acreencias.

Esa protección, sin embargo, no es absoluta. El propio sistema admite patrimonios especiales administrados por la mujer, entre los que destaca el artículo 150. Allí la ley modifica el diseño legal de la sociedad conyugal, no para sustituirlo, sino para corregir una asimetría institucional: el régimen entrega la administración ordinaria al marido, pero permite que la mujer conserve una esfera de actuación separada cuando se cumplen ciertos presupuestos. En esa esfera, el marido no dispone de facultades ordinarias de administración sobre los bienes reservados y sus acreedores no pueden perseguirlos, salvo que acrediten que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de ella o de la familia común.¹⁴

La vivienda adquirida con subsidio habitacional se ubica en esa zona de excepción relativa. Si se la incorpora al haber social, aumenta la garantía de los acreedores del marido, pero se debilita la finalidad protectora de la normativa especial. Si se la separa sin régimen de responsabilidad, puede afectarse injustificadamente la posición de terceros. La reconducción al artículo 150 ofrece una distribución de riesgos normativamente controlada: la mujer administra una esfera separada, pero los acreedores no quedan frente a una exclusión absoluta, pues subsisten las reglas de responsabilidad por utilidad, beneficio familiar, actos propios y fraude.

B. Por qué el inmueble no debe ingresar sin más al haber social

El fundamento para excluir el ingreso ordinario al haber social es sistemático. Las normas especiales de vivienda emplean la categoría de separación de bienes respecto de una mujer que permanece casada en sociedad conyugal. Esa categoría sólo tiene sentido si produce un efecto patrimonial. Si el inmueble ingresa igualmente al haber social, la presunción no altera el régimen de administración ni la suerte final del bien. Quedaría reducida a una fórmula de contratación, pese a que en varios textos se declara expresamente que regirán todos los derechos del artículo 150.

Además, la lectura puramente habilitante resulta menos plausible después de la Ley N°18.802. Históricamente, la regla pudo cumplir una función de capacidad, porque la mujer casada era relativamente incapaz. Pero una vez reconocida su plena capacidad, la interpretación debe evitar que la norma sobreviva como una cláusula vacía. La presunción conserva utilidad sólo si se entiende que desplaza, para esa vivienda, el régimen ordinario de administración marital y la regla común de ingreso al haber social.

Este argumento no desconoce la protección de los acreedores. Antes bien, la ordena. El artículo 150 no crea inmunidad absoluta ni irresponsabilidad. Los acreedores de la mujer pueden perseguir los bienes comprendidos en su administración separada; los acreedores del marido pueden alcanzarlos si prueban utilidad de la mujer o de la familia común; y, tras la renuncia a los gananciales, no se extinguen los derechos que esos terceros tenían sobre los bienes reservados por obligaciones que los alcanzaban durante la vigencia del régimen.¹⁵ En consecuencia, la solución no sacrifica el crédito, sino que lo redistribuye conforme al origen y finalidad de la obligación.

C. Por qué tampoco corresponde calificarlo como bien propio *ab initio*

La segunda precisión es igualmente relevante. Afirmar que la vivienda ingresa al patrimonio reservado no significa considerarla bien propio de la mujer desde su adquisición. La diferencia es fundamental. Los bienes propios de la mujer, en el régimen de sociedad conyugal, quedan bajo la administración del marido. El patrimonio reservado, en cambio, constituye una administración separada de la mujer, con activo y pasivo propios y con destino condicionado al momento de la disolución. Por ello, si se califica la vivienda como propia sin más, se obtiene una conclusión protectora por una vía técnicamente defectuosa.¹⁶

¹³ ALESSANDRI (1935), pp. 119 y 130; FUEYO (1959), pp. 25-27; COURT (2009), p. 132; TURNER (2024), p. 130.

¹⁴ Código Civil, artículo 150, inciso 6°, de 1855; SOMARRIVA (1955), pp. 339-342; RAMOS (2015), pp. 298-311.

¹⁵ FUEYO (1959), pp. 218 y 219; AEDO (2017), p. 140.

¹⁶ RODRÍGUEZ (2003), pp. 193-200; COURT (2009), pp. 193-196; TURNER (2024), pp. 162-166.

La jurisprudencia, en ocasiones, ha utilizado la expresión "*bien propio*" para referirse al resultado final producido por la renuncia a los gananciales. Esa dicción puede ser comprensible en el caso concreto cuando la sociedad conyugal ya está disuelta y la mujer renunció. Pero no debe transformarse en una categoría general aplicable desde la adquisición. Durante la vigencia del régimen, la vivienda debe ser entendida como bien reservado; al disolverse, su suerte dependerá de la opción que la mujer o sus herederos ejerzan. Si renuncian a los gananciales, el bien se consolida en su patrimonio personal. Si los aceptan, ingresa a la partición.¹⁷

Esta distinción permite responder a una de las críticas más persistentes a la línea jurisprudencial protectora. La Corte Suprema acierta al no absorber la vivienda en el haber social; pero debe precisarse que el fundamento no es la propiedad propia originaria, sino el patrimonio reservado. La corrección dogmática no es menor, pues de ella depende la posición de terceros, la necesidad de renuncia a los gananciales y la forma en que se resolverá una eventual liquidación.

D. La laguna y la analogía integradora

La analogía integradora presupone una laguna. En esta materia, la laguna no consiste en ausencia total de regulación, sino en insuficiencia de consecuencias jurídicas. El legislador dice que la mujer se presume o se considera separada de bienes para adquirir, hipotecar o gravar, pero no siempre precisa qué sucede con la administración posterior, con la responsabilidad por deudas, con el destino del bien al disolverse la sociedad conyugal ni con la oponibilidad frente a terceros. Esa omisión es especialmente visible en el artículo 41 de la Ley N°18.196.

La razón que justifica la integración es la identidad funcional o semejanza de razón legal entre los supuestos regulados. En todos ellos la mujer casada en sociedad conyugal accede a una vivienda con intervención estatal, en el contexto de una política pública que procura facilitar el acceso a la propiedad y mitigar desventajas estructurales en la adquisición de bienes inmuebles.¹⁸ Si en algunos casos el legislador remite expresamente al artículo 150 y en otros utiliza una fórmula más breve, no hay razones suficientes para concluir que quiso crear efectos radicalmente distintos. Más bien se observa una técnica legislativa defectuosa y una superposición normativa que debe ser armonizada.

La integración no extiende injustificadamente el artículo 150. Lo utiliza como modelo disponible dentro del propio sistema de sociedad conyugal para disciplinar una actuación patrimonial separada de la mujer. Ello permite colmar vacíos sin inventar un régimen autónomo. La vivienda ingresa al patrimonio reservado; la mujer la administra; los acreedores del marido quedan excluidos salvo utilidad de ella o de la familia común; los acreedores de la mujer conservan acción sobre los bienes de su administración separada; y el destino definitivo depende de la aceptación o renuncia a los gananciales.

Además, conviene efectuar un distingo. En el artículo 150, el producto del trabajo separado cumple la función de determinar qué bienes ingresan a esa esfera patrimonial; sin embargo, no constituye un elemento que el legislador no pueda sustituir para hipótesis especiales. Cuando el artículo 11 de la Ley N°16.392 y el artículo 69 del Decreto Supremo N°355 disponen que respecto de la mujer adquirente regirán todos los derechos establecidos en el artículo 150, ello implica que atribuyen al inmueble el disciplinamiento que caracteriza a los bienes reservados: administración separada de la mujer, responsabilidad por las obligaciones contraídas en ese ámbito, exclusión relativa frente a los acreedores del marido y destino sujeto a la aceptación o renuncia a los gananciales.

La especialidad se encuentra, por tanto, en el título de ingreso y no en el régimen patrimonial resultante. En el supuesto del artículo 41 de la Ley N°18.196, la analogía no se limita a tomar externamente algunas consecuencias del artículo 150, sino que extiende al caso omitido la misma adjudicación patrimonial prevista para las adquisiciones habitacionales funcionalmente equivalentes. Si se tratara de un estatuto autónomo que sólo empleara ciertas reglas, sería necesario determinar separadamente su activo, su pasivo, su administración, la posición de los acreedores y el destino del inmueble al disolverse la sociedad conyugal. Como la legislación especial no construye esa reglamentación autónoma y remite, expresa o sistemáticamente, al régimen completo del artículo 150,

¹⁷ GATICA y SALAH (2023), pp. 101-104; OTÁROLA (2023), pp. 631 y 632.

¹⁸ SALAH (2021), pp. 182-186.

corresponde calificar la vivienda como bien reservado de fuente legal especial, y no simplemente como un bien sometido parcialmente a ciertas reglas.

Esta lectura también ofrece un marco legal adecuado para los terceros. Si se afirmara un estatuto autónomo, habría que construir reglas de prueba, responsabilidad, administración y disolución a partir de presupuestos no previstos expresamente por el legislador. Si se afirmara el haber social, se privaría de efecto útil a la presunción. Si se afirma el patrimonio reservado, en cambio, el tráfico cuenta con reglas preexistentes y relativamente conocidas. La seguridad jurídica se obtiene, entonces, no por negación de la especialidad, sino por su reconducción a una categoría ya disciplinada por el Código Civil.

E. Doctrina contraria y respuesta

La objeción más consistente sostiene que debe distinguirse entre la adquisición directa del SERVIU y la adquisición de un tercero financiada con subsidio. En la primera, la remisión al artículo 150 justificaría el ingreso al patrimonio reservado; en la segunda, la Ley N°18.196 sólo presumiría a la mujer separada de bienes para celebrar la compraventa, el mutuo y la hipoteca, de modo que el inmueble ingresaría al haber social.¹⁹ Esta postura tiene la ventaja de respetar la literalidad diferenciada de las fuentes y de advertir que los bienes reservados no son, en rigor, bienes propios de la mujer.

Con todo, presenta tres dificultades. La primera es funcional: no explica por qué el sistema debería otorgar consecuencias patrimoniales tan disímiles según si la vivienda fue adquirida del SERVIU o de un tercero, cuando en ambos casos opera una política habitacional estatal y el subsidio constituye un elemento decisivo de la adquisición. La segunda es histórica: no pondera suficientemente que la función meramente habilitante perdió densidad tras la plena capacidad de la mujer casada. La tercera es sistemática: al no reconducir la vivienda al artículo 150, deja sin respuesta suficiente la responsabilidad posterior, la administración, la renuncia a los gananciales y la tutela de terceros.

Puede admitirse, sin embargo, que la crítica revela un déficit real. La legislación debiera ser reformada para aclarar expresamente el patrimonio de ingreso de la vivienda y derogar la duplicidad normativa. Mientras ello no ocurra, la interpretación debe evitar soluciones que fomenten litigios, obstaculicen el tráfico registral o incentiven reparos conservatorios no contemplados con claridad por la ley. En ese contexto, la analogía integradora con el artículo 150 es la respuesta más coherente con el sistema, aunque no exime al legislador de corregir la fuente de la incertidumbre.

V. EFECTOS DEL INGRESO AL PATRIMONIO RESERVADO

A. Ingreso patrimonial y prueba

La consecuencia específica de la tesis sostenida es que la vivienda adquirida con subsidio habitacional ingresa al patrimonio reservado de la mujer. No se trata de un patrimonio reservado ordinario, nacido del trabajo separado, sino de un patrimonio reservado de fuente legal especial. La diferencia de fuente no altera el régimen aplicable; sólo desplaza la necesidad de acreditar que el precio provino del empleo, oficio, profesión o industria separados de los del marido.

Esta precisión es decisiva frente a los reparos de Conservadores de Bienes Raíces. Si el título da cuenta de una adquisición comprendida en las normas especiales sobre subsidio habitacional, no corresponde exigir a la mujer que demuestre, además, que compró con recursos provenientes de su actividad remunerada separada. Esa exigencia confunde la regla probatoria del artículo 150 con una hipótesis en que la propia ley construye la ficción de separación de bienes,²⁰ en la medida en que atribuye una cualidad jurídica diversa, equiparándola a la de otro

¹⁹ CORRAL (2017), pp. 2 y 3.

²⁰ Laura Doris Oñate Jara con Conservador de Bienes Raíces de San Pedro de la Paz (2023). En un sentido convergente respecto de la función de

régimen de bienes. Lo que debe acreditarse no es el origen laboral de los recursos, sino el presupuesto de hecho de la norma especial: la adquisición de la vivienda con intervención del SERVIU o con subsidio habitacional estatal, según corresponda.

Con ello se evita una asimetría informativa que perjudica a la mujer y entorpece el tráfico. El tercero que contrata o solicita una inscripción necesita saber si la vivienda está sujeta al régimen reservado; la mujer, por su parte, necesita un estatuto que no dependa de pruebas excesivas o ajenas al título. La presunción opera, entonces, como técnica de certeza. No elimina toda controversia posible, pero coloca el punto de partida probatorio en la norma especial, no en la reconstrucción posterior del origen de los fondos.

B. Facultades de administración, disposición y gravamen

Si la vivienda ingresa al patrimonio reservado, la mujer ejerce las facultades de administración, gravamen y disposición propias de ese estatuto, sin intervención del marido por la sola subsistencia de la sociedad conyugal y sin perjuicio de las prohibiciones legales o administrativas propias del subsidio. La compraventa y la inscripción producen la eficacia enajenativa propia del acto dispositivo-atributivo celebrado; pero la cuestión ulterior consiste en determinar la extensión de las facultades de administración y disposición que corresponden a la mujer respecto del bien ya adquirido. Por ello, la presunción no se agota al celebrarse la compraventa. Se proyecta a la administración posterior del inmueble, a su eventual gravamen y a los actos de disposición que la ley o el programa habitacional permitan.

La solución es consistente con el efecto útil de la remisión al artículo 150. El sentido de esa norma no es únicamente autorizar a la mujer a comparecer al contrato. Es atribuirle una esfera separada de administración patrimonial. Por eso, cuando las normas especiales declaran que regirán todos los derechos del artículo 150, no puede entenderse que sólo se refieren al instante adquisitivo. La administración separada, la protección frente a los acreedores del marido y el régimen de responsabilidad son parte del mismo estatuto.

Naturalmente, esta administración no equivale a exclusión absoluta de responsabilidad. La vivienda puede quedar sujeta a prohibiciones de enajenar o gravar derivadas del subsidio, a autorizaciones del SERVIU, a restricciones administrativas o a cargas vinculadas con créditos hipotecarios. Lo que se excluye es la necesidad de intervención del marido por la sola circunstancia de existir sociedad conyugal. La fuente de cualquier limitación debe encontrarse en la normativa habitacional o en el propio régimen del patrimonio reservado, no en la administración ordinaria del marido.

C. La renuncia a los gananciales y su repercusión sobre terceros

La renuncia a los gananciales es el punto en que se aprecia con mayor nitidez la diferencia entre bien propio, bien social y bien reservado. El Código Civil reconoce a la mujer, no obstante la sociedad conyugal, la posibilidad de renunciar a los gananciales antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad.²¹ Si la vivienda forma parte del patrimonio reservado, la renuncia produce la consolidación del inmueble en el patrimonio de la mujer y excluye al marido de toda participación sobre él.

La renuncia posterior a la disolución es, por regla general, un acto unilateral y consensual. No contiene una voluntad traslativa en favor de la mujer ni opera como tradición; su efecto es atributivo por disposición de la ley, en cuanto define la suerte definitiva de los bienes reservados frente a la comunidad que podría formarse al disolverse la sociedad conyugal. Aunque la ley no exige una solemnidad especial, en la práctica resulta prudente otorgarla por escritura pública para dotar de certeza al tráfico y facilitar su publicidad registral.²²

la calificación registral, CARVALLO (2021), p. 1.

²¹ Código Civil, artículos 1719 y 1781, de 1855. La ubicación sistemática del párrafo sexto del título XXII del Libro IV, referido a la renuncia de los gananciales hecha por la mujer después de la disolución de la sociedad, refuerza la titularidad de la mujer de esta facultad.

²² AEDO (2019), p. 271; ALESSANDRI (1935), p. 610; RAMOS (2010), p. 297; DEL PICÓ (2016), p. 350; ORREGO (2016), pp. 132 y 133. Rosa Iturriaga Neira con Felipe Pérez Lazo (2024).

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, la renuncia no puede ejercerse. La limitación se explica por razones de estabilidad del régimen y por la necesidad de evitar actos abdicativos que puedan perjudicar a terceros o alterar la administración marital mientras el régimen se mantiene en funcionamiento.²³ De allí que la renuncia anticipada, pactada antes del matrimonio, no modifique el funcionamiento de la sociedad conyugal durante su vigencia; sus efectos se cristalizan recién al tiempo de la disolución.

La facultad pertenece a la mujer o a sus herederos, no al marido. La omisión legislativa respecto de una renuncia del marido no debe entenderse como autorización implícita. Al contrario, la estructura del régimen y la responsabilidad del marido por el total de las deudas sociales impiden reconocerle una vía para sustraerse de la participación en los gananciales con perjuicio de terceros.²⁴ Si él pudiera renunciar, podría debilitar la masa patrimonial destinada a responder frente a los acreedores y vaciar de contenido patrimonial su estatuto de responsable externo de la sociedad.

La Corte Suprema, en un fallo aislado, admitió que el marido renunciara a su mitad de gananciales si tal acto se entendía como una donación revocable efectuada en el marco de concesiones recíprocas entre cónyuges. Esta construcción no resulta plausible. La renuncia a los gananciales no debe confundirse con una donación revocable, porque esa asimilación permite eludir la responsabilidad patrimonial frente a terceros. La autonomía de la voluntad encuentra aquí un límite en el diseño institucional de la sociedad conyugal y en la protección del crédito.²⁵

La renuncia de la mujer tampoco debe operar como mecanismo fraudulento. Si bien se trata de una prerrogativa legal de tutela, su ejercicio queda sometido a la buena fe y a los remedios generales frente a la simulación, el fraude o el abuso del derecho. Si la mujer renuncia a los gananciales con conocimiento de que ello perjudica a sus acreedores propios, o con la finalidad de reducir artificialmente la masa patrimonial perseguible, proceden las acciones generales que el ordenamiento reconoce. La tutela de la mujer no puede convertirse en instrumento para afectar injustificadamente a terceros.²⁶

La doctrina ha criticado los bienes reservados porque la mujer puede renunciar a los gananciales y conservar para sí el producto de su trabajo, mientras que el marido no dispone de una facultad equivalente para excluir a la mujer de los gananciales generados por su administración. La prosecución de esta diferencia, empero, exige un escrutinio mayor, el que debe pesquisar en la estructura, naturaleza y finalidad protectora del régimen, pues mientras la mujer administra separadamente sus bienes reservados, la administración ordinaria del haber social corresponde al marido; además, la conservación de aquellos bienes exige que ella renuncie a participar en los gananciales, de suerte que así se asegura su participación en el régimen. No se trata, por tanto, de acumular el patrimonio reservado y una cuota en el haber social, sino de optar entre acumular aquel patrimonio a la comunidad y ulterior partición o mantenerlo al margen, con la consiguiente pérdida del derecho a los gananciales. Desde esta perspectiva, este acto abdicativo opera como un mecanismo de autonomía y protección patrimonial frente a la asimetría de la administración propia de la sociedad conyugal, pues suele fungir como herramienta defensiva frente a administraciones deficientes o riesgosas. En esa medida, la renuncia funciona como corrección específica de una desigualdad estructural.²⁷

Si la mujer renuncia, los bienes reservados se consolidan como propios en sentido final o definitivo y se excluye al marido de toda participación en ellos. Como contrapartida, la mujer responde con sus bienes por las deudas contraídas en su administración separada. El marido no responde por ellas, salvo que se haya obligado como fiador, codeudor solidario o de otro modo conforme al artículo 161, o hasta concurrencia del beneficio que el acto reportó

²³ ALESSANDRI (1935), p. 73.

²⁴ URRUTIA (1907), p. 213; FUEYO (1959), p. 154; RODRÍGUEZ (2003), p. 51; SOMARRIVA (1946), p. 300; ALESSANDRI (1935), pp. 603 y 604; RAMOS (2010), pp. 294 y 295.

²⁵ *Ángela de las Mercedes Alameda Toro con Rosa Adriana Alameda Toro y otro* (2011).

²⁶ AEDO (2017), p. 140.

²⁷ HERNÁNDEZ y LATHROP (2022), pp. 127 y 128.

a él o a la familia común.²⁸ La renuncia, por tanto, no destruye el crédito: redefine el patrimonio responsable.

VI. JURISPRUDENCIA Y ALCANCE INNOVADOR DE LA PROPUESTA

A. La línea jurisprudencial protectora

La Corte Suprema ha desarrollado, con algunos matices, una línea jurisprudencial que reconoce la existencia de un estatuto especial en favor de la mujer casada en sociedad conyugal que adquiere vivienda mediante subsidio habitacional. En decisiones relativas a conflictos entre excónyuges, tercerías de dominio, embargos, actos de disposición y reparos registrales, el tribunal ha tendido a sostener que la presunción no es una regla meramente formal de capacidad, sino una norma de carácter sustantivo que hace aplicable el régimen del artículo 150.²⁹

En la sentencia de 13 de julio de 2015, el tribunal sostuvo que la mujer que adquirió del SERVIU bajo las normas especiales se encontraba separada de bienes respecto de la vivienda, rigiendo a su favor todos los derechos del artículo 150. De ello dedujo que el inmueble no ingresaba al haber de la sociedad conyugal ni quedaba bajo administración del marido.³⁰ La decisión es relevante porque rechaza la tesis de mera capacidad, aunque utiliza expresiones que deben ser depuradas, en particular cuando califica el inmueble como bien propio de la mujer.

La sentencia de 24 de enero de 2017 extendió esa orientación a un conflicto con un tercero acreedor. En un juicio ejecutivo seguido contra el exmarido, se había embargado una vivienda adquirida por la mujer con ahorro previo, subsidio habitacional y crédito. La Corte Suprema acogió la tercería de dominio, ordenó alzar el embargo y reconoció que la vivienda no podía responder por obligaciones del marido, en cuanto integraba el patrimonio reservado de la mujer.³¹ Este caso muestra que el problema no se reduce a la relación entre cónyuges, sino que incide directamente en la distribución de riesgos frente a terceros.

En la sentencia de 11 de febrero de 2020, la Corte Suprema precisó que la presunción opera también cuando la vivienda fue adquirida de un particular, pero gravada en favor del SERVIU, lo que permitió reconocer su ingreso al patrimonio reservado.³² Esta decisión resulta especialmente relevante, porque reduce la fuerza de la distinción formal entre adquisición directa del SERVIU y adquisición de tercero con intervención del subsidio. Si la razón del estatuto es la intervención habitacional pública y la finalidad protectora, no parece coherente restringir la tutela al caso en que el tradente sea el propio SERVIU.

B. La sentencia de 24 de octubre de 2023 y la función registral

La sentencia de 24 de octubre de 2023, rol N°134310-2022, ofrece una formulación particularmente clara. El conflicto surgió a propósito de la negativa de un Conservador de Bienes Raíces a inscribir una escritura de renuncia a los gananciales, fundada en que en la inscripción de dominio y en la compraventa no constaba que la mujer hubiera adquirido con patrimonio reservado. La Corte Suprema corrigió ese enfoque y señaló que la presunción de derecho atribuía a la mujer la calidad de separada de bienes para el acto jurídico específico, beneficiándola con las ventajas del artículo 150, de modo que no era exigible acreditar que el inmueble se compró con recursos provenientes de actividad económica separada. De este modo, el tribunal distinguió correctamente entre la

²⁸ Código Civil, artículos 150 y 161, de 1855; Sobre esta consecuencia, HERNÁNDEZ y LATHROP (2022), pp. 128-130.

²⁹ *Williamas de la Cruz López Sepúlveda con Raquel Janett Lozano Cáceres* (2014); *Víctor Aravena Concha con Maritza Castro Díaz* (2015); *Evelyn Olate Galleguillos con Comercial e Inmobiliaria Culmen S.A. y Ricardo Troncoso Pacheco* (2017); *Héctor René Vera Vivanco con Liliana Elizabeth Vergara Fernández* (2017); *Cooperativa de Ahorro y Crédito Oriente Limitada con Albornoz* (2017); *Ángel Márquez Márquez con Celia Mora Paillacar* (2019); *Irene Morales Villagra con Isidro Antonio Leiva Lizana* (2020); *Carlos Labarca Becerra con Liesel Ethel Araya Alquinta* (2020); *Laura Doris Oñate Jara con Conservador de Bienes Raíces de San Pedro de la Paz* (2023).

³⁰ *Víctor Aravena Concha con Maritza Castro Díaz* (2015).

³¹ *Evelyn Olate Galleguillos con Comercial e Inmobiliaria Culmen S.A. y Ricardo Troncoso Pacheco* (2017).

³² *Irene Morales Villagra con Isidro Antonio Leiva Lizana* (2020).

eficacia enajenativa del título inscrito y la prueba del origen laboral de los fondos.³³

El fallo es relevante por tres razones. Primero, porque integra conjuntamente el artículo 69 del Decreto Supremo N°355, el artículo 41 de la Ley N°18.196 y el artículo 11 de la Ley N°16.392, sin detenerse en una diferencia textual que conduzca a soluciones divergentes. Segundo, porque entiende la presunción de derecho como una ficción jurídica y no como una mera inversión de carga probatoria. Tercero, porque limita la calificación registral cuando el reparo del Conservador supone resolver una cuestión sustantiva que excede sus facultades.

Esta decisión fortalece la tesis aquí defendida. Si el Conservador exigiera prueba de que el bien fue adquirido con el patrimonio reservado ordinario, estaría negando el efecto propio de la norma especial: sustituir esa exigencia por una presunción legal que incorpora el inmueble al ámbito del artículo 150. La función registral debe asegurar la legalidad formal del título, pero no puede condicionar la consecuencia patrimonial que la ley atribuye a la adquisición con subsidio a una prueba que el propio estatuto especial desplaza.

C. La sentencia aislada en sentido contrario

El rol N°11.771-2017 exige un examen más detenido, porque constituye el antecedente más nítido utilizado para sostener una lectura restrictiva del artículo 41 de la Ley N°18.196. Con todo, su verdadero alcance debe precisarse: la Corte Suprema no resolvió el fondo de la controversia, sino que rechazó el recurso de casación por una deficiente formulación de las normas infringidas. Por ello, el fallo dejó firme una tesis contraria, pero no la convirtió en doctrina sustantiva del máximo tribunal.

El asunto se originó en una gestión voluntaria promovida después de la disolución de la sociedad conyugal por divorcio. La solicitante había adquirido en 1993 una vivienda al amparo del artículo 41 y requirió al Conservador de Bienes Raíces de Santiago que practicara la inscripción de una escritura pública de renuncia a los gananciales, declarando que el inmueble integraba su patrimonio reservado. Su planteamiento era que la presunción de separación de bienes no se agotaba en la comparecencia a los contratos de compraventa, mutuo e hipoteca, sino que determinaba el estatuto patrimonial del bien; de este modo, la renuncia debía radicar el inmueble en su patrimonio propio y excluir cualquier participación del exmarido.

El Conservador sostuvo la tesis opuesta. A su juicio, el artículo 41 sólo presume a la beneficiaria separada de bienes para celebrar los contratos expresamente mencionados, pero no altera la regla de ingreso al haber absoluto de la sociedad conyugal. En consecuencia, la vivienda era social; la renuncia a los gananciales no podía transformarla en bien reservado y, para enajenarla, debían intervenir ambos excónyuges.³⁴ La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, acogió esa interpretación y añadió que la inscripción solicitada podía producir un efecto contrario al perseguido por la mujer, pues, si el inmueble era social, la renuncia la privaría de participación en los gananciales en vez de plasmar el dominio íntegro en ella.

Esta es la tesis sustantiva verdaderamente contraria: la presunción sería una regla de habilitación contractual, no una norma de atribución patrimonial ni de administración separada. Su apoyo principal está en la literalidad del artículo 41, que, a diferencia del artículo 11 de la Ley N°16.392 y del artículo 69 del Decreto Supremo N°355, no remite expresamente a todos los derechos del artículo 150. Desde esa premisa, la adquisición onerosa queda sometida al artículo 1725 N°5 y el bien ingresa al haber social, sometiéndose, pues, a la regulación de las reglas generales de la sociedad conyugal. La posición posee, por tanto, una base literal.

Sin embargo, la Corte Suprema no hizo suya esa construcción. En los considerandos sexto y séptimo observó que el recurso denunció únicamente la infracción del artículo 150 del Código Civil, pero omitió el artículo 41 de la Ley N°18.196 y los artículos 13 y 18 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, pese a que esas disposiciones habían sido decisorias de la litis. Como la casación en el fondo exige identificar todas las normas cuya infracción permitió adoptar la decisión, la omisión impedía dictar una sentencia de reemplazo en los términos pedidos. El recurso fue rechazado por ese defecto técnico, no porque la Corte hubiera declarado

³³ Laura Doris Oñate Jara con Conservador de Bienes Raíces de San Pedro de la Paz (2023).

³⁴ V.C., D.A., en procedimiento voluntario (2018).

que la vivienda ingresaba necesariamente al haber social.

La distinción es decisiva para ponderar la resolución. Su fuerza como antecedente sustantivo es limitada, porque no puede atribuirse a la Corte Suprema, como *ratio decidendi* la interpretación restrictiva del artículo 41. Lo que quedó firme fue el razonamiento de los jueces del fondo y del Conservador, sin control sustantivo de casación. Por ello, es más exacto describirlo como una decisión que dejó subsistente el criterio contrario por razones procesales, y no como una sentencia de mérito equiparable a los pronunciamientos de 2015, 2017, 2020 y 2023.

Ello no resta importancia al caso. El rol N°11.771-2017 muestra con especial claridad las consecuencias prácticas de la tesis restrictiva en sede registral: la mujer puede adquirir sola, pero el bien queda inmediatamente sujeto a la administración y al destino del haber social; disuelta la sociedad conyugal, su renuncia puede operar en su perjuicio; y el Conservador puede exigir la intervención del exmarido para actos posteriores. Así, la separación reconocida por el legislador se agota en el *iter* contractual y no ofrece una regla para la administración, la responsabilidad por deudas, la oponibilidad frente a acreedores ni el destino del inmueble.

Además, el fallo pone de relieve que el problema no puede resolverse excluyendo el artículo 150. La controversia exige articular el artículo 41 con la regla general de ingreso al haber social, las normas registrales y la función actual de la presunción tras la Ley N°18.802. La deficiente construcción del recurso impidió que la Corte Suprema examinara precisamente esa relación sistemática. No resulta adecuado convertir esa falta de pronunciamiento en un argumento sustantivo contra la integración normativa.

La sentencia de 24 de octubre de 2023, analizada en el apartado anterior, reduce todavía más la fuerza persuasiva del antecedente de 2018. Sin declarar expresamente superado aquel fallo, la Corte abordó de manera directa un conflicto registral relacionado con la renuncia a los gananciales y reconoció que la presunción especial beneficia a la mujer con las ventajas del artículo 150, sin exigir prueba del origen laboral de los fondos. El contraste es relevante: en 2018 el recurso fracasó antes del examen de fondo; en 2023 el tribunal sí entró en la cuestión sustantiva y adoptó la lectura integradora.

En definitiva, el rol N°11.771-2017 constituye el principal antecedente de la posición contraria, pero su valor es más demostrativo que decisorio: acredita que existió una lectura restrictiva capaz de producir efectos registrales adversos, no que la Corte Suprema haya zanjado el fondo en ese sentido. Y aun considerada por sí misma, esa lectura deja sin respuesta las preguntas centrales. Si el inmueble ingresa al haber social, la presunción no explica la administración posterior ni la exclusión frente a acreedores del marido; si la mujer sólo fue separada de bienes para adquirir, la norma se ve diezmada en gran parte de su sentido y eficacia; y si su finalidad era exclusivamente eliminar autorizaciones, habría quedado casi redundante tras la reforma de 1989. La línea mayoritaria, aunque exige precisión dogmática, ofrece una solución más coherente y completa.

D. El alcance innovador de la propuesta

La originalidad del trabajo no reside, entonces, en descubrir la existencia de la línea jurisprudencial. Ella existe y se ha consolidado progresivamente. La novedad está en precisar su fundamento y sus efectos. La tesis no debe formularse diciendo simplemente que "*rigen las facultades del artículo 150*", porque esa expresión puede ser insuficiente o ambigua. Debe afirmarse que la vivienda ingresa al patrimonio reservado y que, a partir de ello, se activan las reglas de administración, responsabilidad, prueba, oponibilidad, renuncia y destino final.

Tampoco basta decir que la mujer se presume separada de bienes. La separación de bienes es aquí una ficción parcial e instrumental. Su función es crear, dentro de la sociedad conyugal, una esfera patrimonial separada respecto de la vivienda adquirida con subsidio habitacional. Esa esfera no equivale al régimen de separación total de bienes ni crea un patrimonio completamente autónomo; se inserta en la lógica del artículo 150 y queda sujeta a sus condiciones.

Con ello se supera la objeción de falta de novedad. El trabajo no pretende presentar como inédita una orientación que la Corte Suprema ya ha utilizado. Lo que propone es una sistematización y orden dogmático más preciso: la norma especial desplaza el ingreso al haber social, impide tratar el bien como propio desde la adquisición, reconduce el supuesto al patrimonio reservado y resuelve, desde allí, las tres preguntas centrales. Esta sistematización complementa la jurisprudencia, corrige sus ambigüedades terminológicas y contribuye a un

marco legal adecuado para mujeres, maridos, herederos, conservadores, adquirentes y acreedores, tanto para efectos traslativos, atributivos, adquisitivos, hereditarios, administrativos, sucesorios, etc., en el funcionamiento y disolución de la sociedad conyugal.

VII. CONCLUSIÓN

El estudio permite formular las siguientes conclusiones. En primer lugar, la adquisición de una vivienda con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal no puede resolverse sólo desde la capacidad para contratar. La compraventa y la inscripción conservatoria explican la eficacia enajenativa del acto dispositivo-atributivo, pero no determinan por sí mismas la masa patrimonial de ingreso ni el régimen posterior de administración y responsabilidad.

En segundo lugar, la regulación vigente presenta una diferencia textual relevante. Algunas normas remiten expresamente al artículo 150 del Código Civil; otras sólo declaran que la mujer se presumirá separada de bienes para ciertos contratos. Esa diferencia permite comprender el origen de la controversia, pero no justifica por sí sola una fractura sustantiva entre la adquisición directa del SERVIU y la adquisición de un tercero con subsidio estatal.

En tercer lugar, la reconducción de estas normas al artículo 150 mediante analogía integradora ofrece la solución más consistente. La laguna no consiste en una ausencia completa de regulación, sino en la falta de una disciplina suficiente sobre administración, responsabilidad, prueba y destino del inmueble. La razón de integración se encuentra en la identidad funcional de los supuestos: en todos ellos la mujer casada en sociedad conyugal accede a una vivienda con intervención estatal y bajo una regla de separación patrimonial especial.

En cuarto lugar, la consecuencia específica de la integración es la incorporación de la vivienda al patrimonio reservado de la mujer. No se trata de aplicar sólo facultades semejantes a las del artículo 150, sino de reconocer que el inmueble queda sujeto al estatuto de los bienes reservados. Su ingreso no depende de probar que el precio provino del trabajo separado de la mujer, porque la presunción legal reemplaza precisamente esa exigencia cuando concurren los presupuestos de la normativa habitacional.

En quinto lugar, el inmueble no debe ingresar sin más al haber social ni debe calificarse como bien propio desde la adquisición. Lo primero priva de efecto útil a la presunción de separación de bienes; lo segundo desconoce que los bienes propios de la mujer siguen, durante la sociedad conyugal, una regla de administración distinta. La categoría adecuada es la de bien reservado de fuente legal especial, con destino condicionado a la aceptación o renuncia de los gananciales.

En sexto lugar, al disolverse la sociedad conyugal, el destino de la vivienda depende de la opción de la mujer o sus herederos. Si aceptan los gananciales, el bien reservado entra en la partición. Si renuncian, se consolida en el patrimonio de la mujer y el marido queda excluido de toda participación sobre él. Esta solución no implica una inmunidad absoluta frente a terceros, pues subsisten las reglas de responsabilidad por obligaciones contraídas en la administración separada, por utilidad de la mujer o de la familia común y por eventuales actos fraudulentos.

En séptimo lugar, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha tendido a reconocer este estatuto especial, especialmente en las sentencias de 2015, 2017, 2020 y 2023. El rol N°11.771-2017 no altera esa tendencia, pues rechazó la casación por defectos de formulación y sólo dejó firme, sin examen sustantivo, la lectura restrictiva de los jueces de la instancia. No obstante, debe precisarse su lenguaje: la vivienda no es necesariamente bien propio desde la adquisición; es bien reservado y sólo se consolida como propio en sentido final si la mujer renuncia a los gananciales. Esta precisión es necesaria para evitar confusiones en sede registral, particional y crediticia.

Finalmente, la interpretación propuesta protege la autonomía patrimonial de la mujer sin desarticular la sociedad conyugal ni desconocer la protección del crédito. Su utilidad consiste en ofrecer una solución sistemática a un sector normativo fragmentado, cuya reforma legislativa sigue siendo necesaria, pero cuya aplicación actual requiere criterios estables para mujeres, maridos, herederos, conservadores de bienes raíces, adquirentes y acreedores.

Declaración de contribución de autoría Credit

Francisco Cabello Vargas: 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 recopilaron datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2015): "Estatuto especial de la mujer casada en sociedad conyugal que adquiere una vivienda al Serviu", disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904091&Path=/OD/CB/>.

AEDO BARRENA, Cristian (2017): "El estado de comunidad quedado a la disolución de la sociedad conyugal: su naturaleza jurídica y las consecuencias de su determinación", en: Acuña San Martín, Marcela y Del Picó Rubio, Jorge (editores), *Estudios de Derecho Familiar. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia* (Talca, Editorial Universidad de Talca).

AEDO BARRENA, Cristian (2019): "Aspectos relativos a la renuncia de gananciales", en: Mondaca Miranda, Alexis y Aedo Barrena, Cristián (editores), *Estudios de Derecho de Familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales* (Santiago, Thomson Reuters).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1935): *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada* (Santiago, Imprenta Universitaria).

CARVALLO CASTILLO, Gerardo (2021): "La calificación notarial y registral frente a la adquisición de inmuebles por la mujer casada en sociedad conyugal", disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-calificacion-notarial-y-registral-frente-a-la-adquisicion-de-inmuebles-por-la-mujer-casada-en-sociedad-conyugal/>.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2017): "Contratos sobre inmueble adquirido con subsidio habitacional por mujer casada en sociedad conyugal", disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905512&Path=/OD/D1/>.

COURT MURASSO, Eduardo (2009): *Curso de Derecho de familia. Matrimonio. Regímenes matrimoniales. Uniones de hecho* (Santiago, LegalPublishing).

DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2016): *Derecho matrimonial chileno* (Santiago, Thomson Reuters).

FUEYO LANERI, Fernando (1959): *Derecho de familia, tomo VI* (Valparaíso, Universo S.A.).

GATICA RODRÍGUEZ, María y SALAH ABUSLEME, María (2023): "Reflexiones sobre la titularidad de los bienes del patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal a partir del estatuto de los bienes adquiridos con subsidio habitacional", en: Domínguez, Carmen (directora), *Estudios de Derecho Civil XVII* (Santiago, Thomson Reuters).

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2022): *Derecho de Familias* (Valencia, Tirant lo Blanch).

ORREGO ACUÑA, Juan (2016): *Regímenes matrimoniales* (Santiago, edición del autor).

OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2023): "La adquisición de inmuebles por la mujer casada en sociedad conyugal mediante subsidio habitacional", en: López, Patricia (directora), *Estudios de Derecho de Familia VI. Actas de las Sextas Jornadas Nacionales* (Santiago, Thomson Reuters).

RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de familia, tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RAMOS PAZOS, René (2015): *Derecho de familia, tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Regímenes patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SALAH ABUSLEME, María (2021): "La adquisición de bienes inmuebles en Chile: una mirada desde el género", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48 núm. 3).

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1946): *Derecho de familia* (Santiago, Editorial Nascimento).

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1955): *Evolución del Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Nascimento).

TURNER SAEZ, Susan (2024): *Manual de Derecho y procedimiento de familia* (Valencia, Tirant lo Blanch).

URRUTIA ANGUITA, Leopoldo (1907): *Explicaciones de Código Civil* (Santiago, Imprenta Cervantes).

Jurisprudencia citada

Ángela de las Mercedes Alameda Toro con Rosa Adriana Alameda Toro y otro (2011): Corte Suprema, sentencia de 29 de diciembre de 2011, rol 2.682-2010.

Williamas de la Cruz López Sepúlveda con Raquel Janett Lozano Cáceres (2014): Corte Suprema, sentencia de 30 de junio de 2014, rol 5.571-2013.

Víctor Aravena Concha con Maritza Castro Díaz (2015): Corte Suprema, sentencia de 13 de julio de 2015, rol 30.911-2014.

Evelyn Olate Galleguillos con Comercial e Inmobiliaria Culmen S.A. y Ricardo Troncoso Pacheco (2017): Corte Suprema, sentencia de 24 de enero de 2017, rol 76.253-2016.

Héctor René Vera Vivanco con Liliana Elizabeth Vergara Fernández (2017): Corte Suprema, sentencia de 20 de marzo de 2017, rol 52.950-2016.

Cooperativa de Ahorro y Crédito Oriente Limitada con Alborno (2017): Corte Suprema, sentencia de 26 de abril de 2017, rol 406-2017.

V.C., D.A., en procedimiento voluntario (2018): Corte Suprema, sentencia de 10 de julio de 2018, rol 11.771-2017.

Ángel Márquez Márquez con Celia Mora Paillacar (2019): Corte Suprema, sentencia de 15 de octubre de 2019, rol 4.595-2018.

Irene Morales Villagra con Isidro Antonio Leiva Lizana (2020): Corte Suprema, sentencia de 11 de febrero de 2020, rol 5.441-2018.

Carlos Labarca Becerra con Liesel Ethel Araya Alquinta (2020): Corte Suprema, sentencia de 13 de agosto de 2020, rol 16.738-2018.

Laura Doris Oñate Jara con Conservador de Bienes Raíces de San Pedro de la Paz (2023): Corte Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2023, rol 134.310-2022.

Rosa Iturriaga Neira con Felipe Pérez Lazo (2024): Corte Suprema, sentencia de 21 de noviembre de 2024, rol 230.406-2023.

Normativa citada

Código Civil, 14 de diciembre de 1855.

Ley N°16.392, fija normas locales sobre construcción, urbanizaciones y otorgamiento de títulos de dominio, 16 de diciembre de 1965.

Decreto Supremo N°355, aprueba Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización, 4 de febrero de 1977.

Ley N°18.196, normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, 29 de diciembre de 1982.

Ley N°18.802, modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N°16.618, 9 de junio de 1989.

Decreto Supremo N°1, aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional, 6 de junio de 2011.

Decreto Supremo N°49, aprueba Reglamento del Programa Fondo Solidario de Elección de Vivienda, 26 de abril de 2012.

Decreto Supremo N°10, reglamenta el Programa de Habitabilidad Rural, 21 de octubre de 2015.

Autocontratación y mandato en el solo interés del mandatario. Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N°1476-2025

Self-contracting and mandate in the sole interest of the agent. Valdivia Court of Appeals, No. 1476-2025

BRANCO ARAVENA CUEVAS*

*Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile.
(<https://orcid.org/0000-0002-5201-7184>)

Recibido:

09 de febrero, 2026

Aceptado:

04 de junio, 2026

Publicado:

30 de julio, 2026

*Autor de

correspondencia

Branco Aravena Cuevas
Universidad de Playa Ancha,
Valparaíso, Chile.

Correo electrónico:

branco.aravena@upla.cl.

RESUMEN

En este comentario se analiza si es aceptable la autocontratación con ocasión de un mandato celebrado en el solo interés del mandatario. Para ello se ofrece un encuadre desde la fundamentación del derecho de contratos, y al respecto se afirma que pueden convivir, como posibles fundamentos, tanto el individualismo desinteresado como el altruismo moderado. Luego, se explica que el mandato es un contrato que puede fundarse en el altruismo moderado y, sobre esta base, el trabajo examina dos reglas del contrato de mandato en el Código Civil (los artículos 2119 y 2144 del Código Civil), puesto que, a pesar de lo anterior, hay manifestaciones de individualismo desinteresado en este tipo contractual. Esto permite concluir que la regla general es que el mandato es un contrato que cede al interés del mandante; que, en ciertos casos, el mandatario puede autocontratar con el mandante y, por tanto, tutelar su propio interés, pero en ningún caso el mandatario puede servirse del mandato para su propio y exclusivo beneficio.

PALABRAS CLAVE

Mandato, contrato de servicios, individualismo, altruismo, autocontratación.

ABSTRACT

This commentary analyzes whether self-contracting is permissible in the context of a mandate contract celebrated solely in the interest of the agent. To this end, a framework is provided based on the foundations of contract law, asserting that both disinterested individualism and moderate altruism can coexist as possible foundations. Subsequently, it explains that the mandate is a service contract that can be based on moderate altruism; on this basis, this work examines two rules of the mandate contract in the Civil Code, since, despite the aforementioned, there are manifestations of disinterested individualism in this type of contract. This allows for the conclusion that the general rule is that the mandate is a contract that yields to the interest of the principal; that, in certain cases, the agent may self-contract with the principal and, therefore, protect their own interest, but in no case may the agent use the mandate for their own and exclusive benefit.

KEYWORDS

Mandate, service contract, individualism, altruism, self-contracting.

Autocontratación y mandato en el solo interés del mandatario. Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N°1476-2025. (2026). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 48, (114-124). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.07>

I. INTRODUCCIÓN

La autocontratación es una institución que, aunque útil, puede resultar problemática en el contexto del contrato de mandato, puesto que permite que el mandatario actúe en favor de intereses propios. Esta situación adquiere especial relevancia cuando el mandato es conferido en términos tales que el mandatario busca la satisfacción de su propio interés, sacrificando la posición contractual del mandante.

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que es objeto de este trabajo, ofrece una oportunidad para examinar esta cuestión. En ella, el tribunal debió pronunciarse acerca de la validez de un pagaré suscrito por un mandatario en su propio favor, para perseguir de forma ejecutiva una deuda en contra de su mandante. La Corte concluyó que el mandato fue conferido en el exclusivo interés del mandatario, y que aquello implicaba una transgresión a las reglas que disciplinan este contrato.

Bajo este panorama, el presente comentario propone revisar la relación entre autocontrato y mandato celebrado en el solo interés del mandatario, tomando como punto de partida la fundamentación normativa del derecho de contratos. En particular, se sostiene que el mandato, en cuanto contrato de servicios, responde prioritariamente a una lógica de altruismo moderado, aunque admite manifestaciones de individualismo desinteresado. Sobre esta base, se analizarán especialmente los artículos 2119 y 2144 del Código Civil, con el objeto de demostrar que, si bien el mandatario puede autocontratar en determinados casos, no resulta admisible que lo haga en su exclusivo interés y en perjuicio del mandante.

II. EL CASO Y PROPUESTA DE ANÁLISIS

Con ocasión de un juicio ejecutivo de obligación de dar, en el que el título es un pagaré, el ejecutado opuso las excepciones de los numerales 7° y 14° del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil. En síntesis, se sostuvo que el mandatario, al suscribir el pagaré que sirve de título ejecutivo, excedió sus facultades, además de que se trata de un caso de autocontratación. El tribunal de primera instancia rechazó ambas excepciones, y frente a ello, el ejecutado se alzó en apelación.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, por su parte, acogió el recurso de apelación interpuesto. En lo que concierne a la autocontratación, estableció, en el considerando segundo: *"Que, en los términos expuestos, en un contrato como el referido la buena fe es un elemento preponderante, dada su naturaleza, en cuanto acto de confianza, y es propio del mismo que el negocio que se confía importe un beneficio para el mandante, no para el mandatario, sentido que se trasunta de la sola lectura del artículo 2144 del Código Civil, en cuanto prohíbe, en estos casos, la auto contratación, salvo expresa autorización, cuestión que en la especie no ha ocurrido"*.¹

Lo interesante de este caso es que, además, la Corte de Apelaciones reconoce abiertamente que el mandato fue otorgado en el interés y beneficio exclusivo del mandatario, tal como se expresa a continuación, de acuerdo con el considerando tercero del fallo: *"Que, en el presente caso el mandato que sirvió de antecedente a la parte ejecutante, para que suscribir el pagaré que se cobra en estos autos, y por el cual se obliga al ejecutado para con CAT Administradora de Tarjetas S.A., no se ejecutó dentro del contexto jurídico señalado, desde que siempre tuvo por objeto resguardar y garantizar el pago de obligaciones contraídas presentes o futuras con dicha sociedad comercial, extendiéndose en exclusivo interés y beneficio de la mandataria, lo que importa una transgresión expresa de las normas que regulan esta institución, especialmente de los artículos 2149 y 2160 del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los artículos 10, 1461 y 1682 del mismo texto legal, en cuanto existe objeto ilícito en todo acto o contrato que la ley prohíba o que transgreda el orden jurídico nacional"*.²

Debido a lo anterior, el tribunal de alzada acogió la excepción del N°14 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil.

¹ CAT con Oyarzo (2026).

² CAT con Oyarzo (2026).

La Corte de Apelaciones calificó al mandato con un acto de confianza, en el que la buena fe es un elemento preponderante. Lo anterior es correcto, pero insuficiente, porque la buena fe es un principio transversal en la contratación³ y, por tanto, es extensible a todo contrato y no es una cuestión privativa del mandato. No es posible ignorar el rol que juega la buena fe en todo el *iter* contractual,⁴ sin embargo, este principio no explica por qué no debe admitirse la autocontratación de un mandato si, por regla general, se ha asumido que es posible autocontratar,⁵ teniendo en cuenta además que el propio artículo 2144 del Código Civil, bajo ciertas condiciones, lo permite. Otro tanto ocurre con la confianza como explicación habitual del mandato, en el sentido de que puede entenderse como la consideración de la experiencia, profesionalismo o experticia del prestador de un servicio,⁶ y que sirve para justificar la facultad que el mandante tiene para elegir a la persona del mandatario, la delegación, así como la revocación y la renuncia o la muerte como causales de terminación de este contrato.⁷

Una explicación acerca de la autocontratación y su vinculación con el mandato celebrado en el solo interés del mandatario puede encontrarse en la fundamentación normativa del derecho de contratos. La pregunta, entonces, es si acaso es moralmente tolerable que el mandatario pueda autocontratar, y si, pudiendo hacerlo, lo haga en su solo interés. Esto implica reconocer que, con ocasión del mandato, hay una coexistencia de intereses: los del mandante y los del mandatario. De este modo, más allá de la buena fe y la confianza como explicaciones usuales de la autocontratación, es posible detectar que el mandato, si bien se fundamenta en el altruismo moderado, también presenta notas de individualismo desinteresado. El mandato, que se ubica en la categoría de los contratos de servicios, es un instrumento para la satisfacción del interés preponderante del mandante, y por ello es por lo que el mandatario deberá actuar en el interés preferente de su contraparte. Con todo, los intereses del mandatario, en ciertos casos, pueden ser satisfechos junto a los del mandante, pero nunca podrá obrar exclusivamente en el suyo propio, pues aquello supone instrumentalizar la posición contractual del mandante y sus intereses.

III. COMENTARIO

A. Una fundamentación normativa del derecho de contratos: entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado

Quien piense en un contrato, normalmente tendrá en mente alguna categoría como la compraventa. Después de todo es –en términos cuantitativos– el principal modelo del tráfico jurídico. Se trata de un contrato de intercambio y discreto,⁸ puesto que, si bien cada parte colabora –en alguna medida– con la otra, lo cierto es que

³ Como se señala en LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 428, la buena fe puede entenderse incluso como un principio general del Derecho.

⁴ Se reconoce que *"la regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato"*. En LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 435. En el mismo sentido SCHOPF (2018), pp. 110 y 111.

⁵ Por todos, RAMOS (2023), p. 21.

⁶ BRANTT y MEJÍAS (2018), p. 601. Las autoras señalan que: *"En nuestra opinión, la confianza en este contrato alude algo bastante concreto: el cliente, cuando decide contratar, indudablemente tiene en consideración la experiencia del prestador del servicio y su profesionalismo o experticia en el área de que se trate. En definitiva, es en razón de sus habilidades y aptitudes personales, técnicas o materiales que opta por un prestador específico y no por otro. En esta dirección se ha afirmado, a propósito de los rasgos esenciales de este contrato, que el servicio se realiza en el desarrollo de una actividad profesional o empresarial que se sustenta en la confianza del cliente en la capacitación personal y material del prestador del servicio para realizar la tarea encomendada"*.

⁷ En este sentido ROSAS (2025), p. 139, quien indica que *"de la confianza se desprenden consecuencias relevantes, especialmente respecto a la terminación del mandato, por ejemplo: el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio (artículos 2163 N°3 y 2164 CC); las obligaciones del mandatario no se transmiten y la muerte del mandante por regla general produce la extinción del mandato (artículos 2163 N°5 y 2170 CC)"*.

⁸ Según PEREIRA (2023), p. 55: *"Los contratos discretos consisten en vínculos de corta duración, con interacciones personales limitadas y versan acerca de objetos bien definidos. Se trata de relaciones transaccionales en que no se presenta ni es menester desplegar un comportamiento cooperativo de las partes. Son vínculos entre extraños quienes transitan por veredas opuestas y de ahí que una vez efectuado el intercambio no persistirá relación alguna entre estas personas"*. A modo ilustrativo, MARTÍNEZ (2005), p. 208, sostiene que *"(…) resulta conveniente traer a colación un ejemplo como el de la compraventa de gasolina en una estación ubicada en algún lugar completamente ajeno al comprador"*. Desde luego que esta es una generalización, puesto que pueden existir partes que celebren frecuentemente contratos de compraventa.

cada una persigue satisfacer su propio interés: desde la perspectiva del vendedor, dar una cosa por el mayor precio posible; y por el lado del comprador, adquirir una cosa idónea por el menor desembolso. Moralmente hablando, la compraventa es un contrato en el que predomina el individualismo, porque cada contratante busca procurar la satisfacción de su autointerés.

En términos que exceden a la compraventa, se ha afirmado que el individualismo es el fundamento del derecho de contratos. Al respecto, Pereira indica que "(...) *dos serían los elementos distintivos de la perspectiva individualista. Por una parte, la diferencia entre los intereses propios y ajenos y, por otra, el predominio del interés personal sobre el de los demás*".⁹ Ahora, no se trata de un individualismo egoísta, puesto que no es aceptable que un contratante, en la consecución de su propósito, pueda sacrificar e instrumentalizar a la otra parte. Se trata, más bien, de un individualismo desinteresado,¹⁰ que encuentra sustento en la idea de autonomía. Tal como afirma Kennedy: "*Esto significa la insistencia en definir y alcanzar objetivos sin la ayuda de otros (esto es, sin depender de ellos ni pedirles sacrificios). Significa aceptar que los otros no compartirán sus ganancias, ni yo mis pérdidas*". También se caracteriza porque "(...) *tiene un fuerte contenido moral afirmativo: la exigencia del respeto por los derechos de otros*".¹¹ Dicho de otra forma, no hay que actuar en favor de otros, pero al menos no dañarlos.¹² Esta autonomía implica una doble dimensión: una positiva, en el sentido que los contratantes actúan motivados por tutelar su autointerés, y una negativa, esto es, que deben abstenerse de instrumentalizar o dañar al otro contratante, sin que esto signifique el despliegue de alguna actividad en su favor. Dicho de otra forma, basta simplemente con no perjudicar a otro.¹³

Lo anterior se refleja, por ejemplo, en la lógica interna de la compraventa en el Código Civil: figuras como la obligación de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios confirman la idea de que el vendedor no puede recibir el precio entregando cualquier cosa, sino que debe tratarse de una idónea que cumpla con las expectativas del comprador. No hay que perder de vista que cuando el deudor cumple –sea el vendedor o el comprador– no lo hace exclusiva o prioritariamente para favorecer el interés ajeno, sino que, en buena medida, lo hace para no perjudicarse. Quien cumple un contrato, desde luego, beneficia a la otra parte, pero también evita un propio mal, que es incurrir en incumplimiento contractual y, con ello, la activación de los remedios contractuales.

Desde esta perspectiva, surge la pregunta acerca de si hay algún otro candidato que permita fundamentar el derecho de contratos, y la respuesta es afirmativa. Al respecto, la tesis del profesor Pereira permite cuestionar que el individualismo sea la única manera de fundamentar el derecho de contratos, bajo la comprensión de que también hay otra vía: el altruismo moderado, que presupone la diferencia de intereses entre las partes, pero, guardando distancia del altruismo fuerte (en que se espera el comportamiento del "*buen samaritano*"),¹⁴ la lectura moderada de este fundamento entiende que, en ciertos casos, el agente deberá procurar el interés de otro. Pereira entiende que los postulados centrales del altruismo moderado como fundamentación normativa del derecho de contratos son los siguientes: "(i) *el predominio del interés propio sobre el ajeno no es necesariamente efectivo. De la división entre intereses propios y ajenos no se sigue la preferencia normativa de los primeros en desmedro de los segundos*; (ii) *es una exigencia permanente para el agente tener en consideración y preocuparse de los intereses de los demás*; y, finalmente, (iii) *resulta necesario que, en ciertas situaciones, el agente actúe*

⁹ PEREIRA (2022), p. 4.

¹⁰ Terminología que se usa en PEREIRA (2020), p. 221 y PEREIRA (2022), pp. 4-6.

¹¹ KENNEDY (2001), p. 166.

¹² En este sentido PEREIRA (2022), pp. 5 y 6.

¹³ Tanto la dimensión positiva como negativa del individualismo desinteresado pueden justificarse en el principio del perjuicio de Mill, al establecer que: "*La única parte de la conducta de cada uno para que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano*". MILL (2011), p. 68; otro tanto se señala en MILL (2011), p. 127, en términos que: "*La libertad del individuo debe ser así limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás*".

¹⁴ PEREIRA (2022), p. 18. El comportamiento del "*buen samaritano*" en el plano contractual supondría que una parte estaría dispuesta a sacrificar su propio interés en favor de otros, de manera irrestricta e ilimitada.

positivamente a favor de los otros por el solo interés de estos".¹⁵

Como puede apreciarse, el altruismo moderado presenta un rendimiento justificativo que el individualismo desinteresado no tiene respecto de todo el derecho de contratos, puesto que hay distintas manifestaciones que simplemente no puede fundamentar, como ocurre, por ejemplo, con los deberes precontractuales de información, el deber de renegociación contractual y algunos deberes positivos que emanan de la buena fe.¹⁶ Todas estas instituciones tienen algo en común, y es que llevan al agente a actuar, en ciertos casos, en favor de otros, por el solo interés de ellos.

B. El caso del mandato: una demostración a partir de algunas reglas del Código Civil

Lo arriba explicado, si bien se presenta para comprender cómo se fundamenta el derecho de contratos, servirá también para examinar en qué términos opera la lógica interna del contrato de mandato. Esto tiene alguna utilidad, pues permite comprender la dinámica de ciertas reglas de este contrato y, con ello, cuestionar algunas premisas asumidas respecto de este tipo contractual. Como se demostrará, el mandato no es un contrato que se funde únicamente en el altruismo moderado, sino que también hay en él manifestaciones de individualismo desinteresado.

Por la naturaleza de este comentario, no se revisarán exhaustivamente todas las reglas del contrato de mandato. El propósito es, más bien, poner de relieve que, en la lógica de este contrato, conviven reglas que obedecen a fundamentaciones diferentes, especialmente las que dicen relación con aquellas que sirvieron de fundamento para el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia. En este sentido, interesa revisar lo que concierne a la autocontratación y el mandato otorgado en el solo interés del mandatario, en el contexto del mandato, comprendido como un contrato de servicios.

C. El mandato como un contrato de servicios fundado en el altruismo moderado

El contrato de servicios, en doctrina, se entiende "*(...) como una categoría contractual generalmente onerosa que se caracteriza porque el prestador se obliga a ejecutar o realizar una actividad, sea material o inmaterial, que en sí misma considerada o junto con su resultado si lo hubiere, beneficia exclusivamente al cliente y satisface su interés, en tanto representa la utilidad que persigue concretar con su celebración*".¹⁷ A partir de esta definición se reconocen tres elementos: la onerosidad como regla general; una prestación de hacer y el interés exclusivo del cliente.

En el mandato es posible detectar estas notas características: primero, en cuanto a que se trata de un contrato normalmente oneroso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2117 y 2158 N°3 del Código Civil. En este sentido, la remuneración es un elemento de la naturaleza en el mandato, por lo que, si las partes nada dicen, se entiende que los servicios del mandatario deben ser pagados. La regla en contrario es que se estipule –como elemento accidental– que el mandato será gratuito. Segundo, la prestación principal que nace de este contrato para el mandatario es, precisamente, la ejecución del encargo instruido por el mandante, que es una obligación de hacer.¹⁸ El mandatario debe, en los términos del artículo 2131, ceñirse rigurosamente a las instrucciones del mandante, mientras que como lo prevé el artículo 2134, la recta ejecución del encargo no solo comprende la sustancia, sino que también los medios para ello. Todo esto a su vez engarza con lo disciplinado en el artículo 2160, regla que permite asumir que el mandante será obligado a cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario, mientras que este actúe dentro de los límites del mandato. Tercero, el mandato es un contrato en el que prevalece

¹⁵ PEREIRA (2022), p. 18.

¹⁶ Sobre el deber de renegociación y los deberes precontractuales de información véase PEREIRA (2018), pp. 150-156. En cuanto a la buena fe y su conexión con el altruismo moderado, véase PEREIRA (2022), pp. 25-27.

¹⁷ BRANTT y MEJÍAS (2018), p. 599.

¹⁸ DOMÍNGUEZ y MUNITA (2023), p. 448 señalan que "*(...) no vemos inconveniente en que el mandatario pueda ser compelido a indemnizar perjuicios al mandante derivados del incumplimiento de la obligación de ejecutar el encargo, obligación de hacer y por tanto sujeta al art. 1553 N°2 del CC (...)*".

el interés del mandante. Así se sigue de la propia definición de este contrato ex artículo 2116, en términos que el mandatario ejecuta el negocio que se le ha confiado por cuenta y riesgo del mandante. Que el mandante deba soportar el éxito o fracaso del encargo revela que esta parte es la principal interesada en la gestión del negocio, y no el mandatario.¹⁹

A partir de lo anterior es dable afirmar que el mandato –en la medida que es un contrato de servicios– se encuadra de mejor forma en el ideal del altruismo moderado, por cuanto coexisten intereses de ambos contratantes: el del mandante, quien está interesado en la ejecución del encargo, mientras que el mandatario normalmente procurará el pago de una remuneración por su gestión); sin embargo, ambos intereses no se posicionan en la misma jerarquía, sino que debe prevalecer el interés del mandante por sobre el del mandatario, de acuerdo con el diseño y funcionalidad de este tipo contractual, esto es, que un contratante actuará en beneficio del interés del otro.

D. La autocontratación como engarce entre el altruismo moderado y el individualismo desinteresado

Como se indicó, una posible fundamentación del contrato de mandato se sustenta en el altruismo moderado, puesto que el mandatario gestionará un encargo para tutelar el interés preponderante del mandante. Este fundamento, con todo, se difumina a propósito de la autocontratación, puesto que es posible reconocer un matiz de individualismo desinteresado en la configuración de esta figura.

El autocontrato, como explican López Santamaría y Elorriaga, es *"el acto jurídico que una persona celebra consigo misma, sin que sea menester la concurrencia de otra, y en el cual ella actúa, a la vez, ya sea como parte directa y como representante de la otra parte; ya sea como representante de ambas partes; ya sea como titular de dos patrimonios (o de dos fracciones de un mismo patrimonio) sometidos a regímenes jurídicos diferentes"*.²⁰ Al respecto, se ha sostenido en doctrina que no hay una regla general que discipline esta institución, y por ello se ha entendido que, ante el silencio del mandante, el mandatario puede autocontratar con el primero. Esto permite colegir que, en la lógica del mandato, hay una manifestación del individualismo desinteresado, en la medida que el mandatario, en este caso, no actuará solamente en beneficio del mandante, sacrificando su propio interés, sino que calibrará ambos intereses, resultando ambos satisfechos.

Ahora, a pesar de que se admite la autocontratación con ocasión del mandato, existen dos excepciones: cuando la autocontratación supone un peligro para el mandante y cuando la ley lo prohíbe. Para el primer caso, el fundamento se puede encontrar –tal como lo establece la Corte de Apelaciones de Valdivia– en el artículo 2149 del Código Civil, regla que prevé que: *"El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante"*.

A partir de esta disposición puede inferirse que, si un potencial autocontrato del mandatario con su mandante puede resultar lesivo para este último, entonces el mandatario debe abstenerse de aquello.²¹ En este orden de ideas, el mandatario debe tutelar preferentemente los intereses de su otro contratante.

Para el segundo caso, que la doctrina identifica como una prohibición legal,²² es posible encontrar una regla expresa, que es el artículo 2144 del Código Civil, cuyo contenido es el siguiente: *"No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al*

¹⁹ ROSAS (2025), p. 140 señala, a propósito de la ajenidad del mandato, esto es, que sea por cuenta y riesgo del mandante, que: *"Este elemento tiene como consecuencia que el riesgo del negocio encomendado es del mandante. Para él son los beneficios o pérdidas generados; por tanto, el riesgo no afectará al mandatario, y las ganancias y pérdidas del negocio no se radicarán en su patrimonio"*.

²⁰ LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 223.

²¹ Así lo entiende STITCHKIN (2008), p. 348, al sostener que: *"En nuestro concepto, cabe aplicar aquí la prescripción del art. 2149, según la cual el mandatario debe abstener de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante, pues la autocontratación en tales condiciones importa un daño al mandante en beneficio particular del mandatario"*.

²² Si bien STITCHKIN (2008), pp. 348-352 incorpora al artículo 2144 bajo el grupo de casos en que la ley prohíbe la autocontratación, evidentemente el autor reconoce que la prohibición cesa cuando el mandante autoriza al mandatario para autocontratar, específicamente, para vender o comprar.

mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante". En este caso, un posible autocontrato tendría lugar entre el mandatario, quien concurre por sí mismo y en representación del mandante. En cuanto a la fisonomía de la regla, se trata de una prohibición condicional,²³ en el sentido que no está vedado absolutamente y en todo caso para el mandatario autocontratar con el mandante. Es, más bien, una regla que combina una hipótesis por defecto y otra de excepción: el caso por defecto es que el mandatario no puede autocontratar con el mandante por sí ni por interpósita persona; la excepción, en cambio, viene dada por la posibilidad de autocontratar cuando medie la aprobación expresa del mandante.

Esta regla ofrece una mixtura de altruismo moderado y de individualismo desinteresado.

Hay una muestra de altruismo moderado porque el artículo 2144 del Código Civil reconoce la coexistencia de posibles intereses: el del mandante, quien procura la compra o venta de una cosa, y el del mandatario, quien puede querer, a su vez, comprar para sí o vender de lo suyo al mandante, respectivamente. Frente a esta convivencia de intereses la regla en comento impone un deber de abstención y uno de actuación. Un deber de abstención, consistente en una restricción: el mandatario no puede autocontratar con su mandante, a fin de precaver el riesgo de instrumentalizarlo. De este modo se protege la autonomía del mandante. Y hay también un deber de actuación en favor del mandante. En este orden de ideas, esta versión prohibitiva de la regla de autocontratación impone al mandatario que debe buscar para su mandante la mejor oportunidad de contratación para comprar o vender, incluso si esto significa renunciar a una ocasión de negocio favorable.

La regla, con todo, no es una manifestación pura de altruismo moderado, sino que también hay en ella –como se dijo– algo de individualismo desinteresado, en su dimensión positiva, cuando se plantea como excepción una eventual autorización expresa del mandante. Esta excepción suprime los deberes de abstención y de actuación que recaen sobre el mandatario, propios de la versión prohibitiva, de suerte que este contratante puede lograr que su interés y el del mandante coincidan, logrando la satisfacción de ambos. De esta manera, el mandatario ya no estaría compelido a encontrar una oportunidad de negocio ajena a su autointerés.

Esta configuración prohibitiva-condicional de la regla permite comprender con mayor claridad el reproche que formula la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso en comento. En efecto, al constatar el tribunal de alzada que *"en la especie no ha ocurrido"* una autorización expresa del mandante para la suscripción del pagaré, se activa plenamente el deber de abstención que pesa sobre el mandatario, en orden a dar tutela preferente al interés del mandante. Ante la ausencia de una manifestación de voluntad que habilite excepcionalmente la autocontratación, el mandatario no puede hacer converger su interés con el del mandante, pues ello supone desbordar los límites funcionales del mandato y, con ello, transformarlo en un instrumento de satisfacción preferente del interés del propio mandatario.

E. El individualismo desinteresado en su dimensión negativa: el mandato en el solo interés del mandatario

Hasta ahora se ha asentado la idea de que el mandato se funda en el altruismo moderado, en el entendido de que, ante la coexistencia de intereses, el mandatario debe obrar tutelando preferentemente el interés del mandante, incluso sacrificando, en ciertos casos, el suyo propio. Y en cuanto a la autocontratación, ha quedado establecido que, ante la ausencia de una regla general, la doctrina asume que el mandatario puede autocontratar con su mandante, salvo cuando se siga un perjuicio para este último, o cuando la ley lo prohíba. En consecuencia, bajo la comprensión de que se acepta de alguna forma la autocontratación, la pregunta que queda por responder es si, en el ejercicio de dicha facultad, el mandatario puede hacerlo en su solo interés.

Al respecto, y si bien la Corte de Apelaciones no la señala explícitamente, la regla en juego, a propósito del mandato en el solo interés del mandatario, es el artículo 2119 del Código Civil, que establece: *"El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna. / Pero si este consejo se da maliciosamente, obliga a la indemnización de perjuicios"*.

²³ Una prohibición condicional en el sentido de que no sigue la lógica de la definición habitual de *"norma prohibitiva"*. En este orden de ideas, en vez de hablar de prohibiciones, creo que es preferible usar la nomenclatura de *"limitaciones"* o *"normas limitativas"*. Algo similar ocurre con el objeto ilícito en caso de embargo por decreto judicial, tal como lo explica LÓPEZ (2024).

Esta regla, que encuentra su origen en el Derecho Romano, permite comprender que el mandato no puede interesar solo al mandatario, pues solo sería un consejo.²⁴ Esto, a su vez, debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 2120 del Código Civil, dado que esta regla establece que el mandato puede interesar al mandante, al mandatario, o a cualquiera de estos, o a ambos y un tercero, o incluso a un tercero exclusivamente. El mandato es, naturalmente, un instrumento para la gestión de los intereses y riesgos del mandante, por ende, no puede haber mandato si solo interesa al mandatario, por lo que, en los términos del propio artículo 2119, este no producirá obligación alguna.

El análisis de esta disposición permite revelar que su fundamentación se incardina de mejor forma en el individualismo desinteresado que en el altruismo moderado. Se descarta la segunda perspectiva porque, reconociendo la coexistencia de intereses tanto del mandante como del mandatario, la regla en particular no impone a este último actuar en favor del primero bajo ciertas circunstancias y por el solo interés del mandante. Por el contrario, una lectura de esta regla, bajo el prisma del individualismo desinteresado, permite entender que el mandatario puede procurar la satisfacción de su autointerés, sin la ayuda de otros, y por lo mismo, no puede celebrar este contrato con un mandante para obtener un beneficio exclusivo. Dicho de otra forma: el mandatario puede, en uso de su autonomía, perseguir por sí mismo sus propios fines, pero en dicha búsqueda no puede lesionar la autonomía del mandante, ni mucho menos instrumentalizarlo por medio de la celebración de un mandato que solo servirá de base para la satisfacción de los intereses del mandatario.

De este modo, la regla se funda en la dimensión negativa del individualismo desinteresado, en la medida que impone al mandatario un deber de abstención, es decir, que no debe lesionar, perjudicar o instrumentalizar al mandante en la persecución de su autointerés. Esto conecta, por lo demás, con el contenido del artículo 2149 del Código Civil, de suerte que el mandatario debe abstenerse de ejecutar un mandato manifiestamente pernicioso para el mandante, tal como se anotó arriba.

Es precisamente este deber de abstención, derivado de la dimensión negativa del individualismo desinteresado, el que subyace a la decisión adoptada por la Corte de Valdivia. En efecto, cuando el fallo afirma en su considerando tercero que el mandato *"siempre tuvo por objeto resguardar y garantizar el pago de obligaciones contraídas (...) extendiéndose en exclusivo interés y beneficio de la mandataria"*, identifica que el problema excede una simple extralimitación de facultades. La desviación consiste, más bien, en la utilización del mandato como un mecanismo orientado exclusivamente a la satisfacción del interés del mandatario, lo que implica una infracción de los artículos 2119, 2149 y 2160 del Código Civil. En este orden de ideas, la sentencia reconoce que un mandato celebrado únicamente en beneficio del mandatario desnaturaliza este contrato, puesto que desplaza el interés preponderante del mandante, que es la razón de ser de este tipo contractual.

En el caso en concreto, al ejecutante desde luego que le interesa contar con un título que lo habilite para iniciar un juicio ejecutivo en contra de su deudor. Este es, procesalmente hablando, el escenario ideal. Desde la perspectiva individualista, esto se justifica plenamente, porque implica la tutela del autointerés. Pero la obtención de dicho título, que es un interés del solo ejecutante, no puede concretarse por medio de un contrato de mandato en que el ejecutado, ahora mandante, autoriza a que se suscriban en su propia contra, títulos ejecutivos como el pagaré. De este modo, el artículo 2119 del Código Civil sirve de resguardo para la autonomía del mandante, quien no puede resultar lesionado por el mandatario en la persecución de sus propios fines, de suerte que, a la luz del individualismo desinteresado (en su dimensión negativa), esta conducta resulta moralmente reprobable.

²⁴ WALKER y DROGUETT (2023), p. 1513. Las autoras indican que: *"La idea de que no existe mandato cuando el interés es sólo para el mandatario es de antigua data. Así, la encontramos en las Instituciones de Justiniano 3.26.6, en donde se señala lo siguiente: 'si te mandare que coloques tu dinero en compras de predios más bien que lo prestes a interés o, al contrario, que lo prestes a interés, en vez de que lo coloques en compras de predios. Un mandato de esta especie es más bien un consejo que un mandato, y por esto no es obligatorio, porque nadie se obliga de mandato por un consejo, aunque no convenga a quien se le diere, pues cada cual es libre de explorar en su interior si le conviene el consejo' (en García del Corral, 1889, T1, p. 117). Lo mismo se expresa en D.171.2 pr: '...si yo te mando solamente por tu utilidad, es superfluo el mandato, y por esto no nace de él obligación alguna'. Y en D.171.2.6, que reitera las ideas ya expuestas en el texto de la instituta. Lo propio hace Gayo, en Instituciones 3, 156, que lo expone en los términos siguientes: 'No vale el mandato que yo te encargara en interés tuyo; lo que tú tengas que hacer en interés tuyo debes hacerlo por decisión propia, no por encargo mío' [en Samper, 2000, p. 281]"*.

IV. CONCLUSIÓN

A. El derecho de contratos no solo se funda en el individualismo desinteresado, tanto en su dimensión positiva como negativa, sino que también puede justificarse en el altruismo moderado, tal como ocurre con los deberes precontractuales de información, el deber de renegociación, la buena fe contractual y, para los fines de este trabajo, el contrato de mandato.

B. El mandato, en tanto contrato de servicios, se caracteriza principalmente por una onerosidad como regla general, una prestación central de hacer y el interés preponderante del cliente, que en la lógica de este contrato es el mandante. Estos rasgos se revelan a partir de la propia regulación del mandato en el Código Civil. Por su diseño y funcionalidad, el mandato se adecua mejor a una fundamentación basada en el altruismo moderado y no exclusivamente en el individualismo desinteresado, como se predica del derecho de contratos. De tal modo, el mandato refleja una jerarquía funcional de intereses.

C. Debido a lo anterior, la premisa básica que debe asumirse es que, si bien coexisten los intereses del mandante y del mandatario, el segundo debe actuar, por regla general, en favor del interés del primero, incluso si eso significa sacrificar su propio interés de acuerdo con las circunstancias del caso. Esto se expresa con claridad a propósito de la regla sobre autocontratación ex artículo 2144 del Código Civil. Se asume la presencia de intereses de ambos contratantes, pero el altruismo moderado impone al mandatario dos deberes: uno de abstención, en el sentido de que este contratante no debe actuar en su propio beneficio, y uno de actuación, esto es, que el mandatario debe buscar la mejor ocasión de negocio para el mandante, incluso si eso significa postergar su propio autointerés; mientras que la muestra de individualismo desinteresado, por su parte, viene de la mano con la excepción que la propia regla establece, esto es, que el mandante autorice expresamente al mandatario para autocontratar. En tal caso, se prevé que ambos contratantes pueden tutelar sus intereses, sin que implique el sacrificio de uno por el otro.

D. Asumido que es posible autocontratar en ciertos casos, no es posible aceptar que el mandatario autocontrate en su solo interés, puesto que, tal como prevé el artículo 2119 del Código Civil, este es un simple consejo que no genera obligación alguna. Esto se debe a que esta regla puede justificarse en la dimensión negativa del individualismo desinteresado, es decir, que el mandatario puede tutelar sus propios intereses, pero debe abstenerse de lesionar la autonomía del mandante. Dicho de otro modo, el mandato no puede servir de subterfugio para que el mandatario resguarde su autointerés incluso en desmedro del mandante, instrumentalizándolo para su exclusivo beneficio. De ahí que no sea aceptable que el ejecutante, en el caso en comento, se sirva de un título que es fruto de un autocontrato en su solo interés y en perjuicio del mandante.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Branco Aravena Cuevas: 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

BRANTT ZUMARÁN, María y MEJÍAS ALONZO, Claudia (2018): "El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos", en: *Ius et Praxis* (núm. 3).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y MUNITA MARAMBIO, Renzo (2023): "Contrato de mandato", en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).

KENNEDY, Duncan (2001): "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", en: García Villegas, Mauricio (editor), *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia).

LÓPEZ RIVERA, Gissella (2024): "Refutando la tesis Velasco Letelier sobre cosas embargadas y especies litigiosas", disponible en: <https://derecho.uchile.cl/libro-quinto/columnas-de-opinion/refutando-la-tesis-velasco-letelier->.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general*, 6ª edición actualizada (Santiago, Legal Publishing).

MARTÍNEZ OCHOA, Santiago (2005): "Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos", en: *Revista de Derecho Privado* (núm. 35).

MILL, John (2011): *Sobre la libertad* (Traducc. de Natalia Rodríguez Salmenes, Madrid, Alianza Editorial).

PEREIRA FREDES, Esteban (2018): "Altruismo y derecho contractual", en: Papayannis, Diego y Pereira Fredes, Esteban (editores), *Filosofía del derecho privado* (Madrid, Marcial Pons).

PEREIRA FREDES, Esteban (2020): "Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado", en: García Amado, Juan y Papayannis, Diego (editores), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado* (Lima, Palestra).

PEREIRA FREDES, Esteban (2022): "Altruismo y solidaridad en el derecho de contratos", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 49 núm. 3).

PEREIRA FREDES, Esteban (2023): "Distanciamiento contractual y el valor intrínseco del contrato", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 36 núm. 2).

RAMOS PAZOS, René (2023): *De los Contratos. Teoría General* (Santiago, Legal Publishing).

ROSAS ZAMBRANO, Marco (2025): *Los contratos. Parte especial* (Santiago, Ediciones Der).

SCHOPF OLEA, Adrián (2018): "La buena fe contractual como norma jurídica", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 31).

STITCHKIN BRANOVER, David (2008): *El mandato civil*, 5ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

WALKER SILVA, Nathalie y DROGUETT GONZÁLEZ, Carmen (2023): "Título XXIX. Del mandato. Art. 2119", en: Amunátegui Perelló, Carlos (editor), *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Jurisprudencia citada

CAT Administradora de Tarjetas con Oyarzo (2026): Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 14 de enero de 2026, rol 1476-2025.

Normativa citada

Código Civil de la República de Chile, 14 de diciembre de 1855.

¿Cómo entender la sana crítica en el caso de los informes periciales? Comentario a propósito de la sentencia de casación en la forma y en el fondo de la Corte Suprema, rol N°30.303-2025 de 2 de febrero de 2026

How to Understand Sound Criticism in the Case of Expert Reports? Commentary on the Supreme Court Ruling on Cassation in Form and Substance, Case File No. 30.303-2025 of February 2, 2026

SEBASTIÁN VERA BRIONES*

*Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile.
Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
(<https://orcid.org/0000-0001-6442-1021>)

Recibido:

20 de abril, 2026

Aceptado:

15 de junio, 2026

Publicado:

31 de julio, 2026

*Autor de

correspondencia

Sebastián Vera Briones
Universidad Academia
de Humanismo Cristiano,
Santiago, Chile.
Universidad Diego Portales,
Santiago, Chile.

Correo electrónico:

sebastian.verab@uacademia.cl

¿Cómo entender la sana crítica en el caso de los informes periciales? Comentario a propósito de la sentencia de casación en la forma y en el fondo de la Corte Suprema, rol N°30.303-2025 de 2 de febrero de 2026. (2026). Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 48, (125-135). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.08>

RESUMEN

Este comentario analiza la sentencia de fecha 2 de febrero de 2026 pronunciada por la Corte Suprema en causa rol número 30.303-2025, con el propósito de examinar los argumentos respecto de la valoración del informe pericial en materia civil desde una perspectiva teórica sobre la argumentación jurídica referida a dicho asunto. A partir de dichas herramientas teóricas, se analiza cómo la sana crítica debe entenderse como un sistema discrecional de valoración judicial y, en consecuencia, motivado racionalmente, que no exime de la obligación de hacer explícitas dichas motivaciones en torno a la relevancia de tales informes especialmente cuando inciden en el caso controvertido, exigencia que no se satisface en la sentencia comentada.

PALABRAS CLAVE

Informe pericial, sana crítica, teoría de la argumentación jurídica, recurso de casación.

ABSTRACT

This commentary analyzes the judgment issued on February 2, 2026, by the Supreme Court in case No. 30,303-2025, for the purpose of examining the arguments concerning the assessment of expert evidence in civil matters from a theoretical perspective on the legal reasoning relevant to that issue. Building on those theoretical tools, it argues that sound criticism should be understood as a discretionary system of judicial evaluation and, consequently, as one that must be rationally reasoned, which does not relieve the court of the obligation to make explicit those reasons regarding the relevance of such reports, especially when they affect the dispute at hand, a requirement that is not satisfied in the judgment under review.

KEYWORDS

Expert report, sound criticism, theory of legal argumentation, cassation appeal.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el género de escritura científica dedicado a comentar jurisprudencia suele estar dirigido a razonar dogmáticamente sobre la adjudicación¹ de distintos significados de las disposiciones normativas respecto de un caso concreto, las herramientas que emplearé son distintas a las del razonamiento dogmático en general y se articulan desde algunas de las nociones presentes en la teoría de la argumentación jurídica contemporánea.

En este sentido, el examen que se presentará no busca establecer cómo debe entenderse un determinado concepto de relevancia dogmática en particular, sino que examinar el razonamiento del sentenciador a partir de las herramientas teóricas propias de la argumentación jurídica contemporánea, en particular, desde las nociones de discrecionalidad y desde la posibilidad de evaluar el mérito de la argumentación judicial desarrolladas por Juan Antonio García Amado.²

El asunto litigioso que se analiza trata sobre un contrato de suma alzada entre la contratista Sociedad constructora *reving* limitada y el servicio de salud araucanía sur, en el cual se establece un retraso en el cumplimiento de las obligaciones de la contratista y la imposición de multas producto de dicho retardo. Al respecto, la sentencia dictada por el 3° Juzgado Civil de Temuco acogió la demanda de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios que la constructora presentó en contra del servicio de salud por la imposición de tales multas sin atender a que los retardos respectivos eran justificados por tratarse de una hipótesis de caso fortuito. Para esto, fue determinante la prueba aportada por el demandante, en particular un informe pericial que arribaba a conclusiones similares a las de la sentencia. A su vez, la Corte de Apelaciones de Temuco revocó dicha sentencia rechazando la demanda y eliminando los considerandos que razonaban respecto de dicho informe pericial.

De modo específico, se analiza la sentencia dictada por la Corte Suprema el año 2026 a propósito de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la demandante en contra de la sentencia de la Corte de apelaciones, la cual declaró la inadmisibilidad del recurso de casación en la forma y rechazó el recurso de casación en el fondo presentados por dicha parte.

Como se mostrará, el razonamiento de la Corte Suprema respecto del informe pericial aportado como prueba por la parte demandante no es totalmente claro al distinguir entre las disposiciones normativas³ que expresan dos tipos de normas: las referidas a la valoración probatoria en general y las relativas a obligaciones específicas de justificar la calificación sobre estos como relevantes o irrelevantes. Esto es relevante si se asume que la actividad decisoria de los jueces es eminentemente de carácter discrecional, esto es, la adopción de una decisión dentro de varias posibles, pero con arreglo a las normas pertinentes que permiten justificar dicha elección.

En este sentido, este análisis está dirigido a examinar la argumentación referida a la relación entre la regulación sobre la valoración probatoria y el lugar que los informes periciales ocupan en el razonamiento probatorio de la casación.

Para estos propósitos, además de la presente introducción, este comentario seguirá la siguiente estructura: en primer lugar, apuntaré los principales aspectos del caso analizado, tanto en lo señalado en los recursos de casación como en la sentencia; en segundo lugar, aportaré los antecedentes teóricos y filosóficos con los cuales examinaré la argumentación del sentenciador especialmente en lo referido a cómo comprende la sana crítica y la discrecionalidad; en tercer lugar, examinaré las justificaciones ofrecidas por la Corte suprema al referirse al informe pericial pertinente; finalmente indicaré algunas conclusiones.

¹ Entiéndase la adjudicación como el proceso intelectual de significar una disposición normativa, de acuerdo con las reglas que habilitan a ciertos órganos o sujetos a realizar dicha operación. Al respecto, véase HART (2012), pp. 120-123.

² Al respecto, véase GARCÍA (2016), pp. 43-63 y GARCÍA (2023).

³ Para estos efectos, entiéndase una disposición normativa como "*todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho*" y lo distingo del concepto de norma entendido "*(...) no el enunciado en sí, sino a su contenido de significado*". Véase GUASTINI (2014), p. 77.

II. PRINCIPALES ASPECTOS DEL CASO ANALIZADO

Como se advirtió en la introducción, en el caso analizado se acogió la demanda de cumplimiento forzado de las obligaciones impuestas en el contrato de suma alzada suscrito entre constructora reving limitada y el servicio de salud araucanía sur. Al respecto, resultó determinante para acreditar el caso fortuito alegado por la demandante el informe pericial que se refiere al retardo en el pago de derechos para parte de la ejecución de la obra, el efecto de dicho retardo en el cumplimiento de los procesos posteriores y el alza de los materiales pertinentes a causa de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

El informe pericial como medio de prueba acompañado por el demandante es destacado en el considerando vigésimo primero letra b) y también en el considerando vigésimo segundo, el cual indica lo siguiente:

"(...) de los antecedentes probatorios examinados en el Fundamento precedente, permiten tener por establecido la concurrencia de un caso fortuito, en los términos del artículo 45 del Código Civil, que permite justificar el retraso en la entrega de la obra (...) por lo que en consecuencia se constata un incumplimiento contractual de la demandada, en orden a haber aplicado la multa estipulada en el contrato, sin que se hubieran cumplido las circunstancias estipuladas por las partes para ello, por cuanto, al haberse configurado un caso fortuito, plenamente contemplado en el contrato, no resultaba procedente aplicar dicha multa".⁴

Sin perjuicio de lo anterior, dicha sentencia fue apelada por el servicio de salud y revocada en segunda instancia.⁵ Cabe señalar que la sentencia revoca en específico tanto lo resuelto por el tribunal de primera instancia, así como también precisamente los considerandos vigésimo segundo y siguientes que aluden al informe pericial presentado por la parte demandante.

Sobre el recurso de casación en la forma, la parte demandante que lo interpuso sostuvo que el fallo impugnado incurrió en la omisión de los contenidos que debe tener una sentencia establecidos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, números 4° y 6°, referidos a las consideraciones de hecho y derecho y a la decisión del asunto controvertido.

En este sentido, la recurrente indicó que el tribunal de alzada habría analizado únicamente la hipótesis de caso fortuito como justificación del retardo en el cumplimiento de las obligaciones, desatendiendo a las demás justificaciones señaladas por la demandante que habrían ocasionado dicho retardo. Estas circunstancias, alude, darían lugar a un vicio que sería objeto de casación formal. Así también, se alegó que el tribunal de alzada tampoco analiza ni fundamenta el rechazo de la acción subsidiaria de indemnización de perjuicios autónoma en su sentencia revocatoria.

Al respecto, la Corte Suprema consideró que no se configuró en el caso en particular ninguno de los vicios que dan lugar a la casación en la forma aludidos por la parte demandante, declarándola inadmisibile.

Las razones que señala el máximo tribunal para el rechazo de la casación en la forma deducida contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco se encuentran indicadas en el considerando cuarto. Dentro de dichas razones, se señala que la sentencia impugnada se pronuncia en su considerando cuarto sobre la totalidad de los hechos de la causa, mientras que en el considerando quinto se detiene a analizar los requisitos que habilitan la hipótesis de caso fortuito como elemento que permitiría eximir la responsabilidad del demandante en el retardo de la obra a la que se obligó.

Sobre el recurso de casación en el fondo, la recurrente alude a la concurrencia de distintas infracciones, dentro de las cuales se encuentran enunciadas infracciones a las leyes reguladoras de la prueba y a la ley del contrato y a la falta de reconocimiento de un aumento de los gastos en general a partir del encargo de obras extraordinarias.

⁴ Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2024).

⁵ Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2025).

Al respecto, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo por no haberse verificado infracción alguna a las normas de valoración de la prueba o a alguna de las disposiciones aludidas por la parte recurrente, sino que únicamente concurrir supuestos de hecho distintos a los asentados por los tribunales de instancia que no habrían de ser discutidos en esta sede. Dentro de los aspectos más relevantes del razonamiento de la Corte se pueden destacar diferentes aspectos:

Por una parte, se indica que el sentenciador comparte el razonamiento del fallo impugnado sobre la falta de configuración de un supuesto de caso fortuito, atendido que la parte demandada se hizo cargo de dichas obras retrasadas y también en la falta de causalidad entre las multas impuestas con ocasión de dicho retraso y un caso subsumible a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil.

Luego, reafirma el carácter restrictivo del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, dirigido únicamente a infracciones a la ley que influyan substancialmente en la parte dispositiva del fallo. Establece como supuestos de dicho tipo una aplicación, interpretación o falta de aplicación de las disposiciones relevantes para decidir un asunto litigioso.

Así también, establece que no se tuvieron por asentados ni la falta de valoración del informe pericial de la causa, la prueba referida al retraso de la demandada en la gestión y pagos asociados al cumplimiento de sus obligaciones, los imprevistos asociados a la pandemia por COVID-19, los mayores gastos y el lucro cesante ocasionado a la demandante, todos aludidos en el recurso de casación en el fondo analizado.

Por otra parte, establece que *"que el establecimiento de los presupuestos fácticos es una facultad privativa de la judicatura de instancia, la que en general no admite revisión por este medio, a menos que se haya denunciado en forma eficiente la infracción de normas reguladoras de la prueba. Es necesario tener presente que el objeto del recurso de casación en el fondo se circunscribe a la revisión y análisis de la legalidad de la sentencia"*.⁶

A continuación, señala que la vulneración de las normas reguladoras de la prueba se verifica en tres supuestos: al alterarse la carga de la prueba; al desatender prueba legalmente admitida o aceptar prueba rechazada por la ley; al desconocer el valor probatorio que la ley asigna de modo obligatorio a ciertos medios de prueba.

Finalmente, conviene también apuntar que el sentenciador indica que tampoco se vulneró lo dispuesto en los artículos 1700 y 1702 del Código Civil, ni los artículos 346 número 3 y 425 del Código de Procedimiento Civil, concurriendo en cambio una pretensión de darse por establecidos ciertos hechos a partir de la prueba rendida de un modo distinto al tenido en consideración por los tribunales de instancia. Así también, entendiendo que el análisis de un informe pericial es una cuestión de hecho y, por ende, también es competencia de los tribunales de instancia.

En atención a las circunstancias antes expuestas, es un hecho que el considerando vigésimo segundo de la sentencia de primera instancia referido a la valoración del informe pericial fue eliminado de la sentencia definitiva. Esto fue reafirmado en la sentencia que declaró inadmisibles el recurso de casación en la forma y que rechazó el recurso de casación en el fondo presentado por la parte demandante. En consecuencia, el respectivo razonamiento sobre el informe pericial fue eliminado de los considerandos de la sentencia definitiva, y la justificación ofrecida por la corte suprema para dicha decisión radica en su comprensión sobre la apreciación del informe pericial como un asunto de hecho y, por ende, de valoración exclusiva de los jueces de instancia. Así también, establece que para que se examine la valoración de dichos informes periciales mediante la casación debe señalarse por el propio recurrente la manera en la cual se produciría un error de derecho en el caso concreto, lo que no ocurriría en el caso analizado.

En consecuencia, lo relevante de la sentencia examinada guarda relación con la valoración de la prueba pericial en específico y con la comprensión de la sana crítica en general en el marco de los recursos de casación sometidos a la decisión de la Corte Suprema. Dicho examen, como se anunció anteriormente, puede ser abordado minuciosamente por la teoría de la argumentación jurídica desarrollada por Juan Antonio García Amado, tanto para dar cuenta de los tipos de argumentos específicos sostenidos por el sentenciador como también para analizar la justificación de lo decidido.

⁶ Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2026).

III. ANTECEDENTES TEÓRICOS Y FILOSÓFICOS

El recurrente advierte en su recurso una infracción al principio de razón suficiente sin ahondar demasiado en cómo comprende dicho principio y cómo ocurriría dicha circunstancia en el caso en particular. Así también, dicha alegación tampoco es abordada expresamente por el sentenciador. Sin perjuicio de dichas circunstancias, el principio enunciado es de toda relevancia porque permite encuadrar el examen de las circunstancias anunciadas previamente, esto es, la sana crítica, la valoración del informe pericial y los argumentos que se dan por la corte suprema refiriéndose a ambos asuntos. Dicho principio, por lo demás, no proviene inmediatamente de la producción dogmática, sino que es enunciado originalmente por un filósofo, Gottfried Leibniz.⁷ Al respecto, el autor señala:

"Nuestros razonamientos se fundan en dos grandes principios. Uno es el de contradicción, en virtud del cual juzgamos falso lo que encierra contradicción, y verdadero lo que es opuesto a, o contradictorio con, lo falso. El otro es el de razón suficiente, en virtud del cual consideramos que no puede hallarse ningún hecho verdadero o existente ni ninguna enunciación verdadera sin que haya una razón suficiente para que así sea y no de otro modo, aun cuando esas razones nos puedan resultar, en la mayoría de los casos, desconocidas".⁸

Esto es relevante si se considera que la prueba pericial, de acuerdo con el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica a diferencia de otros medios de prueba que por regla general son valorados conforme a las reglas del sistema de prueba legal tasada.

En este sentido, cabe recordar que la sana crítica no ha de ser entendida del mismo modo que un sistema de convicción judicial libre, sino que se encuentra sujeto a un conjunto de reglas. Es conocida la definición que Eduardo Couture ofrece a propósito de dichas reglas, indicando que estas son *"las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"*.⁹

En el mismo orden de ideas, pero en el marco de nuestra propia cultura jurídica, María Inés Horvitz y Julián López han señalado una noción de sana crítica que enfatiza su diferencia con la libre convicción. En dicho sentido, el sistema de sana crítica se entendería del siguiente modo:

"(...) aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La fundamentación de la sentencia constituye un elemento central de la diferenciación entre este sistema y el de la íntima convicción".¹⁰

Sin perjuicio de la posibilidad de comprender los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados como reglas dirigidas hacia el juez al momento de valorar la prueba en un sistema de sana crítica, estas también pueden ser comprendidas como directrices que permiten cumplir con el deber de fundamentación de los jueces al dictar una sentencia.

En este sentido, también en nuestra propia cultura jurídica, Flavia Carbonell ha destacado la estrecha relación entre la valoración de la prueba y la fundamentación de la sentencia a propósito de los criterios establecidos en el sistema de sana crítica, indicando que dichas reglas *"(...) operan como parámetros o guías de razonamiento en la fundamentación que justifica la asignación de valor que hace el juez a las pruebas rendidas en juicio y que tienen*

⁷ Aunque sus orígenes pueden rastrearse en la filosofía antigua. Véase ROSANAS (2020).

⁸ LEIBNIZ (1981), pp. 101 y 102.

⁹ COUTURE (1979), p. 195.

¹⁰ HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 150.

por objeto sustentar determinadas hipótesis fáctica".¹¹

Al respecto, conviene recordar el carácter discrecional que tiene la decisión judicial en general y cómo este afecta a la sana crítica. A propósito de dicho asunto, Juan Antonio García Amado ha señalado que *"una actividad discrecional es la que está en un cierto punto intermedio entre actividad totalmente vinculada y actividad totalmente libre"*.¹²

Desde luego, esta comprensión de una actividad discrecional afectaría a la actividad decisoria y argumentativa de los jueces, ya que en general estas se caracterizan por ser un proceso intelectual en el cual los jueces libremente subsumen los hechos pertinentes a una o varias normas, pero ajustándose a las opciones interpretativas que el contenido de dichas disposiciones admita. De este modo, los jueces argumentan respecto de las razones referidas a dicha elección y la pertinencia de las disposiciones escogidas.

En este sentido, la noción de discrecionalidad es relevante puesto que de esta se desprende, que lo adecuado o inadecuado de la elección de los jueces al momento de decidir, depende entonces del mérito de su argumentación en relación con esas directrices.

De modo detallado, y siguiendo nuevamente a García Amado, la examinación del mérito de la argumentación judicial puede revisarse desde una perspectiva epistemológica, así como también desde su pertinencia en el caso específico y su admisibilidad en general.¹³

Tanto la comprensión de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba que ofrece directrices para la justificación del sentenciador como la discrecionalidad son relevantes no solo de modo general, sino que también de modo particular a propósito del razonamiento referido al informe pericial pertinente. La razón de dicha relevancia radica en que producto de la revocación de la sentencia en segunda instancia, resultó eliminado el razonamiento referido a dicho informe.

En este sentido, el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil establece que los informes periciales deben ser apreciados conforme a las reglas de la sana crítica. Esto permite advertir que la disposición excluye la posibilidad de que dicha apreciación se realice conforme a un sistema de libre convicción.

VI. EXAMEN DE LA JUSTIFICACIÓN REFERIDA AL INFORME PERICIAL

En términos generales, y entendiendo que el recurso de casación en cualquiera de las modalidades admitidas por la ley tiene por objetivo la anulación de una sentencia, la prueba rendida en su conjunto permite justificar una decisión como la adoptada por el sentenciador al declarar inadmisibles el recurso de casación en la forma y rechazar el recurso de casación en el fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, como ya se advirtió, lo interesante del fallo está específicamente en el informe pericial y si las razones del sentenciador para mantener la eliminación de los razonamientos respecto de tal informe son suficientes. En este sentido, no es posible compartir el razonamiento de la Corte respecto de este asunto en específico, ya que este confunde el sistema de valoración de la prueba con el uso de las directrices que proporciona la sana crítica para justificar las consideraciones de hecho de la sentencia. Al respecto, hay tres aspectos problemáticos que son posibles de advertir, a saber: primero, lo referido a las exigencias de motivación contenidas en el artículo 170 número 4 del código de procedimiento civil; segundo, el sistema de valoración de la prueba de informes periciales regulado en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil; y tercero, el campo de aplicación del recurso de casación en el fondo.

Respecto del primer asunto, como ya se ha señalado, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil establece

¹¹ CARBONELL (2018), p. 40.

¹² GARCÍA (2023), p. 48.

¹³ GARCÍA (2023), p. 58.

qué debe contener una sentencia definitiva de primera, única y segunda instancia. Estas últimas, en aquellos casos en los que modifiquen o revoquen la parte dispositiva de un fallo. Al respecto, el número 4 de dicha disposición impone al sentenciador el deber de referirse a las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

Si se considera que dentro de los considerandos eliminados de la sentencia de primera instancia se encuentra el razonamiento que recae sobre el informe pericial, y que precisamente dichas consideraciones daban lugar a la demanda en dicha oportunidad, la opinión referida a la irrelevancia del informe pericial se vuelve un asunto central que debió ser particularmente motivado.

Es la expresión de dichas motivaciones lo que permite comprender la convicción del sentenciador al considerar como irrelevante un asunto epistemológico de alta relevancia para el asunto controvertido, incluso si la parte recurrente se limitó solo a esbozar la noción de principio de razón suficiente.

Si bien es evidente que la complejidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia es concordante con la sofisticación de las más diversas prácticas humanas, ello no constituye una excusa para evitar un pronunciamiento sobre dichos asuntos cuando estos son relevantes. Así lo observa Michelle Taruffo cuando indica que *"se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo cuando su valoración difiere de la del perito"*.¹⁴

Esto resulta especialmente importante si consideramos que podemos esperar de las directrices brindadas al sentenciador por la sana crítica. Al respecto, Rodrigo Coloma y Claudio Agüero han señalado que mientras la lógica *"(...) vela por la corrección comunicativa de lo que puede ser pensado o imaginado dentro de una comunidad"*,¹⁵ las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados *"establecen las generalizaciones acerca de cómo es o cómo funciona el mundo. Ambos permiten ir más allá de lo que directamente ofrecen los datos disponibles"*.¹⁶ En este sentido, la discusión que plantea un informe pericial tiene que ver precisamente con un funcionamiento del mundo que excede lo evidente, proveniente de un experto en un área del conocimiento, y que en el caso analizado era determinante para su resolución.

En consecuencia, la omisión al expresar razones para considerar como irrelevante el informe pericial no puede ser considerada como concordante con las exigencias del artículo 170 número 4 del Código de Procedimiento Civil, en atención a que dicha omisión se encuentra directamente relacionada con lo resuelto en la sentencia revocatoria.

En cuanto al segundo asunto, el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil establece que los informes periciales serán apreciados conforme a las directrices de la sana crítica. En este punto, la comprensión de la sana crítica expresada por el sentenciador en distintas partes del fallo es imprecisa, puesto que se expone como una justificación para la libertad valorativa de la prueba de los jueces. En consecuencia, dicha lectura no resulta coherente ni con la sana crítica entendida como un conjunto de reglas para la valoración de la prueba, ni tampoco con la sana crítica como un conjunto de directrices para la valoración de la prueba que exigen al sentenciador la exposición de su motivación.

Así también, la sentencia admite que, tal y como se indicó precedentemente, el análisis del informe pericial se encuentra sujeto a las reglas de la sana crítica, y que en consecuencia si el examen de dichas pruebas escapa a tales reglas, sí sería posible que dichas conclusiones fuesen objeto de casación. Ahora bien, según el criterio del sentenciador, el recurrente no indica específicamente cómo se configuraría dicha situación en este caso específico.

En la doctrina nacional, la sana crítica cercana a un sistema de reglas de valoración ha sido sugerida, por ejemplo, por Maite Aguirrezabal. Refiriéndose particularmente a los informes periciales, Aguirrezabal señala que *"la pericia como medio de prueba se encuentra rigurosamente regulado, en resguardo de los principios de imparcialidad y objetividad con las que debe actuar el perito. Ello permite su adecuada valoración conforme a las reglas de la sana*

¹⁴ TARUFFO (2008), p. 15.

¹⁵ COLOMA y AGÜERO (2014), p. 682.

¹⁶ COLOMA y AGÜERO (2014), p. 693.

crítica, que sin perjuicio de que se entregan una mayor libertad al juez, también le fijan los límites propios de este sistema de valoración".¹⁷

Incluso siguiendo un concepto de sana crítica que considera que sus criterios guían la obligación de fundamentación del juez al momento de fundamentar la manera en la que valoró la prueba como el sugerido por Carbonell, y no entendiendo la sana crítica como un conjunto de reglas, sería posible advertir que la argumentación ofrecida por el sentenciador respecto de la sana crítica a propósito de la valoración del informe pericial no se hace cargo de la falta de razonamiento respecto de este último provocada por la eliminación antes indicada.

Así también, la enunciación lingüística del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil no establece la apreciación del informe pericial como una facultad del sentenciador. En consecuencia, no puede entenderse como admisible la omisión de pronunciamiento sobre dicha cuestión, indistintamente de la posibilidad de concluir que dicho informe es irrelevante o adolece del mérito necesario para fallar en un sentido diferente.

En consecuencia, el hecho de haberse eliminado el considerando de la sentencia de primera instancia que se refería al razonamiento respecto del informe pericial, y que la sentencia definitiva que resultó de la tramitación de todos los recursos presentados en contra de dicho acto tanto en segunda instancia como en sede de casación no se refiera al mérito de dicho informe, constituye una falta de valoración de dicho informe, puesto que no se trata de antecedentes irrelevantes sino que de hechos determinantes para la resolución del asunto controvertido.

Atendidas estas circunstancias, la valoración del informe pericial en general y, en consecuencia, también el de la sentencia examinada, no es una cuestión que pueda ser revisada de modo absolutamente libre por los sentenciadores, sino que se trata de una actividad típicamente discrecional que admite la posibilidad de escoger entre distintas alternativas de valoración, pero justificando precisamente dicha valoración. De este modo, la omisión de dicha valoración se asemeja a un razonamiento propio de un sistema de libre convicción más que a uno de sana crítica.

Finalmente, respecto del tercer problema referido a la comprensión de la casación en el fondo por parte del sentenciador, es posible advertir un razonamiento que guarda relación con evitar que la tramitación respecto de dichos recursos constituya una tercera instancia. Si bien dicha comprensión resulta razonable, dicha razonabilidad no se justifica en motivos estrictamente jurídicos, sino que colinda con la economía procesal y con las facultades directivas, correccionales y económicas del Poder Judicial en su conjunto.

En efecto, al referirse en particular a la alegación sobre la falta de valoración del informe pericial alegada por la recurrente, el tribunal se limita a indicar que el análisis de dicho tipo de prueba es un proceso intelectual referido a un asunto de hecho y que por ello este es un asunto privativo de los jueces de instancia.

Al respecto, parte de la doctrina nacional ha comprendido que, si bien la aproximación de los jueces de instancia a la prueba justificaría la exclusividad de la competencia para conocer dichos asuntos, ello no significa que cuando la Corte Suprema revise la aplicación de reglas probatorias esté abordando un asunto epistémico. Por el contrario, el rol de la Corte en dichos casos sería el de examinar aquello que es añadido por el sentenciador de cada instancia al analizar la prueba rendida.

En este sentido Jorge Larroucau ha señalado desde una mirada ecléctica que *"la deferencia con el juez de instancia se justifica principalmente porque dicho juez valora la prueba mediante cláusulas abiertas a cuya correcta interpretación contribuye el contexto institucional de las instancias"*,¹⁸ pero que al mismo tiempo *"el modo en que se valora la prueba y se deciden los hechos en un proceso judicial es un asunto normativo; viene decidido directamente por la ley en algunas ocasiones (por ejemplo, mediante una presunción legal) o por medio de un reenvío legal a las reglas generales de la epistemología"*.¹⁹

¹⁷ AGUIRREZABAL (2023), pp. 365-378.

¹⁸ LARROUCAU (2017), p. 329.

¹⁹ LARROUCAU (2017), p. 324.

De este modo, las razones expuestas por la Corte en el caso comentado no se hacen suficientemente cargo del punto alegado por el recurrente. La petición presentada en los recursos de casación en lo referido al informe pericial no parece discutir que estos se encuentren sujetos a la sana crítica ni tampoco a que las conclusiones a las que se arribe por parte del sentenciador al momento de analizarlos sea una cuestión de hecho, sino que el problema enunciado guarda relación con que para concluir la irrelevancia de dicho informe es necesario señalar las razones o fundamentos que permiten arribar a dicha conclusión desde un punto de vista jurídico y no factual.

Precisamente, la falta de valoración del informe pericial no alude a una diferencia respecto de los hechos que se tuvieron por acreditados en la causa, sino que consiste en una alegación referida al derecho y a la falta de valoración de dicho medio de prueba como consecuencia de la eliminación del considerando vigésimo segundo.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta clara la alegación de la parte demandante a propósito de la falta de argumentación en torno al informe pericial. En este sentido, que la Corte sostenga que dicha falta de valoración no es efectiva, y que además señale para el rechazo de dicha alegación que la valoración de los informes periciales es un asunto de hecho limitado a los asuntos revisados por los jueces de instancia, implica adoptar una interpretación restrictiva respecto del recurso de casación en general. Al respecto, si bien el informe pericial se refiere a antecedentes de hecho, su valoración es un asunto de derecho que cabe dentro de los límites de la casación como el propio sentenciador advierte.

V. CONCLUSIÓN

El análisis de la sentencia tuvo como tema una aproximación teórica a la comprensión de la sana crítica en el marco del procedimiento civil, sus límites y problemas, particularmente a propósito del informe pericial y su valoración. De dicho análisis es posible concluir lo siguiente:

En primer lugar, la sana crítica como sistema de valoración puede ser explicada a partir del concepto de discrecionalidad como actividad que expresa una motivación racional de lo decidido. Esto es concordante con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y con el deber de motivar las sentencias en general.

En segundo lugar, al regularse la valoración de los informes periciales conforme a la sana crítica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, la valoración de dichos informes es objeto del deber de justificación del sentenciador.

En tercer lugar, en el caso analizado no se verifica una comprensión de la sana crítica como actividad que exige un estándar de justificación racional. Esto se advierte a partir de la exposición del sentenciador cuando justifica la falta de pronunciamiento sobre el informe pericial del caso.

En cuarto lugar, la comprensión de la casación sostenida en la sentencia analizada resulta problemática, puesto que en una comprensión restrictiva de dicho recurso confunde las afirmaciones contenidas en el informe pericial pertinente con la valoración de dicho informe. Ese defecto argumentativo de la sentencia se traduce en la confusión entre antecedentes factuales y la valoración de la prueba como un asunto de derecho.

Declaración de contribución de autoría Credit

Sebastián Vera Briones: 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

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2023): "Valoración de la pericia e infracción a las leyes reguladoras de la prueba", en: *Revista chilena de derecho privado* (núm. 40).

CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2018): "Sana crítica y razonamiento judicial", en: Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (editores), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

COLOMA CORREA, Rodrigo y AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2014): "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 2).

COUTURE, Eduardo (1979): *Estudios de derecho procesal civil. Tomo II* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).

GARCÍA AMADO, Juan (2016): "¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?", en: *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* (núm. 20).

GARCÍA AMADO, Juan (2023): *Argumentación jurídica: fundamentos teóricos y elementos prácticos* (Valencia, Tirant lo Blanch).

GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Traducc. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

HART, Herbert (2012): *El concepto de derecho*, 3ª edición (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno. Tomo II: Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

LEIBNIZ, Gottfried (1981): *Monadología* (Oviedo, Pentalfa).

LARROUCAU TORRES, Jorge (2017): "Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema", en: *Revista de Derecho* (vol. 30 núm.1).

ROSANAS, Juan (2020): "Los principios de razón suficiente y causalidad", en: *Ciencia y Fe* (vol. 6 núm. 23).

TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).

Jurisprudencia citada

Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2024): 3° Juzgado Civil de Temuco, sentencia de 4 de abril de 2024, rol 4124-22.

Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2025): Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 8 de julio de 2025, rol 1.038-24.

Sociedad Constructora Reving Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur (2026): Corte Suprema, sentencia de 2 de febrero de 2026, rol 30.303-25.

Normativa citada

Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto de 1902.

Recensión al libro "De la sucesión, de la herencia y de su derecho real. Elementos esenciales para el análisis dogmático del sistema sucesorio", de Esteban Busch Montanares (Ediciones UCSC, Concepción, 2025)

Review of the book "Pertaining succession, inheritance, and their real right. Essential elements for the dogmatic analysis of the succession system", by Esteban Busch Montanares (Ediciones UCSC, Concepción, 2025)

JAIME RAMÍREZ CIFUENTES*

*Universidad San Sebastián, Concepción, Chile.
(<https://orcid.org/0000-0002-6177-0621>)

Recibido:

9 de diciembre, 2025

Aceptado:

21 de julio, 2026

Publicado:

31 de julio, 2026

***Autor de**

correspondencia

Jaime Ramírez Cifuentes
Universidad San Sebastián,
Concepción, Chile.

Correo electrónico:

jaime.ramirez@uss.cl

Recensión al libro "De la sucesión, de la herencia y de su derecho real. Elementos esenciales para el análisis dogmático del sistema sucesorio", de Esteban Busch Montanares (Ediciones UCSC, Concepción, 2025). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, 48, (136-138). <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2026.n48.09>

La figura de la sucesión universal no es, por supuesto, una innovación del Código de Bello. Con todo, nuestro Código civil sí fue original en la regulación del fenómeno sucesorio, reconociendo un derecho autónomo, distinto al de propiedad, del que gozarían los herederos desde la apertura de la sucesión del *de cuius*. Se trata del derecho real de herencia, diferente del dominio y de los bienes que conforman la herencia, diferente también de las relaciones jurídicas en que se sucede.

La obra "De la sucesión, de la herencia y de su derecho real" de Esteban Busch Montanares, se escinde sobre las problemáticas propias de la materia objeto de estudio: el carácter arcano del derecho de herencia, su deficitaria explicación como elemento del sistema sucesoral y la existencia de diversas expresiones polisémicas; circunstancias todas que complejizan la comprensión de las instituciones angulares del sistema sucesorio adoptado por el ordenamiento nacional. De ahí la necesidad de una obra que intente elucubrar el torcido desarrollo de la herencia en la tradición romana y europea continental.

La obra, con todo, no se limita a revisitar las mentadas instituciones, sino que se propone servir de compendio de la evolución histórica de este tópico del derecho civil, así como también proponer interesantes soluciones a problemáticas medulares que se han suscitado hasta nuestros días.

En la primera de sus tres partes, titulada "Precedentes del derecho sucesorio chileno", el autor desarrolla el tratamiento que diversos ordenamientos en la historia han hecho de la sucesión mortis causa. En términos más precisos, destina sus capítulos al análisis del derecho romano en sus diversas etapas, el antiguo derecho hispánico, someras referencias al tratamiento del tema en el derecho romano vulgar y germano, así como también en el derecho francés, con especial énfasis en las reglas del código napoleónico.

En la segunda parte, titulada "*La sucesión y la herencia en el derecho chileno*", se advierte de la falta de precisión conceptual que tiene esta materia en el Código Civil chileno. Se esgrime que tanto en la ley como en la doctrina existen dos vicios: 1) agrupar instituciones de por sí autónomas bajo un mismo rótulo, impidiéndose su acertada inteligencia a la recta interpretación del contexto en que la expresión es empleada; 2) la designación de una misma institución con más de un nombre, frecuentemente vinculados, complejizando una materia de por sí enrevesada. Son ilustraciones de esto los sentidos polisémicos que el Código civil le da a las voces "*sucesión*" y "*herencia*". Preciado aquello, los capítulos discurren en el estudio de las fuentes que el sistema chileno adoptó, así como también las concepciones que diversos autores nacionales han referido sobre ambas expresiones.

En la tercera parte, cuyo epígrafe es: "*El derecho de herencia en el código de Bello*", se concluye que el derecho de herencia es en naturaleza un derecho real cuyo objeto es el activo hereditario, y que vincula la totalidad de situaciones jurídicas transmitidas por sucesión, formando un conjunto funcional que habilita al titular su disposición en un solo acto, simplificándose de esta forma la tradición del mismo derecho. Mas, como bien es sabido, el codificador no estableció explícitamente la forma en que se efectúa la tradición del derecho real de herencia. Ante este silencio normativo, el autor postula una interesante tesis: abierta la sucesión, el causahabiente adquiere el derecho real de herencia, pero no podría disponer de dicho derecho sin la inscripción del artículo 688 N°1, por lo que de cederse el derecho antes de efectuada la inscripción, título y modo serían válidos pero ineficaces (ex artículo 696), lo que conllevaría a que el cesionario no podría solicitar la inscripción del derecho de herencia, pues estaría fuera del Registro. En este orden de ideas, sostiene que el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces de 1857 (hoy "*Ley del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*", conforme el número 1 del artículo 2° de la Ley N°21.772) no contempla el régimen registral del de herencia, se sigue entendiendo que la inscripción de éste se efectúa por el solo decreto judicial o administrativo de posesión efectiva (artículo 697 N°3), y que puede enajenarse válidamente sin efectuar la inscripción del título, puesto que la sanción contemplada en el artículo 696, no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento ante dicho, y este reglamento (hoy ley) nada dispone respecto al derecho de herencia.

En cuanto a la bibliografía, la obra descansa principalmente en manuales, monografías y tratados de autores españoles y nacionales. Se omitieron las consultas a artículos científicos, así como también a trabajos recientes, lo que sin duda hubiese otorgado una dimensión más universal, sofisticada y actualizada del tema en estudio. También se echa de menos un mayor análisis jurisprudencial, lo que sin duda hubiese permitido detectar el tratamiento que los tribunales otorgan a las instituciones latamente desarrolladas. Sin perjuicio de lo anterior, el libro proporciona una visión general de la sucesión como modo de adquirir y de la herencia en sus diversas acepciones, lo que permitirá al lector instruirse en términos dogmáticos e históricos en la materia, obteniendo además postulados refrescantes de problemas canónicos que, a opinión del autor, no han sido resueltos de forma correcta.

Declaración de contribución de autoría CrediT

Jaime Ramírez Cifuentes: 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 recopilaron datos cuantitativos o cualitativos originales, por lo que no existen conjuntos de datos asociados.



CONTENIDOS

- 3 ¿Ponderación o delimitación de derechos fundamentales?**
Análisis del caso Instituto Alemán de Osorno desde el debate Alexy–García Amado
Balancing or Delimiting Fundamental Rights?
An Analysis of the Instituto Alemán de Osorno Case in Light of the Alexy–García Amado Debate
MARÍA JOSÉ ARANCIBIA OBRADOR
- 13 La utilidad de distinguir entre riesgo y peligro en el código civil chileno: una propuesta de sistematización**
The usefulness of distinguishing between risk and danger in the Chilean Civil Code: a proposal for systematization
FELIPE DIEZ RINGELE
- 41 Concesiones mineras y el litio: Explorando tensiones legislativas y judiciales sobre su régimen jurídico**
Mining concessions and lithium: Exploring legislative and judicial tensions over its legal regime
FERNANDO DÍAZ GONZÁLEZ
- 59 Debido proceso y expulsión administrativa: Análisis de la Ley N°21.325 frente a estándares interamericanos**
Due Process and Administrative Expulsion: An Analysis of Law No. 21,325 Against Inter-American Standards
DANIEL ATENCIO HUGGINS
- 77 Los neuroderechos ante la perplejidad de los avances científicos y tecnológicos: casos de derecho comparado y la situación en Chile**
The neuro-rights in the face of the perplexity caused by scientific advances: cases from comparative law and the situation in Chile
MARIELA RUBANO LAPASTA, RODRIGO LAGOS ARÉVALO
- 97 La vivienda adquirida con subsidio habitacional por la mujer casada en sociedad conyugal: patrimonio reservado, renuncia a los gananciales y tutela de terceros**
Housing acquired through a housing subsidy by a married woman under the community property regime: reserved patrimony, waiver of marital gains and third-party protection
FRANCISCO CABELLO VARGAS
- 114 Autocontratación y mandato en el solo interés del mandatario. Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N°1476-2025**
Self-contracting and mandate in the sole interest of the agent. Valdivia Court of Appeals, No. 1476-2025
BRANCO ARAVENA CUEVAS
- 125 ¿Cómo entender la sana crítica en el caso de los informes periciales? Comentario a propósito de la sentencia de casación en la forma y en el fondo de la Corte Suprema, rol N°30.303-2025 de 2 de febrero de 2026**
How to Understand Sound Criticism in the Case of Expert Reports? Commentary on the Supreme Court Ruling on Cassation in Form and Substance, Case File No. 30.303-2025 of February 2, 2026
SEBASTIÁN VERA BRIONES
- 136 Recensión al libro “De la sucesión, de la herencia y de su derecho real. Elementos esenciales para el análisis dogmático del sistema sucesorio”, de Esteban Busch Montanares (Ediciones UCSC, Concepción, 2025)**
Review of the book “Pertaining succession, inheritance, and their real right. Essential elements for the dogmatic analysis of the succession system”, by Esteban Busch Montanares (Ediciones UCSC, Concepción, 2025)
JAIME RAMÍREZ CIFUENTES