



Universidad del Desarrollo

Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

Es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Región Metropolitana, Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XIV • N.º 28 • ABRIL DE 2026

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

CORTE INTERAMERICANA

Max Silva Abbott

Un análisis crítico del caso Vega González y otros vs. Chile
y a su cumplimiento por parte de la Corte Suprema

13

DERECHO ECONÓMICO

Alejandro Lagos Torres

La banca libre chilena anterior al Banco Central:
reflexiones para el futuro

79

Alfredo Ugarte Soto - Juan Ignacio García Villar

Principios que sustentan la norma general antielusiva
y su consagración en la jurisprudencia chilena

111

Felipe Rodríguez Guerrero

La Business Judgment Rule y el delito de administración desleal

133

FILOSOFÍA POLÍTICA

Javier Fernández Sandoval

Sociedad política y sociedad civil.

De la experiencia político-jurídica a los modelos ideológicos

179

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Cristian Román Cordero

Contraloría General de la República.

¿Cuenta con la facultad para destituir a un alcalde por mal uso del automóvil fiscal,
sobre la base del Decreto Ley n.º 799?

(Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 252.456-2023)

221

Alberto Borea Odria

Voto parcialmente disidente del juez Alberto Borea Odria
sobre los problemas del enfoque o perspectiva de género

243

RECENSIONES

Juan Fernando Segovia

Contesting Modernity in the German Secularization Debate.

Karl Löwith, Hans Blumenberg and Carl Schmitt in Polemical Contexts
de Sjoerd Griffioen

261

NORMAS EDITORIALES

Normas editoriales e instrucción para los autores

269

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo octavo número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos y españoles.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: “Corte Interamericana”, “Derecho económico” y “Filosofía política”.

En el ámbito de la “Corte Interamericana” ofrecemos un artículo del académico doctor Max Silva Abott titulado “Un análisis crítico del caso Vega González y otros v/s Chile, y a su cumplimiento por parte de la Corte Suprema”. En él se destaca cómo la CorteIDH excede de sus competencias al fundamentar parte de sus sentencias con material ajeno al sistema interamericano (lo que incluye abundante *soft law*). Con ello, debilita el principio de *pacta sunt servanda* y desformaliza las fuentes de aquel mismo sistema. El autor destaca, asimismo, que el cumplimiento dado por la Corte Suprema a lo resuelto por la CorteIDH no ha sido idóneo.

En el área del “Derecho económico” publicamos tres estudios. El primero del académico doctor Alejandro Lagos Torres sobre la banca libre chilena anterior al Banco Central, donde se compara los dos regímenes y las ventajas del segundo. Luego, estampamos una investigación del doctor y académico Alfredo Ugarte Soto en coautoría con Juan Ignacio García Villar sobre los principios que sustentan la norma general antielusiva. Los autores sostienen que la incorporación de la NGA al ordenamiento jurídico chileno mediante la Ley n.º 20780 del año 2014 significó una de las reformas más relevantes del sistema tributario nacional en materia de control de la elusión. Finalmente, damos a conocer el estudio de Felipe Rodríguez Guerrero acerca de la “Business Judgment Rule” y el delito de administración desleal.

En el campo de la “Filosofía política” ofrecemos el estudio del académico español Javier Fernández Sandoval titulado “Sociedad política y sociedad civil. De la experiencia político-jurídica a los modelos ideológicos”, donde se destaca cómo la separación entre la sociedad política y la sociedad civil proviene de un fenómeno típicamente moderno, marcado por el racionalismo.

En “Comentarios de jurisprudencia” hemos recibido el análisis del académico Cristián Román Cordero titulado “Contraloría General de la República: ¿cuenta con la facultad para destituir a un alcalde por mal uso del auto-

móvil fiscal, sobre la base del DL 799?”. Se trata de un comentario a la sentencia de la Corte Suprema, rol 252.456-2023.

En esta sección también publicamos el voto parcialmente disidente del juez Alberto Borea Odria a la sentencia del 22 de agosto de 2025 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso García Andrade y otros v/s México), sobre los problemas del enfoque o perspectiva de género, entre otros.

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos la reseña del académico Juan Fernando Segovia sobre el libro *Contesting modernity in the German secularization debate. Karl Löwith, Hans Blumenberg and Carl Schmitt in polemical contexts*, de Sjoerd Griffioen.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 28 | 2026

Corte Interamericana

UN ANÁLISIS CRÍTICO
DEL CASO VEGA GONZÁLEZ Y OTROS
VS. CHILE
Y A SU CUMPLIMIENTO
POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

A CRITICAL ANALYSIS
OF THE CASE OF VEGA GONZÁLEZ
ET AL. V. CHILE
AND ITS ENFORCEMENT
BY THE SUPREME COURT

*Max Silva Abbott**

Resumen

Desde una perspectiva estrictamente formal, el presente trabajo hace un análisis crítico del caso Vega González y Otros vs. Chile, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2024. Este análisis crítico se debe a dos razones que se complementan: a los argumentos utilizados por la Corte Interamericana para fundamentar su sentencia, y debido a que la Sesión plenaria llevada a cabo por la Corte Suprema para darle cumplimiento no es idónea para tal efecto. Finalmente, se hacen varias observaciones sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional, a la luz de las características y funcionamiento del Sistema interamericano de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Caso Vega González vs. Chile; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Corte Suprema; fuentes del derecho internacional; cumplimiento de sentencias internacionales; cosa juzgada; efectos del derecho internacional en el orden interno.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor investigador asociado de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, sede Concepción. Correo electrónico: max.silva@uss.cl ORCID: 0000-0001-7267-9807.

Artículo recibido el 28 de febrero de 2026 y aceptado para su publicación el 20 de marzo de 2026.

Abstract

From a strictly formal perspective, this paper provides a critical analysis of the case of *Vega González et al. v. Chile*, decided by the Inter-American Court of Human Rights in 2024. This critical analysis stems from two complementary reasons: the arguments used by the Inter-American Court to support its judgment, and the fact that the plenary session held by the Supreme Court to enforce it is not suitable for that purpose. Finally, several observations are made regarding the relationship between national and international law, in light of the characteristics and functioning of the Inter-American Human Rights System.

KEYWORDS: *Vega González et al v. Chile* case; Inter-American Court of Human Rights; Supreme Court; Sources of international law; Compliance with international judgments; *Res judicata*; Effects of international law on the domestic legal system.

Introducción

Este artículo analiza la reciente decisión de la Corte Suprema de hacer efectivo parte de lo resuelto por la CorteIDH en el caso *Vega González y Otros vs. Chile*, en particular, alterar varios fallos que ya poseían la fuerza de la cosa juzgada, pese a no existir mecanismos procesales idóneos para ello en el ordenamiento chileno.

Se advierte desde ya, que, al margen de lo delicado y polémico del tema abordado, en virtud de los antecedentes nacionales e internacionales del presente caso y desde una perspectiva exclusivamente formal, se estima que la resolución adoptada por la Corte Suprema resulta nula.

Este enfoque formal es deliberado, pues más allá de los derechos involucrados (se insiste, en especial delicados y sensibles), la intención final de este trabajo es mostrar, desde una estricta perspectiva jurídica, y no política, tomando además como muestra el presente caso, el tipo de argumentos a los que muchas veces acude la CorteIDH para fundamentar sus condenas por violaciones a los derechos humanos.

Es por eso que podría haberse hecho un análisis similar a partir de muchas otras materias falladas por este tribunal, de haberse dado en ellas las mismas circunstancias que en el caso analizado.

De este modo, y sin perjuicio que, como ocurre con cualquier decisión emanada de un tribunal, ella puede y, muchas veces, debe ser aquilatada en su fondo, no ha sido esta la intención de esta investigación. Esto quiere decir que las conclusiones a las que aquí se arriba habrían sido más o menos las mismas, de manera independiente a las materias tratadas por la CorteIDH.

Con todo, muchas de estas conclusiones serán planteadas como problemas que, en atención a su importancia, ameritan un profundo debate a su respecto.

Para mostrar este modo de operar, primero se analizará el fallo emitido. Más tarde, se hará lo mismo con la resolución emanada de la Corte Suprema. Con posterioridad se verterán diversos comentarios respecto de ambas resoluciones, primero desde la perspectiva del derecho interamericano (bajo diferentes ópticas complementarias) y luego desde el derecho nacional. Más adelante, se expondrán un cúmulo de ideas generales que engloban todo lo anterior, para arribar a algunas conclusiones.

Debe advertirse que cuando se esté analizando de manera continuada una sentencia o resolución, sea esta nacional o internacional, se incluirá el número de párrafo o considerando correspondiente en el texto principal. En consecuencia, solo se acudirá en esta parte del análisis a las referencias a pie de página cuando se considere útil añadir una transcripción literal de su contenido, se haga algún comentario sobre el particular, se aluda a otras resoluciones y, sobre todo, cuando se quieran mostrar las fuentes a las que acude la CorteIDH para fundamentar sus condenas por violaciones a los derechos humanos.

Para lograr esto último, se ha procedido a indagar en varias de sus sentencias, dadas las continuas remisiones que la misma hace a sus fallos anteriores, intentando hacer un barrido o rastreo lo más completo posible. Sin embargo, esta tarea ha resultado bastante engorrosa, en atención a los muchos y muy variados documentos que cita este tribunal.

Ello explica que se haya intentado ordenar estas fuentes de la manera más clara y ordenada posible, razón por la cual ellas no siempre son aquí presentadas u ordenadas del modo en que aparecen en su forma original.

A pesar de todo, debe dejarse en claro que la idea no ha sido hacer un catastro exhaustivo de estas fuentes (razón por la cual es posible que haya omisiones y repeticiones a este respecto), sino mostrar el *modus operandi* de este tribunal, lo que se explica por las razones que se darán en su oportunidad. Por último, es necesario dejar constancia que en esta metodología de trabajo no se ha utilizado inteligencia artificial.

También debe aclararse que en la bibliografía se incluirán solo las sentencias de dicha Corte efectivamente estudiadas, no las fuentes que en ellas se citan.

Cabe destacar que, si bien se analizan sobre todo resoluciones judiciales, se empleará apoyo doctrinario cuando se estime necesario.

I. El caso Vega González y otros vs. Chile (2024)

Según se ha indicado en la Introducción, uno de los objetivos propuestos es indagar en las múltiples fuentes a las cuales ha acudido la CorteIDH a lo largo del tiempo para fundamentar sus sentencias. Es por eso que en el análisis del caso Vega González se citan dichas fuentes de manera profusa a pie de página. Pese a ello, debe dejarse constancia de las permanentes referencias que hace esta institución judicial a sus propios fallos y de lo desordenado, repetitivo y hasta engorroso que ha resultado ordenar los muchos otros antecedentes a los que se remite en todos ellos. De ahí que se haya hecho un barrido de esta información, indagando en estas múltiples sentencias, intentando consolidarla del modo más claro y ordenado posible. Sin embargo, dada su abundancia, de seguro existen errores y omisiones, aunque la intención no ha sido agotar el tema, sino mostrar el modo en que aquella fundamenta sus aseveraciones.

El caso Vega González se inició ante la Comisión Interamericana en 2008, acumulándose varios reclamos de la misma especie. En todos ellos, los requirentes alegaban que el Estado de Chile había incurrido en responsabilidad internacional, fruto de haber aplicado la figura de la “media prescripción” o “prescripción parcial” (establecida en el art. 103 del *Código Penal*) en catorce procesos por delitos de lesa humanidad, fallados entre 2007 y 2010¹. Ello, mediante la dictación de oficio de sentencias de reemplazo por parte de la Corte Suprema, invocando el recurso de casación en el fondo, contemplado en el art. 500 del antiguo *Código de Procedimiento Penal*.

De esta manera, se estimaba que la figura del art. 103 del *Código Penal* era inconvencional², que además violaba los arts. 1.1, 2, 5, 8.1 y 25 de la CADH y los arts. I b) y III de la CIDFP. El caso llegó a la dicha Corte en 2021 y fue fallado en 2024 (por todo lo dicho, párrs. 1, 2, 4, 31, 118 y 265).

Debe recalcar que el Estado manifestó un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional por la aplicación de la media prescripción (en-

¹ La Corte hace un breve recuento de cada uno de los casos involucrados en los párrs. 118-199 en el caso Vega González y Otros vs. Chile (2024).

² Se alude a la inconvencionalidad de esta norma en CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 290, 306 y 309. Por eso la CorteIDH estableció: “El Estado, dentro de un plazo razonable, deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno a efectos de que la figura de la media prescripción o prescripción gradual de la pena no sea aplicable bajo ningún término a delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, y hasta que no se haga dicha modificación deberá aplicar control de convencionalidad, en los términos de los párrafos 309 y 310 de esta Sentencia” (punto resolutivo 14; en parte, párr. 309) y no aplicarla mientras lo anterior no ocurra (párr. 310).

tre otros, párrs. 7 y 16), señalando que aun cuando este instituto se encuentra vigente (párr. 248), la Corte Suprema ha ido restringiendo su uso desde 2012, que también se han hecho reformas legales con tal propósito (párrs. 18, 24, 38, 223 y 256), y que

“en el año 2009 se adoptó la Ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y que establece de manera expresa que la acción penal y la pena de esos delitos no prescriben” (párr. 308).

En consecuencia, el *quid* del asunto radica en la aplicación de la media prescripción, en virtud de la cual fueron rebajadas las penas inicialmente asignadas (párrs. 68, 106, 113, 117-118 y 256), lo que es considerado por los requirentes como “una forma de impunidad de facto y una medida que aparentó satisfacer las exigencias formales de justicia” (párr. 221, nota 293), lo cual “afectó el principio de la proporcionalidad de la pena” (párr. 223; en parte, también en párr. 253). Se insiste mucho en que lo anterior promueve la impunidad (párrs. 246-247, 250 y 252).

Así, entonces, para la CorteIDH

“esta figura [la media prescripción] es incompatible con las obligaciones del Estado en materia de investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad, por lo que el Estado debe tomar las medidas apropiadas para adecuar su ordenamiento interno y limitar su aplicación” (párr. 256)³.

Lo anterior explica que a su juicio:

“el análisis de la efectividad de los procesos penales y del acceso a la justicia puede llevar al Tribunal, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, a analizar la proporcionalidad entre la respuesta que el Estado atribuye a una conducta ilícita de un agente estatal y el bien jurídico afectado por la violación de derechos humanos”⁴ (párr. 251),

pues “resulta preocupante que delitos de tal entidad hayan recibido condenas considerablemente bajas” (párr. 256; similar en párr. 220), violando “el artículo I, inciso b) y en el artículo III de la CIDFP, el cual obliga a los Estados Parte a ‘imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad’” (párr. 259).

³ Ello, sin perjuicio de considerar que esta figura resulta atípica dentro del continente, CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 238 y 246.

⁴ Esto, a pesar de que en otras oportunidades ha señalado: “la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno”. Véase: CORTEIDH (2009): Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 87; CORTEIDH (2006): Vargas Areco vs. Paraguay, párr. 108; CORTEIDH (2008): Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 203; CORTEIDH (2010): Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párr. 150).

Por eso agregaba:

“En consecuencia, la Corte considera que, *dentro del marco de su ordenamiento jurídico* y siguiendo el precedente que el Estado ya ha aplicado en reparaciones ordenadas anteriormente por la Corte⁵, *deberá revisar y/o anular las reducciones de las penas que hubieran derivado la aplicación de la media prescripción* en los casos que fueron objeto de examen en la presente Sentencia” (párr. 291, énfasis añadido).

De esta manera, puesto que los hechos impugnados “generaron una violación a las garantías de investigar y sancionar a los responsables (*supra* párr. 264), *por lo anterior, la cosa juzgada debe ceder*” (p. 290, énfasis añadido).

Así, dictaminó:

“*El Estado revisará y/o anulará las reducciones de las penas que hubieran derivado de la aplicación inconvencional de la media prescripción* en los casos que fueron objeto de examen en la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 290 y 291 de esta Sentencia” (punto resolutivo 10, énfasis añadido),

respondiendo con ello a la petición de la ComisiónIDH, en el sentido de

“dictar una nueva sentencia que asegure que las penas impuestas a los responsables de las graves violaciones a derechos humanos en materia del presente caso no sean afectadas por la aplicación de dicha figura” (párr. 287).

En todo caso, el Estado alegó que “no existe base normativa en el derecho chileno para dar cumplimiento a dicha propuesta medida reparatoria” y que “la propuesta medida reparatoria presenta otros desafíos de implementación que la tornan en inadecuada” (párr. 39). Además, que esta reparación

“tendría enormes dificultades de implementación, atendida la falta de una base normativa en el derecho chileno que permita anular sentencias pasadas bajo autoridad de cosa juzgada” (párr. 289).

Lo anterior, sin perjuicio que

“esta Corte debe examinar detenidamente en qué medida dicha decisión sería consistente con las obligaciones convencionales del Estado de Chile, y con las garantías del debido proceso que deben asegurarse a todas las personas, incluso quienes han sido investigados, procesados o condenados por graves crímenes internacionales” (párr. 289).

⁵ Se refiere a los casos CORTEIDH (2014): Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile y CORTEIDH (2015): Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, en las que se dejaron sin efecto sentencias dictadas por la Corte Suprema, a pesar de contar ya con la fuerza de la cosa juzgada. Sobre esto se volverá en el epígrafe 4.

Debe hacerse notar que este mismo problema fue también advertido y puesto de relieve por dos de los cuatro votos de minoría que acompañan a esta sentencia⁶.

Ahora bien, es necesario dejar constancia que, junto a su reconocimiento de responsabilidad internacional, el Estado también alegó, entre otras, la incompetencia de este tribunal *ratione temporis*, tanto respecto de la CADH (suscrita por Chile el 28 de agosto de 1990), como respecto de la CIDFP (suscrita el 26 de enero de 2010), en atención a ser aplicadas en este caso a hechos anteriores a su entrada en vigor, ocurridos entre 1973 y 1986 (párrs. 45, 56 y 57).

No obstante, en atención a tener la prerrogativa de determinar su propia competencia (*compétence de la compétence*)⁷ al interpretar la Convención (párr. 75), dicho tribunal rechazó estas impugnaciones, señalando que ella es competente para revisar la *tramitación* de las causas iniciadas luego de 1990, aunque versaran sobre hechos anteriores a esa época (párrs. 59-61). Esto,

⁶ En los votos de minoría estableció lo siguiente:

- a) En su voto individual razonado y disidente, la jueza Nancy Hernández López se mostró contraria a la decisión de revisar sentencias firmes, tanto por no existir una base normativa para ello en el derecho chileno como por no existir cosa juzgada fraudulenta en los procedimientos analizados. Además, agregó que para llevar a cabo lo ordenado por la Corte, era necesario tramitar una nueva causa penal con las debidas garantías para los acusados, lo que llevaría varios años. CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 50-52.
- b) Por su parte, el juez Humberto Antonio Sierra Porto estimó en su voto disidente y parcialmente disidente [sic], que no existen los presupuestos para revisar las sentencias emitidas, al no darse los requisitos de la cosa juzgada aparente o fraudulenta, fruto de tener las sentencias un soporte procesal válido; además, que con esta decisión se afectaba a terceros que no habían sido parte del proceso ante ella; que sería necesario iniciar un nuevo proceso penal para la determinación de las responsabilidades; y que habría otras reparaciones viables para la presente causa. CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 34 y 36-43.
- c) De parecer contrario se manifestaron los jueces Rodrigo Mudrovitsch y Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente. A su juicio, sí habría existido cosa juzgada aparente (párrs. 13-46). Además, en opinión de ambos magistrados, se hace necesario superar la concepción tradicional de la cosa juzgada en caso de graves violaciones a los derechos humanos. CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 109-140.
- d) En su voto concurrente, el juez Ricardo Pérez Manrique señaló que, aunque a su parecer no existe en este caso cosa juzgada aparente o fraudulenta (CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 38-47), la cosa juzgada nacional resulta nula cuando viola normas internacionales de *ius cogens* (CORTEIDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párrs. 35-37, 47 y 49-50). Este argumento se acerca bastante a lo señalado por la Corte Suprema, como se verá en los epígrafes 2 y 4.

⁷ CORTEIDH (1999): Ivcher Bronstein v. Perú, párr. 35; CORTEIDH (2022): Dial y otro vs. Trinidad y Tobago, párr. 15 (ambos sin referencias a otros documentos).

sin perjuicio de las características propias de los hechos investigados (su carácter permanente y su imprescriptibilidad), como se verá dentro de poco.

De este modo, la CorteIDH estimó que tiene la legitimidad para indagar hechos anteriores a la fecha de su competencia, en caso de existir violaciones procesales posteriores (párrs. 84 y 86)⁸. En consecuencia, analizó la posible violación de derechos humanos ocurrida *durante la tramitación de los hechos investigados* (invocando los arts. 8 y 25 de la CADH), consideradas como violaciones independientes. Ello, puesto que existe el deber del Estado de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos (párr. 67), razón por la cual

“en el transcurso de un proceso de investigación o judicial se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas⁹. En tal virtud, la Corte tiene competencia para examinar y pronunciarse sobre posibles violaciones a derechos humanos respecto de un proceso de investigación ocurridas con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa del Tribunal, aun cuando el mismo hubiere iniciado antes de dicha fecha” (párr. 86).

Por eso:

“el objeto del caso consiste, en específico, en resolver *si el Estado de Chile observó la obligación de sancionar de manera adecuada y proporcional a responsables de crímenes de lesa humanidad y violaciones graves a derechos humanos*, en virtud de la aplicación de la media prescripción en distintos pro-

⁸ CORTEIDH (2005): Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 43; CORTEIDH (2009): Garibaldi vs. Brasil, párr. 23; CORTEIDH (2009): Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, párrs. 47 y 48; CORTEIDH (2012): Masacres de Río Negro vs. Guatemala, párr. 39; CORTEIDH (1995): Genie Lacayo bs. Nicaragua, párrs. 21, 25 y 26; CORTEIDH (2005): Comunidad Moiwana vs. Suriname, párrs. 43-44; CORTEIDH (2007): García Prieto y otro vs. El Salvador, párrs. 31, 45 y 46; CORTEIDH (2010): Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, párr. 21; CORTEIDH (2019): Perrone y Preckel vs. Argentina, párr. 20.

⁹ Como también ha señalado este tribunal en CORTEIDH (2004): Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador: “no están excluidos por la limitación realizada por el Estado, puesto que se trata de actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal” (no hay referencias a otros documentos). Esta es la razón por la cual “la Corte tiene competencia para examinar y pronunciarse sobre posibles violaciones a derechos humanos respecto de un proceso de investigación ocurridas con posterioridad a la fecha de reconocimiento de competencia del Tribunal, aun cuando el mismo hecho hubiere tenido lugar antes del reconocimiento de la competencia contenciosa” (párr. 84). Similar en CORTEIDH (2022): Integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, párr. 97; CORTEIDH (2018): Herzog y otros vs. Brasil, párr. 28; CORTEIDH (2013): García Lucero y otras vs. Chile, párr. 31; CORTEIDH (2021): Familia Julien Grisonas vs. Argentina, párr. 23.

cesos judiciales en favor de los sentenciados” (párr. 87, énfasis añadido; ideas similares en párrs. 72 y 84, y de manera más lejana, en párrs. 213 y 216).

Aún así, y como en parte se adelantaba, aquel tribunal también se consideró competente para analizar los hechos que dieran origen a los procedimientos respectivos (pese a ser anteriores a las fechas de suscripción de la CADH y de la CIDFP), por dos motivos: por tratarse de violaciones de derechos humanos de carácter continuo o permanente y por la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

Respecto de las violaciones de carácter continuo o permanente, como estima ocurre en el caso de desapariciones forzadas (párrs. 64-65, 74, 78-81, 85 y 233)¹⁰, un primer problema que se menciona es que, conductas como esta, conculcan varios derechos¹¹. Además, considera que ellas pertenecen a la esfera del *ius cogens* (párrs. 43-44 y 49)¹².

¹⁰ Respecto de los delitos de carácter permanente, como las desapariciones forzadas, las remisiones suelen acabar siempre en CORTEIDH (1988): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 155 a 157. Pese a lo anterior, es tratado también en muchos casos recientes, como, por ejemplo, en CORTEIDH (2021): Familia Julien Grisonas vs. Argentina, párr. 25 o CORTEIDH (2023): Guzmán Medina y otros vs. Colombia, párr. 82.

¹¹ La CorteIDH fundamenta este carácter continuo o permanente en los siguientes documentos: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. II; Estatuto de Roma, art. 7.1.i; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2; ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, párrs. 21-32; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Nydia Erika Bautista de Arellana vs. Colombia, párr. 8.3 a 8.6; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Messaouda Grioua y Mohamed Grioua vs., párr. 7.2, 7.5 a 7.9; TEDH (2001): Chipre vs. Turquía [GS], párrs. 132 a 134 y 147 a 148; TEDH (2009): Varnava y otros vs. Turquía [GS].

¹² CORTEIDH (2022): Flores Bedregal y otras vs. Bolivia, párr. 78, complementado con lo que señala en los párr. 75-77. En todos estos párrafos se remite a los siguientes fallos suyos: CORTEIDH (2006): Goiburú y otros vs. Paraguay, párrs. 84-85 y 131; CORTEIDH (2021): Maidanik y otros vs. Uruguay, párrs. 112-114 y 116-117; CORTEIDH (2005): Gómez Palomino vs. Perú, párr. 97; CORTEIDH (2022): Movilla Galarcio y otros vs. Colombia, párr. 119; CORTEIDH (1988): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 150, 155-158, 186 y 187; CORTEIDH (2021): Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala, párrs. 7 y 69; CORTEIDH (2014): Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia, párr. 478; CORTEIDH (1989): Godínez Cruz vs. Honduras, párrs. 158, 163-167, 196 y 197; CORTEIDH (2009): Anzualdo Castro vs. Perú, párrs. 68-103; CORTEIDH (2018): Isaza Uribe y otros vs. Colombia, párr. 81.

Además, respecto del carácter de *ius cogens* de las desapariciones forzadas y la obligación de investigar, la Corte cita en CORTEIDH (2022): Flores Bedregal y otras vs. Bolivia los siguientes documentos: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) arts. x, xi y xii; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006), arts. 2, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 20 y 24; ONU, ASAMBLEA GENERAL Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 1, 4, 9, 10, 13 y 17; ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observación Ge-*

De tal forma, estas violaciones se

“inicia[n] con la privación de la libertad de la persona y la falta de información sobre su destino y se prolonga[n] mientras no se conozca su paradero o se identifiquen con certeza sus restos” (párr. 233)¹³.

Por eso

“se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional¹⁴. Por sus

neral al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones, párr. 55; ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe presentado por Manfred Nowak, Experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión de Derechos*, párrs. 84 y 89; ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, párr. 39; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Gyan Devi Bolakhe vs. Nepal*, párrs. 7.7, 7.8, 7.15 y 7.18; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Tikanath y Ramhari Kandel vs. Nepal*, párrs. 7.7, 7.8 y 7.13; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Midiam Iricelda Valdez Cantú y María Hortensia Rivas Rodríguez vs. México*, párrs. 12.5, 12.7, 12.8, y 12.10; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Malika y Merouane Bendjael vs. Argelia*, párrs. 8.4 a 8.6 y 8.12; ONU, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas*; ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Sankara y otros v. Burkina Faso*, párr. 12.2; ONU, COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas*, principio 13.4; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, arts. 22 y 24; ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, principios 2, 3 y 4; OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res AG n.º 33/173; OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES 2231 (XXXVI-O/06); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES 2513 (XXXIX-O/09); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 2864 (XLIV-O/14); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18); *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales*; TEDH (1998): caso Kurt vs. Turquía, párr. 124; TEDH (2001): caso Chipre vs. Turquía [GS], párrs. 132 a 134 y 147; TEDH (2009): Varnava y otros vs. Turquía [GS], párrs. 111 a 113, 117, 118, 133, 138 y 145; TEDH (2012): El-Masri vs. Ex República Yugoslava de Macedonia [GS], párrs. 240 y 241; TEDH (2012): Aslakhanova y otros vs. Rusia, párrs. 122, 131 y 132; Sentencias de tribunales superiores de varios países (Argentina, Colombia, México, Perú y Guatemala).

¹³ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III. Alude a esto en los casos CORTEIDH (1998): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 155-157 y CORTEIDH (2023): Guzmán Medina y otros vs. Colombia, párr. 82.

¹⁴ CORTEIDH (2009): Radilla Pacheco vs. México, párr. 22; CORTEIDH (2016): Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párr. 64; CORTEIDH (2010): Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, párr. 21; como antecedente lejano, cita el caso CORTEIDH (1996): Blake vs. Guatemala, párrs. 36-39.

características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados” (párr. 78)¹⁵.

En cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad¹⁶

En el caso CORTEIDH (2010): Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, párr. 17, a su vez se remitió a documento ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, art. 14.2.

¹⁵ CORTEIDH (1988): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 155; CORTEIDH (2021): Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador, párr. 62; CORTEIDH (2021): Familia Julien Grisonas vs. Argentina, párr. 25.

Por eso, la Comisión Interamericana expresaba: “el deber de los Estados de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos se origina desde el momento mismo de la comisión de tales hechos, y *permanece vigente hasta tanto se castigue de manera adecuada y proporcional a todos los responsables*” (párr. 63, énfasis añadido).

¹⁶ Entre otras muchas referencias, la CorteIDH aborda los crímenes de lesa humanidad (junto a los crímenes de guerra, contra la humanidad o de derecho internacional) en: CORTEIDH (2006): Goiburú y otros vs. Paraguay, párrs. 82 y 128; CORTEIDH (2018): *Órdenes Guerra y otros* vs. Chile, párr. 89; CORTEIDH (2006): Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 404; CORTEIDH (2011): Gelman vs. Uruguay, párr. 99; CORTEIDH (2018): Herzog y Otros vs. Brasil, párrs. 222 y 232; CORTEIDH (2010): Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párr. 42; CORTEIDH (2006): La Cantuta vs. Perú, párrs. 114 y 225; CORTEIDH (2012): Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, párr. 286; CORTEIDH (2012): Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, párr. 215; CORTEIDH (2018): *Órdenes Guerra y otros* vs. Chile, párr. 89; CORTEIDH (2022): Integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia, párrs. 98, 114 y 254; CORTEIDH (2016): Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párrs. 248-306 y 412-413; CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrs. 93-104 y 110.

Además, en este último fallo se remite a los siguientes documentos: *Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre* (Convenio núm. IV); *Estatuto de Nuremberg*, art. 6(c); Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad, art. 1b; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, Res. 95(I); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, Res. 177 (II); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Extradición y castigo de criminales de guerra*, Res. 3 (I); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Extradición de delincuentes de guerra y traidores*, Res. 170 (II), 1947; ONU, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la Sentencia del Tribunal*, parte III, párr. 123; ONU, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las Sentencias del Tribunal*, A/CN.4/34; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia*, Res. 3020 (XXVII); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad*, Res. 2583 (XXIV); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, Res. 3074 (XXVIII); TEDH (2006): Kolk and Kislyiy v. Estonia; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (1997): Prosecutor v. Duko

(al ser la prescripción en estos casos incompatible con graves violaciones de los derechos humanos¹⁷), este tribunal señaló:

Tadic, párr. 649; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (2000): *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, párr. 550; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (2001): *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, párr. 178; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (1996): *Prosecutor v. Erdemovic*, at para. 28; Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Germany, at 218; UNITED STATES NUREMBERG MILITARY TRIBUNAL (1948): *United States v. Ohlendorf*; UNITED STATES NUREMBERG MILITARY TRIBUNAL (1948): *United States v. Alstotter*; Egon SCHWELB, “Crimes Against Humanity”, p. 181.

¹⁷ CORTEIDH (2001): *Barrios Altos Vs. Perú*, párr. 41; CORTEIDH (2006): *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 110-112; CORTEIDH (2006), *La Cantuta vs. Perú*, párr. 152; CORTEIDH (2007): *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, párr. 294; CORTEIDH (2006): *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 402; CORTEIDH (2007): *Albán Cornejo vs. Ecuador*, párr. 111; CORTEIDH (2011): *Vera y otra vs. Ecuador*, párr. 117; CORTEIDH (2004): *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párrs. 150-152; CORTEIDH (2005): *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, párr. 167; CORTEIDH (2010): *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párr. 207; CORTEIDH (2010): *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, párr. 171; CORTEIDH (2016): *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párr. 454; CORTEIDH (2018): *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, párr. 77; CORTEIDH (2011): *Bueno Alves vs. Argentina*, párr. 40.

En CORTEIDH (2018): *Herzog y otros vs. Brasil* desarrolla estas ideas en párrs. 261-264. En este último señala: “Específicamente con respecto a los crímenes de lesa humanidad, ni los Estatutos de Núremberg o Tokio, ni los instrumentos constitutivos del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda o el Tribunal Especial para Sierra Leona establecieron reglas sobre prescripción en relación con los delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad”. Además, en este mismo extenso párrafo y en los párr. 265 y 266, alude a los siguientes documentos: ONU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones*, art. II, párr. 5; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, Res. 2338 XXII; ONU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones*, A/72/10, 2017, citando a ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, Res. 2338 (XXII); ONU, Res. 2712 (XXV); ONU, Res. 2840 (XXVI); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; Estatuto de Roma; PARLAMENTO DEL REINO DE CAMBOYA, Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya para el Enjuiciamiento de Crímenes Cometidos durante el Período de Kampuchea Democrática, art. 5; ADMINISTRACIÓN TRANSITORIA DE NACIONES UNIDAS EN TIMOR ORIENTAL, Regulación n.º 2000/15 para el establecimiento de paneles con jurisdicción exclusiva sobre crímenes, art. 17.1; TEDH (2012): *Aslakhanova y otros vs. Rusia*, párr. 237. Además, en el párr. 267 cita veinte sentencias de diferentes tribunales nacionales (Perú, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay y Uruguay), que reconocen la imprescriptibilidad como norma consuetudinaria de derecho internacional; y en el párr. 268, alude a varios países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Uruguay y Venezuela) que han establecido legal o constitucionalmente la imprescriptibilidad. Por último, en el párr. 265 declara: “Además, aun cuando ni la Convención contra la Tortura ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíben expre-

“Las obligaciones internacionales de los Estados relacionadas con la investigación y sanción de los crímenes de lesa humanidad *son independientes a como hayan sido tipificados en las legislaciones nacionales, pues la inexistencia de normas de derecho interno que los tipifiquen y sancionen no exime, en ningún caso, a sus autores de su responsabilidad internacional y al Estado de la obligación de castigar esos crímenes*” (párr. 236, énfasis añadido)¹⁸.

Ello, debido a que:

“existe un marco normativo internacional que establece que los delitos aplicables a hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con su gravedad” (párr. 249; también en párr. 252)¹⁹.

samente la aplicación de la prescripción para graves violaciones de dichos tratados, los respectivos Comités creados para interpretar y monitorear el cumplimiento de ambos tratados establecieron que tortura y graves violaciones al Pacto no deben ser objeto de prescripción”. En este caso, se remite a los siguientes documentos: ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Comité contra la Tortura*, cap. III; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Comité de Derechos Humanos*, vol. I, cap. IV.

¹⁸ CORTEIDH (2018): Herzog y otros vs. Brasil, párr. 231: “Aun cuando determinadas conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad no estén tipificadas formalmente en el ordenamiento jurídico interno, o que incluso fueran legales en la ley doméstica, no exime a la persona que cometió el acto de su responsabilidad bajo las leyes internacionales. Es decir, la inexistencia de normas de derecho interno que establezcan y sancionen los crímenes internacionales, no exime, en ningún caso, a sus autores de su responsabilidad internacional y al Estado de castigar esos crímenes”.

Lo antes dicho lo fundamenta la CorteIDH en los siguientes documentos: ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 5° período de sesiones*, p. 11; *Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg*, Principio II: “El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido”; CIJ, Asunto S.S. Lotus (Francia C. Turquía), series A, n.º 10, 2 (20); TEDH (2006): Kolk y Kislyiy vs. Estonia; TEDH (2015): Vasiliauskas Vs. Lithuania [GS], párrs. 167, 168, 170 y 172; CECC, *Decisión sobre excepciones preliminares en la causa en contra de IENG Sary (Ne Bis in Idem, Amnistía e Indulto)*, párr. 41 y en diversos fallos de tribunales nacionales (Argentina, Perú y Uruguay).

¹⁹ CORTEIDH (2008): Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 203; CORTEIDH (2006): Vargas Areco vs. Paraguay, párr. 108; CORTEIDH (2009): González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párr. 377; CORTEIDH (2009): Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 87; CORTEIDH (2014): Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia, párr. 459; CORTEIDH (2012): Barrios Altos vs. Perú, párr. 54. De manera más indirecta, CORTEIDH (2007): Masacre de La Rochela vs. Colombia, párr. 196.

En CORTEIDH (2010): Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párr. 150, se remite a los siguientes documentos: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III; Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes, art. 4.2; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,

Ahora bien, debe tenerse presente que la media prescripción (y la prescripción en general), las reglas de remisión condicional de la pena y de la libertad vigilada para penas que no excedieran los tres años (Ley n.º 18216) y las reglas de casación –del antiguo *Código de Procedimiento Penal*–, estaban vigentes en la época de los juicios impugnados (párrs. 202-206 y 210-212), razón por la cual los hechos “fueron investigados bajo los tipos penales de secuestro calificado y homicidio calificado” (párr. 217), ya que los procesos se iniciaron o reactivaron en 2006, desconociendo en ese momento la Corte Suprema el carácter permanente de estos delitos (párr. 221).

Todo ello ocasionó a juicio de la CorteIDH que se impusieran penas muy bajas, lo que “vulneró el deber del Estado de sancionar delitos de lesa humanidad” (párr. 220; ideas en parte similares en párr. 249), pues para los representantes:

“la sanción a los responsables de delitos de lesa humanidad debe ser seria, eficaz, proporcional y pertinente a dicho fin, este es el de garantizar el ejercicio de los derechos” (párr. 222).

Por eso:

“Los Estados deben utilizar todos aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales para evitar la impunidad por la comisión de violaciones graves a los derechos humanos como lo son las desapariciones forzadas²⁰. La Corte ha considerado que una calificación incorrecta a nivel interno respecto de violaciones

art. 6; ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*, principio 1; ONU, GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Comentario general sobre la definición de desapariciones forzadas*, párr. 7.

²⁰ CORTEIDH (2008): *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 182: “Ante la imperiosa necesidad de evitar la impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana”. La Corte no invoca aquí otras fuentes.

Y en otro lugar señala: “En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras”. CORTEIDH (2005): *Gómez Palomino vs. Perú*, párr. 92; similar en CORTEIDH (2008): *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 181; CORTEIDH (2004): *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párrs. 100-106; CORTEIDH (2018): *Alvarado Espinoza y otros vs. México*, párr. 302; CORTEIDH (1998): “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, párr. 173 (aunque aquí habla de la impunidad, no de delitos contra la humanidad).

a derechos humanos puede obstaculizar el desarrollo efectivo del proceso penal, lo cual permite que se perpetúe la impunidad” (párr. 252)²¹,

por ejemplo, gracias al otorgamiento de beneficios procesales indebidos (párr. 250)²². Esto, además, se encuentra reforzado en virtud del art. I b) y III de la CIDFP (párr. 259).

Lo anterior hace, a su juicio, inadmisibile la prescripción:

“pues la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad es una norma consuetudinaria dentro del derecho internacional plenamente cristalizada en la actualidad” (párr. 244)²³,

razón por la cual debió ser aplicada en los catorce procesos impugnados, situación que se refuerza al tenor de la CIDFP (párr. 236).

De esta forma, ella consideró que todo lo antes dicho le permite aplicar tanto la CADH como la CIDFP a los hechos de esta causa, con independencia de su fecha de inicio (párr. 88). Igualmente, basó su competencia temporal en la interpretación complementaria de la Declaración Americana de 1948 (arts. I y XVIII), aceptada por Chile antes de 1990 (párr. 96), pese a que esta declaración no otorga competencia a este tribunal. Ello, porque si bien la CADH, tratado que da origen a la CorteIDH, es de 1969, comenzó a estar vigente, junto a este tribunal, desde 1978.

II. Análisis de la resolución de la Corte Suprema (2025)

Tal como alegó el Estado chileno (párrs. 39 y 289 del caso Vega González) y también advertían dos de los cuatro votos concurrentes, no existen en el ordenamiento jurídico chileno instrumentos procesales que permitan llevar a cabo lo señalado por la CorteIDH en el punto resolutivo 10 de su sen-

²¹ CORTEIDH (2002): Trujillo Oroza vs. Bolivia, párr. 97; CORTEIDH (2009): Trujillo Oroza vs. Bolivia, párr. 39.

²² CORTEIDH (2004): Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, párr. 145; CORTEIDH (2010): Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párr. 152. Esto lo fundamenta la CorteIDH en el Estatuto de Roma, art. 110, relativo al examen de reducción de la pena.

²³ CORTEIDH (2018): Herzog y otros vs. Brasil, párr. 269, sin referencias. Continúa esta idea en párrs. 261-268. Desarrolla la idea de la imprescriptibilidad entre otros muchos, en los casos CORTEIDH (2001): Barrios Altos vs. Perú, párr. 41; CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 110 y CORTEIDH (2016): Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párrs. 412-413.

tencia. Esto también es reconocido por la Corte Suprema, todo lo cual hace difícil ponerlo en práctica (cons. 9.º)²⁴.

Pese a ello, este tribunal estimó que resultaba ineludible cumplir con lo dictaminado por la Corte de San José, puesto que

“El presente asunto, lisa y llanamente, se vincula con el respeto a las decisiones adoptadas por órganos internacionales a los que nuestro país le ha entregado precisamente esa facultad” (cons. 5.º).

Además, vinculó lo anterior con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en atención a “el principio *pacta sunt servanda* y la proscripción de invocar normas internas para justificar el incumplimiento de un tratado” (cons. 5.º).

Por lo tanto, a su juicio:

“esa falta de regulación no puede ser una limitación para desconocer el efecto vinculante del fallo. Es más, es el Poder Judicial el único órgano competente que se encuentra autorizado para cumplir una medida como la que fue impuesta por la sentencia de la Corte IDH [...], razón por la cual] de ninguna forma se puede presentar como una excusa la falta de un marco de regulación para desconocer o incumplir un dictamen extranjero ya que, sobre lo mismo, también existe un reconocimiento constitucional del principio de inexcusabilidad” (cons. 9.º, énfasis añadido),

invocando para ello el art. 76 inc. 2.º de la *Constitución*.

De tal forma que:

“los jueces nacionales deben ofrecer interpretaciones constitucionales que hagan posible la autointegración del sistema nacional respecto al internacional para la ejecución de las decisiones” (cons. 5.º).

En consecuencia:

“más allá de la forma en que se cumplirá [el fallo de la Corte IDH] –previo al estudio de los fundamentos de la decisión–, *no existen motivos suficientes para inaplicar o desconocer el mismo*, siendo un imperativo de nuestro Estado el cumplimiento de las obligaciones internacionales que, de manera libre y voluntaria, adquirió en el ejercicio precisamente de su soberanía, ello en consonancia con el bien común internacional, honestidad y buena fe que debe regir en el derecho internacional” (cons. 5.º, énfasis añadido).

²⁴ Además, “cabe recordar que nuestro país no cuenta con un procedimiento de observancia a los fallos internacionales emitidos por dicha Magistratura [la Corte IDH ... y en] relación con la alusión que se hace en la sentencia al caso Corte IDH, Maldonado Vargas y Otros Vs. Chile, [...] es completamente distinto del proceso que nos convoca” (cons. 9.º).

En realidad, es tanto su compromiso con las instancias internacionales, que más adelante declara, casi dudando de las actuaciones llevadas a cabo por ella misma en el pasado:

“una sentencia nacional, para que tenga el carácter de firme (y por tanto, inamovible), debe contener un soporte procesal que suponga un procedimiento en el que se respetaron las garantías fundamentales básicas ante un tribunal imparcial e independiente, el cual juzgue los hechos en un plazo razonable y cuya finalidad real sea, por cierto, investigar y sancionar el asunto sometido a su conocimiento” (cons. 6.º)²⁵.

Así, entonces, consideró:

“una decisión jurisdiccional nacional no puede perpetuar una vulneración de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales asociados a los derechos humanos. Como tal, la res iudicata no produce un efecto de saneamiento de todo vicio, más aún cuando ellos han sido constatados por un tribunal internacional, de tal forma que corresponde ahora dar paso a la forma en que se dará observancia al mismo” (cons. 8.º; salvo *res iudicata*, énfasis añadido).

También y para reforzar su decisión, se analizó la alegada incompatibilidad entre el *ne bis in idem* y los crímenes de lesa humanidad, amparándose en lo que dicho tribunal ha denominado “cosa juzgada aparente o fraudulenta”²⁶, es decir, de sentencias dictadas en un proceso en el cual, por diversas circunstancias, no existió una verdadera intención de juzgar a los responsables. Ello explica que, para sus partidarios, si aparecen nuevos hechos o pruebas esos procesos pueden reabrirse, a fin de hacer verdadera justicia a las víctimas (cons. 6.º).

De esta manera:

“Aun cuando no se declara como fraudulento dicho efecto (que es una especie de cosa juzgada aparente) determina [la CorteIDH] que, en la dictación de cada uno de los fallos, se violentó el derecho de las víctimas a ser oídas en todas las etapas del procedimiento, en particular en sede de casación, afectando, de paso, el derecho a la integridad personal de las personas que mencionan, lo mismo que las garantías de investigar y sancionar a los responsables, de manera que la pérdida de eficacia de las sentencias se produce a causa de

²⁵ Con semejante declaración, da la impresión que no lo hubiera sido al momento de dictar los fallos impugnados.

²⁶ Aludiendo al caso CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano vs. Chile. Esta sentencia es paradigmática, por establecer por primera vez el llamado “control de convencionalidad”, en sus párrs. 123-125. Sobre esto puede consultarse, por ejemplo, Gonzalo AGUILAR CAVALLA, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”, pp. 635-638, 652.

las infracciones de la normativa internacional por parte del Estado, cuestión que conlleva la privación de esa fuerza de obligatoriedad e inamovilidad a la que hacen alusión los defensores” (cons. 7.º, énfasis añadido).

Todo esto:

“implícitamente da a entender que, en situaciones como la del asunto que nos ocupa, se está en presencia de una *cosa juzgada aparente, toda vez que existe solo la apariencia de un proceso formalmente sustanciado*, pero que al no cumplir todos los estándares de un debido proceso (en perjuicio de las víctimas que no fueron oídas), impide alcanzar el fin del mismo en orden a obtener un real ejercicio jurisdiccional y, en definitiva, sancionar las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas” (cons. 7.º, énfasis añadido).

Por lo tanto:

“lo dictaminado [por la CorteIDH] priva de uno de los efectos que le son propios a los fallos criminales, ello porque, esa decisión, de manera concreta, mermó los derechos y garantías anotados, creando una situación vulneradora de los mismos que, por su importancia, le restan un valor de orden jurídico procesal [...] y con ello generó una violación a las garantías de investigar y sancionar a los responsables” (cons. 7.º, énfasis añadido).

Ahora bien, debe hacerse hincapié que en ninguna parte del caso Vega González vs. Chile, la CorteIDH considera que exista “cosa juzgada aparente o fraudulenta”. Solo se alude a ella en los cuatro votos concurrentes, dos de los cuales consideran que no la hubo, dado que en los procedimientos judiciales ahora bajo revisión, efectivamente se sancionó a los acusados –si bien no de modo querido por ella–, no existiendo, en consecuencia, intención de eludir o aparentar un proceso judicial²⁷.

Para finalizar, se pasó revista a los catorce procedimientos impugnados por la CorteIDH, dictaminando al aumento de las penas en su momento rebajadas gracias a la aplicación de la media prescripción. De este modo, personas que ya cumplieron con ellas y en la actualidad se encuentran en libertad, deberán volver a prisión (cons. 14.º-25.º y 36.º)²⁸, debiendo aplicarse algunas

²⁷ Como en efecto señalan los votos concurrentes de los jueces Nancy Hernández López y Humberto Sierra Porto.

²⁸ Se excluyeron aquellos casos en que los sentenciados ya habían muerto (cons. 36.º), y respecto de aquellos que actualmente estaban cumpliendo condena por otros delitos, se determinó que este aumento de la pena se haría efectivo una vez que cumplieran con la actual (cons. 31). En todo caso, no deja de resultar curioso cuando señala respecto de estos últimos: “hay sentenciados que se encuentran privados de libertad por condenas impuestas en otras causas, las que, por su extensión, los coloca en una situación distinta de los otros, sobre todo porque *dichas penas no pueden ser alteradas dado que han sido dictadas por una sentencia firme*” (cons. 31.º, énfasis añadido).

medidas de morigeración, en virtud de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, sobre todo por razones de salud (cons. 30.º).

De todas maneras, en atención a que como se reconoce expresamente, no se cuenta dentro del ordenamiento jurídico nacional con instrumentos para llevar a cabo lo dictaminado por aquel tribuna, resulta imperioso abordar los argumentos que esgrime la Corte Suprema para legitimar su decisión. En este sentido declaró:

“luego de la respectiva tramitación ante el Tribunal Pleno, se determinó que el cumplimiento de lo dictaminado corresponde a la Segunda Sala, para lo cual se formó el proceso digital rol de Corte N° 24.317-2025, en cuyos autos se recabó la información necesaria para los fines indicados y que culminó con la celebración de la audiencia pública verificada los días veintiséis de septiembre y veintidós de octubre, ambas del año en curso, ocasión en que fueron oídos, tanto los apoderados de los sentenciados, como otros intervinientes vinculados con la decisión internacional” (vistos, y cons. 1.º).

Y agregó:

“De esta forma, el procedimiento adoptado por esta Corte, *ante el vacío legal descrito*, supuso la celebración de una audiencia convocada, previo emplazamiento legal de los involucrados, permitiendo que los apoderados tuvieran la posibilidad de expresar sus argumentaciones, aportar los elementos de convicción y, sobre todo, se ejerció ante un Tribunal competente, como lo es la Sala Penal de la más Alta Jurisdicción nacional, la cual oyó de forma directa dichas alegaciones y, con ello, *se cumple con el debido proceso* en aras de observar el acatamiento de la decisión internacional, incluso, a pesar del referente de cumplimiento indicado por la Corte IDH” (cons. 9.º, énfasis añadido)²⁹.

La Corte Suprema fundamentó así su proceder en las facultades conservadora y económica que le otorga el art. 3 del *Código Orgánico de Tribunales*. En cuanto a la facultad conservadora, ella la obliga a resguardar las garantías establecidas en la *Constitución*, incluidos los derechos de origen internacional, al tenor de su art. 5.º inc. 2.º; y respecto de la facultad económica, ella busca lograr una eficaz y expedita administración de justicia, si fruto de vacíos u omisiones, las materias necesarias para tal efecto no han sido con-

²⁹ Aunque se trate de situaciones diferentes, tanto la Corte IDH como la Corte Suprema aluden a lo ocurrido respecto de los casos Corte IDH, Maldonado Vargas y otros vs. Chile, cons. 9.º y Corte IDH, Norín Catrimán y otros vs. Chile, cons. 7.º y 9.º, en que también se celebró una audiencia de características similares para dejar sin efecto sentencias con autoridad de cosa juzgada, pero sin aumentar penas, como en este caso. Sobre esto se volverá en el epígrafe 4.

templadas por la legislación procesal (cons. 9.º). Además, comparó este actual modo de proceder con la dictación que ha hecho en múltiples oportunidades de diversos autos acordados, remitiéndose a un artículo del exministro del Tribunal Constitucional, José Ignacio Vásquez (cons. 9.º)³⁰.

Por ende, a su juicio:

“este pronunciamiento se ha ajustado al ordenamiento jurídico nacional, dentro del marco que este prevé, tal como dispuso en considerando 293 del aludido fallo [de la CorteIDH]” (cons. 9º)³¹.

³⁰ José Ignacio VÁSQUEZ, “El control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema”, pp. 198-210.

³¹ A todo lo dicho debe añadirse el larguísimo cons. 36.º, que contiene varios votos particulares:

- a) El voto disidente de los ministros Manuel Valderrama y Leopoldo Llanos, quienes consideran que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores no resulta aplicable respecto de los crímenes de lesa humanidad (p. 55);
- b) El voto del Manuel Valderrama, quien ahonda en la argumentación anterior y en el problema de la falta de regulación que solucione este problema (pp. 56-58);
- c) El voto del ministro Leopoldo Llanos, que apunta a que estas medidas deben ser analizadas de manera casuística, por lo que no debieran ser aplicadas en el presente caso (p. 60); y finalmente,
- d) El largo voto de la ministra María Soledad Melo Labra, quien presenta diversas argumentaciones, pero al menos a primera vista, sin tomar partido por ellas, al solo exponerlas. Así, señala: “en todo el proceso de negociación de los tratados se debe tener muy en cuenta el marco constitucional para evitar que se acuerden disposiciones que entren en contradicción con nuestra Carta Fundamental” (p. 62). Luego: “La reserva normativa del artículo 103 del Código Penal obedece a lo que señala la Constitución en su Capítulo III en el artículo 19 N° 3 incisos 8 y 9, en los cuales se establece que *ninguna pena que señale la ley puede afectar los fundamentos del principio de legalidad penal*” (p. 63, énfasis añadido). Por eso: “Surge el dilema de la aplicación del principio de idoneidad en el caso de autos en cuanto ella no afecte ni el principio de legalidad penal ni el principio pro-reo” (p. 64). Así, entonces: “La incorporación de derechos fundamentales ingresa en su operatividad con carácter subsidiario en nuestro sistema procesal interno, vía el Pacto de San José de Costa Rica, de tal manera que *su implementación nos infiere necesariamente a la modificación legislativa para su aplicación práctica*. Es un tema eminentemente legislativo. Es potestad del legislador derogar o modificar el artículo 103 del Código Penal” (p. 68, énfasis añadido). En suma, la Corte Interamericana solo puede formular propuestas y recomendaciones que un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos de cumplirla en virtud del principio de buena fe” (p. 69). Y, para finalizar, que en materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la *res judicata* en beneficio de la persona condenada, no solo a través del recurso de revisión contra las condenas y otras manifestaciones o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario, de forma tal que han existido mecanismos accesorios como las leyes de amnistía, conmutaciones e indultos, pero no existen revisiones que operen en contra de un condenado” (p. 69).

III. Algunas reflexiones respecto del caso Vega González y otros vs. Chile

Son varias las reflexiones que pueden hacerse a este respecto. Para otorgarles más claridad, se agrupan en los epígrafes que siguen.

3.1. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES EMPLEADAS POR LA CORTEIDH

Un primer aspecto que llama profundamente la atención es el de las fuentes de muy diversa índole a las que ha ido acudiendo la Corte a lo largo del tiempo para fundamentar su postura respecto de los ilícitos mencionados, según se ha hecho constar en el epígrafe I y quedará, también, de manifiesto en el siguiente apartado. De esta manera:

- a) Se ha basado en documentos que no resultan vinculantes para los Estados condenados, sobre todo en *soft law* de muchas clases. Es por ello que, para demostrar lo anterior, se ha recopilado y ordenado de la mejor manera posible el muy heterogéneo, repetitivo y a veces engorroso material al cual se ha acudido con este fin;
- b) Cuando ha acudido a tratados, en muchos casos ellos o no han sido suscritos por el país condenado, o resultan ajenos al Sistema Interamericano. Hay doctrina que llama a estos tratados ajenos al sistema y al *soft law* recién mencionado, todo lo cual suele agruparse bajo la denominación ‘material extraconvención’;
- c) En caso de tratarse de tratados regionales en efecto suscritos, el tribunal los ha interpretado de forma tal de poder aplicarlos a eventos anteriores a dicha suscripción, según se ha visto y, por último,
- d) Existe una constante y a veces circular remisión a su propia jurisprudencia.

Debe hacerse presente que estas observaciones no obedecen a un formalismo desfasado ni a meros tecnicismos sin importancia, sino que apuntan a la necesidad de respetar la base esencial sobre la que se ha construido el derecho internacional: el *pacta sunt servanda*, ausente o reinterpretado en todos estos casos. Ello significa que los Estados han sido condenados en parte gracias a material que no les atañe y que, por tanto, no debiera afectarlos.

Ahora bien, aquella ha fundamentado este modo de proceder en el principio *pro homine* (consagrado en el art. 29 de la CADH) que, de acuerdo con su propia interpretación, la facultaría para buscar donde estime conveniente las normas (vinculantes) o las disposiciones (no vinculantes), sean ellas nacionales o internacionales, que desde su particular criterio mejor resuel-

van el conflicto que tiene enfrente y, además, interpretarlas del modo que mayormente favorezca a las víctimas³².

Empero, al margen de lo discutible de este modo de proceder, debe tenerse presente que hasta donde se sabe, no existe un mecanismo objetivo y previsible que establezca cómo hace la CorteIDH para seleccionar e interpretar este material extraconvención. En consecuencia, los países no tienen claro con qué criterios podrían ser juzgados en su momento, produciéndose una notable falta de certeza.

Además, y en estrecha relación con lo anterior, debe recordarse que son los tratados internacionales los que otorgan competencia a los órganos guardianes que ellos crean –lo que incluye su vigencia en el tiempo– y no lo contrario. Pese a ello, y basándose precisamente en el principio *pro homine*, la CorteIDH estima que tiene competencia para decidir de forma autónoma a qué tratados o disposiciones no vinculantes remitirse y, además, en el caso de los primeros, de manera indiferente a si estos han sido suscritos o no por el Estado condenado y a la época de dicha suscripción, lo que le ha permitido juzgar hechos anteriores a la fecha de inicio de sus reales competencias e, incluso, de su misma existencia³³.

Todo lo dicho es importante, ya que en este ‘juego’, aquella sala muchas veces ha otorgado mayor valor a material extraconvención, aun *soft law* universal o regional, que a tratados, en efecto, ratificados por el Estado condenado. También, para fundamentar sus fallos, ha acudido a sentencias de otros tribunales internacionales (sobre todo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), de diversos países (en particular de la región) y, según se ha dicho, de forma constante a su propia jurisprudencia. Esto será analizado en el epígrafe siguiente.

Además, este modo de proceder resulta aún más problemático, no solo en virtud de la notable incerteza que produce, sino, también, dado a que el derecho internacional es cualquier cosa menos un conjunto de normas y principios coherente y sistemático, al emanar de fuentes distintas no coordinadas ni con una clara jerarquía entre sí, y con ámbitos de competencia diferentes³⁴. Ello, sin perjuicio de las interpretaciones parciales que esa magistratura pueda hacer respecto del material extraconvención que utiliza.

³² Sobre el principio *pro homine* se han desarrollado algunas ideas en Max SILVA ABBOTT, *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*, pp. 51-59.

³³ Debe recordarse que, si bien la CADH es de 1969, ella comenzó a regir (y, por tanto, a funcionar la propia CorteIDH) recién en 1978, al lograrse el mínimo de suscripciones exigidas para tal efecto.

³⁴ Paolo CAROZZA, “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”, p. 55.

Dicho esto, otro de los fundamentos a los cuales la sala ha acudido cada vez con mayor frecuencia para fundamentar parte de sus sentencias en documentos no vinculantes para el Estado condenado (por tratarse de material extraconvención o por no estar suscritos), es declarar que ha aplicado normas de *ius cogens* o de costumbre internacional. Pese a ello, además de lo problemático e impreciso que resultan estos conceptos, al menos pueden hacerse dos reparos. El primero, es que para que una conducta pueda considerarse como costumbre internacional o de *ius cogens*, ella debe haber sido realizada por casi la totalidad de los Estados durante un largo periodo y, por lo mismo, en segundo lugar, que no basta para calificar una conducta como tal con la mera declaración unilateral de aquel tribunal, ni tampoco de otros organismos internacionales. No basta esto para crear una especie de ‘conciencia jurídica universal’.

Es decir, la auténtica costumbre internacional el verdadero *ius cogens* se construye a partir de la actuación real y verificable de los propios Estados (de ahí el escaso número de conductas que caen dentro de estas categorías), siendo la función del tribunal internacional solo verificarlas *a posteriori*. No obstante, aquí parece querer emplearse el camino inverso, esto es, que sean los propios organismos internacionales quienes establezcan *motu proprio* qué es y qué no es costumbre internacional o *ius cogens* de un modo unilateral, cupular y al margen de la verdadera actuación de los Estados. Lo anterior resulta particularmente claro cuando la CorteIDH invoca una multitud de *soft law* emanado entre otros, de Naciones Unidas.

Sin embargo, no basta con que la ONU declare tal o cual comportamiento como correcto para que se transforme de inmediato en costumbre internacional o en *ius cogens* por ese solo hecho. Además, en muchos casos dichas declaraciones se realizan justo porque los países *no* están llevando a cabo dichas conductas.

En último término, y al margen de lo anterior, parece algo problemático que un tribunal regional considere que tiene la potestad de declarar un comportamiento determinado como costumbre internacional o como *ius cogens*, dado el carácter universal que deben tener estas conductas.

En los próximos epígrafes se mostrarán algunos de los muchos documentos –la gran mayoría ajenos al Sistema Interamericano– a los que ella ha acudido para fundamentar parte de sus condenas.

3.2. LOS FUNDAMENTOS A LOS QUE HA ACUDIDO LA CORTEIDH A LO LARGO DEL TIEMPO

a) Planteamiento general

Como se ha señalado, una pregunta que resulta obligada es el tipo de fuentes a los que ha acudido a lo largo del tiempo para fundamentar sus conde-

nas por delitos de lesa humanidad (lo que incluye su imprescriptibilidad), así como por las violaciones de derechos humanos de carácter permanente, lo que en parte ha sido abordado en el epígrafe 1.

De tal manera y como ha señalado, este tribunal hace constantes remisiones a su propia jurisprudencia, que, a ratos comenten cierta circularidad. Pero además (y esa es la razón de las frecuentemente engorrosas referencias a pie de página hechas en el epígrafe 1), resulta común que invoque otros antecedentes, al margen de que ellos sean vinculantes o no para el Estado condenado, siendo el principal argumento para justificar este modo de proceder el principio *pro homine*, según se ha mencionado.

En lo que sigue se indicarán las principales fuentes a las que ha acudido para fundamentar los ilícitos señalados. Debe reiterarse que, en atención a lo engorroso, repetitivo y desordenado de su modo de proceder, se ha intentado hacer un barrido lo más completo posible, juntando estas fuentes a partir de varias sentencias que tratan las mismas materias, aunque se advierte que pueden existir omisiones y reiteraciones, dada su complejidad.

b) Desaparición forzada de personas y su carácter permanente o continuado

En lo que respecta a los delitos permanentes o continuados, ellos se encuentran contemplados en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 1994 (suscrita por Chile en 2010), art. III, pese a lo cual, el tribunal la aplica a hechos anteriores a su entrada en vigor, según se ha visto. Sobre este tratado se volverá en el epígrafe 3.3.

De hecho, en un principio, reconocía la ausencia de normas a las que acudir para fundamentar este ilícito. Así, en 1996 declaraba:

“No existe ningún texto convencional actualmente en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992 [art. 17.1], así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 [art. III]. A pesar de que esta última todavía no está en vigor para Guatemala, estos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia, instrumentos que se pueden invocar con fundamento en el artículo 29.d) de la Convención Americana. Según esta disposición, no se puede interpretar ninguno de los preceptos de dicha Convención en el sentido de ‘*excluír o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*’³⁵.

³⁵ CORTEIDH (1996): Blake vs. Guatemala, párr. 36, énfasis en el original.

Y más adelante, en 2004, agregaba:

“La Corte observa que si bien la comunidad internacional adoptó la primera declaración y el primer tratado empleando la calificación de desaparición forzada de personas recién en 1992 y 1994, respectivamente, con anterioridad la doctrina y los órganos del sistema universal y regional habían utilizado frecuentemente dicha calificación para referirse a ese conjunto de hechos y violaciones como un delito contra la humanidad”³⁶.

Es esta la razón por la cual estimaba:

“para declarar la violación de tales derechos el Tribunal no requiere que el Estado demandado haya ratificado la Convención Interamericana sobre la materia, así como tampoco lo requiere para calificar al conjunto de violaciones como desaparición forzada”³⁷.

Y reiterando esta idea, señalaba en 2006:

“ya en la década de los setenta el tema era analizado como tal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y fue desarrollado a partir de la década de los ochenta en el marco del sistema de Naciones Unidas”³⁸.

³⁶ CORTEIDH (2004): *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párr. 103. En este numeral se remite a: COMISIÓNIDH, *Informe anual 1983-1984*, cap. IV y V, párrs. 10 y 11; COMISIÓNIDH, *Informe anual*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe anual*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe anual 1986-1987*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe anual 1987-1988*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe anual 1988-1989*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe Anual 1990-1991*, cap. IV; OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES. 666 (XIII-0/83); OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES 742 (XIV-0/84); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 3450 (XXX); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 32/128; ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 33/173.

³⁷ CORTEIDH (2004): *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, párr. 105, énfasis añadido. En los párrs. de esta sentencia referidas a este tema se remite a los casos CORTEIDH (1989), *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, párrs. 148 a 152; CORTEIDH (1996): *Blake vs. Guatemala*, párr. 35; CORTEIDH (1989): *Godínez Cruz vs. Honduras*, párrs. 163-167 y CORTEIDH (1988): *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párrs. 155-158.

³⁸ CORTEIDH (2006): *Goiburú y Otros vs. Paraguay*, párr. 82. En este caso se remite a: ONU, *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Res. 20 (XXXVI); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 33/173; ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Res. 1979/38; ONU, SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, Res. 5 B -(XXXII); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 3450 (XXX); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 32/128; ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 33/173; OEA ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES. 666 (XIII-0/83); OEA ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES. 742 (XIV-0/84); COMISIÓNIDH, *Informe anual 1983-1984*, cap. IV, párrs. 8, 9 y 12 y cap. V, I.3; COMISIÓNIDH, *Informe anual de 1986-1987*, cap. V.II; COMISIÓNIDH, *Informe anual de 1987-1988*, cap. IV; COMISIÓNIDH, *Informe anual 1990-1991*, cap. V; COMISIÓNIDH, *Informe anual de 1991*, cap. IV; Estatuto de Roma; ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

De hecho, incluso en fallos recientes (2022) sigue remitiéndose a documentos de toda índole para fundamentar la obligación de buscar a las personas desaparecidas fruto de violaciones consideradas de carácter permanente³⁹.

Lo importante es destacar que, al margen de lo engorroso y reiterativo de las citas, en todos estos y otros muchos fallos, la remisión final para fundamentar este modo de proceder, siempre desemboca en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de 1998, en el cual la sala declaró:

“Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que ‘es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad’ (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como ‘un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal’ (AG/Res. 742, supra)”⁴⁰,

³⁹ CORTEIDH (2022): Flores Bedregal y otras vs. Bolivia, párr. 76. Esta sentencia cita estos documentos: ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG n.º 33/173, 1978 y subsiguientes; OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES 2231 (XXXVI-O/06); OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES 2513 (XXXIX-O/09); OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES. 2864 (XLIV-O/14); OEA, ASAMBLEA GENERAL, Res. AG/RES. 2928 (XLVIII-O/18); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, arts. 9, 10 y 13; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, arts. x, xi y xii; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 12, 15, 17, 18, 19, 20 y 24; ONU, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la*, Principios 2, 3 y 4; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Res. 60/147, 2005), arts. 22 y 24; *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales*; ONU, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilicitas*.

⁴⁰ CORTEIDH (1998): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 153. Complementa estas ideas en los párrs. 149-156. Repite de forma literal esto en CORTEIDH (1989): Godínez Cruz vs. Honduras, párr. 161, complementado con el párr. 160. También muy similar en Blake vs. Guatemala, 1996, párr. 36. En conjunto, en ambas sentencias se remite a los siguientes documentos, varios distintos a los de las notas precedentes: ONU, ASAMBLEA GENERAL, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Res. 20 (XXXVI); ONU, ASAMBLEA GENERAL, Res. 33/173; ONU, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Res. 1979/38; ONU, SUBCOMISIÓN DE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORÍAS, Res. 5 B (XXXII); ONU, AG/RES.666; ONU, AG/RES. 742; OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 443 (IX-0/79);

acudiendo a varios documentos internacionales, tanto universales como regionales.

c) Delitos de lesa humanidad e imprescriptibilidad

En lo que respecta a los delitos de lesa humanidad ellos fueron tratados con profusión sobre todo en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, de 2006, en particular en los párrs. 105-109 y 151, que complementó con lo señalado en La Cantuta vs. Perú, de 2006, entre otros sitios, en su párr. 225⁴¹. En vir-

OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES 510 (X-0/80); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 618 (XII-0/82); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 666 (XIII-0/83); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 742 (XIV-0/84); OEA, ASAMBLEA GENERAL, AG/RES. 890 (XVII-0/87); COMISIÓN IDH, *Informe anual*, 1978, pp. 22-24; COMISIÓN IDH, *Informe anual*, 1980-1981, pp. 113-114; COMISIÓN IDH, *Informe anual*, 1982-1983, pp. 49-51; COMISIÓN IDH, *Informe anual*, 1985-1986, pp. 40-42; COMISIÓN IDH, *Informe anual*, 1986-1987, pp. 299-306; COMISIÓN IDH, *Informe especial*, OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19; COMISIÓN IDH, *Informe especial*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17; COMISIÓN IDH, *Informe especial*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16; CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, arts. 4, 5 y 7.

⁴¹ De acuerdo con el *corpus iuris* del derecho internacional al que alude la Corte IDH tanto en CORTE IDH (2006): Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 151, como en CORTE IDH (2006): La Cantuta vs. Perú, párr. 225, los crímenes de lesa humanidad, que afectan a la humanidad toda, se encuentran contemplados en los siguientes documentos: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Erdemovic* at para. 28; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Extradición y castigo de criminales de guerra*; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Extradición de delincuentes de guerra y traidores*; ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad* (Res. 2338 (XXII)); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad*, Res. 2712 (XXV); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad*, Res. 2840 (XXVI); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Prevención del delito y la lucha contra la delincuencia*, Res. 3020 (XXVII); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa Humanidad*, Res. 2583 (XXIV); ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad*, Res. 3074 (XXVIII)); ONU, Resolución del Consejo de Seguridad para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/RES/827; Estatuto del tribunal para la ex Yugoslavia, art. 29; ONU, Resolución del Consejo de Seguridad para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/RES/955; Estatuto del tribunal para Ruanda, art. 28; ONU, *Informe del secretario general sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, párr. 10; ONU, *Informe del secretario general sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona*, párrs. 22 y 24; *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Protocolo II); Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de la humanidad.

tud de lo anterior, en el primer caso estableció que los Estados deben enjuiciar y eventualmente castigar a los culpables, utilizando todos los medios disponibles, derivando lo anterior del deber de garantía del art. 1.1 de la CADH⁴².

En cuanto a la imprescriptibilidad debe tenerse presente que ella se encuentra establecida en la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1969. Pese a ello (y según se verá en el epígrafe 3.3), además de ser ajeno al Sistema Interamericano, este tratado ha sido suscrito por poco más de un cuarto de los Estados del mundo (Chile no lo ha hecho), razón por la cual es difícil que pueda considerarse que la imprescriptibilidad constituya costumbre internacional ni tampoco *ius cogens*, como declara dicha institución. Ello, pues si así fuera, lo habría ratificado la gran mayoría o, más aún, todos los países, y hasta podría haber sido innecesaria su elaboración.

No obstante, la CorteIDH declaraba en el caso Almonacid que:

“Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁴³.

Cabe mencionar que, si se hace un análisis global de lo que señala este tribunal respecto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, siempre se desemboca en el fallo paradigmático que diera origen a todo el desarrollo jurisprudencial posterior: el caso Barrios Altos vs. Perú, de 2001⁴⁴.

⁴² CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrs. 108 y 110-114. Se remite a CORTEIDH (1988): Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166 y CORTEIDH (1989): Godínez Cruz vs. Honduras, párr. 175. Otros fallos en los que alude a esto son: CORTEIDH (2006): Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 299; CORTEIDH (2005): “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, párr. 237; CORTEIDH (2005): Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 203; CORTEIDH (2006): Ximenes Lopes vs. Brasil, párr. 148; CORTEIDH (2006): Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 143; CORTEIDH (2006): Baldeón García vs. Perú, párrs. 94 y 144; CORTEIDH (2002), 19 Comerciantes vs. Colombia, párr. 192; CORTEIDH (2003): Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 77.

⁴³ CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 153. Lo reitera en CORTEIDH (2006): La Cantuta vs. Perú, párr. 255.

⁴⁴ Por ejemplo, en CORTEIDH (2006): Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 112, CORTEIDH (2006): La Cantuta vs. Perú, párr. 152. Debe advertirse que, en los primeros años, la Corte IDH emitía varios fallos separados respecto de la misma causa, de forma usual uno sobre “excepciones preliminares” (de haberlas), otro sobre el “fondo” y, para finalizar, uno sobre “reparaciones”. Posteriormente y hasta la actualidad, este tribunal decidió unificar estas resoluciones en una sola. Pero, no deben confundirse estas resoluciones ya unificadas con las “sentencias interpretativas” respecto de la misma causa, que suele dictar a petición del país condenado.

En este caso, el organismo reprochó a Perú el haber aplicado dos leyes de amnistía a la investigación de los hechos denunciados, razón por la cual se exigió reabrir la investigación⁴⁵. Con todo, Perú reconoció su responsabilidad internacional⁴⁶.

Para lo que interesa aquí, este tribunal declaró:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴⁷.

Lo antes dicho se fundamenta, por ende, en estas medidas “impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos”⁴⁸, violando los arts. 1.1, 2, 8 y 25 de la CADH, “por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”⁴⁹. Por tanto (y este constituye, tal vez, el antecedente más antiguo de la futura doctrina del control de convencionalidad), para la CorteIDH:

“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”⁵⁰.

Es conveniente destacar un asunto de suma importancia: que en este caso, la Corte no se remite a norma (vinculante) ni a disposición (no vinculante) alguna del derecho internacional para fundamentar sus aseveraciones. A pesar de esto, sí lo hacen los dos votos concurrentes que acompañaron a esta sentencia, de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Sergio García Ramírez.

⁴⁵ CORTEIDH (2001): Barrios Altos vs. Perú, párrs. 1-2, 17-18 y pto. resol. 4 y 5.

⁴⁶ *Op. cit.* párrs. 35, 38, 50 y pto. resol. 1 y 2.

⁴⁷ *Op. cit.*, párr. 41. No se remite a otros documentos.

⁴⁸ *Op. cit.*, párr. 42.

⁴⁹ *Op. cit.*, párr. 43.

⁵⁰ *Op. cit.*, párr. 44. Lo reitera en el pto. resol. 4. Se insiste en que no existe remisión alguna a otros documentos en este fallo.

En efecto, en su voto concurrente, el juez Antônio Cançado acude a muy diversos antecedentes para fundamentar los argumentos de la CorteIDH⁵¹, lo que seguramente influyó en futuros fallos, en que este tribunal acude a todo tipo de documentos con el mismo fin. Y de alguna manera, el

⁵¹ Voto concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade (CORTEIDH (2001): Barrios Altos vs. Perú), entre otros, párrs. 4, 11, 13 y 16-25. En ellos remite a varias sentencias y una opinión consultiva de la CorteIDH y a algunos de sus propios votos concurrentes, todos vinculadas al tema de las consecuencias del allanamiento del Estado demandado.

También aquí se encuentran algunos antecedentes del futuro control de convencionalidad: “Siendo así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, *no tienen validez jurídica alguna* a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana (con la pronta derogación de aquellas leyes), así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada” (párr. 11).

En lo que respecta específicamente a los delitos de lesa humanidad, el juez Antônio Cançado invoca los siguientes documentos: ONU, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, parte II, párr. 60; El Primer Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación –cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso– de una corte africana de derechos humanos y de los pueblos, la cual todavía no ha sido establecida; las Cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, art. 63/62/142/158; el Protocolo adicional I, 1977, a dichas convenciones, art. 1(2); La Cláusula Martens, párrs. 22-25, que considera de *ius cogens*, párr. 25 (“Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), siendo una de las “*fuentes materiales* del Derecho Internacional” (párr. 25, énfasis en el original). Esta Cláusula Martens fue, además, incorporada a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899) y en los preámbulos de la II Convención de La Haya, de 1899, párr. 9 y de la IV Convención de La Haya, de 1907, párrs. 22-23; los memorables debates del Institut de Droit International, sesión de Nueva York, de 1929; la jurisprudencia emergente de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, para la ex Yugoslavia y Ruanda; alude a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (sin especificar fallos); a la “Sexta Comisión de la Asamblea General, en los trabajos de las conferencias de codificación del derecho internacional (el llamado ‘derecho de Viena’) y los respectivos *travaux préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas; más recientemente, ha ocupado un espacio importante en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa” (remitiéndose a obras de su autoría); la Convención contra el Genocidio, de 1948; el preámbulo del Estatuto de Roma, de 1998, del Tribunal Penal Internacional; el preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 1994; al final, intercalados entre las anteriores referencias, también cita varios escritos de doctrina, tanto de su autoría como de otros autores.

juez Antônio Cançado menciona lo que considera el fundamento último de este modo de proceder, fruto del “*despertar de la conciencia jurídica universal*, como *fuerza material par excellence* del propio Derecho Internacional”⁵².

Por su parte, el juez Sergio García Ramírez se remite a su propio voto concurrente del caso Castillo Páez vs. Perú (1988)⁵³, criticando las leyes de autoamnistía y exigiendo que siempre queden fuera de su aplicación los casos más graves, dada su incompatibilidad con los arts. 1 y 2 de la CADH. De esta forma, a su juicio no hay excusas para no investigar, a fin de terminar con la impunidad, siendo por ello inaplicable la prescripción⁵⁴.

Sin embargo, reconoce la necesidad de la ayuda del derecho interno:

“El sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas. Esta necesidad aparece como natural contrapartida del principio de mínima intervención penal. Aquella y éste constituyen, precisamente, dos formas de traducir en el orden penal los requerimientos de la democracia y sostener la vigencia efectiva de este sistema”⁵⁵.

⁵² Voto concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade (a Barrios Altos vs. Perú, 2001), párr. 13, énfasis en el original. Insiste en estas ideas en los párrs. 14-16.

⁵³ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos (2001). Se remite al voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Páez, 1998. En este voto, el juez Sergio García Ramírez se remitía a los siguientes documentos internacionales: Diversas sentencias de la CorteIDH; Las opiniones consultivas, OC-13/93, serie A n.º 13 y OC-14/94, serie A n.º 14; el documento Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations, prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1992/23, párr. 1; ONU, *Declaración y programa de acción de Viena*, A/CONF:157/23, párr. 91; una comunicación oficial 917-719 enviada por el entonces presidente de la República de Chile, Patricio Aylwin, al presidente de la Corte Suprema de ese país, el 4 de marzo de 1991; Doctrina de diversos autores.

⁵⁴ Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, 2001, párrs. 10-13.

⁵⁵ *Op. cit.*, párr. 24, énfasis añadido.

Debe destacarse que un poco más atrás se encuentra de forma embrionaria, uno de los primeros antecedentes de su futura doctrina del control de convencionalidad: “En mi concepto, dicha incompatibilidad trae consigo la invalidez de aquellos ordenamientos, en cuanto pugnan con los compromisos internacionales del Estado. Por ello, no pueden producir los efectos jurídicos inherentes a normas legales expedidas de manera regular y compatibles con las disposiciones internacionales y constitucionales que vinculan al Estado peruano. La incompatibilidad determina la invalidez del acto, y ésta implica que dicho acto no pueda producir efectos jurídicos” (párr. 15).

3.3 ¿QUÉ SEÑALAN LOS TRATADOS QUE INVOCA LA CORTEIDH A ESTE RESPECTO?

Ahora bien, siendo el *pacta sunt servanda* la piedra angular del derecho internacional, resulta lícito indagar tanto en lo que señalan como en lo que no señalan los tratados invocados por la CorteIDH (junto a muchísimo otro material no vinculante, según se ha advertido).

Respecto de los delitos en general, debe hacerse presente que los principales tratados que ella invoca, tanto universales como regionales, exigen que sean los propios Estados quienes tipifiquen estos delitos por medio de sus leyes internas, además de las sanciones aparejadas⁵⁶. Debe entenderse

⁵⁶ Respecto de la tipificación de delitos por parte del Estado la situación es la siguiente:

- Los cuatro Convenios de Ginebra (1949), establecen: “Sanciones penales: I. Generalidades. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente” (Convenio I, art. 49 inc. 1.º; Convenio II, art. 50, inc. 1.º; Convenio III, art. 129 inc. 1.º; y Convenio IV, art. 146, inc. 1.º);
- La Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, 1969, art. IV: “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”;
- La Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948, art. v: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”;
- La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994, arts. I, II y IV. Art. I: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”. Art. III: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida

por 'ley' la norma que emana del Poder Legislativo, aunque también podría hacerlo la *Constitución*. Y se supone que no existen disposiciones ociosas o inútiles al interior de un tratado.

Es decir, aun cuando un tratado ingresa al ordenamiento jurídico del Estado que lo suscribe, la individualización que hace del delito no basta para tener efectos directos por dos razones: la primera y menos importante, es porque en muchas ocasiones el lenguaje utilizado resulta demasiado general y requiere ser especificado por las leyes locales y la segunda, absolutamente crucial por tratarse de derecho penal, es porque los tratados no establecen la pena o sanción correspondiente (ni, dicho sea de paso, tampoco las sentencias de la CorteIDH, sin perjuicio de carecer de esta facultad). Todo ello explica que siempre se requiera del auxilio de las leyes locales para que esos tratados tengan reales efectos al interior de ese país, lo que justifica su exigencia en tal sentido.

A lo anterior hay que agregar que el derecho internacional no tiene imperio, razón por la cual no posee herramientas para obligar a los Estados a cumplir con sus normas ni con las sentencias de sus tribunales⁵⁷. Dicho cumplimiento depende en exclusiva de la aquiescencia del propio Estado y se lleva a cabo de acuerdo con su normativa local (lo cual se vincula con el art. 2 de la CADH, como se verá dentro de poco), todo lo cual refuerza la absoluta necesidad del auxilio del orden interno⁵⁸.

de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona". Art. IV: "Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:...";

- El Estatuto de Roma, 1998), luego de establecer los crímenes más graves (genocidio, art. 6; los de lesa humanidad, art. 7 y de guerra, art. 8, con una remisión expresa a los *Convenios de Ginebra*, incluido el art. 3 Común para conflictos armados no internacionales), indirectamente exige esta tipificación, al reconocer su carácter complementario respecto de las legislaciones nacionales (Preámbulo y art. 1), y por razones de coherencia con lo que establece respecto de la sanción y de la prescripción;
- Todo lo dicho, sin perjuicio de lo establecido, de manera más general, en la CADH, art. 2 y el PIDCP, art. 2 n.º 2 d, relativos a la adecuación del derecho interno a los criterios internacionales, hecho de acuerdo con sus propios procedimientos.

⁵⁷ Jorge CONTESE, "Resisting the Inter-American Human Rights System", p. 233.

⁵⁸ De hecho, sin ir más lejos, respecto del propio caso CORTEIDH (2001): *Barrios Altos vs. Perú*, la CorteIDH ha emitido quince supervisiones de cumplimiento (años 2002, 2003, 2004, 2005, 2008, 2009, 2012, 2018, 2022, 2023, 2024, 2024, 2025, 2025, 2025), algunas junto con el caso *La Cantuta vs. Perú* (2006), en particular con motivo de la dictación de una nueva ley de amnistía en ese país: la Ley n.º 32419, ley que concede amnistía a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú y de los Comités de Autodefensa que participaron en la lucha contra el terrorismo entre los años 1980 y 2000.

De lo antes dicho también se desprende, sin lugar a duda, que declarar que tal o cual delito pertenece a la categoría del *ius cogens*, que constituye una costumbre internacional o que ha sido establecido por una sentencia internacional, tampoco produce efectos directos sobre el derecho nacional.

Hay que considerar, presupuesto lo anterior, otro problema que por razones evidentes resulta indispensable abordar, es el de la fecha en que ese tratado ha sido suscrito. De esta manera, un tratado solo puede regir de ahí en adelante, no siendo legítimo que tenga efectos retroactivos. Esta última imposibilidad se ve reforzada, además, debido a la ya mencionada necesaria complementación que ellos requieren por parte de las leyes internas.

Por tanto, todo lo dicho prueba que la única manera en que se pueden castigar de forma legítima al interior de un país los delitos de carácter permanente, los delitos de lesa humanidad o de aplicar la imprescriptibilidad, es que todo ello se encuentre previamente tipificado por el derecho interno, y solo desde ahí en adelante. El derecho internacional no posee efectos directos sobre el derecho nacional, sobre todo en materia penal, persistiendo así un marcado dualismo entre ambos.

De hecho, dentro del Sistema Interamericano este dualismo se prueba por la existencia del art. 2 de la CADH, que establece el deber de adoptar medidas legislativas o de otro carácter (con arreglo a los procedimientos constitucionales del Estado y a las disposiciones de la Convención), si estos derechos y libertades no se encuentran ya garantizados por el derecho local, lo cual resultaría por completo absurdo si el derecho internacional fuera de verdad superior y se impusiera de modo directo al nacional, derogando las normas internas que se le opusieran, lo que es evidente que no ocurre.

Tampoco mitiga este dualismo la doctrina del control de convencionalidad, puesto que la propia Corte ha reconocido que su declaración de inconvencionalidad no expulsa la norma nacional impugnada, de tal suerte que “la norma o práctica violatoria de la Convención *debe ser modificada, derogada, o anulada, o reformada*, según corresponda”⁵⁹. Por tanto, ella sigue existiendo, aunque desde la óptica de este tribunal deba ser inaplicada por los jueces locales⁶⁰ (o en su caso, reinterpretada de acuerdo con los criterios internacionales), mientras se llevan a cabo las reformas o derogaciones legales correspondientes⁶¹, precisamente al amparo del art. 2 de la CADH.

⁵⁹ CORTEIDH (2006): La Cantuta vs. Perú, párr. 172; CORTEIDH (2012): Forneron e hija vs. Argentina, párr. 131; CORTEIDH (2016): Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párr. 410 (énfasis añadido).

⁶⁰ CORTEIDH (2010): Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, párr. 202; CORTEIDH (2014): Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. S.C., párr. 16 y 18; CORTEIDH (2012): Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, párr. 318.

⁶¹ CORTEIDH (2010): Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 220; CORTEIDH (2014): Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros. S.C. párr. 16; CORTEIDH (2022): Moya Chacón y otro vs. Costa Rica, párr. 111.

Lo importante es recalcar que ya se trate de una inaplicación o de una modificación de las normas locales, ellas siempre dependen por completo de la actuación del propio Estado⁶².

Todo lo dicho significa que la única sanción real que la Corte puede imponer en caso de no hacerse las modificaciones legales ordenadas o inaplicar las normas impugnadas, es declarar la responsabilidad internacional del Estado⁶³, que más allá de su mera constatación, no afecta al ordenamiento interno de ese país.

Cabe destacar que lo anterior explica que resulte del todo improcedente que ordene castigar diversos delitos, incluso si ellos no se encuentran tipificados por la ley nacional (como hace en el párr. 236 del caso Vega González). En este caso, lo único que cabría hacer es utilizar la legislación existente en lo que se pueda (como en parte señaló el Estado chileno en los párrs. 202-207 y 210-212), como por lo demás, exigen también algunos de los tratados antes señalados⁶⁴.

Por otro lado, en lo referente a la imprescriptibilidad, un análisis detallado de los tratados que aquella invoca muestra que existen varios puntos que no coinciden o que resultan incompatibles con lo que ella señala, todo lo cual hace difícil que se la pueda considerar una costumbre internacional o que tenga la categoría de *ius cogens*⁶⁵. Ello, sin perjuicio, según se ha dicho, que,

⁶² Lo anterior explica que resulte común que, en sus supervisiones de cumplimiento, la CorteIDH exija al Estado llevar a cabo las reformas legales ordenadas, lo que se insiste, resultaría innecesario e, incluso, absurdo si se estuviera en presencia de un monismo jurídico que diera primacía y efectos directos al derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales.

⁶³ Eduardo VÍO GROSSI, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?", pp. 99-103.

⁶⁴ Por ejemplo, los Convenios de Ginebra (1948), establecen: "Sanciones penales: I. Generalidades. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente". Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129 y Convenio IV, art. 146).

⁶⁵ En efecto, respecto de la imprescriptibilidad, la situación es la siguiente: en ninguna parte los Convenios de Ginebra, 1948, ni de sus protocolos I y II, 1977 se habla de imprescriptibilidad; si lo establece la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Sin embargo, este tratado ha sido suscrito por alrededor de cincuenta y cinco países (es decir, poco más de un cuarto de los Estados del globo), razón por la cual es difícil que pueda considerarse que la imprescriptibilidad constituya costumbre internacional ni tampoco *ius cogens*, como declara la CorteIDH. Ello, pues si así fuera, lo habrían ratificado la gran mayoría o todos los países, e, incluso, habría sido innecesaria su suscripción. Ello, sin perjuicio de que debiera regir desde su suscripción, lo que por lo demás, Chile no ha hecho; también la establece el Estatuto de Roma, en su art. 29. No obstante, además de referirse a los hechos ilícitos cometidos, no a su tramitación en un juicio posterior, como hace la CorteIDH, el Estatuto es claro en cuanto a su vigencia en el

por tratarse de una materia penal, resulta indispensable que la imprescriptibilidad se encuentre establecida por el propio ordenamiento interno (lo cual podría, hasta obligar a modificar su constitución en lo que corresponda), teniendo efectos solo de ahí en adelante. En consecuencia, no queda más que concluir que la imprescriptibilidad resulta ineficaz mientras no sea establecida de manera expresa por la legislación interna de cada país.

Pretender lo contrario contradice las garantías procesales de la CADH, de los Convenios de Ginebra, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros muchos tratados que las establecen, al considerarlas evidentes. De hecho, ha sido tan profuso y homogéneo el tratamiento que han realizado estos otros tratados, tanto universales como regionales de diversas normas y principios del debido proceso, que aquí sí podría considerarse que ellos constituyen una costumbre internacional o que son, incluso, normas de *ius cogens*⁶⁶.

tiempo, como establecen en sus arts. 11 y 24. “Artículo 11 - Competencia temporal 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”. “Artículo 24 - Irretroactividad *ratione personae*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”; finalmente, también lo establece la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, en su art. VII: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. / Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

⁶⁶ La situación de las garantías procesales es esta: Los Convenios de Ginebra establecen: “Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra” (siempre en el inc. 4.º: Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129 y Convenio IV, art. 146). En el Convenio III, al cual aluden los otros tres, en vez de remitirse a sí mismo, en esta parte final señala: “los artículos 105 y siguientes del presente Convenio”. De hecho, estas garantías “no podrán ser inferiores a las previstas” en estos cuatro tratados (alude a los siguientes artículos del Convenio III: art. 105 - IV. Derechos y medios de defensa, art. 106-V. Apelaciones, art. 107-VI. Notificación de la sentencia, art. 108 - Cumplimiento de las sentencias. Régimen penitenciario); Estas garantías se complementan con lo señalado por el Protocolo I (“relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”), de 1977, que en su largo art. 75 n.º 4 señala, entre otras muchas cosas: c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infrac-

En consecuencia, es el propio Estado el que debe generar, derogar o modificar su normativa interna de acuerdo con sus procedimientos domésticos (que es a lo que alude el art. 2 de la CADH y el art. 2 n.º 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y mientras ello no ocurra, y sobre todo en materia penal, no se pueden juzgar delitos con base en los solos tratados o la jurisprudencia de dicho organismo, la costumbre internacional, el *ius cogens*, el *soft law* o los principios generales, ni menos por analogía. A lo sumo, podría considerarse que el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional, lo que en nada afecta sus normas internas.

Es decir, y haciendo un rápido y tangencial recuento de los principales tratados analizados que aquel tribunal invoca (cuyos artículos correspon-

tor se beneficiará de esa disposición; d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria". Además, agrega en su art. 75 n.º 8: "8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional"; ideas similares contempla el Protocolo II ("relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional"), de 1977, que se remite en directo al art. 3 común de los Convenios de Ginebra, sobre los conflictos no contemplados por el Protocolo I, en lo que se refiere a reglas del debido proceso para aplicar un juicio y sanción penal a los responsables del conflicto armado. Así, señala en su art. 6.2.c): "nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"; por su parte, el Estatuto de Roma señala: art. 22: "*Nullum crimen sine lege*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena". Art. 23: "*Nulla poena sine lege*. Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto". Art. 67: "Derechos del acusado. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pue de plena igualdad: i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas"; en último término, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, declara en su art. vi: "Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo iii, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".

dientes han sido transcritos en varias notas a pie de página) y haciendo una recapitulación parcial, se presenta la siguiente situación:

1. Exigen la tipificación tanto del delito como de la pena correspondiente por la legislación nacional (lo que incluye los delitos de lesa humanidad y aquellos de carácter permanente) los siguientes tratados:
 - a) Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio I, art. 49 inc. 1.º; Convenio II, art. 50, inc. 1.º; Convenio III, art. 129 inc. 1.º y Convenio IV, art. 146, inc. 1.º);
 - b) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1969, art. IV;
 - c) La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, art. V;
 - d) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, arts. I, II y IV; y
 - e) El Estatuto de Roma, de 1998, de forma indirecta en su preámbulo y el art. 1.
2. En cuanto a la imprescriptibilidad, ella no aparece en los Convenios de Ginebra (1949), pero sí en estos tratados:
 - a) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1969, en general;
 - b) El Estatuto de Roma de 1988, en su art. 29, pero sin que ella pueda tener efectos retroactivos, al tenor de sus arts. 11 y 24; y
 - c) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, en su art. VII.
3. En lo que se refiere a la exigencia de respetar las garantías procesales de los inculcados, ello se consagra, entre otros, en estos tratados usualmente invocados:
 - a) Los Convenios de Ginebra de 1949 (Convenio I, art. 49; Convenio II, art. 50; Convenio III, art. 129 y Convenio IV, art. 146);
 - b) El Protocolo I (“relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”), de 1977, en su largo art. 75 n.º 4;
 - c) El Protocolo II (“relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”), de 1977 en su art. 6.2.c;
 - d) El Estatuto de Roma, de 1988, en sus arts. 22, 23 y 67; y
 - e) La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, en su art. VI.

4. Por otro lado, debe tenerse presente que la Corte solo tiene competencia para aplicar la CADH y la CIDFP, no los restantes tratados.
5. Para finalizar y al margen de las reales competencias de la sala, es necesario reiterar que:
 - a) El Estatuto de Roma es posterior a muchos de los hechos que pretende investigar este tribunal, y señala con claridad que no se aplica a situaciones anteriores a su vigencia;
 - b) Que los cuatro Convenios de Ginebra son previos a estos hechos, pero solos no bastan para juzgarlos, al no determinar las penas aparejadas, razón por la cual llaman sin ambages a ser auxiliados por las leyes internas;
 - c) Que, si bien la CIDFP es de 1994, ella fue ratificada por Chile en 2010;
 - d) Que Chile no ha ratificado la Convención contra la imprescriptibilidad y, por último,
 - e) Que la CADH rige desde 1978 (igual que la CorteIDH) y en varios países lo ha comenzado a hacer más tarde aún (en Chile, desde 1990).

De ahí que si se toma en cuenta todo lo antes dicho, ¿en qué documentos en verdad vinculantes para el Estado condenado se ha basado la CorteIDH (lo que incluye su temporalidad) para ordenar juzgar gran parte de las violaciones de derechos humanos que ha sentenciado, haciendo en parte caso omiso de estas normas que tanto invoca? ¿A su criterio propio?

Pese a ello, mediante su jurisprudencia, la Corte ha ignorado buena parte de estas reglas procesales para los imputados por graves violaciones a los derechos humanos en la región, no solo invocando todo tipo de documentos (la gran mayoría no vinculantes), sino, además, pretendiendo otorgarle la categoría de costumbre internacional o de *ius cogens* a sus propias aseveraciones, muchas veces apoyadas en simple *soft law*. Es decir, en varias ocasiones ha hecho primar disposiciones no vinculantes sobre tratados que en efecto han sido suscritos por los Estados.

3.4. ¿ES POSIBLE AQUÍ LA APLICACIÓN DIRECTA DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Otro aspecto de suma importancia a tener en cuenta en el caso Vega González, es que la sala está exigiendo una conducta para la cual sabe y no puede dejar de saber que no existen mecanismos procesales idóneos para ser llevada a cabo, pese a que tanto el Estado chileno (párrs. 39 y 289) como dos de los votos concurrentes lo señalan sin rodeos, de acuerdo con lo que se

ha señalado. No obstante, aquella insistió en su postura, a sabiendas de los graves problemas que ocasionaría al interior del Estado condenado.

Debe reiterarse que las críticas que se esgrimen a continuación no obedecen a un porfiado formalismo, sino a principios y reglas que resultan muy caros para el derecho en general y que ha costado siglos decantar.

Como ya se ha mencionado, en materia penal resulta imprescindible la previa existencia de una ley nacional que establezca tanto la conducta punible como la sanción aparejada, pese a lo cual la CorteIDH ha exigido que se condene a los eventuales responsables por graves violaciones a los derechos humanos en ausencia de dicha normativa, acudiendo a los argumentos internacionales ya analizados. Ello, pues considera que existen casos en que no puede dejar de castigarse a los responsables, pese a la ausencia de leyes internas que lo permitan.

Debe destacarse que existe doctrina que apunta en esta misma dirección, esto es, que, respecto de los delitos de lesa humanidad, bastaría para su tipificación y condena con solo acudir al *ius cogens*, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho internacional, al *soft law* o a la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁶⁷. Hasta existe doctrina que considera que en atención a la importancia que tiene el hecho de castigar este tipo de delitos a fin de evitar su continuidad, sería lícito aplicar la analogía⁶⁸.

Es decir, esta postura no concibe que los responsables de graves violaciones a los derechos humanos queden sin castigo, siendo necesario que exista a su respecto una responsabilidad penal, al tratarse de derechos inderogables, ya que consideran al fin de la impunidad como un principio estructural del Sistema Interamericano⁶⁹.

Más aún, algunos hablan del “deber de sancionar”, fundamentado lo anterior en el art. 63.1 de la Convención⁷⁰, en específico, debido a la obliga-

⁶⁷ Ello, pese a estar expresamente prohibida por el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, en su art. 22.2.

Sobre este delicado tema pueden verse, entre otros: Regina Ingrid DÍAZ TOLOSA, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario”, pp. 296-297, 298 y nota 74 (pp. 298-299); Eduardo ROJAS VALDEZ, “El control de convencionalidad como instrumento para integrar tipos penales: su viabilidad a partir del principio de legalidad”, pp. 1599-1635; Juan Carlos VELÁSQUEZ ELIZARRARÁS, “Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma”, pp. 365-401; Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, pp. 69 y 72.

⁶⁸ GONZÁLEZ, “La doctrina...”, *op. cit.*, p. 72.

⁶⁹ FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA, “Activismo judicial en la evolución del Derecho Internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”, pp. 93-94.

⁷⁰ Art. 63.1 CADH: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de

ción de reparar “adecuadamente” la situación violatoria, lo que ha servido para justificar, también la retroactividad de las condenas, al considerar esta medida como indispensable para el adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad⁷¹.

Empero, otros autores han acusado un creciente punitivismo dentro del Sistema Interamericano⁷².

En efecto, por todo lo dicho, en el caso Vega González el Estado chileno señaló que en 2009 había sido dictada la Ley n.º 20357, que tipificó diversos crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra, así como la imprescriptibilidad tanto de la acción penal como de las penas aparejadas (párr. 308). Aunque la CorteIDH hizo caso omiso de este dato, exigiendo que los fallos impugnados fueran modificados ya sea con las normas o disposiciones internacionales ya mencionadas⁷³ (en razón de haber ingresado el delito de desaparición forzada en la esfera del *ius cogens* –párr. 81–)⁷⁴, o aplicando con retroactividad dicha ley.

Aun así, en otra parte de la misma sentencia este tribunal indica:

“existe un marco normativo internacional⁷⁵ que establece que los delitos aplicables a hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos *deben contemplar penas adecuadas en relación con su gravedad*” (párr. 249; también en párr. 252),

con lo que pareciera aludir a la necesidad de generar leyes internas para lograrlo, e implícitamente, a la insuficiencia del derecho internacional en tal sentido. De lo cual puede desprenderse la imposibilidad para los organismos internos de actuar como quiere la Corte si dichas leyes aún no existen.

Por eso este tribunal ha señalado en otra sentencia que mientras ello no ocurra:

su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

⁷¹ Bárbara IVANSCHITZ BOURDEGUER, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por el Estado de Chile”, pp. 394-397.

⁷² Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad”, pp. 307-308.

⁷³ Esto, cuando señala, en un pasaje ya reproducido con anterioridad: “Las obligaciones internacionales de los Estados relacionadas con la investigación y sanción de los crímenes de lesa humanidad *son independientes a como hayan sido tipificados en las legislaciones nacionales, pues la inexistencia de normas de derecho interno que los tipifiquen y sancionen no exime, en ningún caso, a sus autores de su responsabilidad internacional y al Estado de la obligación de castigar esos crímenes*” (párr. 236, énfasis añadido).

⁷⁴ Remitiéndose aquí a la CORTEIDH (1985), opinión consultiva OC-5/85, párr. 12.

⁷⁵ Marco normativo constituido en su gran mayoría por *soft law*.

“Los Estados deben utilizar todos aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales para evitar la impunidad por la comisión de violaciones graves a los derechos humanos como lo son las desapariciones forzadas”⁷⁶.

Por lo anterior, el Estado chileno declaraba que los hechos “fueron investigados bajo los tipos penales de secuestro calificado y homicidio calificado” (párr. 217), porque los procesos se iniciaron o reactivaron en 2006 (y durarían hasta 2010), desconociendo en ese momento la Corte Suprema el carácter permanente de estos delitos (párr. 221), sin perjuicio que la CIDFP fue suscrita en 2010.

Ahora, volviendo a la pretensión de aplicar directamente los criterios internacionales, de alguna manera pareciera que la CorteIDH hace su análisis desde lo que considera un completo monismo entre el derecho nacional y el internacional, con una total primacía de este último. Mas, de ser así (cosa que los Estados no han pactado en absoluto), no tendría mucho sentido que instara a los Estados a dictar tales o cuales leyes (como hace sobre todo en sus supervisiones de cumplimiento), pues ellas resultarían poco menos que innecesarias⁷⁷.

Debe recordarse, como ya se ha mencionado, que de acuerdo con la doctrina del control de convencionalidad (creada de forma pretoriana por este mismo tribunal en 2006⁷⁸), si una norma interna es declarada totalmente inconvencional, dicha norma sigue existiendo. Por tanto, lo que la Corte hace mediante su declaración de inconvencionalidad, es exigirle al Estado que se abstenga de aplicar dicha norma mientras se hacen los cambios legislativos o de otro carácter para terminar con dicha inconvencionalidad (y siempre de acuerdo con sus procedimientos internos), lo que muchas veces equivale a su derogación. En parte a eso alude la sala cuando señala que el control de convencionalidad debe ser aplicado por el país de acuerdo con “sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes”⁷⁹.

⁷⁶ CORTEIDH (2008): *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 182.

⁷⁷ Con todo, existe abundante doctrina que señala que la disputa monismo-dualismo estaría superada, ya que ya no existiría una real jerarquía entre el derecho nacional y el internacional, siendo deber de todo juez aplicar en virtud del principio *pro homine*, la norma que estime más favorable para el caso que tenga enfrente, independiente de ubicarse en uno o en otro. Criticando esta postura, puede verse, MAX SILVA ABBOTT, “¿Existe o no una jerarquía entre el derecho internacional y el nacional dentro del Sistema Interamericano?”, pp. 241-275.

⁷⁸ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, p. 340.

⁷⁹ CORTEIDH (2006): *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párr. 128; CORTEIDH (2015): *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 103, nota 125; CORTEIDH (2023): *García Rodríguez y otro vs. México*, párrs. 177 y 303.

De hecho, y como prueba de lo anterior, la propia ComisiónIDH pidió en este caso que la media prescripción no siguiera siendo aplicada, mediante el uso del control de convencionalidad, mientras se realizaban las reformas legales necesarias (párr. 306).

También debe tenerse en cuenta respecto de este pretendido monismo lo que señala el art. 2 de la CADH, que le exige al Estado modificar su legislación interna a fin de adecuarla a los criterios internacionales, pero siempre haciéndolo por sí mismo y de acuerdo con sus propios mecanismos legales y constitucionales, con lo cual se está reconociendo que no puede hacerlo de manera directa dicha Corte.

Lo que quiere recalcar con todo lo antes dicho, es que las normas internacionales y las sentencias que se dictan en conformidad a ellas no poseen un efecto directo sobre la legislación nacional, requiriéndose siempre de la actuación del propio país para que tengan consecuencias. Mientras ello no ocurra, el Estado incurre en responsabilidad internacional, que es lo único que en realidad puede declarar el tribunal⁸⁰.

No obstante, y de acuerdo con lo comentado, pareciera que este tribunal pretende que, si no existen las normas legales internas que considera necesarias o si ellas no se ajustan a sus criterios, el país aplique de manera directa, los criterios internacionales, pese a todos los problemas e inconsistencias que lo anterior conlleva, sobre todo en materia penal, mientras se dictan las normas que considera “convencionales”.

De esta manera, da la impresión de que, en el primer momento, este tribunal hablara desde un claro monismo dominado por el derecho internacional, pretendiendo su aplicación directa y, en el segundo, reconozca este real dualismo, exigiendo que se dicten las normas internas correspondientes y sean aplicadas siguiendo sus criterios. Mas, si se ha iniciado toda esta reflexión a partir de un pretendido monismo, ¿qué razón de ser y utilidad tiene insistir tanto en la dictación de las normas locales, como hace con insistencia, sobre todo en las supervisiones de cumplimiento?

Para concluir, un último aspecto a destacar es que este tribunal invoque tanto la CADH como la CIDFP, pese a haber sido suscritas por Chile con posterioridad a los hechos investigados (en 1990 y 2010, respectivamente), pretendiendo extender su competencia a hechos anteriores, fruto de su tramitación posterior y las posibles violaciones procesales en las que se haya incurrido. El asunto es importante, pues equivale a un completo cambio en las reglas existentes respecto de la competencia de este tribunal, de nuevo

⁸⁰ Sobre esto se ha tratado con amplitud en Max SILVA ABBOTT, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, pp. 265-308.

fundamentado en su propia jurisprudencia, lo cual resultaba por completo imprevisible para los Estados al momento de suscribir estos tratados.

IV. Algunas reflexiones a propósito de la resolución de la Corte Suprema

Tal vez el aspecto más discutible de la resolución de la Corte Suprema radique en que a pesar de su expreso reconocimiento de la existencia de un “vacío legal” para cumplir con lo ordenado por la Corte IDH (cons. 9), estime, no obstante, que ella resulta competente para colmarlo (y, además, que con su modo de proceder cumple con las normas del debido proceso), pese a no existir ninguna norma, ni legal ni constitucional, que la autorice para actuar en tal sentido. Ello, por ende, estaría creando *motu proprio* un nuevo recurso procesal. De esta manera, lo que pareciera importar a sus ojos, es cumplir a toda costa con lo ordenado por el tribunal, al margen del modo de hacerlo (cons. 5,º), ya que “esa falta de regulación no puede ser una limitación para desconocer el efecto vinculante del fallo” (cons. 9.º).

Lo antes dicho significa, en el fondo, que tanto la sesión en pleno llevada a cabo por la Corte Suprema como su posterior derivación a la sala penal, no resultan idóneas para cumplir con lo decretado por aquella, por mucho que se haga alusión a las facultades correctiva y económica que le otorga el art. 3 del *Código Orgánico de Tribunales* (cons. 9.º) y se homologue lo resuelto con la dictación de un auto acordado.

De hecho, esta comparación con los autos acordados resulta bastante forzada. En efecto, de acuerdo con la misma fuente doctrinal citada por la Corte Suprema, si bien estos (fundamentados en los arts. 3, 96 n.º 4 y 540 del *Código Orgánico de Tribunales* y el art. 82 de la *Constitución*) tienen por objetivo lograr una mejor administración de justicia, complementando a la *Constitución* o a la ley por mandato de estas⁸¹, nunca pueden sustituirlas⁸². Ello explica, también, que se encuentren sujetos a control de constitucionalidad (que puede ser solicitado entre otros, por el presidente de la República o al menos diez parlamentarios)⁸³, a fin de que el Tribunal Constitucional vele tanto por la supremacía material (caps. I, II y III) como formal (arts. 6, 7 y 8 y el principio de reserva legal) de la *Constitución*⁸⁴.

⁸¹ VÁSQUEZ, *op. cit.*, pp. 199, 203, 204-205, 206 y 207-208.

⁸² *Op. cit.*, pp. 202-203.

⁸³ *Op. cit.*, pp. 199-200, 202 y 205.

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 205-206.

Todo lo dicho significa que:

“solo el legislador con mandato constitucional –aquel llamado de forma concreta y expresa–, puede regular, complementar o limitar garantías constitucionales (principios, derechos y garantías cautelares de estos), siempre que no afecte los derechos en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁸⁵.

Por tanto:

“Considerando que las expresiones facultades administrativas o facultades económicas que señala la ley tienen el mismo significado, los autos acordados no pueden convertirse ni en el ejercicio de facultades jurisdiccionales ni en el ejercicio de facultades legislativas”⁸⁶.

Sin embargo, nada de lo antes dicho ocurre respecto del pleno llevado a cabo por la Corte Suprema: no pretende ser accesorio a las normas legales o constitucionales existentes, sino llenar un vacío, según declara expresamente, generando una especie de nuevo recurso procesal; tampoco existe autorización, ni legal ni constitucional que faculte a este tribunal a actuar en tal sentido y, en teoría, tampoco puede ser impugnado vía control de constitucionalidad.

En realidad, para legitimar una actuación como esta, se habría requerido una reforma constitucional y legal y, además, con efectos solo hacia el futuro (en particular, por tratarse de materias de derecho penal), puesto que aquí se ha ido mucho más allá que solo colmar un supuesto vacío normativo.

Por otro lado, tampoco resulta adecuada la invocación que se hace al principio de inexcusabilidad⁸⁷, no solo por tratarse en este caso de materia penal (sector en el cual no existen lagunas de ley, que es justo el presupuesto de este principio), sino, además, porque desde el punto de vista internacional, tampoco se estaría reclamando la intervención de la Corte Suprema de manera legal. Esto último, tanto por las falencias en que incurre la CorteIDH para fundamentar sus exigencias apuntadas en los epígrafes anteriores (acudir de preferencia a material extraconvención), como por estar exigiendo a sabiendas una conducta al tribunal nacional para la cual no está facultado.

Todo lo dicho muestra que no existe un sustento legal sólido que fundamente el modo de proceder del máximo tribunal del país, no resultando

⁸⁵ VÁSQUEZ, *op. cit.*, pp. 206.

⁸⁶ *Op. cit.*, pp. 203.

⁸⁷ “De ninguna forma se puede presentar como una excusa la falta de un marco de regulación para desconocer o incumplir un dictamen extranjero ya que, sobre lo mismo, también existe un reconocimiento constitucional del principio de inexcusabilidad” (cons. 9.º).

lícito crear un mecanismo *ad hoc* específico, como ha sido en el presente caso.

No obstante, debe hacerse presente que esta no es la primera vez en que la Corte Suprema lleva a cabo una sesión plenaria para dejar sin efecto una sentencia con fuerza de cosa juzgada como consecuencia de una condena de la CorteIDH, si bien en esos casos se ha tratado de situaciones menos drásticas que la actual.

En efecto, la primera vez fue a propósito del caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile (2014)⁸⁸ y, la segunda, vino de la mano del caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile (2015)⁸⁹.

⁸⁸ En ella, la CorteIDH determinó: “El Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas” en contra de las víctimas, CorteIDH (2014): Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, pto. resol. 16, remitiéndose al párr. 422 y así “i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; ii) dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional. Asimismo, el Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación de su inscripción en cualquier tipo de registro nacional e internacional que los vincule con actos de carácter terrorista”, *op. cit.*, párr. 422.

Lo anterior fue cumplido de forma parcial (CorteIDH, Norín Catrimán y otros vs. Chile, supervisión de cumplimiento [2018], pto. resol. 2 a y 3 a), encontrándose únicamente pendiente la tarea de “suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación de su inscripción en cualquier tipo de registro nacional e internacional que los vincule con actos de carácter terrorista, en lo que respecta a acreditar lo relativo a la Agencia Nacional de Inteligencia” (CorteIDH, Norín Catrimán y otros vs. Chile, supervisión de cumplimiento [2021], pto. resol. 3 a), lo cual fue cumplido en su totalidad (CorteIDH, Norín Catrimán y otros Vs. Chile, supervisión de cumplimiento [2023], pto. resol. 1), aunque aún quedan otras medidas por hacer ordenadas por la CorteIDH (Norín Catrimán y otros vs. Chile, supervisión de cumplimiento [2023], pto. resol. 2).

⁸⁹ Aquí la CorteIDH decretó: “El Estado debe poner a disposición de las víctimas del presente caso, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia, un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio [en los consejos de guerra de la FACH, de los años 1974 y 1975], de conformidad con lo señalado en el párrafo 167 de la presente Sentencia” (CorteIDH (2015): Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, pto. resol. 9, remitiéndose al párr. 167, que señala casi lo mismo). Ello, debido a que “el Estado violó el artículo 25 y el artículo 2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención por la ausencia de un recurso efectivo para anular las sentencias dictadas durante el Proceso 1-73 en perjuicio de las víctimas del caso (supra párrs. 132 y 142)” (CorteIDH (2015): Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, párr. 170).

De esta forma y volviendo al caso Vega González, luego de hacer referencia a un par de causas nacionales en que se negó el carácter de cosa juzgada de las sentencias dictadas en su momento debido a las materias tratadas, alude a estos dos casos internacionales (cons. 7.º). En cuanto al caso Norín Catrimán, señala que en la respectiva sesión del tribunal pleno se dejaron sin efecto las sentencias condenatorias dictadas, razón por la cual ellas “han perdido la totalidad de los efectos que les son propios” (cons. 7.º, énfasis en el original). Y en lo que respecta al caso Maldonado Vargas, en atención a reconocer que “es completamente distinto del proceso que nos convoca [... razón por la cual] no resulta homologable al presente” (cons. 9.º), estima que acaba “resultando ser más atingente la forma de acatamiento dispuesta en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile [pues se trata de una] ocasión en que la misma Corte extranjera dispuso medidas relacionadas con sentencias judiciales y, aun cuando sean de distinta naturaleza y alcance, lo cierto es que se practicó de una forma similar de conocimiento y resolución que se traduce en una sesión pública de las características ya expresadas” (cons. 9.º).

Lo importante, en todo caso, es que estima que:

“el Poder Judicial [es] el único órgano competente que se encuentra autorizado para cumplir una medida como la que fue impuesta por la sentencia de la Corte IDH pues, en ella, se ordena *la revisión y/o anulación de ciertos pronunciamientos judiciales*, lo cual responde a una labor que, por antonomasia, le fue entregada de manera exclusiva a los tribunales de justicia” (cons. 9.º),

razón por la cual no le corresponde actuar a otros órganos del Estado.

Otro aspecto que también debe ser destacado en atención a las notables consecuencias que podría traer en el futuro, es el absoluto sometimiento por el que propugna la Corte Suprema respecto de las sentencias emanadas de aquel tribunal, aludiendo para ello a la Convención de Viena y al *pacta sunt servanda* (cons. 5.º).

Ahora, si bien es cierto que al suscribir la CADH los Estados se comprometieron libre y soberanamente a acatar las resoluciones de este tribunal internacional, ello no le otorga a este último, legitimidad para ordenar lo imposible, según se comentaba más atrás: llevar a cabo una actuación a sa-

Lo anterior fue acatado, razón por la cual la Corte IDH declaró que el Estado procedió a “poner a disposición de las víctimas del presente caso un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en su perjuicio en la causa Rol N° 1-73, y poner dicho mecanismo a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena” (Corte IDH, Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, supervisión de cumplimiento [2017], pto. resol. 1 d).

biendas que no existen los mecanismos procesales para ello⁹⁰. Aunque se crearan dichos mecanismos, solo podrían aplicarse hacia el futuro, jamás con efectos retroactivos para este caso en particular, lo que resulta de una claridad evidente en materia penal.

Además, debe recordarse que los argumentos que tal Corte ha esgrimido van mucho más allá de lo establecido por la CADH y otros tratados del sistema que le han dado competencia, porque buena parte del fundamento de sus decisiones se apoyan en material extraconvención (incluido mucho *soft law*) y además, desconociendo o no aplicando partes de estos mismos tratados (como las garantías procesales más elementales), por mucho que invoque el principio *pro homine* para legitimar su modo de proceder.

Dicho de otra manera: un tratado obliga, sin lugar a duda, al Estado que lo suscribe; pero también, y con mayor razón, debiera obligar a la propia CorteIDH. Todo lo cual no pareciera estar ocurriendo, ya que este tribunal acude a muchísimo material extraconvención para fundamentar sus fallos, dándole, incluso, preferencia sobre partes de la propia CADH.

De nuevo es necesario advertir que las anteriores críticas no obedecen a un capricho ni a un formalismo trasnochado o irrelevante. El irrespeto hacia estos principios y normas procesales básicos en materia penal viola, a todas luces, preceptos que muy bien podrían considerarse de *ius cogens*, lo que, como se ha dicho, se prueba con facilidad por el simple hecho de encontrarse consagrados en multitud de tratados universales y regionales, así como en un sinnúmero de legislaciones nacionales. Y respecto de los antecedentes en los cuales se basa la Corte para condenar por delitos de lesa humanidad (lo que incluye su imprescriptibilidad) o los delitos de carácter permanente, en varios casos ellos no empecen ni obligan al Estado condenado (ni ella posee competencia para invocarlos), tratándose, en muchos casos, de simple *soft law* y en otras oportunidades, si bien acude a tratados, en muchos casos ellos no han sido suscritos por dicho Estado, y de haberlo sido, por tratarse de materias penales, requieren del auxilio de las leyes internas, razón por la cual solo pueden regir desde su promulgación en adelante.

En realidad, lo anterior resulta tan evidente, que no cabe por parte de este tribunal internacional alegar ignorancia a su respecto, sin perjuicio de que en el caso Vega González, parte de esta problemática ya había sido advertida tanto por el Estado como por dos de los votos concurrentes.

Dicho de manera más simple y directa: por mucho que un Estado se haya comprometido a respetar un tratado y la competencia que este otorga a un tribunal internacional, ello no le da al mismo, la capacidad de ordenar

⁹⁰ Con lo cual dicha actuación se hace imposible, en virtud del principio de legalidad, salvo después de que se cree la normativa atingente.

cualquier cosa. No solo porque con su veredicto podría estar violando normas y principios procesales universales, sino, también, porque al invocar material extraconvención para fundamentar sus fallos, está desoyendo al propio tratado que le ha dado sus competencias, perdiendo con ello legitimidad.

Lo anterior quiere decir que un tratado no entrega a su órgano guardián una especie de cheque en blanco para que pueda exigir cualquier comportamiento, basándose en mayor o menor medida en documentos que no obligan al Estado condenado y tampoco resulta suficiente el uso que hace la CorteIDH del principio *pro homine*, tema que, por su complejidad, no puede ser tratado aquí⁹¹.

El *pacta sunt servanda* posee así sus límites, establecidos por el propio tratado, no por la jurisprudencia de aquel tribunal. En caso contrario, cabría preguntarse por la real utilidad de suscribir tratados internacionales.

Pero, volviendo a esta completa adaptación del derecho local al internacional por el que aboga la Corte Suprema, este planteamiento de seguro se encuentra influido por la doctrina del control de convencionalidad, también comentada más atrás. Esto resulta bastante claro cuando el ¿máximo? tribunal del país señala que los jueces nacionales deben hacer “posible la auto-integración del sistema nacional respecto al internacional para la ejecución de las decisiones” (cons. 5.º).

De hecho, a tanto llega este sometimiento a los criterios internacionales que pretende la Corte Suprema, que ello significaría el fin de la cosa juzgada nacional, a menos que ella se amolde a las exigencias del derecho interamericano⁹², debido a que en caso de no seguirse al pie de la letra, darían lugar a la llamada ‘cosa juzgada aparente o fraudulenta’ (cons. 6.º y 7.º). Ello, pese a que la CorteIDH no se refiere a esto en el caso Vega González.

No obstante, ¿quiere decir lo anterior que la Corte Suprema está renunciando a su calidad de tribunal de cierre? Y de manera más profunda, ¿lo puede hacer? De ser así, ello querría decir que cualquier sentencia que se oponga a los criterios del derecho interamericano sería, en su eventualidad, impugnabile y, en algunos casos, en teoría podría no existir plazo para ello, como ocurre para dicha Corte con los delitos de lesa humanidad o los

⁹¹ Se abordan algunos de los problemas de esta amplísima aplicación del principio *pro homine* en SILVA, *El control...*, op. cit., pp. 363-389.

⁹² “La pérdida de eficacia de las sentencias se produce a causa de las infracciones de la normativa internacional por parte del Estado, cuestión que conlleva la privación de esa fuerza de obligatoriedad e inamovilidad a la que hacen alusión los defensores” (cons. 7.º). De esta manera, “una decisión jurisdiccional nacional no puede perpetuar una vulneración de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales asociados a los derechos humanos” (cons. 8.º), por lo cual “con ello generó una violación a las garantías de investigar y sancionar a los responsables” (cons. 7.º).

de carácter continuado, todo ello unido a su imprescriptibilidad, o por la separación que hace entre los hechos cometidos y la tramitación posterior de los juicios a los que ha dado origen, pudiendo producirse aquí nuevas violaciones autónomas de derechos humanos.

Pese a lo anterior, una modificación de tal calibre al ordenamiento jurídico chileno requeriría, de ser legítima, de una profunda reforma constitucional, no bastando, en absoluto, lo que señale de forma unilateral la Corte IDH en su propia jurisprudencia o la Corte Suprema en una sesión plena.

Con todo, pese a que en el fondo la cosa juzgada nacional estaría siendo reemplazada por una cosa juzgada internacional, debe hacerse presente que ni dicho órgano ni la doctrina que la acompaña consideran que este tribunal sea una cuarta instancia⁹³.

También debe recordarse que ella no posee imperio, razón por la cual el cumplimiento de sus sentencias depende, en lo fundamental, del Estado condenado⁹⁴.

Todo lo dicho debe complementarse con otro argumento ya mencionado: que tanto desde la perspectiva del control de convencionalidad como del art. 2 de la CADH, los fallos internacionales debieran cumplirse por el país condenado dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes. Por eso, tanto la Corte Suprema como la Corte IDH debieran tener mucho cuidado en caso de que no existan las herramientas idóneas para hacer lo que señala esta última. Sin embargo, pareciera que, por tratarse de derechos humanos, ellos deben ser cumplidos a toda cosa y por cualquier medio.

Además, debe reiterarse que mientras no exista una ley nacional que establezca tanto la conducta ilícita como su pena, los jueces locales se encuentran atados de manos, pudiendo solo utilizar las normas que se encuentren vigentes, en lo que quepa. A pesar de esto, al igual que la Corte IDH, la Corte Suprema parece argumentar desde un monismo que otorga total primacía y aplicación directa al derecho internacional.

De hecho, los jueces de las causas ahora impugnadas actuaron según la normativa de la época (caso Vega González, párrs. 217 y 221), mucha de la cual sigue vigente hoy, aplicando el recurso de casación en el fondo de

⁹³ Juan Carlos HITTERS, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad*, p. 170.

⁹⁴ El cumplimiento total de las sentencias de la Corte IDH resulta bastante bajo, llegando hasta el año 2018 al 12.9 %. Sobre esto puede consultarse Max SILVA ABBOTT, "A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights", pp. 479-581, versión en inglés y pp. 663-763, versión en español.

oficio, como les exige la ley (art. 785 del *Código de Procedimiento Civil*)⁹⁵. De esta manera, ¿les era exigible otra conducta? Ello, ya que además de la falta de normativa interna, debe hacerse presente que se están aplicando a esos procesos reglas posteriores a su realización, o en caso de ser anteriores, no aceptadas por el Estado, al no haber suscrito en esa época los tratados que las consagran.

En suma, las medidas adoptadas fueron tomadas en perjuicio, no en beneficio de los inculpados (violando el principio *pro reo*), siendo las reglas que pretenden alterar esta situación, otra vez posteriores a los hechos o no vinculantes para el Estado en el momento de producirse o no vinculantes en absoluto, por tratarse de material extraconvención. Ello, sin perjuicio de haberse violado varias garantías procesales, al no haberse realizado un nuevo procedimiento para establecer su eventual responsabilidad, ni haber tenido participación en el juicio llevado a cabo ante la propia CorteIDH, como por lo demás ya advertían los votos concurrentes de los jueces Nancy Hernández López y Humberto Antonio Sierra Porto en el caso Vega González.

V. Algunos comentarios *luego de todo lo señalado hasta aquí*

En atención a lo extenso que ha resultado el presente trabajo, se harán solo algunos comentarios a propósito de todo lo dicho hasta aquí.

Un primer aspecto que salta a la vista es lo confuso, engorroso, reiterativo e imprevisible que resulta el proceder de la CorteIDH al momento de elegir las fuentes para fundamentar sus condenas por violaciones a los derechos humanos, o al echar mano a todo tipo de documentos, vinculantes y no vinculantes, justificando lo anterior en la aplicación del principio *pro homine*. Ello, sin perjuicio de las constantes y a veces circulares remisiones que hace a su propia jurisprudencia.

Semejante conducta resulta bastante problemática, tanto por la completa discrecionalidad con que actúa este tribunal al momento de elegir estos documentos como por la total incerteza que ello produce para los Estados, al serles imposible prever bajo qué parámetros podrían ser juzgados.

En realidad, el problema es bastante más profundo, en atención al serio debilitamiento que con esto sufre la piedra angular del derecho internacio-

⁹⁵ CORTEIDH (2006): Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párr. 128; CORTEIDH (2009): Radilla Pacheco vs. México, párr. 339; CORTEIDH (2012): Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 282.

nal: el *pacta sunt servanda*. Ello, en razón de que los Estados no solo pueden acabar siendo condenados en virtud de documentos que no les empecen (que mediante su jurisprudencia, en ocasiones la Corte IDH ha hecho primar, incluso, sobre tratados realmente vinculantes), sino porque este modo de proceder hace que a la postre resulte casi trivial saber cuáles tratados han sido en efecto suscritos y cuáles no por parte de los Estados.

Por eso conviene reiterar que son los tratados los que otorgan las correspondientes competencias a sus órganos guardianes y no lo contrario, como parece estar ocurriendo aquí, en que en virtud de su particular interpretación del principio *pro homine*, la Corte estima que posee una total libertad para, en el fondo, elegir las normas (vinculantes) o las disposiciones (no vinculantes) que estime pertinentes e interpretarlas con notable libertad para justificar sus decisiones, al margen de que se trate de material extraconvención o que resulte o no en verdad obligatorio para el Estado condenado.

Además, ha sido este mismo modo de proceder lo que explica que este tribunal haya ido extendiendo su competencia a hechos anteriores a la entrada en vigor de la CADH, fruto de interpretaciones a veces muy posteriores (y por ello imposibles de prever) al momento de suscribir ese tratado, como de los hechos que ahora se investigan, con lo cual se están cambiando las reglas del juego.

Del mismo modo, esta notable libertad de acción es la que ha llevado a ese tribunal a pretender declarar de forma unilateral mediante su propia jurisprudencia, diversas conductas como costumbre internacional o como *ius cogens*, de manera independiente a la actuación de los Estados, pese a ser un tribunal regional, con lo cual a su juicio le permitiría aplicar esos criterios al margen de los documentos suscritos, en efecto, por cada país.

En consecuencia, dicho organismo está exigiendo conductas que resultan imprevisibles para los Estados que le han otorgado competencia, al punto que les resulta cada vez más difícil saber a qué reglas atenerse, tanto por la selección que de ellas hace este tribunal como por el modo en que las interpreta.

Además, todo lo dicho ha generado una rápida evolución y, en ocasiones, un completo replanteamiento de los derechos, en sus inicios, pactados dentro del Sistema Interamericano, de un modo cada vez menos previsible para los Estados.

En realidad, podría decirse que los derechos humanos se encuentran, en la actualidad, en un permanente proceso de construcción y reconstrucción, lo cual no solo les quita su carácter convencional, sino, de manera más profunda, también su pretendida universalidad, al depender cada vez más del poco previsible criterio de este tribunal. Ello hace que conductas que en su momento no presentaban problemas, puedan ser consideradas ilícitas

en un futuro no muy lejano, aplicándole al Estado condenado esos nuevos criterios de manera retroactiva.

Todo lo dicho está produciendo una grave crisis de las fuentes formales del derecho internacional, contraviniendo lo establecido por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y poniendo en grave entredicho el *pacta sunt servanda*, tal como ya se ha establecido.

En realidad, lo que parece estar ocurriendo es que la CorteIDH pretende transformar a su propia jurisprudencia en una especie de 'superfuente' que prime y maneje con total discrecionalidad a todas las demás. No solo estimando que posee la facultad para acudir a las normas (vinculantes) o disposiciones (no vinculantes) que considere pertinente e interpretarlas con notable libertad en cada caso, en virtud del principio *pro homine*, sino, además, otorgándoles fuerza vinculante por medio de esa misma jurisprudencia, al margen de la naturaleza del documento en cuestión y de la actitud que hayan tenido los Estados a su respecto y su época. Todo ello, pese a que la jurisprudencia de los tribunales internacionales es una fuente secundaria del derecho internacional, una vez más de acuerdo con lo señalado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De igual manera, y al parecer fruto de un inconfesado monismo, este tribunal busca darle un efecto directo a su jurisprudencia (y mediante ella a las demás normas y disposiciones del derecho internacional a las que ella acude), primando sobre los tratados e independientemente al hecho que se encuentren o no suscritos por el país condenado. Y, además, con posibles efectos retroactivos, en particular en el caso en comento, gracias a la separación entre el hecho lícito y la tramitación del juicio posterior que lo investiga⁹⁶, aplicando criterios futuros a situaciones del pasado.

Esta situación resulta, de una delicadeza particular, en materia penal, dada la absoluta necesidad que tanto el delito como la pena sean regulados por la ley, como por lo demás exigen varios de los tratados aquí analizados. Aunque la crisis de las fuentes del derecho antes mencionada también parece estar afectando esta exigencia, al menos desde la perspectiva de la CorteIDH.

Por otro lado, el mismo monismo que pretende otorgar una total primacía al derecho internacional, es lo que explicaría que este tribunal exija al Estado conductas para las cuales no se cuenta con la normativa adecuada, como se dijo.

No obstante, debe recordarse que como aquel tribunal carece de imperio, el acatamiento de los tratados y de las sentencias internacionales de-

⁹⁶ Ello, pese a que el Estatuto de Roma, que muchas veces invoca, no hace esta distinción, siendo lo importante para dicho estatuto el momento de la comisión de los hechos.

penden de la sola aquiescencia del Estado, razón por la cual persiste un marcado dualismo.

Este dualismo se refuerza si se recuerda que este mismo tribunal internacional ordena con frecuencia alterar la legislación interna del país condenado (como ocurre, por ejemplo, a propósito del control de convencionalidad), lo que resultaría absurdo si se estuviera en presencia de un verdadero monismo.

Es por eso que luego de todo lo dicho hasta aquí, resulta imposible no percibir una notable *desformalización* dentro del Sistema Interamericano (cuyo fundamento principal es el principio *pro homine*), en el sentido de no existir, o en caso de haberlas, de hacerse caso omiso, de una serie de reglas procedimentales y sustanciales acordadas por los Estados que buscan evitar la arbitrariedad, entre otros, también de la CorteIDH⁹⁷.

Por último, esta desformalización parece también estar contagiando a los ordenamientos jurídicos nacionales, siendo un claro ejemplo la resolución de la Corte Suprema aquí comentada, quien, a pesar de no tener las competencias para ello, aplicó la sentencia de aquel órgano de justicia.

A modo de cierre, es necesario indicar que esta forma de proceder, además de violar varias garantías del debido proceso (entre otros, el principio *pro reo*), propina, también, un duro golpe a la institución de la cosa juzgada nacional, pues de acuerdo con lo señalado por el ¿máximo? tribunal del país, para no ser calificada de ‘aparente’ o ‘fraudulenta’, su legitimidad dependería, en buena medida, de su acatamiento de los criterios internacionales. Con lo cual, en teoría, dejaría de ser la Corte Suprema el tribunal de cierre, para ser sustituida por la CorteIDH. Este es un asunto fundamental que requiere de un profundo debate.

Algunas conclusiones

Se reitera que al margen de los delicados hechos a los que se alude en el caso Vega González, aquí se ha analizado formalmente con la intención de explicar el modo en que, por regla general, la CorteIDH fundamenta sus condenas por violaciones a los derechos humanos.

De tal situación y de forma muy somera, se pueden enumerar las siguientes conclusiones:

1. Amparándose en el principio *pro homine*, la Corte ha fundamentado parte de sus sentencias con material ajeno al Sistema Inte-

⁹⁷ Sobre este tema hemos tratado en SILVA, *El control...*, *op. cit.*, pp. 96-100 y 468-488.

americano (lo que incluye abundante *soft law*) sobre el cual no tiene competencia ni, en muchos casos, tampoco ha sido aceptado por el Estado condenado.

2. El manejo que realiza a propósito de estas fuentes resulta tremendamente engorroso, desordenado, repetitivo e imprevisible, lo que se agudiza debido a las continuas remisiones a su propia jurisprudencia, muchas veces de manera circular.
3. Este modo de proceder ha sido también utilizado por este organismo para ampliar su competencia temporal, juzgando situaciones anteriores a la suscripción de los tratados de los cuales ella depende e, incluso, previas a su misma existencia; y también para declarar que determinadas conductas poseen la categoría de costumbre internacional o de *ius cogens* (pese a ser un tribunal regional), al margen de la conducta efectiva realizada por los Estados, requisito esencial para que tengan dicho carácter.
4. Por ende, se está debilitando de manera importante el *pacta sunt servanda*, en virtud de que desde la óptica de este tribunal, resulta en la práctica indiferente cuáles tratados ha sido suscritos o no por el Estado condenado, sin perjuicio de que muchas veces ha dado preferencia a lo señalado por esas otras fuentes no obligatorias sobre los tratados en verdad vinculantes.
5. Todo esto deslegitima su actuar, al no atenerse a lo que en efecto se ha pactado por los Estados al darle origen, ni tampoco haber sido previsible al momento de suscribir los tratados regionales.
6. Además, su modo de proceder está generando una notable incerteza para los Estados, al no tener claridad respecto de cuáles derechos humanos podrían estar transgrediendo ni desde cuándo (al encontrarse en una permanente evolución), situación que también resultaba imprevisible al momento de suscribir la CADH.
7. Lo anterior está produciendo una grave crisis de las fuentes del derecho internacional, fruto de una notable *desformalización* que se está generando dentro del Sistema Interamericano.
8. Este fenómeno parece indicar que este tribunal busca convertir a su propia jurisprudencia en una especie de 'superfuente' que prime y manipule con notable libertad a todas las restantes, de manera independiente a su naturaleza (regionales o universales, vinculantes o no) y temporalidad.
9. Además, en atención a un supuesto monismo, aquella también pretende que los Estados apliquen de manera directa su propia jurisprudencia, al margen de lo que establezca su legislación interna aun si no se cuenta con ella, lo que incluye materias de índole pe-

- nal. Para ello y en virtud del principio *pro homine*, fundamenta lo anterior en los tratados, la costumbre internacional, el *ius cogens*, su propia jurisprudencia y por su intermedio, en el *soft law*.
10. Sin embargo, a pesar de lo anterior, también exige que se genere la normativa doméstica correspondiente, lo que prueba el real dualismo existente.
 11. De igual manera, este supuesto monismo se contradice tanto por los reales efectos del control de convencionalidad como por lo establecido en el art. 2 de la CADH.
 12. Debe insistirse en que todo lo dicho se agrava en el presente caso no solo por afectar materias propias del derecho penal, sino, también, porque los tratados invocados por la misma suelen exigir la regulación por parte de la ley local de las conductas ilícitas, de las sanciones aparejadas y de las garantías mínimas del debido proceso. No obstante, en varias oportunidades este tribunal ha pretendido esquivar lo anterior acudiendo y dando prioridad a una serie de fuentes no vinculantes para el Estado, así como a su propia jurisprudencia.
 13. Esto explica, aunque no justifica, que en el caso Vega González y otros vs. Chile la CorteIDH haya reprochado a los jueces nacionales por no haber aplicado en los juicios de derechos humanos los criterios internacionales, al margen de lo establecido por las leyes domésticas de la época, de los documentos en concreto suscritos y el momento de los acontecimientos.
 14. De igual manera, lo anterior sirve para entender por qué a sabiendas, este tribunal realiza exigencias para las cuales no existe normativa idónea al interior del Estado para ser llevadas a cabo, pese a haber sido ello advertido por el Estado y dos de los votos concurrentes; lo cual podría vincularse al proceso de desformalización antes mencionado.
 15. Ahora bien, pese a que este vacío legal es expresamente reconocido por la Corte Suprema, se llevó a cabo una sesión en pleno para la cual no existe autorización, siguiendo en esto la huella de lo ya ocurrido en los casos Norín Catrimán y Maldonado Vargas.
 16. Sin embargo, tanto la alusión a los autos acordados como al principio de inexcusabilidad resultan improcedentes para justificar esta actuación.
 17. Es por todo lo dicho que se estima que esta resolución adoptada por la Corte Suprema resulta nula.
 18. En suma, debe hacerse presente que, con su modo de proceder, la Corte Suprema estaría poniendo en tela de juicio no solo la ins-

titución de la cosa juzgada en el ámbito nacional, sino, también, su propia calidad de tribunal de cierre. Ello, pues si la legitimidad de sus sentencias depende de la incorporación de los criterios internacionales establecidos por la CorteIDH (y no ser así declarada ‘aparente’ o ‘fraudulenta’), se estaría otorgando a este organismo la calidad de tribunal de cierre dentro del ordenamiento jurídico chileno y la institución de la cosa juzgada estaría pasando desde el ámbito nacional al internacional.

Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11 n.º 1, Santiago, 2013.
- CAROZZA, Paolo, “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions”, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, No. 1, Notre Dame, Indiana, 2016.
- CONTESE, Jorge, “Resisting the Inter-American Human Rights System”, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 44, No. 2, New Haven, Connecticut, 2019.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, “Aplicabilidad en el ámbito interno y en tiempos de paz de las normas de *ius cogens* del derecho internacional humanitario”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, n.º 2, Santiago, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Montevideo, 2016.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, en *Estudios Constitucionales*, año 15, n.º 1, Santiago, 2017.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “Reflexiones sobre el pasado, presente y futuro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad”, en *Revista IIDH*, vol. 67, San José, 2018.
- HITTERS, Juan Carlos, *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad*, Santiago de Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- IVANSCHITZ BOURDEGUER, Bárbara, “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH por el Estado de Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1, Santiago, 2013.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, “Activismo judicial en la evolución del derecho internacional: hacia la configuración de un incipiente orden público internacional”, en *Agenda Internacional*, año XVII, n.º 28, Lima, 2010.

- ROJAS VALDEZ, Eduardo, “El control de convencionalidad como instrumento para integrar tipos penales: su viabilidad a partir del principio de legalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LI, n.º 156, Ciudad de México, 2019.
- SILVA ABBOTT, Max, “A Radiographic Analysis of the Effectiveness of the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights”, in *ILSA, Journal of International & Comparative Law* (Bilingual Edition), Nova Southeastern University, Shepard Broad College of Law, vol. 26, Issue 3, Florida, 2020 (versión en inglés) y (versión en español).
- SILVA ABBOTT, Max, *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- SILVA ABBOTT, Max, “¿Existe o no una jerarquía entre el Derecho Internacional y el nacional dentro del Sistema Interamericano?”, en *Persona y Derecho*, vol. 93/2, Pamplona, 2025.
- SILVA ABBOTT, Max, “¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico?”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 18, n.º 2, Santiago, 2020.
- VÁSQUEZ, José Ignacio, “El control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 72, Santiago, 2010.
- VELÁSQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, “Derecho internacional penal o derecho penal internacional: una discusión ociosa, a la luz de los principios establecidos en el Estatuto de Roma”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, Ciudad de México, 2021.
- VIO GROSSI, Eduardo, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, Montevideo, 2015.

SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

- 19 comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. 5 de julio de 2004. Serie C n.º 109.
- Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo reparaciones y costas. 22 de noviembre de 2007. Serie C n.º 171.
- Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 26 septiembre 2006. Serie C n.º 154.
- Alvarado Espinoza y otros vs. México. Fondo, reparaciones y costas. 28 de noviembre de 2018. Serie C n.º 370.
- Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202.
- Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239.
- Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. 28 de noviembre de 2003. Serie C n.º 104.

- Baldeón García vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147.
- Barrios Altos vs. Perú. Fondo. 14 de marzo de 2001. Serie C n.º 75.
- Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de cumplimiento. 7 de septiembre de 2012.
- Blake vs. Guatemala. Excepciones preliminares. 2 de julio de 1996. Serie C n.º 27.
- Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento. 5 de julio de 2011.
- Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124.
- Dial y otro vs. Trinidad y Tobago. Fondo y reparaciones. 21 de noviembre de 2022. Serie C n.º 476.
- Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo. 15 marzo 1989. Serie C n.º 6.
- Familia Julien Grisonas vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de septiembre de 2021. Serie C n.º 437.
- Flores Bedregal y otras vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 17 de octubre de 2022. Serie C n.º 467.
- Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242.
- García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 17 de noviembre de 2015. Serie C n.º 306.
- García Lucero y otras vs. Chile. Excepción preliminar, fondo y reparaciones. 28 de agosto de 2013. Serie C n.º 267.
- García Prieto y Otro vs. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 20 de noviembre de 2007. Serie C n.º 168.
- García Rodríguez y otro v. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 25 de enero de 2023. Serie C n.º 482.
- Garibaldi vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de septiembre de 2009. Serie C n.º 203.
- Garzón Guzmán y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. 1 de septiembre de 2021. Serie C n.º 434.
- Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. 24 de febrero de 2011. Serie C n.º 221.
- Genie Lacayo vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. 27 de enero de 1995. Serie C n.º 21.
- Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5.
- Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153.
- Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2010. Serie C n.º 219.
- Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de cumplimiento. 17 de octubre de 2014.
- Gómez Palomino vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 136.

- González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205.
- Gudiel Álvarez y otros (diario militar) vs. Guatemala. Fondo reparaciones y costas. 20 de noviembre de 2012. Serie C n.º 253.
- Guzmán Medina y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. 23 de agosto de 2023. Serie C n.º 495.
- Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 186.
- Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Excepciones preliminares. 23 de noviembre de 2004. Serie C n.º 118.
- Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. 8 de julio de 2004. Serie C n.º 110.
- Herzog y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 15 de marzo de 2018. Serie C n.º 353.
- Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. 1 de septiembre de 2010. Serie C n.º 217.
- Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 27 de julio de 2022. Serie C n.º 455.
- Isaza Uribe y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. 20 de noviembre de 2018. Serie C n.º 363.
- Ivcher Bronstein vs. Perú. Supervisión de cumplimiento. 27 de agosto de 2010.
- La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.
- Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213.
- Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 3 de noviembre de 2021. Serie C n.º 442.
- Masacre de La Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. 11 de mayo de 2007. Serie C n.º 163.
- Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211.
- Masacre de Mapiripán vs. Colombia. 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.
- Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Interpretación de la fondo, reparaciones y costas. 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 159.
- Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252.
- Masacres de Ituango vs. Colombia. 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148.
- Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250.
- Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento. 21 de agosto de 2014.

- Moya Chacón y otro v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de mayo de 2022. Serie C n.º 451.
- Movilla Galarcio y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. 22 de junio de 2022. Serie C n.º 452.
- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279.
- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Supervisión de cumplimiento. 28 de noviembre de 2018.
- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Supervisión de cumplimiento. 18 de febrero de 2021.
- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Supervisión de cumplimiento. 21 de marzo de 2023.
- Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. fondo, reparaciones y costas. 2 de septiembre de 2015. Serie C n.º 300.
- Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Supervisión de cumplimiento. 30 de agosto de 2017.
- Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. 29 noviembre 2018. Serie C n.º 372.
- Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. 8 de marzo de 1998. Serie C n.º 37.
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160.
- Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. 8 de octubre de 2019. Serie C n.º 384.
- Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 23 de noviembre de 2009. Serie C n.º 209.
- Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 14 de noviembre de 2014. Serie C n.º 287.
- Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 31 de agosto de 2010 Serie C n.º 216.
- Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158.
- Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 20 de octubre de 2016. Serie C n.º 318.
- Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y costas. 27 de febrero de 2002. Serie C n.º 92.
- Trujillo Oroza vs. Bolivia. Supervisión de cumplimiento. 16 de noviembre de 2009.
- Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 20 de noviembre de 2009. Serie C n.º 207.

- Vargas Areco vs. Paraguay. 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155.
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. 29 julio 1988. Serie C n.º 4.
- Vega González y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 12 de marzo de 2024. Serie C n.º 519.
- Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 19 de mayo de 2011. Serie C n.º 226.
- Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade [a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. 14 de marzo de 2001].
- Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. 14 de marzo de 2001.
- Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en relación con la sentencia de reparaciones dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Castillo Páez. 27 de noviembre de 1998.
- Ximenes Lopes vs. Brasil. 4 julio 2006. Serie C n.º 149.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969).
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1980).
- Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1969).
- Convenios de Ginebra (1949).
- Estatuto de Roma (1998).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Protocolo I [a los Convenios de Ginebra] Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).
- Protocolo II [a los Convenios de Ginebra] Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).

OTROS DOCUMENTOS

- Corte Suprema. Cumplimiento caso Vega González y otros vs. Chile. Sentencia modificatoria rol. 24317-2025. Disponible en portal de verificación de documentos: Poder Judicial [fecha de consulta: 9 de marzo de 2026].
- Código de Procedimiento Civil* (República de Chile).
- Código de Procedimiento Penal* (República de Chile).
- Código Orgánico de Tribunales* (República de Chile).

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
art.	artículo
arts.	artículos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
cap.	capítulo
caps.	capítulos
cons.	considerando <i>a veces</i> considerandos
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
ComisiónIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
FACH	Fuerza Aérea de Chile
inc.	inciso
Nº <i>a veces</i> n.º	número
No.	number
OEA	Organización de Estados Americanos
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
parr.	párrafo
párrs	párrafos
pp. <i>a veces</i> págs.	páginas
Res.	Resolución
TEDH	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos
vs. <i>a veces</i> v.	versus
vol.	volumen

Derecho económico

LA BANCA LIBRE CHILENA ANTERIOR AL BANCO CENTRAL: REFLEXIONES PARA EL FUTURO

CHILEAN FREE BANKING BEFORE THE CENTRAL BANK: REFLECTIONS FOR THE FUTURE

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Para despejar jurídicamente la disyuntiva entre banca libre o bancos centrales, analizaremos el periodo histórico chileno en el que tuvo vigencia la banca libre, antes de la creación del Banco Central, entre 1860 y 1925. Concluiremos que la banca libre y el padrón oro son incompatibles con un Estado moderno que está al servicio de la persona humana, el cual necesita que alguien equilibre las políticas gubernamentales contracíclicas para impedir la inflación.

PALABRAS CLAVE: banca libre, padrón oro, banco central, historia monetaria, servicialidad.

Abstract

To legally clarify the dilemma between free banking or central banks, we will analyze the Chilean historical period in which free banking was in force, before the creation of the Central Bank, between 1860 and 1925. We will conclude that free banking and the gold standard are incompatible with a modern State that is at the service of the human person, which needs someone to balance countercyclical government policies to prevent inflation.

KEYWORDS: Free banking, gold standard, central bank, monetary history, State service.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas Universidad de Salamanca España. Correo electrónico: alagostorres@gmail.com ORCID: 0009-0006-1847-2147.

Artículo enviado el 4 de enero de 2026 y aceptado para su publicación el 14 de marzo de 2026.

Introducción

Se dice que los bancos centrales son indispensables para el buen funcionamiento de la economía, aunque tienen detractores tanto de sectores de izquierda como entre liberales de derecha. Los primeros, en especial de la izquierda más radical, suelen ser reacios a la existencia de órganos autónomos exentos de algún tipo de control político de la ciudadanía o de sus representantes, donde, además, hay quienes de plano ven la inflación como una maquinación que eleva los precios. Los segundos, en especial quienes siguen a la “escuela austriaca”, entienden que las crisis surgen del normal ciclo económico y las recesiones son la forma de solucionarlas, bajan la fiebre, pinchan las burbujas y restablecen las condiciones de una economía sana, lo cual se lograría en política monetaria suprimiendo los bancos centrales, retomando el padrón oro y poniéndole fin al sistema bancario de reserva fraccional, en que solo parte de los depósitos bancarios está respaldada por dinero efectivo disponible para su retiro, aseverando que las grandes crisis de 1929 y 2008 se habrían agudizado al adoptar los bancos centrales políticas contracíclicas¹.

Un banco central es un ente que, en la mayoría de los países, ejerce como autoridad monetaria y, como tal, está encargado de emitir el dinero legal, y de diseñar y ejecutar la política monetaria nacional. Suelen ser entidades de carácter público que, en la actualidad y en un gran número de países, se configuran como autónomas respecto del gobierno del país o grupo de países al que pertenecen, teniendo, además, un carácter técnico. Un órgano es “autónomo” cuando no está subordinado a otro órgano o poder del Estado para tomar decisiones, en tanto que es “técnico” cuando decide sobre la base del conocimiento propio de su área de competencias. Con estas características, se espera que los gobiernos no se tienten a financiar sus programas utilizando de modo irresponsable el poder del Banco Central, evitándose, así, la ocurrencia de brotes inflacionarios.

Ya a mediados del siglo XX, se destacaba la perfección del concepto que tiene la Reserva Federal estadounidense en cuanto a los fines de un banco central, esto es, contribuir –en la medida en que las limitaciones de la política monetaria y del crédito lo permitan– a crear un ambiente económico favorable para el nivel más elevado y constante posible de producción y empleo². Más recientemente, se señala que la responsabilidad primordial de un banco central es asegurar la estabilidad de precios y financiera, a la vez que, sin sacrificar estos objetivos, también debe apoyar las políticas económicas del go-

¹ Por todos: Axel KAISER, *La miseria del intervencionismo: 1929-2008*, p. 38 y ss.

² Felipe HERRERA LANE, *Elementos de economía monetaria*, p. 60 y s.

bierno³. El fundamento de la existencia de un banco central autónomo, esto es, que la política monetaria recaiga sobre un ente con una función de riesgo diferente e independiente a la del gobierno de turno, radica en la constatación de que a la economía le disgusta la incertidumbre, siendo los agentes económicos reacios para actuar en contextos que no les otorgan suficiente seguridad. Es en este aspecto en el que toma importancia el que un órgano diferente del gobierno de turno sea capaz de equilibrar decisiones del gobernante que puedan producir inflación por sorpresa, a la par de introducir incertidumbre a la economía.

El origen de la autonomía de los bancos centrales se relaciona con la necesidad de controlar la inflación o aumento general y sostenido del nivel de precios que debilita el poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Pero la inflación es mala no solo por el hecho de que suban los precios, sino porque genera costos ineficientes que redundan en despilfarro, al tiempo que produce una distribución aleatoria de la riqueza que provoca incertidumbre en los agentes económicos. Es este efecto de aleatoriedad el que genera ruido y molesta a las personas para tomar decisiones, pues no es posible observar una pauta clara en la forma en que circula y se distribuye la riqueza. Entonces baja la inversión, las personas comienzan a gastar más en sus necesidades básicas, se pierden los ahorros y se elevan los costos de transacción. En síntesis, la inversión privada es más baja cuando la autoridad del Banco Central es débil, lo que reduce la tasa de crecimiento a largo plazo⁴. La inflación es un fenómeno monetario asociado a la cantidad de dinero en circulación, y tiene su origen tanto en el ciclo político como en las expectativas que se van formando los agentes económicos.

Debemos recordar que la política monetaria tiene relación con las variaciones del dinero en la economía, mientras que la política fiscal se refiere a las variaciones en gastos e impuestos, en las que ambas políticas influyen en la oferta agregada y en la estabilidad⁵. A los bancos centrales se les suelen fijar objetivos de política monetaria como la estabilidad de precios; mientras que la política fiscal, como el crecimiento, el empleo o el cuidado del ambiente, le corresponde al gobierno. Por otra parte, se dice que un banco central debe poseer independencia de instrumentos, pero no de objetivos, es decir, debe tener libertad para determinar las herramientas de que puede disponer para alcanzar los objetivos que se le han señalado, mas no para definir di-

³ Alex CUKIERMAN, "Independencia del Banco Central e instituciones responsables de la política monetaria: pasado, presente y futuro", p. 5.

⁴ CUKIERMAN, *op. cit.*, p. 11.

⁵ En esto hay total acuerdo entre economistas, sean conservadores como Gregory MANKIOW, N., *Principios de economía*, p. 822, o socialdemócratas como Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADDY, *Fundamentos de economía*, p. G-8.

chos objetivos, los cuales solo pueden ser establecidos por ley. Todo esto, en un marco adecuado de responsabilidad y transparencia.

Pero este aparente consenso de que los bancos centrales son los entes apropiados para lograr una adecuada regulación del circulante y así asegurar la estabilidad de la moneda, no siempre ha sido tal, sino que es una idea que gradualmente se fue difundiendo, sin perjuicio de que aún hoy tiene detractores. Por otra parte, la noción misma de “estabilidad de la moneda” o “estabilidad de precios” también ha sido entendida de manera diferente a través del tiempo, pues antes de que se generalizara la existencia de los bancos centrales, cuando la banca era libre y basada en el uso del padrón oro, se tenía por tal a la “estabilidad de los tipos de cambio”, condición necesaria para el buen funcionamiento de dicho sistema monetario, noción muy diferente a la aceptada en la actualidad, según la cual la estabilidad de la moneda se entiende como la estabilidad del nivel general de los precios internos, esto es, que la inflación se mantenga “baja y estable”⁶.

En Chile podemos dividir nuestra historia monetaria y bancaria en cinco etapas:

- 1^a Desde la época hispánica hasta 1860, en que predomina el sistema bimetálico de oro y plata sin billetes de banco.
- 2^a Desde 1860 a 1878, en que sigue el sistema bimetálico, pero con circulación paralela de billetes emitidos por bancos y anclados al padrón oro, con breve interrupción en 1865-1866.
- 3^a Desde 1878 a 1925, un periodo de “papel moneda” y de permanente desvalorización del peso chileno, con una breve vuelta al sistema monetario de 1895 hasta 1898, fecha a partir de la cual los bancos pierden su capacidad emisora y el papel moneda se vuelve, en exclusiva, fiscal.
- 4^a Desde 1925 a 1932, lapso en que se vuelve por completo al estándar de oro a partir del establecimiento de nuestro banco central y
- 5^a Desde 1932 a la fecha, en que vuelve el papel moneda, y se experimentan varios episodios de alta inflación entre 1942 y 1994⁷, con un máximo del 508 % en 1973 (variación IPC diciembre a diciembre)⁸.

A pesar de las críticas al actual sistema de papel moneda, no es tan fácil desecharlo para regresar al modelo áureo, pues este requiere para funcionar, de un conjunto de reglas de comportamiento, aunque sean muy pocas y simples. Durante la época del padrón oro, en cada país existía uno o más entes

⁶ Camilo CARRASCO, *Banco Central de Chile 1925-1964. Una historia institucional*, p. 3.

⁷ HERRERA, *op. cit.*, p. 45 y s.

⁸ Andrés BIANCHI, “La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación”, p. 12.

centrales que mantenían las reservas de oro monetario y podían emitir otros instrumentos de pago, por ejemplo, papel moneda o billetes, a condición de que fueran convertibles en oro a su sola presentación, a una paridad fija determinada por la ley. Los pagos internacionales se realizaban mediante compensaciones o transferencias de oro, aunque por motivos prácticos se utilizaban de preferencia letras sobre el exterior convertibles en oro en la respectiva plaza extranjera. Así, el aumento de circulante de un país solo se producía cuando el órgano central era comprador neto de oro o incrementaba sus reservas. Al contrario, si el banco de reserva era vendedor neto de oro, se producía una disminución tanto de circulante como de reservas metálicas. Este modelo, en teoría, garantizaba los tipos de cambio fijo entre países y consecuentemente se consideraba que favorecía el comercio internacional y, en el mediano plazo, la estabilidad de precios. Este sistema, bastante sencillo, corregía los desequilibrios transitorios que pudieren presentarse en los pagos externos. Si en un país se registraba una disminución de sus exportaciones, se generaba un déficit en su balanza comercial que solo podía saldarse, en principio, con ventas netas de oro por parte del banco de reserva, lo cual acarrearía una pérdida de reservas y la consiguiente disminución de circulante. La contracción monetaria reducía la demanda de importaciones, favoreciendo el retorno al equilibrio de la balanza comercial. En la misma dirección del ajuste, operaba el aumento de la tasa de interés interna producido por la contracción monetaria, lo cual en una segunda instancia atraía capitales del exterior, revirtiendo la caída inicial de las reservas. Ambos comportamientos se reforzarían para corregir los déficits, pues la menor cantidad de billetes en circulación y el encarecimiento del crédito harían disminuir la demanda interna, favoreciendo una baja de las importaciones y un incremento de excedentes para exportar. A la inversa, con una disminución inicial de importaciones y el consiguiente superávit en la balanza comercial, el padrón oro también corregiría el desequilibrio en un proceso contrario al señalado. Todo ocurría por el ajuste automático de dicho sistema monetario. Los modelos simples de tipo de cambio fijo surgidos con posterioridad, funcionaban en esencia igual: reemplazando el oro por alguna divisa internacional, como la libra esterlina o el dólar estadounidense⁹.

Consecuencia del sistema descrito era el consenso, a fines del siglo XIX, de entender por estabilidad de precios la estabilidad del tipo de cambio, condición necesaria para realizar las compensaciones de metal entre los países, y no el control de la inflación como lo entendemos hoy.

Pero existían variantes de dicho sistema monetario. En el “gold standard” o padrón oro puro, los billetes eran convertibles obligatoriamente en oro

⁹ CARRASCO, *op. cit.*, p. 65 y ss.

efectivo a la vista o al portador. Una carencia de esta modalidad era que el banco de reserva, ante una crisis que generara incertidumbre en los agentes económicos, quedaba expuesto a sufrir rápidamente una disminución de sus reservas de oro, de tal magnitud, que podría obligarlo a declarar la inconvertibilidad. Para superar este riesgo, algunos países prefirieron el “gold exchange” o padrón de cambio oro, que, a diferencia del anterior, limitaba la obligación del banco de reserva a convertir los billetes en letras oro sobre el exterior, intentando desincentivar la demanda de oro para fines domésticos y canalizarla a los pagos internacionales, con lo cual se suponía se minimizaba la probabilidad de corridas contra el banco de reserva. La tercera modalidad fue la establecida en la Ley Orgánica del Banco Central de Chile de 1925, denominada “qualified gold exchange standard” o padrón de cambio oro calificado, modalidad intermedia en la que el banco tenía la opción de convertir los billetes en oro amonedado, en oro en barras o en letras oro sobre Londres o Nueva York.¹⁰

Entonces, a la luz de la historia económica y del conocimiento científicamente afianzado, parece pertinente preguntarnos: ¿Está realmente superado en Chile el dilema de la existencia de la banca libre? ¿Podemos hoy prescindir del Banco Central? Intentaremos responder.

I. El contexto histórico y jurídico chileno a mediados del siglo XIX

En el mundo, hasta 1871, había dos sistemas monetarios metálicos: el padrón oro y los padrones bimetálicos. Pero, como la escasez del oro constreñía el crecimiento de la acuñación de monedas y la emisión de billetes, para ampliar la oferta monetaria se recurrió a la acuñación de monedas en plata y oro, lo cual implicaba la necesidad de establecer una paridad legal entre estos dos metales, siendo, precisamente, el problema de los padrones bimetálicos la dificultad que los gobiernos encontraban para mantener la paridad legal entre las monedas de plata y oro en línea con los precios relativos de mercado de esos metales. Por ello, la mayor estabilidad del sistema áureo hizo que este se impusiera entre 1872 y 1914, la edad de oro de aquel sistema monetario internacional, al tiempo que fue el principal factor de estabilidad monetaria de la primera globalización y un elemento clave para el crecimiento económico de la época¹¹.

¹⁰ CARRASCO, *op. cit.*, p. 68.

¹¹ FRANCISCO COMÍN COMÍN, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, p. 467 y s.

Contra lo que suele afirmar la teoría, el estándar áureo mantuvo la estabilidad monetaria internacional, no porque actuaran mecanismos de ajuste de exportación de oro y de las políticas monetarias de los países encaminadas a restaurar el equilibrio de la balanza de pagos, sino porque el mismo, fue respaldado por la estabilidad de la libra esterlina y la *Pax Británica*, lo cual lleva a afirmar que, en lugar de dicho método, aquel sistema monetario internacional debería llamarse “padrón libra”¹².

Es de común conocimiento que Gran Bretaña era el país más aferrado al padrón oro, pero tuvo que dejarlo durante las guerras napoleónicas para financiar el esfuerzo bélico con emisión, por lo que la libra dejó de ser convertible en oro entre 1797 y 1821, restableciéndose dicha convertibilidad hasta la Primera Guerra Mundial, lo cual manifiesta su incompatibilidad con situaciones excepcionales creadas por conflictos armados^{13,14}. La inconvertibilidad trajo inflación y depreciación de la libra, lo cual generó una fuerte polémica entre quienes consideraban que la oferta monetaria debía estar respaldada en reservas metálicas, la escuela metalista o *currency school*, en contraposición a la escuela bancaria o *banking school*, para quienes el dinero no eran solo los billetes, sino, también, los depósitos y títulos como los pagarés descontables. Para los primeros, las emisiones provocaban la inflación y la depreciación de la libra como consecuencia de la inconvertibilidad de los billetes; mientras que, para los segundos, la depreciación del cambio ocurría como consecuencia de factores reales más que monetarios. Luego, con el paso del tiempo se fue de nuevo imponiendo el sistema metálico, es decir, la convertibilidad¹⁵.

En este contexto, entre 1870 y 1914 el mundo vivió la “primera globalización” como consecuencia de la “segunda industrialización”¹⁶ y, a partir de estos fenómenos, comenzó lo que se conoce como la “gran divergencia” entre países desarrollados y no desarrollados, en el que los primeros aumentaron su ventaja en términos de renta per cápita con respecto de los segundos, los que no se industrializaron^{17, 18}.

¹² COMÍN, *op. cit.*, p. 411.

¹³ *Op. cit.*, p. 466.

¹⁴ Frecuentemente los enormes gastos que imponen las guerras fueron la causa de varias suspensiones del padrón oro a lo largo de la historia: Gran Bretaña durante las guerras napoleónicas (1797-1821), Chile en la Guerra del Pacífico (1879-1884), en la Primera Guerra Mundial (1914-1918), el caso de Estados Unidos por la Guerra de Vietnam en 1971, etcétera.

¹⁵ COMÍN, *op. cit.*, p. 428 y s.

¹⁶ La primera industrialización corresponde a la revolución industrial iniciada en Gran Bretaña a mediados del siglo XVIII.

¹⁷ COMÍN, *op. cit.*, p. 409 y ss.

¹⁸ Los países que se industrializaron, con excepción de Japón, eran países que ya para 1820 tenían instituciones capitalistas que habían tardado siglos en desarrollarse, de las cuales carecían y aún hoy carecen los países atrasados.

En Chile, hasta la década de 1870 había un bimetalismo monetario con dos pesos de distintos metales, oro y plata, pero de idéntico poder liberatorio. Cuando bajó el precio internacional de la plata, operó la “Ley de Gresham”, según la cual la moneda mala o barata expulsó a la buena o cara, con lo que, en los hechos, tuvimos un monometalismo de plata, circulando solo esta moneda, en tanto la de oro era atesorada o abandonaba el país. En este contexto ocurrió la primera real inconvertibilidad en 1878¹⁹.

Hasta 1860, durante el bimetalismo, el Estado no tuvo política monetaria, mientras que la provisión de monedas dependía solo de la plata y el oro producidos y acuñados. No hubo intervención gubernativa para regular, según las necesidades nacionales, uno u otro proceso. Lo anterior desembocó en una aguda escasez de circulante, siendo este uno de los motivos de la dictación de la muy liberal ley de bancos de emisión de dicho año, la cual pretendió subsanar la falta de dinero sin exagerar su monto –y sin que hubiera inflación significativa, salvo la provocada por la baja del tipo de cambio– ni con la emisión bancaria de 1878 ni con la fiscal de 1879²⁰.

En el texto original de la *Constitución de 1833* prácticamente no encontramos disposiciones referidas a política monetaria, puesto que la única norma sobre una materia típicamente monetaria es el art. 37 n.º 6, el cual señala que solo en virtud de una ley se puede: “Fijar el peso, lei, valor, tipo i denominación de las monedas i arreglar el sistema de pesos i medidas”.

Al contrario, el texto contenía varias disposiciones sobre política fiscal: el art. 12 n.º 3 señalaba que la *Constitución* aseguraba a todos los habitantes de la república: “La igual repartición de los impuestos i contribuciones a proporción de los haberes, i la igual repartición de las demás cargas públicas”; el art. 36 n.º 1 prescribía como atribuciones exclusivas del Congreso:

“Aprobar o reprobar anualmente la cuenta de la inversión de los fondos destinados para los gastos de la administración pública que debe presentar el Gobierno”;

el art. 37 indicaba que solo en virtud de una ley se puede:

“1º Imponer contribuciones de cualquiera clase o naturaleza, suprimir las existentes i determinar en caso necesario su repartimiento entre las provincias o departamentos; 2º Fijar anualmente los gastos de la administración pública; 3º Fijar igualmente en cada año las fuerzas de mar i tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra. Las contribuciones se decretan por sólo el tiempo de dieciocho meses, i las fuerzas de mar i tierra

¹⁹ Gonzalo VIAL, *Historia de Chile (1891-1973)*, vol. II, p. 130.

²⁰ *Op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 411 y s.

se fijan sólo por igual término. 4° Contraer deudas, reconocer las contraídas hasta el día i designar fondos para cubrirlas”;

el art. 40 ordenaba:

“Las leyes sobre contribuciones de cualquiera naturaleza que sean, i sobre reclutamiento, sólo pueden tener principio en la Cámara de Diputados”;

el art. 82 n.º 12 señalaba como atribuciones especiales del presidente: “Cuidar de la recaudación de las rentas públicas, i decretar su inversión con arreglo a la lei” y el art. 105 n.º 4 indicaba que el presidente de la República propondrá a la deliberación del Consejo de Estado: “Los presupuestos anuales de gastos que han de pasarse al Congreso”.

Tampoco en dicho texto se hacía referencia a bases de la institucionalidad como la servicialidad del Estado o el bien común, lo cual solo quedó así orgánicamente estructurado en la *Carta* de 1980. Y las sucesivas y radicales reformas que sufrió aquel texto constitucional en sus noventa y dos años de vigencia no alteraron el panorama en esta materia.

En 1855, fue creada la Caja de Crédito Hipotecario para fomentar la actividad agrícola, otorgando préstamos a largo plazo y bajos intereses que el beneficiado debía garantizar con un bien raíz propio. Respondía al esquema de bancos especializados en otorgar créditos largos, pues la naturaleza de estos créditos imponía un tratamiento distinto al de las instituciones que prestaban dinero por lapsos breves, igual como hacia fines del siglo XVIII había en Inglaterra dos tipos de bancos, unos especializados en los negocios de la *City* de Londres para financiar actividades comerciales, y otros, que eran bancos rurales especializados en financiar a terratenientes²¹. En esos años, Chile experimentaba una importante evolución legislativa con la promulgación de la primera ley de sociedades anónimas en 1854, del *Código Civil* en 1855, del *Código de Comercio* en 1865, y de la Ley de Bancos de Emisión de 1860, que rigió hasta 1925. Sin embargo, toda esta nueva normativa solo regularizó lo que de hecho ya existía en materia bancaria y monetaria²².

El contexto macroeconómico entre 1860 y 1891 tuvo como característica relevante la intensidad de las fluctuaciones y crisis que sufrió el país. La economía dependía en modo extraordinario, de sus mercados de exportación y de la disponibilidad de productos exportables. Tras la prosperidad provocada por la plata del mineral de Chañarcillo descubierto en mayo de 1832 y el aumento de exportaciones de productos agrícolas a California (1848-1856), se produjo una profunda crisis que culminó al comenzar la década

²¹ COMÍN, *op. cit.*, p. 427.

²² Ignacio MUÑOZ DELAUNOY, *Los mecanismos de autorregulación de la banca libre chilena*, p. 73.

de 1860, como consecuencia de la decadencia del mineral de plata y la pérdida del mercado externo para la agricultura. Hacia 1865 comenzó un nuevo ciclo de prosperidad con el mejoramiento sustancial de los mercados mundiales para el cobre y otros productos chilenos de exportación, en esencia, agrícolas, y el descubrimiento del mineral de plata de Caracoles en marzo de 1870. Le sucedió un ciclo contractivo iniciado en 1875, gatillado por una fuerte disminución de precios en los mercados internacionales, en particular del cobre, un creciente déficit fiscal y un aumento de la tasa de interés, todo lo cual derivó en la crisis de 1878, que obligó al gobierno a declarar la inconvertibilidad de la moneda chilena^{23, 24}.

Por último, cabe señalar que desde fines del siglo XVIII la economía chilena sufría un problema que parecía no tener solución: su sistema monetario nunca pudo proveer la cantidad de monedas de oro y plata necesarias para lubricar las actividades de la vida cotidiana, no solo porque esos metales eran escasos, sino porque de modo habitual eran exportados para saldar una balanza de pagos históricos, desfavorable. Lo mismo sucedía con el crédito, ya que el dinamismo que estaba tomando la economía local hacía necesario contar con una provisión de dinero y crédito suficiente, pero en ausencia de bancos y de un sector financiero moderno, no había cómo atender esas necesidades²⁵.

II. La banca libre chilena: la Ley de Bancos de Emisión de 1860

La banca libre consiste en que los bancos tienen autodeterminación para emitir, prestar, entrar y salir del negocio bancario, con ausencia de regulación o de ayuda estatal, pero existiendo convertibilidad, con lo cual, en teoría, la oferta de dinero se ajusta con gran dinamismo a la demanda²⁶.

Para mediados del siglo XIX, la principal fuente de crédito en el país eran las casas comerciales de Valparaíso, que otorgaban préstamos a agricultores y mineros, y emitían “vales” que servían como medios de pago. Pero estos préstamos eran limitados, y a partir de entonces se comienza a discutir la necesidad de establecer instituciones bancarias. Se argumentaba en contra que, con ello, se afectaba la confianza en las operaciones mercantiles, y que las condi-

²³ CARRASCO, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ Jaime EYZAGUIRRE, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, p. 143 y ss.

²⁵ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 71 y ss.

²⁶ JEFTANOVIC, Pedro y Rolf LUDERS, “Cómo operaba la banca libre en Chile. Análisis y funcionamiento”, p. 42.

ciones de crédito que otorgaban las casas comerciales eran más que suficientes para nuestras necesidades. Lo anterior era rebatido señalando la arbitrariedad de la fijación de la tasa de interés, lo cual sugería una falta de competencia, como también era discutida la definición de la propiedad de las instituciones bancarias y el papel que debía tener el Estado en esta actividad²⁷.

Pero pronto empieza a gestarse un cambio. En 1855, llega a Chile el liberal economista francés Jean Gustave Courcelle-Seneuil, quien fue contratado como profesor de economía y asesor del Ministerio de Hacienda, transformándose en maestro y mentor de una nueva generación de estudiantes y futuros hombres públicos. Comenzó a entenderse que el régimen natural de los bancos era la libertad y, poco a poco, la idea de crear bancos de emisión comenzó a ser más aceptada²⁸. Hacia 1857, Jean Courcelle-Seneuil señalaba las siguientes formas que pueden adoptar los bancos de emisión: uno o muchos bancos establecidos por el gobierno; uno o muchos bancos privilegiados; libertad de bancos bajo condiciones designadas por una ley o libertad completa bajo el imperio del derecho común sin intervención de otra ley²⁹. Así, llegamos a la dictación de la primera ley de bancos de emisión del 23 de julio de 1860, que adoptó un sistema de libertad bancaria, pero con ciertas reglas: previa autorización de los estatutos de las instituciones constituidas al efecto (arts. 3 y 4); sujeto a que se comprobara que dichas entidades tenían, en efecto, el capital que declaraban (arts. 5 y 6); la emisión de billetes estaba limitada al 150 % del capital pagado (art. 29); mensualmente los bancos debían entregar un balance al gobierno (art. 30) y someterse a la supervisión de las autoridades (art. 13); habían algunas restricciones sobre las operaciones que podían efectuar con sus directores cuya infracción quedaba sancionada con diversas multas (arts. 21 a 25); se establecía la forma de inventariar los billetes por parte de la Casa de Moneda (art. 14); se regulaba la denominación de los billetes fijándola en veinte, cincuenta, cien y quinientos pesos (art. 15); y los directores quedaban ilimitada y solidaria ente responsables de las obligaciones contraídas por el banco durante su dirección (art. 9)^{30,31,32}. Además, el mensaje de la ley señalaba que se rechazó la posibilidad de un banco estatal, pues se estimó que “al Gobierno no le conviene hacerse comerciante”³³.

²⁷ Juan Pablo COUYOUMDJIAN, “Contexto histórico. La economía chilena a mediados del siglo XIX”, p. 27 y ss.

²⁸ *Op. cit.*, p. 32 y ss.

²⁹ *Op. cit.*, p. 35.

³⁰ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 37.

³¹ Ignacio BRIONES, “Banca libre en Chile y la crisis financiera de 1878”, p. 115.

³² JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 50 y s.

³³ HERRERA, *op. cit.*, p. 22.

En general, las reglas de responsabilidad prescritas por esta ley protegieron a los depositantes, lo que, a su vez, explica los más o menos altos niveles de capitalización de los bancos de la época y las pérdidas casi inexistentes para depositantes y tenedores de billetes³⁴. Por otra parte, esta ley, que establecía la emisión privada en vez de estatal, constituyó el marco institucional de Chile en materia financiera hasta la creación del Banco Central en 1925. Bajo este sistema de banca libre, la única manera de detener una corrida bancaria era la adopción de medidas que demostraran solvencia a los clientes, cumpliendo toda promesa de conversión que se planteara con la mayor rapidez posible, aun enviando emisarios a lomo de caballo a las plazas vecinas para conseguir el suficiente metal para detener el drenaje, sin perjuicio de que, en casos extremos, también el único paliativo efectivo para estabilizar el sistema bancario era la intervención del fisco³⁵.

Además de la regulación legal, el sistema contaba, en la práctica, con algunos “mecanismos de autorregulación”³⁶. El primero, la “conversión directa” a metal, sobre todo de billetes de denominaciones altas, exigía un cálculo estimativo que llevara al banco a lanzar a circulación solo la cantidad precisa que el mercado necesitaba en cada momento, puesto que un exceso de emisión produciría como consecuencia inevitable la depreciación de sus billetes, con el consiguiente descrédito del banco que incurrió en error, y con ello su ruina. Por tanto, cuando se producía un exceso de emisión, este no tardaba en desaparecer de la circulación retornado a las bóvedas del banco respectivo, dejando como saldo una pérdida importante de reservas metálicas. Otro mecanismo era la “conversión indirecta”, en que, al producirse una crisis de confianza, la manera más sencilla de desprenderse de los billetes de un banco expansivo o cuestionado era tomarlos y depositarlos en la cuenta corriente propia disponible en otra institución, con lo que, a través de operaciones de canje interbancario, se producía un saldo negativo en contra de la institución expansiva que debía ser saldado en metal. Un tercer mecanismo era la “autorregulación por costos”, que consistía en equilibrar activos y pasivos para maximizar las utilidades, conjugando decisiones como ampliar la base de capital pagado o lanzar al mercado nuevas series de acciones para obtener más liquidez, con una adecuada estimación de costos propios del aumento de la circulación de billetes, tales como la impresión como tal, sea esta en Chile o con los respectivos sobrecostos si se hacía en el extranjero, los costos de adquisición de nuevos edificios en los sitios más caros de las ciudades, la capacitación del personal, la publicidad y los gastos de fidelización de la clientela.

³⁴ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 51.

³⁵ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 78.

³⁶ *Op. cit.*, p. 83 y ss.

Si este cálculo de costos y beneficios resultaba errado, la emisión en condiciones inadecuadas se volvía desastrosa para el banco. Para terminar, el último mecanismo era “enfrentar la iliquidez”, esto es reaccionar a las crisis con decisión, con acciones tales como abrir las bóvedas para dar confianza, de ser necesario ordenar el cierre de sucursales, en caso de requerirse cirugías mayores hacer fusiones con otras entidades y, en extremos, para no afectar la autorregulación del sistema, dejar quebrar a las instituciones comprometidas, resistiendo a la tentación de estatizar.

Pero un hecho exterior modificó el contexto en el cual funcionaba la ley de bancos. En septiembre de 1865, Chile entró en guerra con España, sufriendo Valparaíso un bombardeo por la escuadra española, que provocó pánico y devino en un retiro violento de depósitos y en el canje de billetes por moneda metálica. Para enfrentar la emergencia, el gobierno decretó por ley de 24 de septiembre que el Banco Nacional de Chile podría emitir un millón quinientos mil pesos en billetes inconvertibles hasta el 31 de enero de 1866, que todos los bancos existentes a la fecha debían recibir a valor nominal. Si bien la medida produjo los resultados esperados, restableciendo la confianza en el sistema, el fisco requirió recursos extraordinarios para financiar la guerra, por lo que el 20 de julio de 1866 se autorizó una emisión privilegiada en la forma de un préstamo otorgado al Estado por cinco bancos, donde el privilegio consistía en que los nuevos billetes emitidos serían recibidos a valor nominal hasta 1888 contra cualquier pago en favor del Estado, sean impuestos, pagos de servicios públicos, derechos de aduana, etc. Este crédito al Estado impulsó la creación de nuevos bancos de emisión, haciendo menos necesario el respaldo metálico, de manera que los billetes de emisión privilegiada fueron más aceptados por la población en desmedro de los no privilegiados, con lo cual comenzará a producirse una severa distorsión al régimen de emisión libre. Por otra parte, el mismo Banco Nacional, en virtud de un contrato celebrado el 16 de enero de 1873, por el cual el gobierno se comprometió a hacer todos sus depósitos y aquellos de sus empresas en este banco, así como también entregarle las operaciones de cambio internacional y comprarle todos los valores que exigiese el servicio de la deuda oficial externa, se convirtió en los hechos, en el banco “del gobierno”, agregándose así una nueva distorsión al sistema de la banca libre^{37, 38}.

En este contexto de mayor liquidez, vulnerándose el espíritu de la ley de bancos de emisión, la economía chilena—que entre 1870 y 1872 había experimentado una bonanza extraordinaria—se sobrecalentó como consecuencia

³⁷ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 53.

³⁸ BRIONES, *op. cit.*, p. 117.

del elevado nivel de gasto³⁹. En esta ocasión el Estado no intervino, operó la autorregulación, donde los agentes habían internalizado las ideas liberales, y varios bancos quebraron, lo cual, no obstante, no fue un proceso traumático para los clientes, quienes solo cambiaron de banco a otro más solvente. Esto fue así como consecuencia de la severa normativa de responsabilidad que establecía la ley, responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores, lo cual hacía que quebrar fuera una hipótesis difícil de materializar, pues, para eximir al directorio de la señalada responsabilidad personal, se debía cumplir, primero, la obligación de convertir a metal todos los billetes que se presentaran al banco antes de proceder al reparto de los activos que quedarán y cerrar⁴⁰.

III. Llega la inconvertibilidad: comienza la banca “más o menos libre” (1878)

Entre 1874 y 1878 Chile vivió un periodo de dificultades. En primer lugar, las exportaciones cayeron, con lo cual el país experimentó significativos déficits de balanza de pagos, más la consiguiente exportación de monedas de oro y plata, lo que generó, a su vez, una reducción del crédito interno y un aumento de la tasa de interés, produciéndose una situación de compromiso para algunos bancos comerciales, en particular, del Banco Nacional. Además, volvió el fantasma de la guerra, ahora con Perú y Bolivia⁴¹. Comienza a manifestarse una falta de liquidez en el sistema bancario como consecuencia del mayor desarrollo de la economía y de una posterior baja de la actividad económica.

Entonces, en 1877 el Estado contrató un préstamo con nueve de los once bancos existentes, bajo la forma de una emisión privilegiada, esto es, con respaldo fiscal, por cuatro veces el monto del préstamo. Lo anterior, a diferencia de 1866 en que la emisión era solo por el monto del préstamo, produjo en los hechos la pérdida del factor de conexión moderador entre la oferta de dinero y su real demanda. Bajo este esquema, el que la emisión tenga respaldo estatal haciendo al billete aceptable independiente de la solvencia del banco emisor, se estimula que la emisión aumente, se genera inflación, el tipo de cambio deja de ser estable y la gente busca refugiarse convir-

³⁹ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 101 y ss.

⁴¹ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 54.

tiendo sus billetes en metal, desatándose una corrida. La emisión general crece porque cada banco sabe que, si no aumenta su propia emisión, perderá su presencia en el mercado respecto de la competencia que sí emite más billetes. Si no existiera el privilegio del respaldo fiscal, sería natural que ocurriese lo contrario: el banco que sobreemite deprecia su billete y pierde dicha presencia. Al contrario, el préstamo de 1877 llevó a los bancos a experimentar el “dilema del prisionero”, pues cada uno se lanzó a emitir sus propios billetes buscando no perder presencia en el mercado, a sabiendas de que esto era perjudicial para la banca en su conjunto. Después, ocurrió lo esperable: para 1878 el peso comenzó a depreciarse, lo cual motivó una corrida bancaria que, para salvar a los bancos, en especial, al Banco Nacional, que se había convertido en una especie de “Tesorería” del Estado, se declaró por ley la inconvertibilidad⁴², la cual no era gratis, pues los bancos debían pagar al Estado un interés de 4 % anual sobre el saldo de emisión inconvertible que mantuvieran mes a mes, lo que era equivalente al derecho de señoreaje⁴³. En este contexto estalló la Guerra del Pacífico en 1879, la cual, como era de esperarse, disparó el gasto público y la consiguiente demanda de billetes.

Podemos ver que la crisis de 1878 no ocurrió por “exceso de liberalismo” de la ley de 1860, como es común que se afirme, sino por distorsiones introducidas por el gobierno a través de las emisiones privilegiadas y como consecuencia de su cada vez más estrecha vinculación con el Banco Nacional, con lo cual el sistema bancario de libre emisión desancló el precio de los distintos billetes de algún elemento disciplinador que permitiera que los buenos billetes dominasen a los malos, como consecuencia del grado de aceptación que a cada uno le diera el público en razón de la solvencia del banco emisor, separándose el funcionamiento del sistema bancario de los postulados liberales de Jean Courcelle-Seneuil que inspiraron la dictación de la ley⁴⁴. Resulta curioso, además, advertir que un poderoso argumento para la dictación de tal norma en 1860 fue la confianza en que bajo un sistema de bancos de emisión privado se eliminaba la tentación de que un emisor centralizado (el Estado) pudiera monetizar sus déficits fiscales, descansando el sistema, en cambio, en palabras del ilustre académico francés, “en la continua aplicación de capacidades comerciales virtuosas”⁴⁵.

Por el contrario, desde ahora en Chile, no obstante seguir rigiendo la ley de 1860, la banca será “más o menos libre”, dado el fuerte nexo entre el gobierno y los bancos por las emisiones privilegiadas.

⁴² BRIONES, *op. cit.*, p. 123 y ss.

⁴³ Juan Ricardo COUYOUMDJIAN, “La banca (más o menos) libre, 1878-1898”, p. 142.

⁴⁴ BRIONES, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 140.

Como consecuencia de la guerra, la necesidad de financiamiento llevó al gobierno a recurrir a nuevas emisiones privilegiadas para costearla. Así, tuvieron lugar en un corto lapso cuatro emisiones con respaldo del Estado: el 10 de abril de 1879, el 26 de agosto de 1879, el 10 de enero de 1880 y el 19 de agosto de 1880⁴⁶. En contrapartida, aprovechando los nuevos recursos que proporcionó al erario nacional el salitre de los territorios conquistados, durante el mismo año 1880 se suprimió el estanco, liberando el país a sus habitantes del esfuerzo económico necesario para pagar la mitad y más del gasto público ordinario, mientras que la abundancia de las rentas estatales se consiguió solo con deuda pública interna y externa. Entonces, el “hoyo” lleno de libras que acusaba Francisco Valdés Vergara, en cuanto a que los británicos se habían llevado el salitre dejándonos solo el hoyo estéril, produjo para Chile inmensas rentas, una gran y bien aprovechada capacidad de endeudamiento externo, una tributación bajísima y muy positiva para quien creara riqueza, salarios altos y un mercado agrícola con precios estimulantes^{47, 48}.

Por lo anterior, acabada la guerra, Chile experimentó un frenesí de construcciones de obras de inversión pública, siempre costeadas en su mayoría por más endeudamiento, haciéndose valer como garantía la gran cantidad de recursos que entregaba el salitre, por ejemplo: ferrocarriles, escuelas, hospitales, caminos, alcantarillados, incluyendo los famosos puentes ferroviarios sobre los ríos Biobío y Malleco, el más largo y el más alto del país respectivamente. Consecuencia de esto, entre 1887 y 1890 la emisión de billetes siguió aumentando, pese a que por ley de 14 de marzo de 1887 se adoptó una serie de medidas que buscaban acelerar la vuelta a la convertibilidad del peso, como reducir al 100 % la relación “emisión/capital pagado” de los bancos, la incineración de cien mil pesos mensuales hasta reducir la emisión fiscal total de veintiséis millones a dieciocho millones de pesos, y la creación de un fondo de conversión en barras de oro y plata⁴⁹.

Ya dijimos que la alta demanda de circulante, consecuencia del alza sostenida del gasto público, era solventada contrayendo cada vez más y más deuda pública, a la cual se accedía gracias a la confianza que entregaba a los prestamistas los ingresos que el Estado recaudaba de la exportación del salitre. En efecto, esta recaudación provenía de la aplicación de un impuesto fijo a la exportación de nitratos, por lo cual para el Estado lo importante era sostener en el tiempo el volumen de salitre que era exportado. Esto explica

⁴⁶ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 55 y s.

⁴⁷ VIAL, *op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 379.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 382 y s.

⁴⁹ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 56 y s.

el controvertido y malentendido discurso pronunciado por el presidente José Manuel Balmaceda en Iquique en marzo de 1889, el cual se ha querido entender como un anhelo de nacionalización de la industria salitrera. Al contrario, el mandatario jamás pretendió dicha nacionalización, como también rechazó el monopolio fiscal del salitre e, incluso, la explotación directa por el Estado, aunque no fuese monopólica, porque un monopolio tendería, por fuerza, a regular la producción para asegurar el precio, mientras que lo que a José Balmaceda interesaba era asegurar la producción en vez del precio, por cuanto la recaudación fiscal se basaba en la cantidad de salitre exportado, siendo indiferente el precio⁵⁰. Lo en realidad importante para el presidente era impedir que los salitreros causasen una baja deliberada en la producción, y con ello, de la renta fiscal^{51, 52}.

En este contexto de gran gasto público, endeudamiento y constante demanda de más liquidez, estalló de súbito la guerra civil en enero de 1891, la mayor catástrofe que ha sufrido Chile, con más de diez mil muertos en nueve meses de contienda, producto de una abierta rivalidad entre el gobierno y el Congreso que inmovilizó el trabajo institucional, y lo hizo de una manera absolutamente improvisada, tanto así que, incluso, los más acérrimos detractores del presidente no avizoraron el estallido, confiando en que las cosas mejorarían por el cambio electoral del mandatario. Y, si bien los británicos residentes en general estuvieron con la revolución, esto no fue una reacción a la política salitrera del presidente, que por igual perjudicaba a unos ingleses, pero aprovechaba a otros, sino porque casi todos estaban insertos en la clase dirigente que desató el alzamiento⁵³. Esta es la misma razón por la que los mandos medios de la Armada, quienes estaban a cargo de la escuadra, se plegaron a la sublevación, mientras que los oficiales de mayor graduación permanecieron al margen del conflicto⁵⁴.

Desatada la guerra civil, el norte salitrero cayó con rapidez en manos de los sublevados, con lo que el nitrato les ayudó al solventar los gastos de la guerra. Distinta fue la situación económica del gobierno, pues en una época en que la principal riqueza nacional la aportaba el norte, el presidente José

⁵⁰ VIAL, *op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 388.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 395.

⁵² Se trataba de las “combinaciones”, que consistían en acuerdos de los productores, por igual chilenos y extranjeros, para reducir el abastecimiento con el fin de resguardar los precios, teniendo lugar combinaciones en los años 1884, 1891, 1896, 1900 y 1906, con variado éxito y consecuencias, pero sin conseguir nunca estabilizar el negocio salitrero. *Op. cit.*, p. 399 y s.

⁵³ *Op. cit.*, p. 397.

⁵⁴ El jefe de la escuadra al estallar la guerra civil, el futuro presidente Jorge Montt, solo era capitán de navío.

Manuel Balmaceda debió recurrir, para enfrentar el conflicto, a emisiones de billetes en los días 1 de febrero, 10 y 15 de junio, y 15 de agosto, y de monedas divisionarias en los días 1 de febrero, 5 de mayo y 22 de julio. Finalizada la guerra con las feroces batallas de Concón y Placilla los días 21 y 28 de agosto de 1891, y la muerte del presidente el 19 septiembre, en lo económico se alzaba el desafío de seguir adelante con la normalización del sistema financiero, pero sin que fuera posible desconocer la validez legal de las emisiones fiscales efectuadas por José M. Balmaceda durante el conflicto⁵⁵.

Por otra parte, la opinión mayoritaria considera que el régimen resultante de la guerra civil, visto en perspectiva, no funcionó como esperaba el bando triunfante, instalándose en los hechos un “pseudoparlamentarismo a la chilena” o un caótico sistema de asamblea en que el presidente de la República, sin un primer ministro que ordenase el Parlamento y sin la facultad de disolver las Cámaras, está ahora a merced de cambiantes mayorías parlamentarias⁵⁶. En contra, se sostiene que la revolución de 1891 solo consolidó el sistema político que ya existía desde muchos años antes y que siempre habría estado en el espíritu de la *Constitución de 1833*⁵⁷.

Lo cierto es que, a nivel objetivo, se produjo en Chile un cambio en el sistema político que tendrá gran importancia en el devenir de la institucionalidad hasta el advenimiento de la *Constitución de 1925*. En efecto, el papel del presidente chileno ha variado mucho en el tiempo, en especial, en cuanto a su relación con el Congreso y los partidos políticos, siendo reconocibles, durante el periodo que estamos estudiando, las siguientes etapas⁵⁸:

1. Un presidente gobernante (1833-1861), resultado de la *Constitución de 1833*, en que el gobierno es efectivamente detentado por el presidente de la República y el Consejo de Estado, dada la ausencia de partidos políticos;
2. Un presidente condicionado (1861-1891), consecuencia del surgimiento de los partidos políticos que limitan el poder presidencial y
3. Un presidente neutral (1891-1924), resultante de la guerra civil, en que los partidos se le imponen a través del Parlamento, situación reflejada en la famosa frase del presidente Germán Riesco “no soy una amenaza para nadie”⁵⁹.

⁵⁵ COUYOUMDJIAN, “La banca...”, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁶ EYZAGUIRRE, *op. cit.*; Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile. Las instituciones políticas y sociales*.

⁵⁷ Julio HEISE, *Historia de Chile. El período parlamentario 1861-1925*.

⁵⁸ Bernardino BRAVO, *El presidente en la historia de Chile*.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 64.

Característica del último periodo es el fenómeno conocido como “rotativa ministerial”, que es la reiterada caída de los gabinetes ministeriales al perder la confianza de mayorías parlamentarias inestables, la que, como veremos, tendrá gran influencia en la demora para adoptar cambios importantes en lo referente a la economía y la política monetaria, primero en cuanto al retorno a la convertibilidad, y luego en los varios intentos de establecer en Chile un banco central.

IV. Una breve vuelta al padrón oro (1895-1898)

Acabada la guerra civil, en general había acuerdo de volver al padrón oro, pero la piedra de tope para materializar la conversión era la falta de acuerdo en cuanto al tipo de cambio al cual se fijaría el valor del peso. En este contexto, Agustín Ross, destacado banquero y ferviente partidario de aquel sistema, presentó al Senado, en noviembre de 1891, una solicitud para restablecer la moneda metálica, el peso oro, a cuarenta y ocho peniques⁶⁰. Se decía que el “honor nacional” exigía que, si el Estado de forma unilateral había suspendido la convertibilidad valiéndolo el peso cuarenta y cuatro o cuarenta y cinco peniques, no la repusiese a un cambio inferior. Con la guerra civil, un aumento tan masivo de papel moneda no podía a la larga sino causar una alta desvalorización del peso. Pero este efecto no se sintió durante la guerra porque el tiempo transcurrido fue muy corto, y porque el público, ante el anuncio de la Junta Revolucionaria de la suspensión de la demonetización del papel emitido por José Manuel Balmaceda, empleó en su mayoría, billetes balmacedistas, en tela de juicio (la moneda mala), atesorando los billetes antiguos indiscutidos. Así, la conversión del papel balmacedista no se verificaría sino hasta 1895, al reinstaurarse el régimen metálico⁶¹.

El 26 de noviembre de 1891 se promulgó una ley que establecía fechas y mecanismos de conversión, en tanto el 2 de febrero de 1892 se aprobó otra ley autorizando un préstamo para retirar las emisiones de José M. Balmaceda. Este conjunto de medidas produjo tendencias recesivas, por lo que el gobierno se vio obligado a promulgar nuevas leyes el 13 y 31 de mayo de 1893 que modificaban las tasas de conversión a veinticuatro peniques por peso y postergaban la convertibilidad del billete fiscal hasta 1899. Pero el tipo de cambio continuaba a la baja más y más debido a la desconfianza

⁶⁰ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 128.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 130 y ss.

en la promesa del gobierno de hacer la conversión a veinticuatro peniques, estando el tipo de cambio en 1893 a diecisiete peniques y medio por peso y con fuerte tendencia a la baja. Después, a inicios de 1894 el tipo de cambio alcanzó los once peniques y la incertidumbre monetaria, cada vez mayor, decidió al gobierno a acelerar al proceso de conversión⁶².

En este contexto, cabe recordar el mencionado mito del “hoyo” lleno de libras que acusaba Francisco Valdés Vergara, en cuanto a que los británicos se habían llevado el salitre dejándonos el hoyo, la calichera desplazada, vacía y el cerro de montes estériles. Pero fue nuestro país el que escogió como camino gravar la explotación del salitre producido, cobrándose este impuesto en los puertos antes del embarque del salitre⁶³. Según Francisco Valdés, uno de los más distinguidos y convincentes defensores de “nacionalizar” el salitre⁶⁴, hacia 1893 el salitre y el yodo representaban un 67,68 % del valor total exportado por Chile, por lo que la recaudación que efectuaba el fisco era enorme. Esto también dio impulso a las importaciones, donde el fisco, además, recaudaba vía derechos de aduana, todo lo cual permitió contraer más deuda externa, que se cuadruplicó en un cuarto de siglo, para extender de forma considerable la red ferroviaria, la que, a su vez, reportaba ingresos al fisco por las tarifas cobradas por el uso de las vías férreas⁶⁵.

En consecuencia, no puede entenderse el proceso de vuelta a la convertibilidad sin el respaldo del Estado, quien, en efecto, tenía las espaldas para gozar de un cierto margen de maniobra para impartir tranquilidad a los actores económicos y garantizar la compleja transformación que se avecinaba. Con todo, debemos considerar que la gran debilidad de los bancos ante la convertibilidad no era el tamaño de su capital ni la composición de su balance, sino la capacidad de responder a una corrida, pudiendo darse el problema de que los billetes fiscales podían ser convertidos sin problemas, pero no los billetes de los bancos, dando origen a confusión y conflictos entre los diversos actores. Y en vista de esta contingencia, en 1893 se fusionan los bancos Nacional, Valparaíso y Agrícola para enfrentar posibles dificultades de cara a la conversión, creándose el Banco de Chile⁶⁶.

Más tarde, el 11 de febrero de 1895, se dictó la Ley n.º 227 que, dejando el principio de que la conversión se debía hacer a la paridad del momento en que la primera fue abandonada, estableció la conversión de los billetes bancarios para el día 1 de junio de 1895 a dieciocho peniques por peso, un cam-

⁶² JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 58 y ss.

⁶³ VIAL, *op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 379.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 364.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 380 y s.

⁶⁶ COUYOUMDJIAN, “La banca...”, *op. cit.*, p. 153 y s.

bio intermedio entre el existente al momento de aprobarse la ley (quince peniques) y el que se establecía en la anterior ley de conversión (veinticuatro peniques), y la misma ley estableció que a partir del 31 de diciembre de 1897 el Estado pagaría el billete fiscal que se presentara a canje por el equivalente al peso de 25 g. de plata con 9/10 de fino, para lo cual con el producto de la venta de algunos terrenos salitreros se adquiriría oro para dar cumplimiento a esta ley. Pero, pronto se vio que los bancos no estaban en condiciones de efectuar el canje de sus billetes por oro, por lo que el 28 de mayo de 1895 se dictó una nueva ley que autorizó la contratación de un préstamo para que el Estado se hiciera cargo de la conversión de los billetes de los bancos, y estos devolverían al gobierno lo desembolsado por la conversión⁶⁷.

El Estado y el país vivían del salitre, aplicándole un impuesto de exportación fijo y sin preocuparse si la industria ganaba o perdía dinero. Podía, entonces, darse el caso, que justamente empezaría a vivirse entonces, de una alta producción poco rentable, lo cual representaba afluencia para el fisco y debilidad económica para los salitreros⁶⁸. Así, el fisco podía pagar la conversión de billetes fiscales por las ventas del salitre, pero no podían hacerlo los bancos⁶⁹, puesto que al final todos los prestamistas y prestatarios eran los mismos: amigos, parientes, asociados a negocios, compañeros de club, correligionarios políticos, que no pagaban sus deudas en los vencimientos o, bien, renovaban los créditos sin plazo definido, a lo más abonando los intereses⁷⁰.

Para junio de 1897, la Cámara de Diputados había declarado solemnemente que la subsistencia y fortalecimiento del régimen metálico estaban vinculados a la fe pública y la prosperidad de la nación, pero apenas un año y un mes después se derrumbó el régimen, cuyo punto más vulnerable continuó siendo la debilidad de los bancos y sus escasas reservas metálicas para afrontar una corrida. La conversión los hirió de tal manera que, de nueve bancos anteriores a ella, solo quedaban cinco, de los cuales tres se vieron forzados durante el último año a liquidar con pérdida o bordearon dicha contingencia⁷¹. Además, en 1898 Chile y Argentina, enfrentando días que se estimaban de preguerra, entablaron un nuevo duelo de adquisiciones navales, generándose durante el primer semestre un retiro sostenido de depósitos y una severa caída de las reservas metálicas^{72, 73}.

⁶⁷ JEFTANOVIC y LUDERS, "Cómo operaba...", *op. cit.*, p. 61.

⁶⁸ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 136.

⁶⁹ COUYOUMDJIAN, "La banca...", *op. cit.*, p. 153.

⁷⁰ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 139.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 249.

⁷² *Op. cit.*, p. 250.

⁷³ EYZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 184.

Pero ¿qué ocurrió en realidad durante 1898? No hubo falta general de respaldo en el sistema bancario, sino que todo el problema se debió a una corrida. El masivo retiro de depósitos llevó a que el 6 de julio los gerentes y representantes de los bancos de Santiago y Valparaíso solicitaran al presidente el cierre de los bancos por tres días para estudiar una solución: un feriado bancario. El Congreso aprobó una moratoria por treinta días, a la vez que se aprobó una nueva ley que autorizaba una emisión por hasta cincuenta millones en billetes fiscales de curso forzoso, al tiempo que se prohibía a los bancos emitir billetes mientras subsistiera el curso forzoso. Así las cosas, la inconvertibilidad fue declarada el 24 de julio de 1898, fijándose el retorno a la convertibilidad para el 1 de enero de 1902, debiendo ser rescatado el papel moneda en pesos oro de dieciocho peniques. Por tanto, la crisis tuvo su origen en un problema de caja producto de una corrida bancaria, no de insolvencia de los bancos ni de una falta de respaldo metálico en el sistema^{74, 75, 76}.

Según Gustavo Ross, el padrón oro sí podía salvarse, como ocurrió en la crisis de la década de 1860, que fue superada por el mismo sistema, donde los malos negocios se liquidaron, con pérdida para quienes los habían emprendido, y la moneda jamás estuvo en tela de juicio. En todo caso, lo cierto es que ni el gobierno ni el Parlamento dieron señales de entusiasmo y resolución para defenderlo⁷⁷. Si bien, el presidente Federico Errázuriz Echaurren favorecía la convertibilidad, aunque no con claridad, en el ámbito de los agentes económicos primaba el deseo de abandonar la convertibilidad⁷⁸. La propuesta de Gustavo Ross de liquidar el Banco de Chile no era viable, pues, con el 45 % de las colocaciones del sistema bancario, dado el gran vínculo que con el tiempo fue generando con el Estado, era demasiado grande para dejarlo quebrar, aunque fuera en forma temporal⁷⁹.

V. El nuevo siglo, la Misión Kemmerer y el Banco Central

El siglo xx comenzó agitado para Chile en las relaciones con sus vecinos, destacando aquí el Laudo Buchanan de 1899, que fijó la frontera con Argentina

⁷⁴ COUYOUMDJIAN, “La banca...”, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 159 y ss.

⁷⁶ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 252 y ss.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 255.

⁷⁸ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁹ COUYOUMDJIAN, “La banca...”, *op. cit.*, p. 163.

en la puna de Atacama, el laudo de Su Majestad británica de 1902 fijando el mismo límite en la región patagónica, el Tratado de Equivalencia Naval, Paz y Amistad conocido como “Pactos de Mayo”, celebrado con Argentina en 1902, y el Tratado de Paz y Amistad de 1904 entre Chile y Bolivia, fijando la frontera entre ambos países. Con estos instrumentos se buscaba no solo normalizar las relaciones de Chile con sus vecinos dando certezas al tráfico jurídico, sino que, además, se intentaba bajar los niveles de beligerancia que con frecuencia escalaban con Argentina, que durante estos primeros años del nuevo siglo fue una permanente fuente de altos gastos y de deuda pública para el gobierno chileno.

Durante estos años fue célebre la disputa entre los “oreros”, partidarios de la convertibilidad, como Gustavo Ross, y los “papeleros”, quienes defendían la inconvertibilidad, como Francisco Valdés Vergara. Los oreros culpaban de todos los males monetarios a los papeleros, atribuían a los deudores a largo plazo la continua desvalorización de la moneda chilena, los momentos de fuga de oro los explicaban como resultado de la obra de especuladores, e insistían, como causa generadora de los permanentes periodos de papel moneda, a las relaciones indebidas entre los bancos y el Estado provocadas por los déficits fiscales. Si bien en parte tenían razón en los orígenes internos del crónico régimen del papel moneda, revelaban en sus argumentos una falta de observación de las particularidades de nuestra estructura económica y de sus reflejos en la balanza de pagos del país⁸⁰. Al contrario, los papeleros tuvieron el mérito de haber aprendido más de cerca las particulares modalidades de la vida económica chilena, en especial la importancia de la balanza de pagos desfavorable, pero pasaron por alto los males inherentes de una permanente inflación, mientras que solo valorizaron las facilidades de crédito que actuaban como estimulante para los negocios⁸¹. Los papeleros no atacaban la conversión metálica en sí, sino que al revés se proclamaban partidarios, pero sostenían que debía esperarse para realizarla en un momento más favorable⁸².

Según Frank W. Fetter –aun a riesgo de entender que su juicio no fuese del todo imparcial por haber sido miembro de la Misión Kemmerer y, por tanto, un ferviente partidario de los bancos centrales– la decisión de salvar al Banco de Chile en 1898, en vez de salvar el padrón oro, fue un triunfo de los papeleros, en contraste con el sentimiento favorable a la convertibilidad existente entre los pequeños comerciantes, artesanos y trabajadores⁸³.

⁸⁰ HERRERA, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 37.

⁸² VIAL, *op. cit.*, vol. I, tomo I, p. 416 y s.

⁸³ COUYOUMDJIAN, “La banca...”, *op. cit.*, p. 163.

Sin embargo, en 1904 el regreso de la moneda metálica era inminente, pero cambios ministeriales postergaron la conversión primero a 1907 y luego a 1910, continuaron las emisiones, partiendo por la ley de 29 de diciembre de 1904 que hizo saltar el circulante en un 60 %. Los bancos respiraron llenando sus cajas con este río de billetes, los deudores vieron diluidas de forma conveniente sus obligaciones y también respiraron aliviados, la facilidad de hacer negocios sin dinero y de una vida fastuosa sin trabajar se multiplicó para el sector directivo de la sociedad, subió el crédito, hervían las bolsas de comercio y la fiebre bursátil comenzaba, igual que la inflación a devorar los salarios y la confianza de los trabajadores⁸⁴. Hacia 1906 la economía empezaba a dar señales de entrar en crisis, lo cual rebotó al instante en los bancos, aumentando la morosidad, disminuyeron las reservas en un 30 % y más, y subió la tasa de interés⁸⁵.

Así, llegó 1907, un año crucial, caracterizado por una evidente parálisis económica, agravada por el terremoto de Valparaíso del año anterior, y empeorada por una recesión externa que se prolongó hasta mediados de 1908. Pero aún antes ya se había decidido superar la crisis con emisiones, como respuesta a un ciclo de agitación y huelgas que se remontaba a 1903⁸⁶, aunque esto significara inflación. Y el presidente Pedro Montt complicó el panorama con una política de gastos que carecía de financiamiento sano, en su afán de no renunciar a las inversiones ferroviarias, tanto en extensión de las líneas como en renovación del material rodante⁸⁷. Durante todo este periodo se vivió un frenesí de construcciones de obras públicas que no se detuvo a pesar de las dificultades económicas⁸⁸.

La década de 1910 continuó la tendencia del aumento del déficit fiscal, tanto a consecuencia de los naturales ciclos económicos como producto de la Primera Guerra Mundial, el que era cubierto sobre todo con más endeudamiento. Durante el gobierno de Ramón Barros Luco, se procuró manejar las finanzas con realismo y habilidad, aunque esto colisionaba con la rotativa ministerial, que, si bien tuvo buenos ministros de Hacienda, igual la cartera cambió doce veces de titular. En todo caso, también era por todos sabido que el dinero público se gastaba principalmente en costear el armamentismo y los ferrocarriles estatales⁸⁹.

En el plano internacional, durante la Primera Guerra Mundial el padrón oro fue suspendido ante la necesidad de los contendores de imprimir

⁸⁴ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 338 y s.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 404.

⁸⁶ El 21 de diciembre de 1907 tuvo lugar la matanza de la Escuela Santa María de Iquique, precisamente en el contexto de una gran huelga de los trabajadores del salitre.

⁸⁷ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 436 y ss.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 467 y ss.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 547.

mucho dinero fiduciario para financiar el esfuerzo bélico sin tener la capacidad para respaldar dicho dinero en metal. Hacia 1917 la libra esterlina experimentó una fuerte desvalorización, lo que afectaba no solo a la economía fiscal, sino, también, a nuestra economía entera. De un modo cruel, la bonanza económica, la afluencia de divisas, no nos servían para efectuar la conversión, pues carecíamos de padrón o, mejor dicho, este había perdido su imagen y medida de aceptación universal: la libra esterlina. Esto fue postergándose sin plazo definido la conversión: la que estaba fijada para 1917 se postergó al 31 de diciembre de 1919, y así hasta el 1 de febrero, luego al 30 de junio y al 31 de diciembre de 1920. Para mediados de 1918, el alza del cambio amenazó superar los dieciocho peniques, lo que implicaba una segunda y peor amenaza: la escasez de circulante, con lo que los bancos rehusaban pedir nuevos billetes temiendo que el cambio siguiera al alza y los forzara a depósitos complementarios más o menos forzosos⁹⁰.

Al finalizar la guerra mundial, el mundo retomó el sistema tradicional, pero sin que fuera posible la coordinación de políticas monetarias y comerciales, pues ningún país ni institución comercial asumió la responsabilidad de actuar como prestamista de última instancia para estabilizar los mercados financieros internacionales. Al contrario, las principales potencias actuaron de una típica forma mercantilista, como en la Edad Media, tratando de acumular reservas de oro practicando durante la década de 1920 políticas monetarias restrictivas. Esto era lógico dentro de dicho modelo para los países que tenían déficits comerciales, como Alemania y Gran Bretaña, pero como también lo hicieron países con superávit como Estados Unidos y Francia, contraviniendo las reglas del padrón oro, se acentuaron las tendencias deflacionistas en Europa y aumentó la especulación contra las monedas débiles como el marco y la libra⁹¹. Estas políticas no cooperativas se intensificarían durante la Gran Depresión, cuando los países europeos y Estados Unidos acentuaron sus políticas mercantilistas.

En Chile, desde 1921 se intensificó la discusión sobre una reforma monetaria de mayor envergadura destinada a permanecer en el tiempo. Incluso el presidente Arturo Alessandri, quien de joven fue papelerero, ya en su primer mensaje en junio de 1921 se mostró partidario de la reforma monetaria. Se discutieron en el Parlamento cuatro anteproyectos que lograron alcanzar etapas finales de tramitación⁹²: el proyecto de la Caja Central de Chile de junio de 1921, el del Banco Central de Chile de agosto de 1921,

⁹⁰ VIAL, *op. cit.*, vol. II, p. 618 y s.

⁹¹ COMÍN, *op. cit.*, p. 515.

⁹² Antes otros dos proyectos se presentaron, pero no llegaron a tramitarse: el de Luis Claro Solar en agosto de 1918 y el de Guillermo Subercaseaux en noviembre de 1919. HERREIRA, *op. cit.*, p. 113 y ss.

el del Banco Central de Chile de agosto de 1923 y el del Banco Central de Chile de agosto de 1924. Y a pesar de que eran muy similares en la mayoría de sus elementos, no hubo consenso sobre la naturaleza concreta de las reformas y de la institución emisora⁹³. Por una parte, se discutía el grado de elasticidad o flexibilidad que debía darse al dinero circulante versus una estricta adhesión a la automaticidad del padrón oro y, por otro lado, no había consenso en cuanto al carácter autónomo de la nueva institución, incluyendo su administración y sus vínculos con los poderes Ejecutivo y Legislativo⁹⁴, es decir, los mismos temas que hoy, un siglo después, dividen aguas ante los institutos emisores. En tanto, al margen de la discusión legislativa, tuvo lugar en agosto de 1924 la Semana de la Moneda, una “gran asamblea monetaria” organizada por la Facultad de Comercio de la Universidad Católica de Chile, que convocó a importantes personalidades del mundo político, académico y de los negocios, en especial, banqueros, señalando los organizadores que el estudio del problema monetario es el más grave de los que afectan al organismo económico de la nación, llegando hasta producir alarma pública⁹⁵.

Este era el contexto, cuando el 11 de septiembre de 1924 el Congreso es cerrado y el presidente Arturo Alessandri renuncia, asume una junta militar, y así termina bruscamente el debate parlamentario sobre estas reformas. Tras gozar de un permiso de seis meses para ausentarse del país, regresó el presidente en marzo a la jefatura para concretar al fin los cambios que el país demandaba. Sin lugar a dudas, la gran reforma fue el cambio del sistema político, resultado de la nueva *Constitución Política de 1925*, que estableció en Chile un régimen presidencial reforzado, terminando con el desorden del parlamentarismo.

Pero ya en 1922 el presidente Arturo Alessandri había tomado contacto con el ilustre economista y profesor de la Universidad de Princeton Edwin Walter Kemmerer, el *money doctor* como era conocido, experto en temas monetarios que ya había trabajado mejorando la institucionalidad fiscal en Filipinas (1904), México (1917) y Guatemala (1919)⁹⁶. La “Misión de Consejeros Financieros”, nombre oficial de la Misión Kemmerer, trabajó en Chile entre julio y octubre de 1925, y desde su llegada encontró, tanto una entusiasta acogida de la población, que veía en su arribo la llegada del “mesías financiero” que pondría orden en el país, siendo su trabajo cubierto punto a punto por la prensa de la época, como un favorable entorno político para

⁹³ CARRASCO, *op. cit.*, p. 47 y ss.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 52 y ss.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 60 y ss.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 76.

trabajar por encontrarse cerrado el Congreso⁹⁷. En paralelo al trabajo de Edwin Kemmerer, se discutía la nueva *Constitución*, en la que también él influyó, proponiendo normas de naturaleza económica como la referente a la formación de la ley de presupuestos⁹⁸.

La Misión concretó el tan anhelado Banco Central de Chile, creado mediante el Decreto Ley n.º 486 de 21 de agosto de 1925, más otras leyes complementarias que ordenaban las finanzas de la república, como la Ley Monetaria Decreto Ley n.º 606 de 14 de octubre de 1925, la Ley General de Bancos Decreto Ley n.º 782 de 21 de diciembre de 1925 y la derogación de la ley de bancos de 1860.

Nuestro Banco Central, como todos los bancos “kemmerianos”, fue concebido como un banco “de descuento”⁹⁹, separado del gobierno, anclado al padrón oro, con un capital aportado en forma mixta por el gobierno, los bancos accionistas y el público en general, y dotado de un directorio con una participación minoritaria del gobierno, y con una participación equilibrada de este, de los bancos accionistas y del público accionista, y de representantes de organizaciones de empresarios y obreros libremente elegidos por estos¹⁰⁰.

La razón de fondo que tuvieron los militares para continuar las gestiones de contratación de Edwin Kemmerer iniciada por Arturo Alessandri fue la necesidad de validar a nivel político la creación del Banco Central, cuya aceptación por parte de la opinión pública y de sectores que todavía resistían su creación, requería de un signo de validación externa, pues el largo tiempo de debate parlamentario, la diversidad de proyectos y los frustrados intentos de acuerdo, demostraban que no resultaría de otra manera. Además, la experiencia de otros países confirmaba que la contratación de expertos extranjeros era el camino para una reforma monetaria en verdad satisfactoria¹⁰¹.

VI. Reflexiones para el futuro

Para funcionar según la teoría, la banca libre requiere un Estado pasivo que no se involucre en la actividad bancaria. Esto se cumplió en Chile entre 1820 y 1870, pero todo cambió en 1870-1873 al pasar el Banco Nacional a operar

⁹⁷ CARRASCO, *op. cit.*, p. 86 y ss.

⁹⁸ Sebastián SOTO VELASCO y Juan Pablo COUYOUMDJIAN NETTLE, *La Misión Kemmerer y su influencia en la Constitución de 1925*.

⁹⁹ HERRERA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 119 y ss.

¹⁰¹ CARRASCO, *op. cit.*, p. 80.

con el Estado, no solo al desempeñarse en los hechos como una verdadera “Tesorería del Estado”, sino, también, por comenzar el gobierno a implementar políticas contracíclicas¹⁰². El Estado utilizó al Banco Nacional para hacer sus depósitos y este fue perdiendo liquidez, llegando la situación al extremo en 1877, cuando el banco, por ser tan grande e importante para el Estado, debió ser salvado decretándose la inconvertibilidad de 1878, sumado a que en 1879 se produce una emisión fiscal para cubrir los gastos de la Guerra del Pacífico. Luego, aunque en teoría siguió existiendo la banca libre, en los hechos ya no existían las reglas de antes, contaminándose el sistema con sucesivas emisiones privilegiadas de billetes fiscales. Nos hallamos, en realidad, ante una banca “más o menos libre”, y a partir de 1880 la estabilidad de precios solo fue un recuerdo.

En efecto, entre 1860 y 1878, mientras hubo una auténtica banca libre, la tasa de inflación fue cercana a cero, a partir de la inconvertibilidad de 1878 las tasas de inflación fueron moderadas, pero crecientes, experimentándose en la práctica severos brotes inflacionarios con posterioridad a la creación del Banco Central entre 1925 y 1994¹⁰³, con lo cual el buen desempeño de la banca libre chilena ha sido entonces matemáticamente demostrado¹⁰⁴.

Si bien todo lo señalado es correcto, la discusión no se acaba aquí. Es un hecho que los deseos de señoreaje de parte de los gobiernos destruyeron la banca libre, como también es cierto que la banca libre no tiene los problemas de agencia que sí afectan a los bancos centrales¹⁰⁵. Pero aceptar sin más que la banca libre requiere de un Estado pasivo, implica renunciar a un Estado al servicio de la persona, en circunstancias que hoy es una postura doctrinal casi incuestionable que la razón de ser del Estado es la servicialidad, consagrada en la *Constitución* a partir de la *Carta de 1980* en su art. 1.º inc. 4.

Un Estado servicial no puede ser pasivo o que permanezca inactivo ante las adversidades que enfrenta la sociedad a la cual rige, por lo que hoy resulta inaceptable un Estado que no adopte alguna medida de carácter contracíclica para enfrentar una crisis. Y en cuanto a la inflación que sostenidamente se ha experimentado desde la creación del Banco Central, se dice que la inflación mala es solo aquella que es alta u oscilante, por introducir incertidumbre a los agentes económicos, mientras que una inflación baja y estable permite a la autoridad monetaria, dado el caso, bajar la tasa de interés sin llegar a tasas negativas (menores que cero)¹⁰⁶. En síntesis, una inflación baja

¹⁰² MUÑOZ, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰³ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁴ Pedro JEFTANOVIC y Rolf LUDERS, “Anexo 1”, p. 167 y ss.

¹⁰⁵ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁶ Cuando la tasa de interés es negativa, el Banco Central paga a los bancos comerciales para que otorguen créditos a sus clientes, lo cual a largo plazo es dañino para la banca.

y estable “lubrica” la economía, facilitando la adopción de medidas contracíclicas, y en este aspecto nuestro Banco Central sí ha sido exitoso, al menos desde que logró ser un órgano de hecho autónomo con la dictación de su Ley Orgánica Constitucional n.º 18840 de octubre de 1989. Desde entonces, la inflación chilena sí ha sido baja y estable, el desempeño del banco ha sido exitoso en la adopción de medidas contracíclicas, y el bienestar de los chilenos en efecto se ha incrementado, lo que no ocurría con la banca libre.

El padrón oro también impide adoptar medidas enérgicas para enfrentar grandes contingencias, por lo que, si bien contribuye a mantener baja la inflación, es, a la vez, una fuerte restricción fáctica al Estado servicial, siendo al mismo tiempo contrario al principio de la libertad de instrumentos de que deben gozar los bancos centrales. Igual ocurre con alternativas a dicho padrón, como adoptar una moneda extranjera, pues en tal caso el Estado pierde el control de ciertos aspectos de la política monetaria como intervenir el tipo de cambio, al tiempo que la economía nacional queda vulnerable al devenir de la moneda extranjera adoptada, absorbiendo, además, la inflación propia de esta divisa, con la agravante de que luego es muy difícil dejar de utilizarla¹⁰⁷.

Mientras exista un banco central monopolístico con una banca comercial con reservas fraccionadas será muy difícil que haya banca libre, pues en tal esquema se necesita un prestamista de última instancia. Pero si ocurriera un gran cambio en los sistemas de pago, como el uso masivo del dinero electrónico, que implicaría un encaje del 100 %, podría existir otra vez una banca libre¹⁰⁸ que mantenga baja la inflación, pero subsistiendo la falta de margen de maniobra para un Estado que debe ser servicial.

Conclusiones

La banca libre nos plantea la siguiente disyuntiva: ¿queremos una banca realmente libre o un Estado del todo servicial?

Hemos podido constatar que la banca libre solo funciona junto a un Estado pasivo y por completo desvinculado de la actividad bancaria, como ocurrió en Chile hasta 1878. Pero en nuestros días, una administración pasiva resulta inconcebible, ya que hoy entendemos que su razón de ser es la servicialidad, la que por necesidad implica un gobierno activo, aunque no por ello “grande”, debiendo respetar siempre el ordenamiento jurídico, a los grupos intermedios y a los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Es el caso del euro en la Unión Europea, donde se dice que la moneda común es el “suprapegamento” de la Unión.

¹⁰⁸ JEFTANOVIC y LUDERS, “Cómo operaba...”, *op. cit.*, p. 44.

Como un Estado servicial debe ser activo, capaz de adoptar con decisión y energía medidas contracíclicas, es necesario que exista como contrapeso un órgano autónomo y técnico que proteja la política monetaria, especialmente de caudillos y populistas.

Así, ante la disyuntiva entre una banca libre con un Estado pasivo o un Estado servicial con un banco central autónomo, abogamos por la segunda opción.

Bibliografía

- BIANCHI LARRE, Andrés, “La autonomía del Banco Central de Chile: origen y legitimación”, en *Economía Chilena*, vol. 12, n.º 3, Santiago, 2009.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El presidente en la historia de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1986.
- BRIONES, Ignacio, “Banca libre en Chile y la crisis financiera de 1878”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile. Las instituciones políticas y sociales*, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2019.
- CARRASCO, Camilo, *Banco Central de Chile 1925-1964. Una historia institucional*, Santiago, Banco Central de Chile, 2009.
- COMÍN COMÍN, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza Editorial, reimpresión 2016.
- COUYOUMDJIAN, Juan Pablo, “Contexto histórico. La economía chilena a mediados del siglo XIX”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.
- COUYOUMDJIAN, Juan Ricardo, “La banca (más o menos) libre, 1878-1898”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.
- CUKIERMAN, Alex, “Independencia del Banco Central e instituciones responsables de la política monetaria: pasado, presente y futuro”, en *Economía Chilena*, vol. 9, n.º 1, Santiago, 2006.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile*, 17ª ed, Santiago, Editorial Universitaria, 2000.
- HEISE, Julio, *Historia de Chile. El período parlamentario 1861-1925*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1974, vol. I.
- HERRERA LANE, Felipe, *Elementos de economía monetaria*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1955.
- JEFTANOVIC, Pedro y Rolf LUDERS, “Anexo 1”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.

- JEFTANOVIC, Pedro y Rolf LUDERS, “Cómo operaba la banca libre en Chile. Análisis y funcionamiento”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.
- KAISER, Axel, *La miseria del intervencionismo: 1929-2008*, 2ª ed., Madrid, Unión Editorial, 2019.
- KRUGMAN, Paul, Robin WELLS y Kathryn GRADDY, *Fundamentos de economía*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Reverté S.A., 2017.
- MANKIW, N. Gregory, *Principios de economía*, 7ª ed., México D.F., Cengage Learning Editores, S.A. de C.V., 2017.
- MUÑOZ DELAUNOY, Ignacio, “Los mecanismos de autorregulación de la banca libre chilena”, en Juan Pablo COUYOUMDJIAN (ed.), *Economía sin banco central. La banca libre en Chile (1860-1898)*, Santiago, Ediciones El Mercurio, 2016.
- SOTO VELASCO, Sebastián y Juan Pablo COUYOUMDJIAN NETTLE, “La Misión Kemmerer y su influencia en la Constitución de 1925”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XLIV, Valparaíso, 2022.
- VIAL, Gonzalo, *Historia de Chile (1891-1973)*, 7ª ed., Santiago, Empresa Editora Zig-Zag, 2006, vol. I, tomo I.
- VIAL, Gonzalo, *Historia de Chile (1891-1973)*, 5ª ed., Santiago, Empresa Editora Zig-Zag, 2008, vol. II.

NORMAS

Ley de Bancos de Emisión, 1860.

Constitución Política de la República de Chile, 1833.

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
C.V.	capital variable
D.F.	distrito federal
ed.	edición <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
inc.	inciso
IPC	índice de precios al consumidor
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
s.	siguiente

S.A. sociedad anónima
ss. siguientes
vol. volumen

PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA NORMA GENERAL ANTIELUSIVA Y SU CONSAGRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

PRINCIPLES UNDERPINNING THE GENERAL ANTI-AVOIDANCE RULE AND ITS ENSHRINEMENT IN CHILEAN CASE LAW

*Alfredo Ugarte Soto**

*Juan Ignacio García Villar***

Resumen

La incorporación de la NGA al ordenamiento jurídico chileno mediante la Ley n.º 20780 del año 2014 significó una de las reformas más relevantes del sistema tributario nacional en materia de control de la elusión. En este artículo se revisa la materia con las actualizaciones, precisiones y correlaciones necesarias.

PALABRAS CLAVES: Ley n.º 20780, Norma General Antielusiva, control de elusión.

Abstract

The incorporation of the General Anti-Avoidance Rule into Chilean law through Law No. 20.780 of 2014 was one of the most significant reforms of the national tax system in terms of controlling tax avoidance. This article reviews the subject matter, including the necessary updates, clarifications, and correlations.

* Doctor en Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Salamanca, España. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: augarte@uyhabogados.cl ORCID: 0009-0003-0783-1077

** Magíster en Derecho LLM mención Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jgarcia@uyhabogados.cl

Artículo enviado el 13 de diciembre de 2025 y aprobado para su publicación el 5 de marzo de 2026.

KEYWORDS: Law No. 20.780, General Anti-Avoidance Rule, Avoidance control.

La incorporación de la NGA al ordenamiento jurídico chileno mediante la Ley n.º 20780 del año 2014 significó, sin perjuicios de sus deficiencias e incorrecta concepción como un procedimiento judicial, una de las reformas más relevantes del sistema tributario nacional en materia de control de la elusión. De este modo, mediante la introducción de los arts. 4.º bis, 4.º ter y 4.º *quater* al CT, el legislador incorporó las figuras del abuso de las formas jurídicas y la simulación, buscando dotar a la administración tributaria y a los tribunales de herramientas jurídicas destinadas a enfrentar estructuras o planificaciones elusivas.

Sin embargo, durante alrededor de una década desde su entrada en vigencia no existieron en Chile pronunciamientos judiciales de los TTA que aplicaran efectivamente la NGA, ha generado un escenario de incertidumbre interpretativa respecto de su alcance, límites y criterios de aplicación práctica, tanto para la administración tributaria como para los contribuyentes y la doctrina especializada.

En este contexto, con fecha 19 de marzo de 2024, el TTA de Ñuble y Biobío dictó la primera sentencia en Chile que aplica de manera sustantiva la NGA. Esta resolución constituyó un hito en el desarrollo del derecho tributario chileno, no solo por su carácter pionero, sino, también, por el alcance interpretativo que otorgó a los principios fundantes de la norma, cuyo propósito es resguardar la correcta aplicación de la ley y evitar el vaciamiento de la potestad tributaria mediante mecanismos artificiosos de planificación fiscal que solo buscan eludir el debido pago de los impuestos o la obtención de beneficios tributarios de modo ilegítimo¹.

Con posterioridad, el 4 de agosto de 2025, la Corte de Apelaciones de Concepción, en los autos caratulados Forestal Aurora SpA con Servicio de Impuestos Internos, confirmó en todas sus partes el fallo del TTA, ratificando la plena validez de la doctrina expuesta y consolidando la aplicación práctica de la NGA como instrumento legítimo de control del abuso tributario, ello además de profundizar los argumentos y consideraciones del fallo de primera instancia².

¹ Este fallo fue comentado por los autores de este artículo en *Revista de Derecho Económico* de la Universidad de Chile, vol. 81 número 1 del año 2024. Disponible en <https://revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/75082>, donde se analizan las bases en que se sustenta tal sentencia.

² Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Forestal Aurora SpA interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo. En cuanto al de forma, sostiene que

La sentencia de alzada reviste especial relevancia, pues integra armónicamente el análisis normativo, doctrinario y económico de las operaciones cuestionadas, dando un sólido y fuerte sustento jurídico a los principios que informan la NGA. Así, con base en lo resuelto por la Corte, se observa que los principios que se indican adquieren un nuevo alcance interpretativo y confirman la vigencia de un modelo de razonamiento tributario centrado en la sustancia económica, la transparencia y la buena fe.

I. Legítima razón de negocios

El principio de la legítima razón de negocios constituye uno de los pilares fundamentales del sistema tributario chileno contemporáneo, en especial, tras la incorporación del art. 4.° bis al CT, que consolidó la NGA. Este principio busca asegurar que los actos y contratos realizados por los contribuyentes respondan a una finalidad económica real y sustantiva, evitando que el derecho tributario se vea distorsionado por meras construcciones jurídicas formales o artificiosas que persigan una ventaja fiscal impropia.

En efecto, en el caso Forestal Aurora SpA, tanto el TTA como la Corte de Apelaciones concluyeron que los préstamos intersocietarios carecían de una legítima razón de negocios, por cuanto no existía una justificación económica sustantiva detrás de las operaciones. En términos concretos, la Corte reafirmó lo indicado por el tribunal de primera instancia al señalar:

“se puede concluir al igual que el sentenciador de la instancia que ‘el grupo económico conformado por las sociedades referidas llevó a cabo, sin duda alguna, esta serie de actos, con el objeto de rebajar artificiosamente su carga tributaria, mediante un conjunto de actos que en su totalidad resultan anómalos, aun cuando cada uno de ellos no sean ilegales en sí mismo, pero evidentemente, resulta imposible imaginar que se hubieran llevado a cabo de

la sentencia incurriría en el vicio de *extrapetita*, por haber resuelto materias no sometidas al debate, recalificando de oficio la operación como un aporte o “capital de trabajo”, hipótesis no planteada por el SII ni discutida por las partes. Asimismo, el recurso sostiene que la sentencia impugnada habría incurrido en un error fundamental al confundir la figura del abuso de las formas jurídicas (art. 4.° ter del CT) con la simulación (art. 4.° quáter del CT), aplicando a la primera requisitos y elementos propios de la segunda, lo que constituiría una infracción de ley y una vulneración del principio de congruencia procesal. En cuanto al de fondo, el recurrente denuncia infracción de los arts. 4.° bis y 4.° ter del CT, al omitirse la aplicación de la regla de especialidad que exige agotar previamente las normas específicas sobre exceso de endeudamiento (art. 41 F de la LIR) y precios de transferencia (art. 41 E de la LIR). Asimismo, acusa vulneración de las reglas de la sana crítica, en particular de los principios de razón suficiente y no contradicción y se alega, además, infracción al art. 26 del CT y a la doctrina de los actos propios.

no existir el beneficio establecido en la LIR, que permite remesas por intereses tributen con una tasa rebajada” (cons. 11.º).

Como se puede apreciar, este fallo consolidó la dimensión sustantiva del principio: no toda planificación tributaria es ilícita, pero aquella que carece de una finalidad económica genuina puede ser desestimada por los tribunales de justicia, asumiendo estos últimos un papel activo en la fiscalización y control de la legitimidad económica de los actos de los contribuyentes, analizando su coherencia con la realidad del negocio.

Lo anterior, se desprende del inciso primero del art. 4.º bis del CT, el cual establece que la determinación de los impuestos y carga fiscal no depende de la denominación formal de los actos que le entreguen los contribuyentes, sino de su real finalidad y fundamentación jurídica y económica, exigiendo el legislador que la legitimidad económica prime sobre las apariencias formales, siendo, en los hechos, relevante no la denominación que se le entregue a un acto o contrato, sino cuál es su contenido material y su propósito económico efectivo. Lo anterior, también ha sido reconocido por la doctrina nacional e internacional, al concordar en que:

“cuando la operación tenga como objetivo principal obtener una ventaja fiscal más allá del mero diferimiento y que la operación no responda a razones económicas o empresariales como la reestructuración o reorganización de empresas entraría en juego la cláusula antiabuso”³.

De este modo, queda de manifiesto que la labor de los entes fiscalizadores y tribunales es prevenir y controlar que los contribuyentes estructuren sus actos con el único fin de alterar o desviar los efectos fiscales o generar beneficios tributarios, creando de manera artificiosa situaciones que aparenten una operación económica, cuando en verdad lo que existe es una simulación orientada solo a disminuir la carga fiscal.

Asimismo, la Corte precisó en su sentencia:

“Que, así las cosas, lo que es menester establecer si estas operaciones corresponden o no a una legítima planificación tributaria o son actos desplegados con la finalidad de realizar maniobras elusivas en el pago de impuestos, pues bien en el desarrollo de la actividad económica o de la planificación de la

³ Beatriz JORDÁN DE LA TORRE, *La cláusula antiabuso del régimen de operaciones de reestructuración. Motivo económico válido y ventaja fiscal*, p. 149. En este mismo sentido Norberto Rivas Coronado señala que para un acto o contrato sea considerado dentro del marco de una legítima razón de negocios debe ser “lícito, contrario al fraude de ley tributaria, que sustenta la actuación del contribuyente y que permite dar cumplimiento a la obligación tributaria, exento de contingencias tributarias”. Norberto RIVAS CORONADO y Carlos PAILLACAR, “Aplicación de los conceptos de imagen fiel y legítima razón de negocio”, p. 9.

misma, se hace necesario tal como se indicó permitir sustentar en el tiempo la creación de empresas relacionadas que justifiquen su creación sin pensar que éstas son solo una puesta en escena –mise en scène– con la finalidad de realizar maniobras que permitan dentro de un marco jurídico la elusión en el pago de tributos o cargas tributarias que de no existir esa actividad económica –léase empresa– no se hubiese accedido a ese tramo inferior en el pago de tributos, afectando finalmente al erario nacional” (cons. 10.º).

En este sentido, lo que la Corte interpreta es que el principio de la legítima razón de negocios implica que las decisiones empresariales deben adoptarse bajo una racionalidad económica, propia de una gestión de negocios genuina. Así, la razón económica y de negocios debe estar presente desde la constitución de la empresa y reflejarse en su toma de decisiones, en especial, en la planificación tributaria, en los procesos de reorganización empresarial y las operaciones efectuadas entre sociedades relacionadas, lo cual refirma la Corte al concluir:

“De esta manera toma relevancia, tal como lo indicó el magistrado de la instancia, a la estructura en el cual se desarrolla la actividad tributaria de la contribuyente Forestal Aurora SpA. no existe una explicación plausible de los motivos por los cuales se pudo contratar un préstamo con otra empresa financiera, pero esto no fue acreditado, y por ende no cabe más que concluir que esto se realiza de la manera como ocurrieron los hechos con la sola finalidad para aplicarle una tasa del 4% y no la del 35% como hubiese correspondido, y en consecuencia hay un abuso de las reglas jurídicas tributarias” (cons. 15.º).

En suma, una planificación tributaria, por tanto, será lícita si responde a un propósito empresarial razonable –como mejorar la eficiencia operativa, reducir costos, facilitar la inversión o reestructurar de manera funcional la organización– y no si su única motivación es disminuir la carga fiscal, siendo el principio de la legítima razón de negocios, la herramienta interpretativa y garantía de integridad del sistema tributario, por cuanto permite al SII y a los tribunales trascender las formas jurídicas para reforzar la idea de que la tributación debe basarse en la realidad económica de los hechos, y que las empresas deben actuar conforme a una racionalidad económica auténtica, alineada con su objeto social y sus intereses comerciales legítimos.

Sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, corresponde tener presente que respecto de la importancia de legítima razón de negocios, la Ley de Cumplimiento Tributario n.º 21713 publicada en el *Diario Oficial* de fecha 24 de octubre de 2024, reafirma lo que ya había concluido con anterioridad el TTA y que la ICA de Concepción ha ratificado en el sentido señalado.

II. Sustancia sobre la forma

Uno de los aspectos más relevantes reafirmados por la jurisprudencia reciente de la Corte de Apelaciones de Concepción en materia tributaria es la consagración y aplicación efectiva del principio de sustancia sobre la forma (*substance over form*), doctrina de origen anglosajón que constituye un elemento central para la interpretación y control de la elusión, en particular en Chile. Dicho principio, íntimamente ligado a la NGA incorporada al CT mediante la Ley n.º 20780, responde a la necesidad de garantizar la equidad tributaria y de impedir que la mera apariencia formal de los actos jurídicos prevalezca sobre su verdadera sustancia y fin económico, autorizando y facultado a la administración tributaria a revisar, fiscalizar y sancionar las conductas de los contribuyentes que sean de naturaleza elusiva o cuyo único propósito sea reducir la carga tributario u obtener beneficios fiscales indebidos.

La sentencia analizada, al sostener:

“Que, el punto central tal como se indicó, es verificar como acciones que en principio se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico vigente, es decir, el contribuyente de manera formal respeta la normativa legal pero sus acciones bajo ese estatuto, le permite justificar una rebaja en el pago de impuestos, pero usando a su favor disposiciones legales con el fin de realizar operaciones elusivas” (cons. 10.º).

consagra de modo expreso y concreto el criterio básico inherente al principio de sustancia sobre la forma en materia de la NGA, en el sentido de que el juez tributario no debe limitarse a verificar el cumplimiento formal de los requisitos legales, sino que debe examinar y comprobar el propósito económico real de las operaciones y actos realizados por los contribuyentes.

Se observa que la Corte ha entendido este principio como un instrumento de control material frente al formalismo tradicional, evitando que se favorezca la validez automática de los actos jurídicos por el solo cumplimiento de sus formas, instaurando, por el contrario, el principio que la realidad económica prevalece sobre las apariencias jurídicas, al establecer la necesidad de descubrir, fiscalizar y sancionar los llamados actos artificiosos, los cuales, en definitiva, configuran el acto elusivo, por cuanto:

“Existirá un abuso de las formas jurídicas, en materia tributaria, cuando se utiliza una forma inadecuada, extraña, inusual o artificiosa al fin económico perseguido por las partes, o un conjunto o series de actos o negocios jurídicos, que pretende obtener un ahorro o ventaja tributaria, y que no es posible justificar o explicar por otra razón, sustancia o motivo válido económico o extrafiscal”⁴.

⁴ Hugo OSORIO y Jaime GONZÁLEZ, *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas*, p. 132. Recordar que el mencionado principio encuentra su sustento en la sentencia

De este modo, el principio se encuentra íntimamente relacionado con la aplicación y naturaleza propia de la NGA, prevista en el art. 4.º bis del CT, la cual faculta a la administración para prescindir de los actos o negocios jurídicos cuando estos carezcan de razón o sustento económico o jurídico y su finalidad exclusiva haya sido el obtener un beneficio tributario indebido. La NGA no prohíbe la planificación tributaria legítima, pero sí sanciona los actos abusivos o simulados, motivo por el cual su aplicación requiere un juicio sobre la intencionalidad y veracidad económica de los contribuyentes, la coherencia y congruencia entre los medios utilizados y los fines perseguidos, criterio que solo se puede cumplir cuando, en efecto, se privilegie la sustancia económica sobre las formas jurídicas.

Ahora bien, la aplicación del principio de sustancia sobre la forma tiene consecuencias prácticas innegables, en particular, al facultar al juez y a la administración tributaria para prescindir de los efectos jurídicos de aquellos meros actos aparentes, en los cuales la forma legal es utilizada como una fachada para encubrir una realidad económica distinta o para obtener, de manera indebida, beneficios tributarios. Lo anterior, fue categóricamente confirmado y ratificado en la sentencia de la Corte de Concepción al afirmar:

“Ha quedado establecido en el proceso que la única actividad comercial o de financiamiento que realizó la sociedad International Timber Finance LLC, fue el préstamo otorgado a Forestal Aurora SpA., y no tenía otras actividades hasta que fue objeto de la fiscalización por parte del Servicio de Impuestos Internos” (cons. 11.º),

dejando claro la función correctiva del principio de sustancia sobre la forma, al no sancionar la planificación legítima, sino prescindir de aquellas operaciones cuyo único propósito ha sido el eludir el pago de impuestos mediante estructuras artificiales.

Así, las sentencias de la Corte de Concepción y el tribunal de instancia al ser los primeros fallos en Chile sobre la NGA, constituyen un reconocimiento expreso a este principio, plasmando en una evolución coherente sobre la base del desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado, en el que se continúa con la tendencia de fortalecer el principio de realidad económica en materia tributaria, reforzando, además, la capacidad de la administración

del caso *Helvering v. Gregory*, donde el tribunal aceptó y ratificó la decisión de la autoridad tributaria de desconocer, para efectos tributarios, una reorganización empresarial, por carecer de un objetivo comercial propio, real y efectivo, teniendo solo implicancias tributarias asociadas a la rebaja de la carga fiscal y la evasión de obligaciones que correspondían según la legislación aplicable. *Helvering v. Gregory*, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/69/809/1562063/> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2025].

y de los tribunales para reinterpretar o reclasificar los actos y operaciones de los contribuyentes cuando estos no reflejan la verdadera intención económica de las intervinientes, evitando que el mero cumplimiento de la formalidad de los actos se utilice como medio de fraude o abuso del derecho. Lo anterior, a su vez, se ve reflejado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar:

“En conclusión, y tal como se ha planteado de manera previa, en lo formal está todo dentro de los márgenes de legalidad de la normativa tributaria, pero justamente esta Corte entiende que la virtud que tiene la norma general antielusiva, es observar el contexto con un prisma más amplio, esto es, más allá de lo formal, es decir, lo que busca es indagar el fondo de la operación, y es lo que realiza en primer término el Servicio de Impuestos Internos y finalmente es lo que determina el juez del tribunal tributario y aduanero” (cons. 15.º).

Por su parte, la doctrina nacional ha destacado que la función esencial del principio de sustancia sobre la forma es garantizar que los contribuyentes paguen los impuestos que correspondan en realidad a su capacidad contributiva, evitando que la ingeniería jurídica o tributaria empleada en las operaciones que efectúen distorsionen la determinación de la base imponible. La Corte, al coincidir con el TTA en que:

“el grupo económico conformado por las sociedades referidas llevó a cabo, sin duda alguna, esta serie de actos, con el objeto de rebajar artificiosamente su carga tributaria, mediante un conjunto de actos que en su totalidad resultan anómalos, aun cuando cada uno de ellos no sean ilegales en sí mismo, pero evidentemente, resulta imposible imaginar que se hubieran llevado a cabo de no existir el beneficio establecido en la LIR, que permite remesas por intereses tributen con una tasa rebajada” (cons. 11.º),

reafirma que el criterio que se debe emplear y constatar es la intencionalidad económica y real para efectos de identificar una práctica elusiva. De esta manera, el principio de la sustancia sobre la forma actúa como un criterio interpretativo y sustantivo, que exige que el análisis tributario se funde en la realidad de los hechos y no en construcciones jurídicas carentes de sustento.

III. Economía de opción

Otro de los aspectos esenciales reafirmados por la jurisprudencia en la sentencia analizada se relaciona con la economía de opción, entendida como el derecho de los contribuyentes a organizar sus actividades económicas y jurídicas de modo tal que les permita optimizar su carga tributaria dentro del

marco de la legalidad establecida. Este principio, que se desprende del ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad y de la libertad de los contribuyentes, reconoce que el ordenamiento jurídico tributario admite diversas alternativas para estructurar negocios o inversiones, pudiendo el contribuyente escoger aquella que le resulte más favorable, siempre que dicha elección se base en fundamentos económicos o jurídicos reales y no constituya una forma de elusión o abuso de las formas jurídicas.

En efecto, la doctrina ha sido conteste al señalar:

“Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que resulte atribuible, bien se trate de un derecho subjetivo o de una libertad o posibilidad, lo que parece claro es que los contribuyentes pueden ordenar sus negocios según la forma que más les convenga en términos fiscales, sin vulnerar el ordenamiento jurídico”⁵.

De este modo, al analizar la sentencia de la Corte de Concepción, el sentenciador expresamente señala:

“la normativa tributaria permite la planificación de la misma, pero lo anterior no importa que tenga la libertad para eludir los hechos gravados definidos en la misma legislación, abusando de esta manera de ésta” (cons. 11.º).

Como se aprecia, la sentencia recoge los fundamentos inherentes al principio de la economía de opción al reafirmar que el ahorro o eficiencia fiscal, en sí mismo, no es ilícito, sino que forma parte del legítimo derecho de los contribuyentes para determinar las estructuras y operaciones que estimen más razonables sobre la base de su situación particular, no siendo sancionable la búsqueda de un resultado fiscal más conveniente, sino la creación de estructuras contractuales o societarias desprovistas de sustancia económica, cuyo único propósito sea reducir de manera indebida la carga impositiva.

Lo anterior, se ve reafirmado por la propia Corte al precisar:

“la concatenación o serie de actos, se deben explicar por sí mismos dentro de una planificación tributaria, y que ciertamente no generen un desmedro por medio de una disminución real y efectiva en el aporte tributario que responda a los principios constitucionales ya mencionados y por ende a la legislación vigente” (cons. 8.º).

⁵ Benjamín SEVILLA, *La elusión fiscal*, p. 42. El referido principio también es desarrollado por Miguel Pérez de Ayala al exponer: “En la economía de opción se vislumbran resultados más convenientes para el contribuyente, de forma completamente lícita e incluso prevista por la ley. Mientras que en el fraude de ley los medios utilizados para este mismo fin sólo son lícitos en apariencia, pero no en materia, y la intención de burlar la ley a través de la utilización de medios impropios para aquel resultado se torna evidente”. Miguel Pérez de Ayala, “La elusión fiscal frente a conductas ilícitas: una cuestión aún sin resolver”, p. 425.

Se observa que existe una aplicación práctica e instrumental de este principio, por cuanto requiere que el ente fiscalizador y los propios tribunales distingan entre una correcta planificación tributaria, basada en razones económicas objetivas y con una legítima razón de negocios y la que encubre una simulación o abuso de las formas jurídicas que solo tiene una finalidad apenas fiscal. De este modo:

“La jurisprudencia ha identificado, asimismo, otro rasgo diferenciador entre la economía de opción y el fraude, la “artificialidad”: “la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu, no puede invocarse el principio de seguridad jurídica, pues es lógico pensar que el legislador es contrario a admitir el fraude a los intereses recaudatorios”⁶.

En este mismo sentido, la Corte ratifica lo ya indicado al señalar:

“la creación de la sociedad International Timber Finance LLC, fue el hecho que no ha tenido una explicación plausible, sino que más bien, solo fue tributario, pues la controladora New Growth, también propietaria de New Growth Chile, la que a su vez es propietaria de Forestal Aurora SpA, mantenía el capital de dinero suficiente para proveer a ésta última de los recursos financieros”,

identificando con claridad el límite de este principio y el debido equilibrio que se requiere para su aplicación general, por cuanto, por un lado, se sitúa el deber de cumplimiento respecto a la sustancia y realidad de la operación y, por el otro, la libertad de organización empresarial, dejando claro que la planificación tributaria no es en sí reprochable, sino solo cuando se distorsionan o alteran los efectos económicos reales mediante construcciones jurídicas artificiosas o sin sustento.

De este modo, la sentencia otorga sustento normativo y jurisprudencial al citado principio de economía de opción, al reconocer su vigencia como límite material a la aplicación de la NGA y como garantía de seguridad jurídica para los contribuyentes, estableciendo y precisando que el ordenamiento tributario no impone la obligación de tributar más allá de lo exigido en el ámbito legal, sino de hacerlo conforme a la realidad económica de los actos realizados, siendo la economía de opción el correcto y legítimo instrumento de planificación y racionalización de la carga fiscal, siempre que se

⁶ María Pilar NAVARRO, *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno*, p. 52.

ejerza de manera coherente con los fines económicos y jurídicos del negocio y no un mero vehículo para la elusión o el abuso del derecho.

IV. *Doctrina de las Step Transactions*

Otro de los principios esenciales reafirmados por la jurisprudencia en la sentencia analizada tiene relación con la doctrina de las *Step Transactions*, también conocida como teoría de las operaciones escalonadas, la cual se encuentra establecida implícitamente en el art. 4.º bis del CT, al disponer:

“el Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”,

disposición que se ve complementada por el nuevo inciso quinto introducido por la Ley n.º 21713 que dispone:

“También serán aplicables los artículos 4º ter y 4º quáter cuando la elusión comprenda un conjunto o serie de actos o negocios jurídicos, aun cuando respecto de uno o más de ellos, individualmente considerados, pueda aplicarse una norma especial antielusiva. En estos casos las consecuencias jurídicas de la declaración de elusión se regirán por las disposiciones de los artículos 4º ter o 4º quáter, según corresponda”.

De tal manera, tanto la ley como la jurisprudencia otorgan al ente fiscalizador la facultad de prescindir de las normas especiales antielusión y concentrarse en el carácter general y concatenado de los actos ejecutados por el contribuyente. Bajo este presupuesto, no resulta posible controvertir el ejercicio de la NGA, puesto que la valoración conjunta de los actos y el propio procedimiento de fiscalización confieren al SII un margen suficiente para determinar la forma y alcance con que se aplicará dicha norma. Por esta razón, deben entenderse como instancias y procedimientos complementarios –y no necesariamente coincidentes– la etapa administrativa y la judicial, existiendo un ámbito de apreciación propio del SII respecto de la configuración elusiva del conjunto de actos.

Desde esta perspectiva, este procedimiento administrativo se inserta en un marco de apreciación técnica y discrecional que, sobre la base de la citación y requerimiento de antecedentes, el SII adquiere la convicción necesaria y decide si existe o no el mérito suficiente para ejercer la NGA, considerando al respecto el conjunto de actos jurídicos, su legitimidad económica y finalidad objetiva pretendida por el contribuyente. En cambio, en sede jurisdiccional se aplica

el particular procedimiento judicial establecido ante los TTA, el cual es de naturaleza distinta e independiente del proceso administrativo anterior, existiendo a este respecto estándares propios de uno u otro procedimiento, no siendo posible querer invocar supuestos vicios o causales legales con la finalidad de dejar sin efecto el legítimo ejercicio judicial del SII respecto de la NGA, sobre la base del expediente administrativo sin considerar las claras diferencias entre una y otra etapa, pues son de naturaleza jurídica distinta.

Teniendo presente lo anterior, el analizar el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, se advierte que el tribunal analiza la realidad fáctica de los hechos y la secuencia de actos realizados por el grupo económico, percatándose que

“Forestal Aurora SpA, el mismo 01 de septiembre de 2016, aumenta su capital y recibe un préstamo, finalmente de la misma controladora, esto es New Growth LLC” (cons. 8.º).

En consecuencia, el tribunal considera como elemento de juicio esta situación, estableciendo que no basta con que los actos jurídicos que componen una estructura sean, en su forma, correctos o se presenten con apariencia de licitud, sino que corresponde analizar su propósito económico real y su coherencia funcional dentro del conjunto de actos que forman parte de la operación planificada.

La Corte, al desarrollar este criterio, concluye:

“De esta manera la concatenación o serie de actos, se deben explicar por sí mismos dentro de una planificación tributaria, y que ciertamente no generen un desmedro por medio de una disminución real y efectiva en el aporte tributario que responda a los principios constitucionales ya mencionados y por ende a la legislación vigente”⁷ (cons. 8.º).

Así, queda de manifiesto que la Corte aplicó el referido principio, por cuanto tuvo en consideración al momento de fallar, cada una de las etapas que integraban la operación, las que, legítimas individualmente consideradas, carecían de sustancia y sustento económico real, obedeciendo a un diseño orientado solo a disminuir la carga tributaria efectiva.

De igual manera, la Corte recoge los fundamentos del tribunal de instancia y concuerda respecto a que:

⁷ En este sentido Abelardo Delgado manifiesta: “un tribunal no tendrá en cuenta aisladamente los distintos tipos de negocios realizados por un contribuyente sino el complejo negocial realizado”. Abelardo DELGADO, “Algunas consideraciones sobre la norma general anti-elusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS”, p. 50.

“el grupo económico conformado por las sociedades referidas llevó a cabo, sin duda alguna, esta serie de actos, con el objeto de rebajar artificiosamente su carga tributaria, mediante un conjunto de actos que en su totalidad resultan anómalos, aun cuando cada uno de ellos no sean ilegales en sí mismo, pero evidentemente, resulta imposible imaginar que se hubieran llevado a cabo de no existir el beneficio establecido en la LIR, que permite remesas por intereses tributen con una tasa rebajada”.

Como se puede apreciar, el principio de las *Step Transactions* se configura como un instrumento interpretativo básico que permite mirar más allá de la forma jurídica de los actos, a fin de identificar el verdadero propósito perseguido por los contribuyentes y la suficiencia y efectividad de los actos realizados. En este contexto, la Corte acoge lo ya señalado y reafirma que la valoración judicial debe atender al propósito común de las operaciones, evitando que el fraccionamiento artificioso impida la aplicación del tributo que corresponde conforme a la sustancia económica de las operaciones realizadas bajo el esquema empleado por el contribuyente.

Por su parte, la Ley n.º 21713 reafirma y profundiza lo ya señalado por el TTA y la ICA de Concepción, al incorporar una excepción al principio de especialidad, ratificando la plena validez del principio de las *steps transactions*. En efecto, la ley dispone:

“También serán aplicables los artículos 4º ter y 4º quáter cuando la elusión comprenda un conjunto o serie de actos o negocios jurídicos, aun cuando respecto de uno o más de ellos, individualmente considerados, pueda aplicarse una norma especial antielusiva. En estos casos, las consecuencias jurídicas de la declaración de elusión se regirán por las disposiciones de los artículos 4º ter o 4º quáter, según corresponda”.

Por esta razón, el principio de las *Step Transactions* fortalece y reafirma la función propia de la NGA, esto es, evitar que la literalidad de las formas jurídicas prevalezca sobre la realidad económica, correspondiendo a la administración y los tribunales su aplicación, para efectos de distinguir entre una planificación tributaria legítima, fundada en razones económicas objetivas y coherentes con la lógica del negocio y una planificación artificiosa o abusiva, cuyo único fin sea reducir indebidamente la carga impositiva mediante operaciones concatenadas o secuenciales sin sustento real. En este contexto, la sentencia de la Corte otorga sustento normativo y jurisprudencial al principio de las *Step Transactions*, al reconocerlo como un criterio objetivo de análisis que permite integrar las distintas etapas de una operación y desestimar aquellas que resulten tan solo instrumentales.

V. Principio de realización

Junto con los principios ya expuestos, la sentencia de la Corte de Concepción también reafirma la importancia de la materialización y realización de los actos y contratos, presupuesto básico para la aplicación de la NGA. Así, el principio de la realización exige que la configuración del hecho imponible se base en hechos económicos efectivos, verificables y materialmente realizados, y no en meras construcciones formales o artificiosas carentes de sustancia.

Bajo esta premisa, La Corte de Apelaciones de Concepción concluye:

“¿Cuál pudo ser el motivo racional para crear una entidad financiera para que le prestara dinero, que, de todas formas, ya tenía en su poder?”. Lo anterior debido a que tal como se ha plasmado en el fallo de la instancia, finalmente el dinero en definitiva provenía de la empresa controladora, esto es, New Growth LLC” (cons. 11.º).

La falta de un flujo económico efectivo en las operaciones evidencia la inexistencia de un préstamo real y la utilización de una forma jurídica con el único propósito de eludir el impuesto correspondiente (cons. 20.º). Con ello, el tribunal sostiene que el derecho tributario no se satisface con la mera apariencia del negocio, sino que requiere constatar un movimiento económico auténtico que justifique la existencia del hecho gravado.

Este razonamiento muestra una directa vinculación entre la aplicación de la NGA y la realidad económica subyacente, garantizando que la tributación responda a hechos verdaderos y no a artificios destinados a alterar su tratamiento fiscal, lo cual se encuentra respaldo en el art. 160 bis del CT, que dispone que el tribunal debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, fundando su decisión en la naturaleza económica de los hechos imposables. De este modo, la normativa vigente centra la aplicación de la NGA en la materialidad de la ejecución de los actos y contratos, siendo esta dimensión fáctica el parámetro decisivo para descartar estructuras evasivas o simuladas.

En este sentido, la Corte enfatiza y se centra en las operaciones efectuadas dentro del marco del caso en cuestión, al señalar:

“la operación de financiamiento por medio de la International Timber Finance a Forestal Aurora SpA, formalmente de acuerdo a la normativa vigente se encuentra conforme a Derecho, pero desde un punto de vista fáctico, no es un préstamo, sino que como sostiene el juez de la instancia es ‘capital de trabajo’, y el pago de estos supuestos ‘intereses’ resulta evidentemente una forma artificiosa de rebajar el impuesto adicional que le correspondería retener y pagar”,

quedando de manifiesto que, bajo el criterio utilizado por el sentenciador, la determinación de la obligación tributaria requiere constatar la existencia de una operación económica auténtica que refleje los efectos tributarios tangibles que en realidad se están produciendo en relación con la capacidad contributiva del cotizante y la relevancia fiscal de la operación.

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia internacional han aplicado, a su vez, el principio de la realización bajo los parámetros ya expuestos y han coincidido en que la economía de opción tiene un claro límite, que no es otro que la artificiosidad bajo la cual se crea el negocio jurídico, por un lado, y, por el otro, la exclusiva finalidad de la reducción tributaria, siendo el principio ya enunciado, la herramienta que tiene el ente fiscalizador y los tribunales para poder corroborar y verificar dicho límite y ampararse en el principio de seguridad jurídica, a fin de restablecer la situación que se ha pretendido eludir y hacer tributar conforme a la realidad económica del negocio materialmente efectuado.

Por esta razón, la sentencia de la Corte de Concepción reafirma el contenido sustantivo que otorga el principio de realización al consolidar la exigencia de que el hecho imponible deriva de actos cuya ejecución y realidad económica sean comprobables, prescindiendo de los efectos que generen aquellos que solo buscan de forma artificiosa obtener un beneficio fiscal aparente que de otro modo no se habría generado, siendo, además, este principio el que fortalece la función interpretativa de la NGA como instrumento para asegurar que los impuestos se determinen sobre la verdadera capacidad económica, evitando construcciones artificiales que distorsionen la esencia del hecho gravado.

VI. Buena fe tributaria

En último término, el principio de buena fe tributaria, principio esencial en esta materia que se consagra en el art. 4.º bis del *Código Tributario* como un presupuesto transversal para la correcta aplicación de la NGA, se encuentra, a su vez, debidamente recogido y reafirmado en la sentencia de la Corte de Concepción. El referido principio nace y se erige sobre la necesidad y exigencia que le corresponde a los contribuyentes en relación con el alcance y sentido que le entreguen a sus actos y negocios, en especial, al requerir una coherencia entre su forma jurídica y su sustancia económica, siendo fundamental que actúen con veracidad, transparencia y respeto por la finalidad objetiva de la normativa tributaria. No se trata de un mero estándar ético, sino de un parámetro jurídico material que delimita el ejercicio legítimo de la economía de opción y permite identificar cuándo una estructura o planificación pierde su amparo normativo para convertirse en un caso de abuso o elusión.

En el caso analizado, la Corte señala:

“la contribuyente pierde su condición de estar de buena fe, debido a que en los hechos realizó una gestión tributaria que formalmente se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico tributario, accediendo a un beneficio de esa índole en cuanto a que por el hecho gravado paga una tasa del 4% cuando debió pagar una que corresponde al 35%, sin dar explicaciones plausibles de los motivos como tantas veces se ha mencionado en lo referente al financiamiento obtenido por una empresa relacionada y creada solo para tal efecto, es decir, disminuir la tasa del gravamen” (cons. 16.º).

Con ello, el sentenciador establece un estándar claro, esto es, la buena fe se mantiene solo mientras exista una razonabilidad económica objetiva que justifique y dé sustento a la estructura utilizada y en el caso que esto no suceda o no se pueda acreditar, cesa cualquier presunción favorable al contribuyente. De este modo, en palabras de la doctrina internacional:

“la buena fe cumple una serie de funciones particulares, entre las que cabe destacar el operar como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos (lo que da lugar a la doctrina del abuso del derecho), como prohibición de contravenir los propios actos, como protección del error excusable, como protección de la apariencia, y como patrón de conducta exigible”⁸.

Como se anticipó, el fundamento normativo de este principio se encuentra en el inciso segundo del art. 4.º bis del CT, al disponer:

“el Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos [...] según la forma en que estos se hayan celebrado”,

disposición que, en definitiva, interpreta y complementa la naturaleza propia de la NGA, siendo la buena fe quien actúa como un punto de partida del análisis sobre la real intención de los contribuyentes respecto a los actos y contratos que declaran celebrar y si en concreto la forma jurídica empleada no se condice con la realidad económica o carece de una justificación extrafiscal plausible.

La sentencia desarrolla esta idea y reafirma lo fallado por el tribunal de instancia al sostener:

“la realidad de los hechos es incuestionable, en el sentido de que la contribuyente no pudo haber actuado de buena fe al realizar esta serie de actos, pues la consecuencia impositiva era obvia y atractiva, pero obviamente, cuestionable

⁸ Cristián BOETSCH, *La norma general antielusión: análisis desde la perspectiva del derecho privado*, p. 87.

por el ordenamiento jurídico tributario, el cual establece condiciones preferentes para aquellos contribuyentes que efectivamente se endeudan con bancos o entidades financieras para poder ejecutar sus proyectos, lo cual resulta obviamente un estímulo a la inversión; pero no pudo jamás la norma, tener por intención que los contribuyentes que no necesitasen esta clase de financiamiento, lo simularan para poder acogerse a este beneficio” (cons. 11.º).

Se observa que la consecuencia de la pérdida de buena fe es determinante: habilita al órgano fiscalizador y al tribunal para recalificar los actos conforme a su esencia económica, restablecer la situación patrimonial que habría existido de no haberse empleado la artificiosidad y aplicar en plenitud la NGA. Ello se traduce en gravar la operación según su verdadera naturaleza, neutralizando cualquier ventaja tributaria derivada de estructuras formales desprovistas de sustancia.

En síntesis, el principio de buena fe tributaria actúa como un criterio delimitador fundamental en la aplicación de la NGA, permitiendo distinguir entre la planificación permitida y la elusión reprochable. La sentencia examina la conducta del contribuyente a la luz de este principio y concluye, con claridad técnico-jurídica, que la estructura utilizada tuvo como única finalidad disminuir la carga fiscal, razón por la cual se desvirtúa la presunción de buena fe y procede la plena aplicación de la normativa antielusiva. Así, el fallo reafirma que la buena fe no protege actuaciones artificiosas ni ampara beneficios tributarios obtenidos al margen de la realidad económica del negocio, consolidando su papel como pilar interpretativo de la correcta determinación del tributo.

VII. *Ética tributaria*

No obstante lo recién señalado y el hecho de que tanto los fallos de primera y segunda instancia, en el caso en comento, han precisado e interpretado en su aplicación práctica los principios que sustentan y fundamentan la NGA, no se puede omitir un aspecto cuya relevancia excede la mera técnica interpretativa, esto es, a la necesidad de integrar de manera permanente, como criterio de análisis y ponderación, un elemento que se estima esencial en esta materia: la ética tributaria en el ejercicio de la planificación tributaria, por cuanto su ausencia o desconocimiento no solo distorsiona el examen técnico jurídico inherente y propio a la NGA, sino que facilita escenarios donde se desplazan o desconocen los principios inspiradores ya indicados, impidiendo que, en definitiva, cumpla con su finalidad preventiva y correctiva de conductas evasivas y abusivas de los contribuyentes.

En efecto, la doctrina internacional ha destacado muchas veces que la moral y la ética tributaria constituyen un presupuesto indispensable para evaluar si la conducta de un contribuyente puede ser calificada como elusiva o derechamente evasiva, expresando a este respecto:

“las convicciones jurídicas necesitan apoyarse en terreno firme, necesitan consistencia jurídica, contancy of law through time, continuity, en expresión de los juristas ingleses. La frontera entre lo legal y lo ilegal se desdibuja con excesiva facilidad cuando falta dicha base”⁹.

Esta idea, que tiene un ámbito de aplicación práctica que va más allá de un principio tan solo filosófico, opera como herramienta interpretativa para delimitar con claridad el ámbito legítimo de la planificación tributaria y su diferencia con maniobras que desnaturalizan las instituciones jurídicas con fines abusivos.

Desde esta perspectiva, la denominada ética tributaria surge como un instrumento que permite articular los elementos inherentes a la NGA, con especial atención en aquellos relativos a la legítima razón de negocios, la substancia sobre la forma, la buena fe y la economía de opción, permitiendo valorar y evaluar la conducta de los contribuyentes y su procedencia dentro de los límites instaurados por la legislación tributaria y la NGA. Lo recién expuesto queda de manifiesto en el fallo de segunda instancia, cuando se afirma:

“esta Corte entiende que la virtud que tiene la norma general antielusiva, es observar el contexto con un prisma más amplio, esto es, más allá de lo formal, es decir, lo que busca es indagar el fondo de la operación, y es lo que realiza en primer término el Servicio de Impuestos Internos y finalmente es lo que determina el juez del tribunal tributario y aduanero” (cons. 15.º).

Así, la ética tributaria no debe observarse como un precepto filosófico o de carácter moralizante, sino como un criterio normativo y jurisprudencial indispensable para delimitar el alcance y sentido de las estructuras de planificación tributaria dentro del marco de la NGA, el que, integrando los principios ya enunciados, permite comprender su verdadero alcance y proteger del interés fiscal, preservando la institucionalidad interna del sistema tributario y la eficacia de las herramientas de control y fiscalización ante la elusión.

⁹ Klaus TIPKE, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, p. 62.

Conclusión

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción constituye un aporte significativo en la consolidación y avance jurisprudencial respecto de la interpretación y doctrina aplicable a la NGA, fijando su sentido y alcance. No solo confirma la validez técnica y constitucional de su aplicación, sino que delimita con claridad los principios rectores que deben guiar su interpretación y aplicación práctica.

El fallo Forestal Aurora SpA reafirma que la tributación moderna requiere un equilibrio entre la libertad empresarial y el cumplimiento efectivo del deber de contribuir, fundado en la capacidad económica real. En este contexto, los seis principios desarrollados: legítima razón de negocios, sustancia sobre la forma, economía de opción, *step transactions*, principio de realización y buena fe tributaria, adquieren valor normativo y hermenéutico, configurando una verdadera doctrina de la transparencia tributaria en Chile.

Con ello, el sistema tributario avanza hacia una aplicación más justa, racional y coherente con la finalidad constitucional del tributo, asegurando la integridad del orden fiscal frente a conductas elusivas que distorsionan la equidad y la competencia económica.

Bibliografía

- BOETSCH GILLET, Cristián, *La norma general antielusión: análisis desde la perspectiva del derecho privado*, Santiago, Ediciones UC, 2016.
- CALVO VÉRGEZ, Juan, *La cláusula antiabuso tras la reforma tributaria*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- DE JUAN CASADEVALL, Jordi, *La elusión fiscal*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- DELGADO PACHECO, Abelardo, “Algunas consideraciones sobre la norma general antielusión propuesta en la Acción 6 del Plan BEPS”, en Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO (coord.), *IV Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª parte)*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2011.
- DELGADO PACHECO, Abelardo, *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- EY ABOGADOS, *Cláusula general antiabuso tributaria en España: Propuestas para una mayor seguridad jurídica*, Madrid, Fundación Impuestos y Competitividad, 2015.
- GARCÍA NOVOA, César, *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- GÉNOVA, Alberto; Juan ROMERO, Lourdes MELERO, Irene NAVARROS y Francisco CLAVIJO, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. D. Francisco Clavijo Hernández*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

- GONZÁLEZ VARAS, Jorge, *Norma general antielusiva y derechos del contribuyente: ¿Procedimiento obligatorio para el fisco?*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022.
- JORDÁN DE LA TORRE, Beatriz, *La cláusula antiabuso del régimen de operaciones de reestructuración. Motivo económico válido y ventaja fiscal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- MORENO GONZÁLEZ, Saturnina; Pedro José CARRASCO PARRILLA, José Ángel GÓMEZ REQUENA y Miguel Ángel COLLADO YURRITA, *Cumplimiento cooperativo y reducción de la conflictividad*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- OSORIO, Hugo; Jaime GONZÁLEZ, Carla VILDÓSOLA y Vanesa VIDAL, *Un estudio sobre la elusión*, Santiago, Librotecnia, 2016.
- OSORIO MORALES, Hugo y Jaime GONZÁLEZ ORRICO, *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas*, Santiago: Librotecnia, 2016.
- PALAO TABOADA, Carlos, *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, 2ª ed., Navarra Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel, “La elusión fiscal frente a las conductas ilícitas: Una cuestión aún sin resolver”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 51, n.º 260, Madrid, 2001.
- RIVAS, Norberto y Carlos PALLICAR SILVA, “Aplicación de los conceptos de imagen fiel y legítima razón de negocio”, en *Boletín Escuela de Ciencias Económicas y Empresariales*, vol. 4, n.º 21, Santiago, 2008.
- SEVILLA BERNABÉU, Benjamín, *La elusión fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- TARSITANO, Alberto, *Elusión fiscal: Forma y sustancia en el derecho tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2025.
- TIPKE, Klaus, *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (Besteuerungsmoral und Steuermoral)*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- TOLEDO, Patricia y María Pilar NAVARRO, “Aspectos procedimentales de la norma general antielusiva: Análisis comparado del caso de Chile y España”, en *Latin American Legal Studies*, vol. 11, n.º 1, Santiago, 2023.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo, *Norma antielusiva general sobre los fines en nuestras leyes tributarias*, Santiago, Libromar, 2026.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
cons.	considerando
coord.	coordinadora
CT	Código Tributario
ed.	edición

https	Hypertext Transfer Protocol Secure
ICA	Ilustrísima Corte de Apelaciones
LIR	Ley de Impuesto a la Renta
LLM	Master of Laws
n.º	número
No.	number
NGA	Norma General Antielusiva
p.	página
SII	Servicio de Impuestos Internos
SpA	sociedad por acciones
TTA	Tribunales Tributarios y Aduaneros
UC	Universidad Católica
v.	versus
vol.	volumen

LA BUSINESS JUDGMENT RULE Y EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL

THE BUSINESS JUDGMENT RULE AND THE CRIME OF DISLOYAL ADMINISTRATION

*Felipe Rodríguez Guerrero**

Resumen

El presente trabajo aborda la interacción entre la Business Judgment Rule y el delito de administración desleal en el derecho chileno, en sus distintos aspectos.

PALABRAS CLAVE: Business Judgment Rule, administración desleal.

Abstract

This paper addresses the interaction between the Business Judgment Rule and the crime of unfair administration in Chilean law, in its various aspects.

KEYWORDS: Business Judgment Rule, disloyal administration.

Introducción

El presente trabajo aborda la interacción entre la BJR y el delito de administración desleal en el derecho chileno. Un primer elemento de análisis es la constatación de que, en el ámbito empresarial, los administradores requieren cierto margen de discrecionalidad para tomar decisiones estratégicas y de negocio, lo que cobra especial importancia en un escenario de riesgos e incertidumbre propios de la gestión corporativa moderna. Por otro lado, el orde-

* Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: f.rodriguezg@udd.cl

Artículo enviado el 4 de enero de 2026 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2026.

namiento penal chileno, en especial tras la incorporación del delito de administración desleal en el art. 470 n.º 11 del *Código Penal*, ha planteado nuevos desafíos a la protección del patrimonio ajeno y a la forma de imputar responsabilidad criminal a los administradores. Esta investigación cobra relevancia tanto en el ámbito local como internacional, pues la BJR se ha desarrollado en ordenamientos de tradición anglosajona (en particular, Estados Unidos) ha sido adoptada de forma parcial en otros sistemas, como el español, lo que brinda oportunidades de comparación y aprendizaje para el caso chileno.

En este contexto, surge la problemática de determinar los límites entre la legítima discrecionalidad empresarial –protegida por la BJR– y las conductas que, por su carácter abusivo o contrario al interés social, podrían constituir el delito de administración desleal. El objetivo general del trabajo consiste en analizar cómo se inserta la BJR en la evaluación penal de la conducta de los administradores y evaluar si los principios fundamentales de esta regla pueden servir como criterio diferenciador entre decisiones de negocio erróneas o arriesgadas y actos típicos del nivel delictivo.

Para concretar esta meta, se han definido como objetivos específicos el examinar el marco doctrinal y normativo de la BJR, tanto en el derecho comparado como en la incipiente recepción chilena, el caracterizar el delito de administración desleal en la legislación penal chilena, resaltando sus elementos y la exigencia de dolo, el contrastar la BJR con los deberes fiduciarios (diligencia, lealtad y buena fe) reconocidos en el derecho societario chileno, evidenciando cómo podrían complementarse o entrar en tensión, para, luego, proponer criterios de aplicación que delimiten el ámbito de protección de la BJR, señalando las circunstancias en que una decisión empresarial deja de estar amparada y puede constituir conducta penalmente reprochable.

La metodología empleada se basa en un enfoque doctrinal, legislativo y jurisprudencial, que incluye el examen de fuentes nacionales e internacionales, así como el análisis comparado de ordenamientos en los que la BJR se encuentra consolidada (Estados Unidos y España) y de fallos nacionales relevantes en materia de discrecionalidad y responsabilidad de administradores. Este estudio crítico permite vislumbrar los ajustes que el derecho chileno podría precisar para compatibilizar de manera efectiva la BJR con la persecución penal de conductas cuya deslealtad es evidente.

En cuanto a la estructura, el trabajo se divide en varios capítulos. En primer lugar, se presenta el origen, concepto y evolución de la BJR, destacando sus elementos esenciales y la justificación económica de la discrecionalidad empresarial. En segundo lugar, se describe en detalle el delito de administración desleal, enfatizando sus notas distintivas, el bien jurídico protegido y la relación con los deberes fiduciarios. Luego, se aborda la potencial incorporación de la BJR en el ordenamiento chileno para delimitar el ámbito de

sanción penal. En último término, se formulan reflexiones sobre los desafíos y oportunidades que esto genera, junto con conclusiones que integran los hallazgos y proponen líneas de acción para futuras reformas o ajustes interpretativos.

De esta forma, se espera que el presente estudio contribuya al debate doctrinal y jurisprudencial chileno, orientando tanto a legisladores como a operadores jurídicos en la tarea de trazar una frontera adecuada entre la legítima discrecionalidad de los administradores y la protección penal del patrimonio ajeno.

I. La Business Judgment Rule

1. CONCEPTO Y ORIGEN

La BJR es un principio jurídico desarrollado en el derecho corporativo para proteger la discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones, que opera como una regla jurisprudencial bajo la premisa que los administradores han actuado de forma diligente¹.

En Delaware², ha sido descrita como

“una presunción de que en la toma de una decisión de negocios los administradores de una compañía actuaron de manera informada, de buena fe y en la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía”³.

Este principio establece, en consecuencia, que los jueces no revisan las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores socios, en función de los resultados económicos obtenidos al objeto de imputarles responsabilidad civil. De esta manera, no se analiza el resultado de la actividad como administrador, sino que se evalúa si el mismo ha actuado en forma diligente al momento de tomar una determinada decisión empresarial⁴.

La regla se erige en el mundo corporativo como una importante modificación al régimen de responsabilidad que afecta a los administradores

¹ Jesús HERNÁNDEZ, “La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano?”, pp. 63-91.

² Las Cortes de Delaware, en Estados Unidos, tiene una gran reputación en esta materia y son consideradas “las cortes madres del derecho corporativos” en dicho país.

³ Felipe SUESCÚN DE ROA, “The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, pp. 341-371.

⁴ HERNÁNDEZ, “La Business...”, *op. cit.*, p. 3.

societarios, enervando la posibilidad de imputarles el deber de reparación de los daños que sus decisiones provoquen en aquellos casos en los que, con la información que ellos contaban, podían considerar que ellas eran razonables y tomadas en beneficio de la empresa⁵.

Originada en Estados Unidos durante el siglo XIX, como consecuencia de una creciente industrialización y expansión corporativa, fue luego adoptada por la mayoría de los ordenamientos europeos. Surgió como un mecanismo para otorgar a los directores y administradores de sociedades un margen de maniobra amplio frente a posibles demandas judiciales que cuestionen sus decisiones empresariales, siempre que estas sean tomadas de buena fe, de manera informada y sin conflictos de interés⁶. Así, los tribunales estadounidenses comenzaron a establecer precedentes que limitaban la intervención judicial en las decisiones empresariales, reconociendo que los administradores de las sociedades debían contar con la libertad necesaria para operar en entornos de incertidumbre y riesgo inherente⁷. Adoptada por el ALI en sus principios de derecho corporativo, contempla la obligación de los administradores de una compañía, de actuar de buena fe frente a la misma, en una forma que razonablemente crean que es mejor para el interés corporativo, y con la diligencia que se esperaría que ejerciera una persona prudente en una posición similar y bajo circunstancias similares⁸.

La evolución histórica de la BJR ha estado marcada por su consolidación en el derecho estadounidense como un estándar judicial que busca equilibrar la responsabilidad de los administradores con la necesidad de fomentar la innovación y el emprendimiento⁹.

Su objetivo principal es garantizar que los administradores empresariales puedan tomar decisiones sin temor a represalias legales, siempre y

⁵ Martín ABDALA, “La aplicación de la denominada business judgment rule en el derecho argentino”, pp. 264-284.

⁶ La BJR surge en gran medida producto de la competencia entre diversos Estados de Estados Unidos, los cuales con la irrupción de este principio como solución a los problemas de administración y para captar la inversión privada. HERNÁNDEZ, “La Business...”, *op. cit.*, p. 4.

⁷ Casos tales como: *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, 684 (Mich. 1919); *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983); *Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc.*, 908 F.2d 1338, 1343 (7th Cir. 1990); *Kumpf v. Steinhaus*, 779 F.2d 1323, 1325 (7th Cir. 1985).

⁸ SUESCÚN DE ROA, *op. cit.*, p. 346.

⁹ El temor a que los jueces revisen las decisiones de los administradores y los responsabilicen por cualquier pérdida sufrida por la compañía puede generar una marcada aversión al riesgo por parte de estos. Esta situación inhibe la disposición de los administradores a asumir decisiones innovadoras o emprendedoras, esenciales en entornos empresariales que, por su naturaleza, son riesgosos e inciertos. Como consecuencia, se frena no solo el desarrollo y la competitividad de las empresas, sino, también, el crecimiento económico general, debilitando la capacidad del sector empresarial para adaptarse y prosperar en mercados dinámicos.

cuando estas se ajusten a ciertos principios básicos de actuación. Este precepto busca evitar que los tribunales interfieran en el ámbito empresarial, reconociendo que los directores están en una posición única para evaluar las circunstancias específicas de cada caso y que las decisiones de negocios suelen implicar riesgos inherentes.

2. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

Dentro de los elementos característicos de esta regla se encuentran, en términos generales, los siguientes:

Deber de diligencia^{10, 11}

Esta impone a los administradores el deber de actuar con la diligencia razonable que tendría una persona prudente en una situación similar. Este deber implica que los administradores deben estar informados adecuadamente antes de tomar decisiones importantes y considerar las opciones disponibles con un enfoque racional y fundamentado.

Presunción de buena fe y lealtad¹²

Un pilar fundamental es la presunción de que los administradores actúan de buena fe y con lealtad hacia la sociedad. Esto significa que sus decisiones se toman en el mejor interés de la empresa y sin buscar beneficios personales o de terceros en detrimento de la entidad.

Exclusión de decisiones negligentes o fraudulentas¹³

Su protección no se extiende a decisiones negligentes, fraudulentas o que impliquen un conflicto de interés directo. En estos casos, los administrado-

¹⁰ Aurelio GURREA, “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho Español”, p. 18.

¹¹ Para algunos autores como Manuel García-Villarrubia u Osborne Clarke, se incluye como elemento de la BJR, que la decisión se haya tomado conforme al “procedimiento de decisión adecuado” el cual incluye el cumplimiento de la normativa y regulaciones internas que puedan resultar aplicables, tales como procedimientos, mecanismos y cumplimiento de las formalidades que la propia organización se pueda haber impuesto, sin embargo, creemos que dicho requisito se entiende incorporado dentro del deber de diligencia, el cual impone al administrador, el deber de dar cumplimiento a estas normativas. Manuel GARCÍA-VILLARRUBIA, “La regla de la discrecionalidad empresarial”; OSBORNE CLARKE, “La ‘business judgment rule’ como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones”.

¹² Cristina POMBO, “Protección de la discrecionalidad empresarial. Apuntes prácticos y experiencia comparada”, p. 20.

¹³ ABDALA, *op. cit.*, p. 271.

res pueden ser considerados responsables por los daños causados a la sociedad o a terceros.

En este sentido, en consideración de los referidos elementos centrales, la BJR tiene como finalidad el análisis de los elementos, mecanismos, circunstancias y procedimientos empleados por los administradores para arribar a su decisión, descartando un examen *ex post facto* de la conveniencia o astucia de la misma¹⁴. En consecuencia, esta reúne una serie de elementos de hecho y derecho que deben ser tenidos en vista para determinar si procede que una determinada decisión pueda ser o no objeto del conocimiento judicial, así, si la decisión cumple sus requisitos, el juez no podrá revisar la decisión y, por el contrario, si la decisión no cumple con algún elemento de los requeridos, el juez revisará la decisión y determinará si existe responsabilidad de los administradores. Además, los principios de la BJR en los términos desarrollados en Delaware, disponen que aquel que pretenda impugnar una decisión de un administrador, tendrá la carga de demostrar que el administrador no satisfizo los requisitos que ella exige.

3. RECONOCIMIENTO EN OTRAS LEGISLACIONES

Estados Unidos

Esta regla nace y se desarrolla en el sistema *common law* de Estados Unidos, en las Cortes estatales –particularmente en las del estado de Delaware– a fines del siglo XIX. Jurisprudencias emblemáticas como *Dodge v. Woolsey* (1885)¹⁵ y *Leslie v. Lorillard* (1888)¹⁶ sentaron las bases para que los jueces no se entrometieran en la conveniencia o mérito económico de las decisiones de los administradores, salvo que hubiese fraude, beneficio personal o mala fe. Posteriormente, casos como *Kamin v. American Express Co.* (1976)¹⁷, *Aronson v. Lewis* (1984)¹⁸ y *Smith v. Van Gorkom* (1985)¹⁹ consolidaron sus requisitos: buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y un procedimiento de decisión razonable.

En esta legislación, opera como una presunción legal a favor de los administradores, destinada a fomentar la toma de riesgos razonables y la innovación, desplazando la carga de la prueba a quienes pretenden impugnar una decisión. La presunción se puede desvirtuar, acreditando mala fe, omi-

¹⁴ SUESCÚN DE ROA, *op. cit.*, p. 348.

¹⁵ Alejandro GÓMEZ, Paula MIRANDA, María Paulina SANTACRUZ, “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”, p. 41.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 42.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ SUESCÚN DE ROA, *op. cit.*, p. 352.

sión de información o conflicto de interés, así, los directores deberán probar la *entire fairness* o razonabilidad de su acto o decisión, toda vez que no protege actos dolosos, fraudes o conflictos en que existan intereses personales.

España

En España se encuentra consignada (aunque sin que reciba tal denominación) en la Ley de Sociedades de Capital, que alude a la discrecionalidad empresarial en los arts. 225 y 226 de dicha ley. Estas disposiciones se consideran inspiradas en aquella y exige que el administrador actúe de buena fe, sin conflicto de interés, con información adecuada y siguiendo procedimientos de decisión apropiados. Se busca que los tribunales no sustituyan el criterio de los administradores por el suyo propio, siempre que estos últimos cumplan con los requisitos exigidos (ausencia de conflicto, búsqueda del interés social, etc.). De esta forma, esta protección desincentiva la judicialización excesiva de decisiones empresariales y fomenta la toma razonable de riesgos.

Alemania

Pese a su arraigada tradición de derecho continental del *civil law*, fue aplicada por los tribunales alemanes antes de su incorporación formal a la normativa societaria. Este desarrollo jurisprudencial temprano pone de relieve la relevancia que puede alcanzar la práctica judicial en la configuración de principios de gobierno corporativo dentro de un sistema en esencia codificado. En 2005 el legislador germano positivizó la regla del juicio empresarial, en la cual se indicó que no tendría la consideración de infracción o incumplimiento del deber de diligencia, la actuación de un miembro del órgano que tome una decisión empresarial sustentada por la información apropiada, que con razón pueda sostener que procedió en beneficio de la sociedad. Así, con la denominada postura del *puerto seguro* si los miembros del órgano de dirección consiguen demostrar que, en efecto, se dan los presupuestos de la regla, los tribunales no juzgarán sus decisiones²⁰. Ahora bien, sobre el administrador recae la carga de la prueba y, por tanto, debe demostrar que la decisión que se impugna fue tomada dentro del ámbito de aplicación de la norma de discrecionalidad empresarial o BJR germana.

Italia

En este país, si bien tampoco encuentra un reconocimiento legal expreso, sí se regulan los deberes y responsabilidades de los administradores, así, la

²⁰ Ana GALLEGO, "La regla del juicio empresarial: ámbito de aplicación y alcance práctico en el ordenamiento jurídico español", p. 12.

jurisprudencia y doctrina han asimilado un criterio que exime de responsabilidad si el administrador actuó informado, sin conflicto de interés y en beneficio de la sociedad. Esta interpretación ha sido recogida jurisprudencialmente siguiendo la tendencia de no inmiscuirse en decisiones estratégicas, salvo que medie negligencia grave o un claro conflicto de interés. Según la Corte di Cassazione, al evaluar la responsabilidad de los administradores, el juez no puede verificar la oportunidad, conveniencia y rentabilidad de sus decisiones, sino solo la regularidad del proceso de toma de decisiones relevante²¹, lo cual, complementado con la decisión del Tribunal de Roma, en 2020²², que dispuso que los administradores tienen claro el deber de gestionar la empresa y, en general, de actuar con la debida diligencia, pero no están obligados a gestionarla con éxito económico. Si los administradores actuaron con la debida diligencia y, a pesar de ello, las operaciones resultaron inapropiadas, la BJR implica que no son responsables de los daños causados a la empresa, incluso si se trata de un daño que otro administrador más competente, prudente y capaz habría evitado, pero también precisó que su aplicación no es absoluta, puesto que se aplica siempre que dichas decisiones organizativas no sean irrazonables ni imprudentes y se hayan tomado con la debida diligencia que exige la naturaleza de la función de los administradores.

América Latina:
Perú, Colombia, Ecuador y Argentina

En la mayoría de los países latinoamericanos no existe un reconocimiento expreso a la BJR o a sus elementos dentro de sus respectivas legislaciones, sin embargo, en la mayoría de ellos se establecen deberes de diligencia y lealtad, como ocurre con el art. 177 y siguientes de la Ley General de Sociedades del Perú, donde a partir de dichas normas, la doctrina ha abogado por incorporar sus criterios para evitar la judicialización de decisiones gerenciales, así es como se propuso la creación de un nuevo art. 154²³ que plasmaría

²¹ Maurizio VASCIMINNI, Giada RUSSO, Giovanni GIGLIOTTI, “The applicability of the Italian Business Judgment Rule to directors’ organisational choices”.

²² *Ibid.*

²³ El citado artículo, que es parte del anteproyecto de Ley General de Sociedades, propuesto reza así:

“Artículo 154.- Protección de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio del Cargo-154.1 En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad de los directores, los niveles requeridos de diligencia se entenderán cumplidos cuando el director haya actuado de buena fe, sin conflicto de interés en el asunto objeto de decisión, con información razonablemente suficiente según las circunstancias y siguiendo un procedimiento adecuado, independiente y transparente para la toma de decisión.

explícitamente le BJR en dicho país, en términos similares a los de art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital española, con los requisitos: buena fe, ausencia de conflicto, información razonable y procedimiento independiente, y con ello se coadyuvaría a disipar el sesgo retrospectivo²⁴, fomentando la innovación y la asunción de riesgos razonables en el marco de la diligencia debida.

En Ecuador se encuentra una reciente incorporación que data del año 2020, mediante la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, se introdujo en el inciso tercero del art. 262²⁵ de la referida ley de compañías un reconocimiento categórico a la BJR, al establecer los elementos de la regla de la discrecionalidad, tales como la actuación de buena fe, ausencia de interés personal, debidamente informado y con arreglo al procedimiento de decisión adecuado. Este inciso, incluso, dispuso, a diferencia de la legislación alemana, que la carga de la prueba recaería en quien alegue la responsabilidad del administrador.

En Colombia la situación es similar, en el *Código de Comercio* de dicho país se regula las responsabilidades de los administradores, estableciéndose deberes de diligencia, lealtad y buena fe, y ha sido la Superintendencia de Sociedades en algunos de sus pronunciamientos, la que ha reconocido un margen de autonomía de los administradores (sin llamarle BJR), sosteniendo que no puede exigirse responsabilidad por meros fracasos de negocio si se cumplió con la debida información y fidelidad²⁶.

Argentina por su parte, sigue la misma tendencia en cuanto que en la Ley de Sociedades Comerciales solo se menciona la responsabilidad de los directores por dolo, abuso de facultades o culpa grave, no existiendo reconocimiento alguno de la BJR o de sus elementos, tanto normativa como ju-

En este marco, los directores no incurrirán en responsabilidad en caso de actuar de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, incluso si finalmente, las decisiones que adoptaron no resultaron las más convenientes para la sociedad. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ, "Anteproyecto de la Ley General de Sociedades", p. 113.

²⁴ HERNÁNDEZ, "La Business...", *op. cit.*, p. 22.

²⁵ El referido inciso tercero del art. 262, denominado "deber de debida diligencia" dispone: "de acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Se presumirá que el administrador ha actuado conforme a la regla de la discrecionalidad, salvo prueba en contrario que demuestre actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. La carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador". ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, "Proyecto de Ley de Modernización a la Ley de Compañías", p. 36.

²⁶ GÓMEZ, MIRANDA, SANTACRUZ, *op. cit.*, p. 47.

risprudencialmente. Respecto a la responsabilidad de los directores, una parte de la doctrina argentina plantea que al referirse a una culpa “grave”, consecuentemente hace concluir que la culpa leve no generaría responsabilidad, por cuanto la BJR se volvería innecesaria. Sin embargo, otros autores²⁷, proponen armonizar las disposiciones del *Código Civil y Comercial* (puesto que el primero no contempla una distinción o grados de culpa), de tal manera que la culpa en cualquier grado pueda generar responsabilidad.

4. CRÍTICAS Y LÍMITES DE LA BJR

Posibles abusos

Una de las críticas más frecuentes a esta regla es su potencial para ser utilizada como un escudo por administradores que actúan de manera negligente o deshonesto. La dificultad para demostrar la falta de buena fe o la negligencia en las decisiones empresariales puede llevar a situaciones de impunidad.

Dificultad en su aplicación en contextos de derecho civil

En los sistemas de derecho civil, como el chileno, la aplicación de esta norma presenta desafíos significativos debido a las diferencias estructurales con el *common law*. La ausencia de un marco jurisprudencial amplio y la necesidad de adaptar sus principios a la normativa local son algunos de los obstáculos que limitan su implementación efectiva.

A pesar de estas críticas, sigue siendo un principio clave para fomentar un entorno empresarial dinámico y responsable, ofreciendo un equilibrio entre la protección de los administradores y la garantía de responsabilidad hacia los accionistas y terceros.

Actúan como sus límites, los siguientes aspectos:

- Aplica exclusivamente a los administradores.
- Protege a los administradores cuando actúan de manera colectiva, como un directorio.
- Aplica únicamente en decisiones de estos administradores y no a omisiones.
- Protege a administradores “desinteresados”, es decir, cuando no tienen, o esperan tener, un beneficio económico directo o indirecto a consecuencia de la decisión.
- Aplica solo en caso de que la decisión se haya tomado con la debida información.

²⁷ ABDALA, *op. cit.*, pp. 264-284.

- No protege las decisiones de administradores que cesaron en sus funciones o que actuaron de mala fe.
- Protege decisiones adoptadas de acuerdo con el deber de lealtad.
- Aplica en caso de que los administradores hayan actuado con debida diligencia, la cual es homologable a la culpa leve en Chile.
- Es aplicable siempre que la decisión no contravenga lo dispuesto en los estatutos de la compañía.
- No protege administradores que hayan incurrido en una conducta ilegal, aun cuando pudieran cumplirse los demás requisitos.

En consecuencia, reúne diversos aspectos, tanto hecho como de derecho que deben ser tenidos en cuenta para determinar si puede existir intervención judicial para una determinada decisión de negocios. De tal manera que, si se cumplen los requisitos que ella impone, el juez no podrá revisar la decisión adoptada por los administradores, por el contrario, si quien pretende revisar la decisión logra acreditar que no se han cumplido uno o más de sus requisitos el juez podrá revisar la decisión de negocios y determinar, en consecuencia, si existe responsabilidad personal de los administradores²⁸.

II. *El delito de administración desleal en Chile*

1. *EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CHILE*

Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 21121 en noviembre de 2018, cuya finalidad es la de prevenir, detectar y perseguir la corrupción²⁹, en la cual, entre otras cosas, se aumentan las penas asignadas a los delitos de cohecho y soborno, y se introducen nuevos delitos, como el soborno entre particulares, y aquel que aquí es objeto de análisis, el de administración desleal, que llena un evidente vacío normativo de quien administra patrimonios ajenos,

²⁸ SUESCÚN DE ROA, *op. cit.*, p. 348.

²⁹ Esto, aunque la moción parlamentaria que dio origen a la Ley n.º 21121, indica que el principal motivo que impulsó la creación de este delito fue el cumplimiento del art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, expresando como fundamento: “[...] la experiencia internacional demuestra que los delitos de corrupción provocan serias dificultades a los países, lo que ha quedado plasmado en todas las convenciones en contra de la corrupción que Chile ha suscrito, las que se grafican, por ejemplo, en lo señalado en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción, en que se realiza la preocupación por este fenómeno dada la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. Historia de la Ley n.º 21121, p. 3.

contrariando dolosamente el objeto o fines en los términos en que se encomienda esta gestión, produciendo un perjuicio, emergiendo, por tanto, como una figura base o general de protección patrimonial³⁰, cuestión que hasta antes de la dictación de la citada ley no encontraba en la legislación chilena norma que pudiese resguardar de forma general los ataques al patrimonio desde adentro, que pueda configurar un delito base o disposición general para estos efectos³¹.

Hasta antes de 2018 la doctrina buscaba, sin mucho éxito, en otras figuras, tales como la estafa o la apropiación y distracción indebida, llenar el vacío que existe en materia de administración defraudatoria de patrimonio ajeno.

Es importante destacar que el contexto actual asociado al funcionamiento globalizado de las compañías producto del tráfico comercial y económico moderno, volumen y diversificación de los patrimonios, más que antes incluso, resulta inevitable el otorgar poderes generales con disposición de bienes a directivos, ejecutivos y administradores de empresas para que sean ellos los que ejecuten de manera discrecional los negocios, operaciones y transacciones propias de la compañía y, en ese contexto, asume el administrador una posición de garante respecto del patrimonio ajeno que administra y gestiona, teniendo el deber de salvaguardar los intereses y actuar de forma leal conforme las directrices de su mandato. Es aquí donde el delito de administración desleal ocupa un lugar trascendente en la legislación penal, puesto que tiene por finalidad proteger el patrimonio, cuando este resulta atacado *desde adentro*, por quienes tiene la misión justamente de gestionar este patrimonio ajeno, cuestión que lo diferencia de otras figuras existentes y que hacían necesaria su inclusión en el catálogo penal nacional.

Es indiscutible que, en la actualidad, la figura en la que un tercero administra parcial o totalmente un patrimonio ajeno es una realidad operativa del funcionamiento corporativo moderno y del tráfico económico globalizado. Sin embargo, en este contexto puede surgir un problema: los intereses del administrador pueden no estar alineados con los del titular y, aún más, la gestión del patrimonio podría volverse desleal.

Ante esta realidad, el derecho impone a quienes administran patrimonios ajenos un deber jurídico especial, el deber de tutela patrimonial, que consiste en velar por los intereses patrimoniales del titular, la gestión del patrimonio no se entrega incondicionalmente, sino que se entrega con la condición de que lo administre con el mismo cuidado que le daría el titular³².

³⁰ Lorenzo REYES, *El delito de Administración desleal*, p. 27.

³¹ *Op. cit.*, p. 29.

³² Constanza OYANGUREN, "El delito de administración desleal en Chile", p. 13.

En el derecho comparado la administración desleal ha sido entendida como aquella conducta que, con abuso de facultades o contra el interés de su mandante, realiza el administrador de un patrimonio ajeno o universalidad jurídica; como ejemplifica Héctor Hernández³³, la de quien

“vende los bienes de la misma a precios irrisorios, o bien otorga créditos sin garantía a deudores insolventes o asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos, todo esto con perjuicio económico para el administrado”³⁴.

Es importante destacar que mediante la Ley n.º 21595 de agosto de 2023, de delitos económicos y ambientales, se agregó al inciso tercero al numeral 11 antes transcrito una nueva hipótesis para el caso de un patrimonio administrado por una sociedad anónima abierta o especial, el cual se complementa con la redacción del inciso, que comprendía solo la administración del patrimonio propio de la sociedad anónima abierta o especial.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito en estudio, contenido en el numeral 11 del art. 470 del *Código Penal* reza así:

Art. 470. “Las penas privativas de libertad del art. 467 se aplicarán también:

11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

Si el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad, se impondrá, según sea el caso, el máximo o el grado máximo de las penas señaladas en el artículo 467.

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial u otro patrimonio administrado por esa sociedad, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado

³³ Citando a Héctor HERNÁNDEZ, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, p. 203.

³⁴ Luis NAJLE, “Aspectos generales del delito de administración desleal en la legislación chilena”, p. 4.

mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación³⁵.

La simple lectura del artículo lleva a concluir sin mayor análisis que el objeto de protección del delito de administración desleal es el patrimonial, cuestión que, además, se puede inferir de la ubicación en el *Código*, en el libro II, título IX de los crímenes y simples delitos contra la propiedad, sino también por la propia redacción del artículo, el cual dispone: “al que teniendo a cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este ...le irrogare perjuicio...”. Además, se trata de un bien jurídico de carácter individual, ya que protege el de *un individuo*, a contraposición de aquellos colectivos que afectan a la comunidad, de lo cual devienen implicancias a nivel de consentimiento, por cuanto al tratarse de un bien jurídico disponible para su titular, el consentimiento de este último podría, incluso, excluir la tipicidad.

Es un tipo penal cuya redacción se da en términos amplios, puesto que no se circunscribe a un ámbito patrimonial determinado y, por tanto, alcanza a todo tipo de patrimonios, dándose un amplio espectro de cobertura y permitiendo llenar de manera satisfactoria el vacío de punibilidad que ya existía a su entrada en vigor. Igualmente, el objeto de este delito puede ser la totalidad de un patrimonio o una parte de este, lo relevante es que se trate de un patrimonio ajeno. Sin embargo, el autor de este delito podría ser alguien que comparta la titularidad del patrimonio con otra u otras personas, tal como ocurre en el caso de una comunidad hereditaria.

La administración desleal es un delito especial, en cuanto no puede ser cometido por cualquier persona, sino que el sujeto activo será solo aquellos que tienen “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona”, por tanto, el agente tiene una característica particular, el deber de tutela patrimonial. De esta característica deviene otra relacionada, en cuanto a la intervención delictiva, puesto que si el delito es cometido por una persona que no tiene esta calidad especial a la que se hace referencia, es decir, no tiene el deber de tutela patrimonial, no podría ser imputado por este delito en calidad de autor, puesto que al tratarse de un delito especial, en el cual el destinatario de la norma solo puede ser aquel sobre el cual pesa un determinado estatus especial, ya sea dado por la ley, un acto o contrato o una orden de autoridad, solo una persona cualificada –esto es, un *intraneus*– puede ser autor del delito en cuestión; una persona no cualificada –esto es, un

³⁵ *Código Penal* chileno, art. 470.

extraneus— solo puede venir en consideración como partícipe, en la medida en que el injusto del hecho (ajeno) le sea accesoriamente imputable³⁶.

3. CONDUCTA TÍPICA

La descripción de la conducta punible para este delito queda especificada con dos conductas que causan perjuicio en el patrimonio de una persona, por una parte, el ejercer de forma abusiva facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla (al titular del patrimonio) o, por otra, ejecutar u omitir cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario a su interés.

Así, el delito de administración desleal en el ordenamiento nacional tiene dos modalidades, formas o tipos de infracción del deber de quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio ajeno: el “abuso” y la “infidelidad”.

La modalidad del abuso se desprende del inciso primero de la disposición en estudio, al indicar el legislador “sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla”, cuyo actuar consiste en “la celebración contraria al deber y perjudicial de acto jurídicos con efecto vinculante para el patrimonio de la víctima”³⁷, de tal manera que el actor, en uso de las facultades conferidas, pero en forma perniciosa, contraria a la finalidad pretendida por el titular, obliga el patrimonio de este último.

La modalidad de la infidelidad, por otro lado, sea encuentra en aquella parte de la norma que indica “sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado”, la cual tiene una espectro amplio y genérico, por cuanto se caracteriza justo por ser “cualquier otra acción”, en su modalidad de activa u omisiva, en la cual el actor quebranta derechamente la fidelidad en la gestión de la administración³⁸.

4. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL DELITO

4.1. Perjuicio al patrimonio administrado

Es importante indicar que el sujeto activo de este delito no requiere que sea movido por la obtención de lucro, así como tampoco requiere de enriquecimiento, puesto que solo basta el irrogar perjuicio en el patrimonio de la víctima, respecto del cual este es garante, este último elemento —el perjuicio

³⁶ Juan Pablo MAÑALICH, “La malversación de caudales públicos y el fraude al disco como delitos especiales”, p. 358.

³⁷ HERNÁNDEZ, “La administración...”, *op. cit.*, p. 243.

³⁸ REYES, *op. cit.*, p. 29.

patrimonial— es también exigencia para consumación del delito, al tratarse de un delito de resultado, como se indica en el punto siguiente.

4.2. Acto de disposición patrimonial que irroga perjuicio

Este delito, conforme a su descripción típica, requiere de un actuar de disposición patrimonial del patrimonio de aquel respecto del cual el agente es garante, acción que debe materializarse en un resultado que es consecuencia, a su vez, de la infracción de deberes de gestión leal.

4.3. Conducta dolosa

Por la propia descripción del delito aparece de manifiesto este elemento subjetivo, el cual no se satisface con un simple descuido o negligencia en la gestión, por el contrario, al ocupar el legislador expresiones tales como “sea ejerciendo abusivamente facultades” o “sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular”, se evidencia el carácter doloso que exigió por este para configurar este delito.

4.4. Delito especial

Se trata de un delito propio, de aquellos que solo pueden cometer quienes poseen determinadas cualidades o condiciones preestablecidas, en específico, el *intraneus* solo puede ser quien tenga a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio de otra persona, como se dijo, de todo o alguna parte de este.

4.5. Sujeto pasivo

Aquel que sea titular del patrimonio administrado.

4.6. Sujeto activo

Quien tiene a cargo la administración, gestión o salvaguardia del patrimonio de otra persona.

5. DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL

El deber de tutela patrimonial resulta aplicable a ambas modalidades comitivas, ya sea abuso o infidelidad, ambas quedan a la exigencia de tener a su cargo la salvaguardia o gestión del patrimonio ajeno por parte del sujeto activo. Frecuentemente denominados en la doctrina comercial nacional como “rela-

ción fiduciaria” para representar el esquema que regula las relaciones entre accionistas y los administradores de una empresa, y bajo el concepto de “deberes fiduciarios” se agrupan los deberes de cuidado y lealtad que la ley impone a los administradores de una sociedad³⁹.

En sistema *common law*, esta institución dio origen a la existencia de dos tipos de deberes distintos, los deberes de diligencia y cuidado, los cuales obligan a una forma de administrar sujeta a ciertos criterios de prudencia; y los deberes de lealtad, que exigen que la finalidad de satisfacer el interés del dueño del patrimonio gobierne en todo momento la toma de decisiones⁴⁰.

6. CRÍTICAS Y PROBLEMÁTICAS

La redacción del delito en estudio, particularmente para su modalidad comisiva de infidelidad, sugiere y proyecta que se está en presencia de un delito abierto e indeterminado, el cual no contiene, detalla o precisa cuáles serían los deberes específicos que debe seguir un administrador para no cometer el tipo penal.

Se sabe que el deber que pesa sobre el autor del delito (de salvaguardar o gestionar un patrimonio ajeno) tiene como fuente la ley, una orden de autoridad o un acto o contrato. Por tanto, el deber de tutela patrimonial lo tendría un tutor o curador, un mandatario, un liquidador concursal, un director de una sociedad anónima, entre otros “administradores” que contempla el ordenamiento jurídico chileno, ya sea, como se dijo, que asuman esta posición por mandato legal, por orden de la autoridad o por acto o contrato.

7. POTENCIALES CONFLICTOS

CON LA TOMA DE DECISIONES EMPRESARIALES

Un requisito del tipo penal en análisis consiste en la realización de acto de disposición patrimonial –jurídicamente desaprobado– que irroga perjuicio. En las decisiones empresariales, la evaluación de estas decisiones, que por su propia naturaleza suelen conllevar riesgos, se realiza en un proceso *ex ante*, es decir, sin perjuicio del resultado, se analiza de qué forma se tomó y ejecutó la acción, sin supeditar la valoración exclusivamente al resultado obtenido. Sin embargo, la norma no recoge de manera expresa este criterio o enfoque y, en la práctica, podría evaluarse y juzgarse la conducta del administrador, conforme el resultado económico de la misma, desatendiendo y pasando por

³⁹ Joaquín MENANTEAU, María José VEGA “Los deberes de tutela patrimonial en el delito de administración desleal de las sociedades anónimas”, p. 82.

⁴⁰ MENANTEAU, VEGA, *op. cit.*, p. 83.

alto aquellos factores y la diligencia que debe considerar y guiar un administrador en su actividad empresarial, que pueden, conforme a la *lex artis*, dejarlos en absoluto indemnes de responsabilidad, aun cuando su actuar pueda resultar perjudicial del punto de vista económico.

8. *LA CALIFICANTE DEL INC. 3º*
DEL N.º 11 DEL ART. 470

El legislador previó una figura calificada del delito de administración desleal en el inciso tercero del numeral 11 en estudio, el cual reza de la siguiente manera:

“En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial u otro patrimonio administrado por esa sociedad, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero”.

Si bien este inciso no estaba originalmente contemplado en la moción parlamentaria, fue incorporado luego del primer trámite constitucional para protección de los patrimonios de inversores de sociedades anónimas abiertas o especiales⁴¹, sobre todo pensando en los accionistas minoritarios y aquellos que cotizan de forma obligatoria en este tipo de sociedades, tales como las administradoras de fondos de pensiones o las Isapres⁴².

9. *CASO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS:*
DEBERES FIDUCIARIOS SUSCEPTIBLES DE SER CALIFICADOS
COMO DEBERES DE TUTELA PATRIMONIAL

Como se ha comentado, en el derecho privado los deberes fiduciarios se han erigido como mecanismo adecuado para paliar el problema de agencia. Así, por un lado, el deber de diligencia corrige la falta de incentivos económicos pa-

⁴¹ Circunscrito a este tipo de sociedades, es decir, aquellas que según el art. 2 de la Ley n.º 18046 sus acciones deben inscribirse en el registro de valores, sociedades anónimas abiertas y aquellas compañías aseguradoras y reaseguradoras, las administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores y otras sociedades que la ley expresamente indica, conforme el art. 126 de la citada ley.

⁴² Historia de la Ley n.º 21121..., *op. cit.*, p. 108.

ra una recta gestión y el deber de lealtad corrige el aprovechamiento de la posición privilegiada del gestor para su beneficio propio⁴³.

Deberes de diligencia o cuidado

Contemplado en el art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el cual se expresa:

“Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”.

Respecto de este deber, además de destacar que es una obligación de medios y no de resultados, por cuanto el obligado debe actuar de manera diligente y prudente para alcanzar el resultado esperado, este actuar diligente y prudente tiene especial aplicación respecto del procedimiento o manera en que se toman las decisiones, y no al mérito de ellas y, finalmente, el estándar exigido respecto de este deber de cuidado o de diligencia corresponde a la culpa leve.

En este contexto, constituirá infracción deber de diligencia, actos tales como aquellos ilegales, aquellos que infringen normas estatutarias, políticas o procedimientos internos de la compañía, o contrarios a los acuerdos de la junta de accionistas, o contrarias al objeto social.

El deber de cuidado y diligencia aparece concretizado en el art. 78 del reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas, que determina la gestión de los negocios y de las sociedades, disponiendo:

“El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente. Salvo que no fuere posible atendido que el directorio hubiere sesionado de urgencia, cada director deberá ser informado plena y documentadamente de la marcha de la sociedad por parte del gerente general o el que haga sus veces. Dicho derecho a ser informado puede ser ejercido en cualquier tiempo y, en especial, en forma previa a la sesión de directorio respecto de la información y antecedentes necesarios para deliberar y adoptar los acuerdos sometidos a su pronunciamiento en la sesión respectiva. El ejercicio del derecho de ser informado por parte del director es indelegable. El deber

⁴³ MENANTEAU, VEGA, *op. cit.*, p. 84.

de cuidado y diligencia de los directores los obliga a participar activamente en el directorio y comités, en su caso, asistiendo a las sesiones, instando que el directorio se reúna cuando lo estime pertinente, exigiendo que se incluya en la orden del día aquellas materias que considere convenientes, de acuerdo con la ley y los estatutos sociales, y a oponerse a los acuerdos ilegales o que no benefician el interés de la sociedad de la cual es director”.

De este artículo se extraen varios deberes de los directores, tales como el de asistir a las sesiones del directorio, asociado, a su vez, a la responsabilidad que pesa sobre los directores de informarse, plena y documentadamente, en cualquier tiempo de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Conforme el inciso segundo del art. 40 de la Ley de Sociedades Anónimas, el directorio podrá delegar parte de sus facultades en los ejecutivos principales, gerentes y subgerentes o abogados de la sociedad, por lo cual el directorio, para todas aquellas funciones ejecutivas, debe delegar atribuciones, siendo por ellos responsable por la culpa *in eligendo*, es decir, por su elección.

En este escenario, resulta muy complejo al evaluar el deber de diligencia, la discrecionalidad de las decisiones de negocio, entendiendo que tales decisiones son eminentemente riesgosas y envueltas de cierta cuota mayor o menor de incertidumbre, factor que también deberá considerarse al momento de realizar un juicio sobre su conducta. Ahora bien, el directorio debe cumplir sus funciones y tomar decisiones, no pudiendo excusarse en atención al riesgo del negocio. Así las cosas, existirán distintas formas de medir el riesgo según el giro de la compañía, tipo de mercado donde opera, actividad u operaciones que de forma habitual realiza, entre otros factores, los cuales darán mayor o menor amplitud al riesgo que dicha compañía asume como normal como también el riesgo al cual explicita e implícitamente el directorio se encuentra autorizado.

Deber de lealtad y conflictos de interés

El deber de lealtad se puede conceptualizar en como un deber de conducta en virtud del cual cada director debe conducirse en términos que subordine sus intereses personales o de las personas relacionadas a los intereses de la sociedad⁴⁴. Esto se traduce, en términos sencillos, a una observancia de los intereses de la sociedad y, por contrapartida, obtención de toda acción que pueda atentar contra dichos intereses.

Este deber que pesa sobre los directores les orienta a que, en su papel de administrador de un patrimonio ajeno, siempre en sus decisiones tenga la

⁴⁴ MENANTEAU, VEGA, *op. cit.*, p. 94.

finalidad de satisfacer el interés del dueño del patrimonio administrado. De esta manera, las principales desviaciones a este deber se relacionan con los “conflictos de interés”. Estos últimos, definidos como:

“conflictos actuales y potenciales de intereses en que pueden surgir en transacciones que la sociedad anónima lleve a efecto con un director o con personas relacionadas con el director”⁴⁵,

regulada en los arts. 42 y 44 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el título XVI del mismo cuerpo normativo, se caracterizan por la concurrencia de tres elementos esenciales: existencia de dos o más intereses legítimos o susceptibles de protección jurídica y de naturaleza pecuniaria, que ambos intereses estén confrontados o en conflicto (por cuanto no es posible satisfacer uno sin menoscabo del otro) y, por último, existencia de un perjuicio para el interés social. La ley ha establecido un procedimiento para gestionar el conflicto de interés, incluyendo la obligación de informar, aprobación de la mayoría de los miembros del directorio y, además, tutelando que las operaciones tengan por finalidad contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellos que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación.

Deberes de información

Contenida en el art. 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual dispone:

“el directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Comisión determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad”,

por cuanto la sociedad, y el directorio como órgano, tiene el deber y limitación de entregar la información exigida por ley o por la autoridad administrativa, no pudiendo entregar más o menos información de aquella que normativamente le resulta exigible.

Deber de guardar reserva

Obligación que pesa sobre cada director, y que está contenida en el art. 43 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual indica:

“los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de

⁴⁵ MENANTEAU, VEGA, *op. cit.*, p. 95.

su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se entenderá que se ha producido dicha divulgación cuando la información se haya dado a conocer mediante los sistemas de información al mercado previstos por la Comisión, de acuerdo al artículo 10 de la ley N° 18.045, o bajo otra modalidad compatible con lo dispuesto en el artículo 46. No regirá esta obligación cuando la reserva lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de las leyes o de la normativa dictada por la Comisión en el ejercicio de sus atribuciones”.

En este contexto, los directores deberán guardar reserva de los negocios de la sociedad, entendiendo que con esta reserva evitan un perjuicio para el interés social.

Límite imputable en la infracción
de los deberes de tutela patrimonial
respecto del delito de administración desleal

Precedentemente se listaron aquellos deberes de los directores y del directorio de una sociedad anónima abierta y especial que pueden considerarse como deberes de tutela patrimonial y cuya infracción podría ser tipificada como delito de administración desleal. No obstante aquello, no cualquier infracción a estos deberes podría llegar a ser tipificada como dicho delito, puesto que para ello ocurra se debe estar en presencia de un grave indicio de la existencia de un poder real de disposición autónoma del patrimonio ajeno, en virtud de una obligación principal del director y una relación duradera y no accesorio⁴⁶.

Dicho de otra forma, la infracción a los deberes debe ser idónea como gestión jurídico-negocial para satisfacer los elementos del tipo, así, no cualquier infracción a estos deberes sería típica del delito de administración desleal, siendo necesario que la infracción al deber que recae sobre el administrador sea sobre el patrimonio de la sociedad y este posea la autonomía necesaria en el ejercicio de sus atribuciones para gestión del patrimonio y, así, necesariamente esta infracción debe ser apreciada según el caso concreto.

Por último, y como conclusión dentro de este apartado, en cuanto a los deberes de tutela patrimonial, se puede destacar que la complejidad de los negocios y la división entre patrimonio y administración conlleva a la profesionalización de la labor del director⁴⁷. Y, por ello, más dificultoso resulta un juicio *ex post*, realizado por tribunales para determinar si una decisión de negocios es o no razonable, ya que los jueces carecen de los conocimientos y experiencia necesaria en materia de negocios.

⁴⁶ MENANTEAU, VEGA, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 93.

Por la razón antes señalada, y por el carácter abierto del estándar de diligencia o del deber de cuidado, es que la BJR surge como presunción sobre las decisiones de los directores en el manejo de los negocios, de forma que dicha decisión será razonable, en la medida que se haya tomado siguiendo los procedimientos adecuados para dicho razonamiento.

IV. Relación entre la Business Judgment Rule y el delito de administración

DESLEAL

Analizada la BRJ y el delito de administración desleal chileno, resulta importante ahora abordar la relación existente entre ambas figuras, especialmente relacionadas con el deber de tutela patrimonial, tanto en su variante abuso como de infidelidad, en correlación con los deberes de los administradores, en particular de sociedades anónimas, cuya infracción, bajo la óptica del deber de tutela patrimonial, son relevantes para su punibilidad por la calificante establecida en el inciso tercero del numeral 11 del art. 470 del *Código Penal*.

1. INTERSECCIÓN CONCEPTUAL

a) Compatibilidad entre la BJR y el principio de legalidad penal

El principio de legalidad penal, consagrado en el art. 19 n.º 3 de la *Carta Fundamental* chilena y art. 1.º del *Código Penal*, en términos muy resumidos exigen que toda conducta delictiva este de manera clara tipificada en la ley y que no se pueda aplicar una sanción sin que el acto haya sido previamente definido como delito.

La BJR, si bien no excluye la aplicación del delito de administración desleal, sí establece un marco que permite distinguir entre decisiones empresariales erróneas (protegidas por esta regla) y aquellas que constituyen un abuso intencional de las facultades conforme a lo que el tipo penal dispone, y, así las cosas, el principio de legalidad garantiza que el administrador solo será sancionado penalmente si su conducta encuadra de modo inequívoco en los elementos del tipo.

Ahora bien, de la forma ambigua en que se ha descrito el tipo, y la amplitud con la que podría interpretarse el “abuso de facultades” o los “actos con-

trarios a los intereses del titular”, podría generar que decisiones empresariales legítimas, pero fallidas, se confundan con conductas delictivas.

La BJR actúa como criterio de exclusión frente a decisiones adoptadas de forma razonable y diligente, incluso si resultan en pérdidas económicas. En definitiva, ambas figuras pueden coexistir armónicamente en el sistema penal nacional, pero considerando lo siguiente:

- Diferenciar entre decisiones erróneas y conductas dolosas: esta regla ampara decisiones adoptadas bajo criterios razonables, a diferencia del delito de administración desleal, el cual exige una conducta deliberadamente dolosa para perjudicar el patrimonio administrado.
- Atender el criterio de la razonabilidad empresarial: si el administrador demuestra que su decisión fue adoptada tras un análisis, serio y responsable, aun cuando resulte desfavorable, deberá aplicarse la protección de la BJR.
- La importancia del dolo: para que el sujeto activo resulte condenado en este delito, se debe probar que el administrador abusó de sus facultades, con la intención de dañar el patrimonio que gestionaba, elemento que marca una diferencia esencial con el marco de acción que resulta cubierto por ella.

En consecuencia, la BJR y el principio de legalidad no son incompatibles, sino que funcionan de forma complementaria. Actúa como un estándar de protección para administradores diligentes, mientras que el delito de administración desleal sanciona conductas dolosas que exceden el marco de la gestión razonable.

La clave para su aplicación en Chile radica en interpretar de forma precisa el concepto de abuso de facultades y garantizar que solo se penalicen aquellas conductas que vulneren de forma manifiesta los intereses patrimoniales del titular.

b) Diferencias fundamentales entre la negligencia empresarial y la administración desleal

La negligencia empresarial alude a la falta de cuidado o diligencia exigible a quienes administran una empresa, sin intención deliberada de causar daño. En el ámbito societario, el deber de diligencia de los directores se consagra en el art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige que:

“los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”.

En otras palabras, la ley adopta un estándar de culpa leve: la responsabilidad de los directores surge ante una falta de diligencia que, incluso, no exceda la negligencia común u ordinaria. La jurisprudencia chilena ha precisado que dicho estándar debe apreciarse considerando las condiciones particulares del cargo: se espera el cuidado de un director medio prudente y diligente, por encima del de un “buen padre de familia” promedio. Es decir, al evaluar la conducta de un administrador se atiende a lo que habría hecho un director razonablemente cuidadoso situado en las mismas circunstancias concretas. La negligencia empresarial, entonces, se configura cuando el administrador no actúa con la diligencia debida, omite precauciones o controles esperables, o incurre en descuidos que cualquier director prudente habría evitado, provocando, con ello, un perjuicio al patrimonio de la sociedad o de terceros.

La negligencia empresarial es de naturaleza culposa. No supone mala fe ni la intención de perjudicar, sino, más bien, descuido, impericia o inobservancia de deberes objetivos de cuidado. Sus consecuencias típicas son de orden civil o administrativo, no penales: el director o gestor negligente puede verse obligado a indemnizar daños.

Atendidas estas características de la negligencia empresarial, se puede visualizar las principales diferencias con la conducta que se requiere para satisfacer el tipo penal:

b.1) Naturaleza de la conducta - culpa vs. dolo

La diferencia más esencial radica en la intencionalidad. La negligencia empresarial es una falta al deber de cuidado, donde el administrador no quiere ni asume conscientemente el perjuicio, sino que este sobreviene por descuido, imprudencia o impericia. En cambio, la administración desleal es un comportamiento doloso: el gestor actúa con conocimiento de que traiciona la confianza depositada, abusando de sus facultades o actuando contra el interés ajeno.

b.2) Enriquecimiento y ventaja personal

Otra diferencia conceptual importante es que la negligencia empresarial, por definición, no conlleva la obtención de un provecho ilícito por parte del administrador (más allá de que por su falta de cuidado pudiera, de manera indirecta, beneficiarse de bonos mal calculados u otros efectos no intencionales). La administración desleal, si bien no exige provecho del autor, en la práctica suele ir acompañada de algún beneficio para el infractor o para terceros relacionados, dado que la motivación típica para actuar deslealmente es favorecer un interés distinto al del patrimonio administrado.

2. LA BJR COMO LÍMITE A LA APLICACIÓN DEL DELITO:

PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

EN LA TOMA DE DECISIONES EMPRESARIALES

La discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones es un elemento esencial de la gestión corporativa moderna. Consiste en el margen de autonomía y libertad que tienen los directores y administradores para adoptar decisiones estratégicas, incluso riesgosas, en interés de la empresa. En el ámbito societario los directores y administradores tienen el deber de gestionar la empresa buscando el mejor interés social. Para cumplir ese papel, requieren un ámbito de discrecionalidad que les permita innovar, aprovechar oportunidades y asumir riesgos razonables. Esta discrecionalidad se justifica porque los negocios por naturaleza implican incertidumbre: “Los negocios de riesgo son la levadura que impulsa la masa del capitalismo”⁴⁸, de tal manera que prohibir o desalentar las decisiones arriesgadas sería no solo injusto, sino contraproducente para el desarrollo económico, y que nadie tiene éxito garantizado en cada operación, pero el crecimiento empresarial depende de permitir cierta autonomía en la toma de decisiones.

La doctrina compara la labor del administrador con una obligación de medios, no de resultados⁴⁹, lo importante es que el director actúe de manera diligente, informada, leal y de buena fe; si pese a ello alguna decisión resulta desfavorable para la empresa, no debe ser reprochada de forma automática. Exigir aciertos constantes crearía un efecto paralizante, volviendo a los administradores excesivamente adversos al riesgo por temor a responsabilidad *ex post*.

En síntesis, la discrecionalidad empresarial se funda en la necesidad de fomentar la innovación y el emprendimiento, permitiendo a los gestores asumir riesgos calculados sin miedo a ser sancionados por cada desacierto. Es por ello que la ley y la jurisprudencia deberán encontrar un punto de equilibrio: por un lado, exigir deberes fiduciarios básicos para evitar abusos y, por otro, brindar protección frente a reclamos infundados por decisiones de negocio legítimas, aunque desafortunadas.

Si bien el derecho chileno no consagra expresamente una “regla del buen juicio de negocios” en sus estatutos societarios, sí reconoce los deberes fiduciarios de los administradores –diligencia, lealtad y buena fe– cuya observancia delimita y legitima el ejercicio de la discrecionalidad.

⁴⁸ Ivó COCA-VILA, “La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal, Reflexiones desde el Derecho Español”, p. 39.

⁴⁹ Rebeca ZAMORA, “La regla del juicio de negocios ante el nuevo delito de administración desleal”.

La llamada BJR ha sido destacada en la doctrina local como el principio que protege a los administradores de responsabilidad por las consecuencias dañinas de sus decisiones de negocio, siempre que hayan actuado cumpliendo ciertos requisitos básicos (actuar de buena fe, ausencia de interés personal, diligencia e información suficiente) que aquí ya fueron enunciados.

De esta forma, cumplidos todos estos requisitos, opera en favor del administrador: se presume que su decisión de negocio fue legítima y no puede ser cuestionada judicialmente por el solo hecho de haber causado un perjuicio y, en tal caso, la carga de la prueba se invierte –corresponde al demandante o acusador demostrar la mala fe, la deslealtad o la negligencia grave del gestor– para configurar los elementos del tipo penal.

En suma, existe en la doctrina y jurisprudencia chilena un reconocimiento creciente de la discrecionalidad empresarial protegida por esta regla. Se entiende que los tribunales deben ser deferentes al juicio de negocio de los gestores, interviniendo solo ante desviaciones evidentes de sus deberes fiduciarios. Esta concepción garantiza el equilibrio entre la rendición de cuentas de los administradores y la necesaria autonomía para dirigir empresas en un entorno competitivo.

3. JURISPRUDENCIA CHILENA:

DISCRECIONALIDAD LEGÍTIMA VERSUS ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Dado que el delito de administración desleal es relativamente nuevo en Chile, la jurisprudencia penal aún es escasa en esta materia. No obstante, existen precedentes en otros ámbitos que ayudan a trazar la frontera entre la discrecionalidad legítima y la ilicitud. Un caso civil emblemático (antes de la tipificación del delito de administración desleal) es Inversiones Ranco Tres S.A. c/ LATAM Airlines (demanda de accionista minoritario contra la compañía y sus directores), donde precisamente se debatió si ciertas decisiones de negocio erradas podían generar responsabilidad. En ese caso, el accionista alegó que la fusión de LAN con TAM y otras decisiones estratégicas (incluso multas por libre competencia) habían perjudicado el valor de la empresa. Por último, se rechazó la demanda y los tribunales reivindicaron de forma expresa la discrecionalidad empresarial protegida. La sentencia de primera instancia concluyó que la fusión y las decisiones cuestionadas fueron “una decisión de negocios, adoptada de buena fe, y en base a información relevante que consta en el proceso”⁵⁰, por lo que no correspondía que fueran juzgadas *ex post* por los tribunales. Refuerza el razonamiento la sentencia de segunda instancia que indicó:

⁵⁰ 22.º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2017), rol C-29945-2016, cons. 22.º.

“someter al control de la judicatura ordinaria decisiones de negocios, atenta contra la garantía constitucional prevista en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Distinto es que una decisión de negocios sea en sí un ilícito, civil, penal, administrativo o de libre competencia, lo que no se corresponde con lo que aquí se reclama”⁵¹.

Lo más relevante para este análisis es el razonamiento que contiene, en cuanto a que se concluyó que las decisiones sobre una determinada forma de conducir la compañía, adoptadas por controladores, directores o ejecutivos de una sociedad, no son reprochables o revisables por los tribunales de justicia, en la medida que aquellas hayan sido tomadas:

- a) de buena fe, es decir, con la razonable u honesta convicción que se actuaba en el mejor interés de la compañía;
- b) con respecto al deber de lealtad, esto es, sin conflictos de interés y
- c) con la debida diligencia, es decir, debidamente informadas⁵².

Estos tres elementos recogidos, en este caso, corresponden a los requisitos que postula la BJR, por cuanto, esta última figura resulta tácitamente reconocida en el ámbito jurisprudencial y, por tanto, se estableció una presunción en favor de los administradores: cumplidos sus deberes fiduciarios, no se les puede imputar responsabilidad (civil o penal) por el resultado adverso de la decisión y, así las cosas, la carga probatoria recae en quien acusa, que debe demostrar la falta de uno de esos requisitos (mala fe, interés personal o negligencia).

En el mismo sentido antes expuesto, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago⁵³ se analizó un reclamo de ilegalidad interpuesto contra actos administrativos emitidos por la CMF, que sancionaron al reclamante (José Héctor Valdés Ruiz), por supuesta infracción al art. 50 bis de la Ley n.º 18046 (Ley de Sociedades Anónimas chilena), en específico respecto a su calidad como director independiente luego de una fusión bancaria. El conflicto surge porque el reclamante ejerció como director del Banco Itaú Chile hasta el momento de su absorción por Corpbanca, dando lugar al Banco Itaú Corpbanca. Posteriormente, asumió como director independiente en esta nueva entidad, no respetando el periodo mínimo exigido de dieciocho meses para considerarse independiente, conforme al art. 50 bis de la Ley n.º 18046.

Este fallo resulta relevante por cuanto la Corte de Apelaciones de Santiago realizó un reconocimiento judicial implícito de estándares similares a los establecidos por la BJR, reforzando la importancia de considerar la diligencia razonable y el asesoramiento especializado al evaluar posibles que-

⁵¹ CORTE DE APELACIÓN DE SANTIAGO (2019): rol 527-2018, cons. 6.º.

⁵² Tatiana ARRIAGADA, “La regla del juicio de negocios ha aterrizado en Chile”.

⁵³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020): rol contencioso administrativo-237-2020.

brantamientos de los deberes fiduciarios, esto demuestra que de forma indirecta esta regla ha servido como criterio interpretativo en la evaluación judicial sobre la responsabilidad de los administradores societarios, favoreciendo un entorno jurídico que protege decisiones empresariales legítimas tomadas bajo asesoría especializada, y diferenciándolas de modo claro de conductas penalmente reprochables como la administración desleal.

4. ANÁLISIS COMPARADO

a) Estados Unidos: límites del derecho penal frente a la BJR

En Estados Unidos, particularmente en la jurisprudencia desarrollada por el estado de Delaware, representa una sólida defensa que protege a los administradores de empresas frente a reclamaciones derivadas de sus decisiones empresariales. Este principio exime a los administradores de responsabilidad cuando se demuestra que las decisiones fueron adoptadas bajo ciertos estándares de conducta específicos: buena fe, ausencia de conflictos de interés y adecuada información respecto a la operación que se lleva a cabo. No obstante, la doctrina estadounidense también establece límites claros a esta protección frente al derecho penal.

No es absoluta y encuentra sus fronteras precisamente cuando las acciones o decisiones corporativas entran en el ámbito penal. En Estados Unidos, la regla protege de modo amplio a los administradores frente a demandas civiles por decisiones que, aunque desafortunadas o dañinas, fueron tomadas con diligencia, buena fe y ausencia de interés personal. Sin embargo, cuando las conductas implican fraude, mala fe evidente, conflictos de intereses ocultos o una violación manifiesta de los deberes fiduciarios –principalmente los deberes de diligencia (*duty of care*), lealtad (*duty of loyalty*) y buena fe (*duty of good faith*)– pierde toda aplicabilidad, permitiendo la persecución penal correspondiente.

La jurisprudencia estadounidense destaca de forma clara que no protege a los administradores que participan en actos fraudulentos, corrupción, engaño intencional o cualquier forma de violación deliberada de las obligaciones fiduciarias. La carga de la prueba recae inicialmente en el demandante o acusador, quien debe demostrar que el administrador no actuó conforme a estos estándares. Si se demuestra dicho incumplimiento, el estándar que rige ya no es el de la discrecionalidad empresarial, sino que se aplica el Entire Fairness Standard, que requiere al administrador probar que la transacción fue justa y equitativa desde el punto de vista procesal y sustantivo.

Casos emblemáticos como *Kamin v. American Express* y *Smith v. Van Gorkom*⁵⁴ ilustran esta distinción: el primero ratifica que simples errores de juicio empresarial no constituyen ilícito, mientras que el segundo establece que decisiones adoptadas sin la debida información ni deliberación adecuada (*gross negligence*) pueden superar la presunción protectora de la BJR. En *Benihana of Tokyo v. Benihana Inc.*⁵⁵, se confirmó que, incluso, en transacciones con posible conflicto de interés, esta regla puede aplicarse solo si se demuestra transparencia total y aprobación por administradores desinteresados. Sin embargo, cualquier indicio de fraude, corrupción o mala fe deliberada rompe inmediatamente la protección.

En definitiva, aunque ofrece a los administradores una robusta protección para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad empresarial, la frontera con el derecho penal estadounidense es clara y estricta. Esta regla nunca amparará actos de fraude, corrupción, conflictos de interés ocultos o violación intencional de deberes fiduciarios, dejando esas conductas fuera del ámbito discrecional protegido y plenamente sujetas al rigor del sistema penal.

Resulta relevante destacar que conforme el derecho estadounidense, se presume que los administradores han actuado de manera adecuada, y es ella la que impone sobre quien impugna una decisión empresarial, la carga de probar los hechos que revierten la presunción. Así las cosas, si el demandante no logra cumplir esa carga probatoria, operará como protección al administrador y las acciones o decisiones adoptadas por este. Ahora bien, si el demandante logra probar los hechos que la refutan, la carga de la prueba se traslada a los administradores demandados, quienes tendrán que probar la *entire fairness* de su decisión empresarial, es decir, se tendrá que probar que la transacción es intrínsecamente justa para los accionistas, demostrando la equidad de la transacción y el precio justo de la misma.

b) España:

Aplicación en contextos similares de delitos societarios.

En España, la protección que brinda la BJR a los administradores societarios se encuentra regulada expresamente en el art. 226 de la LSC, incorporada en 2014 inspirada en la doctrina estadounidense. Este artículo establece que las decisiones estratégicas o empresariales adoptadas por los administradores no serán objeto de responsabilidad, siempre y cuando hayan sido tomadas de buena fe, sin conflicto de interés, con información suficiente y siguiendo procedimientos adecuados.

⁵⁴ POMBO, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 25.

Desde la perspectiva del derecho penal español, la protección que ofrece la BJR tiene límites claros, especialmente cuando se analizan delitos societarios como la administración desleal, regulada en el art. 252 del *Código Penal* español. Este artículo establece que incurrirá en delito el administrador que cause un perjuicio económico a la sociedad al excederse de las facultades otorgadas o actuando con abuso de dichas facultades.

La jurisprudencia española ha sido clara al delimitar su aplicación, indicando que esta protección cesa en los casos en que exista una vulneración evidente de los deberes fiduciarios esenciales (diligencia, lealtad y buena fe). Así, si un administrador incurre en una decisión manifiestamente irracional, abusiva, fraudulenta o en la cual exista conflicto de interés, esta regla no resulta aplicable, debiendo responder penalmente por su conducta.

La doctrina y jurisprudencia españolas han puntualizado de manera reiterada que la protección que brinda no supone inmunidad absoluta, pues los administradores siempre deben acreditar que actuaron bajo los estándares establecidos por ley: buena fe, ausencia de conflictos de intereses personales, información suficiente y un procedimiento de decisión adecuado. El incumplimiento de cualquiera de estos presupuestos deja sin efecto esta protección, exponiendo al administrador a responsabilidad penal.

En síntesis, en España se configura como un mecanismo de protección que reconoce un ámbito discrecional a los administradores frente a decisiones empresariales legítimamente adoptadas, pero presenta límites claros ante el derecho penal cuando las conductas empresariales implican dolo, negligencia grave o abuso en el ejercicio de sus funciones. Este equilibrio, reflejado en el sistema español, busca proteger las decisiones empresariales razonables sin desproteger la integridad del patrimonio social y el interés de los accionistas y terceros afectados

c) Chile:

¿posibilidad de incorporar la BJR
como doctrina complementaria?

Pese a no estar reconocida de manera formal, esta regla comienza a ser discutida doctrinal y jurisprudencialmente como un posible límite frente a una aplicación muy amplia o imprecisa del tipo penal de administración desleal.

La doctrina chilena señala que el tipo penal de administración desleal exige un análisis riguroso de los deberes fiduciarios del administrador, los cuales incluyen el deber de diligencia, lealtad y buena fe, similares a aquellos contemplados por la BJR. No obstante, la incorporación de esta regla en Chile requeriría una adaptación legislativa explícita o jurisprudencial para armonizarse con el principio de legalidad penal vigente en el ordenamiento

nacional. A simple vista, aparece la utilidad de integrarla en Chile, precisamente para clarificar el ámbito protegido de discrecionalidad legítima de los administradores y evitar una excesiva criminalización del riesgo empresarial. En efecto, doctrinariamente, se plantea que podría complementar de manera adecuada la interpretación judicial, en especial en contextos en que las decisiones empresariales implican riesgos inevitables o incertidumbres inherentes al negocio, sin perjuicio del patrimonio administrado cuando se cumplen estándares mínimos de diligencia y buena fe.

En este sentido, desde la doctrina chilena se reconoce la necesidad de asegurar un equilibrio entre proteger los intereses patrimoniales legítimos y evitar que la amenaza de responsabilidad penal restrinja de modo excesivo el juicio empresarial legítimo. Así, esta regla podría ofrecer una guía interpretativa clara para jueces y fiscales, permitiendo diferenciar con mayor precisión las decisiones empresariales razonables y diligentes (aunque eventualmente fallidas) de aquellas manifestaciones de abuso y deslealtad que deben perseguirse desde el ámbito penal.

En este contexto, la incorporación de criterios claros como los proporcionados por ella podrían fortalecer la certeza jurídica y proteger de forma adecuada el ámbito legítimo de discrecionalidad empresarial frente a interpretaciones excesivamente amplias del tipo penal chileno, siempre que se respeten los principios fundamentales del derecho penal, como la taxatividad y la tipicidad estricta.

Diversas opiniones especializadas⁵⁶ destacan que su introducción implicaría un avance en la certeza jurídica, ofreciendo mayor predictibilidad y delimitando mejor la frontera entre la responsabilidad penal y la discrecionalidad legítima en el ámbito empresarial. De este modo, se favorecería un entorno legal más estable y competitivo, con criterios claros para evaluar la conducta empresarial y evitar aplicaciones penales injustamente expansivas.

En consecuencia, la posibilidad de incorporarla como doctrina complementaria en el derecho chileno resulta viable y aconsejable, pero debe acompañarse de precisiones legislativas o jurisprudenciales que garanticen su coherencia con los principios fundamentales del orden penal chileno, en especial con la debida protección del patrimonio ajeno.

5. EL ROL DE LA LEX ARTIS EMPRESARIAL

La *lex artis* empresarial alude al conjunto de estándares, prácticas y metodologías reconocidas como correctas y habituales en el ámbito corporativo y

⁵⁶ Tales como la de Jorge Bofill, Valeria Jelves, Sebastián Contreras en su trabajo: “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”.

que deben ser cumplidas por los administradores en el ejercicio de sus funciones⁵⁷. Se trata de un criterio técnico y fáctico que ayuda a evaluar si la conducta de un administrador ha sido acorde con la diligencia esperable de un “buen profesional” de la gestión empresarial. Por tanto, puede resultar decisiva al precisar cómo se juzga la razonabilidad de una decisión de negocio⁵⁸ y, consiguientemente, su legitimidad o eventual carácter delictivo en el contexto del delito de administración desleal.

Si bien la BRJ y la *lex artis* empresarial son de naturaleza y fines diversos, toda vez que la primera opera como una presunción jurídico-doctrinal que protege, como ya se dijo, la discrecionalidad de los administradores cuando actúan informada y honestamente, sin conflicto de intereses y observando sus deberes fiduciarios, la segunda opera como un parámetro fáctico y técnico que permite evaluar la razonabilidad y diligencia de las decisiones de negocios, se complementan y refuerzan mutuamente en diversos aspectos, tales como:

Evaluación de estándares de diligencia: la BRJ fija los elementos básicos (buena fe, ausencia de interés personal y decisión informada) para presumir la legalidad de la conducta del administrador, la *lex artis* empresarial concreta y traduce ese estándar a la realidad fáctica de la industria, ofreciendo criterios objetivos, tales como normas técnicas, procedimientos de la empresa, prácticas habituales del sector, etc., para determinar si efectivamente se ha cumplido la exigencia de diligencia y prudencia.

Mejora la certeza jurídica y técnica: la BRJ provee como estándar doctrinal y jurisprudencial la presunción de legalidad y, por su parte, la *lex artis* empresarial provee la evidencia práctica y técnica que permite sustentar y avalar esa presunción. En definitiva, en conjunto proporcionan un esquema de doble evaluación, por una parte, debe cumplir con los criterios formales de la BRJ y, por otra, la forma de ejecución de la decisión debe coincidir con el conocimiento y experiencia aceptados en el mercado (*lex artis* empresarial).

Contribuye a la delimitación entre los riesgos del negocio y la administración desleal: como ya se revisó, la administración desleal se configura cuando se vulnera el deber de tutela patrimonial, mediante un proceder que se aparta abierta y dolosamente de los inte-

⁵⁷ HERNÁNDEZ, “La Business...”, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁸ Esta idea se refuerza conforme lo expresado por Ivo Coca, el cual indica que la ausencia de una *lex artis* empresarial consolidada, que sirva como referente para valorar la diligencia de los administradores, ha sido –entre otros factores– una de las razones que favorecen la protección de la discrecionalidad empresarial, la cual, a su vez, genera un margen de impunidad frente a decisiones estratégicas o de negocio. COCA-VILA, *op. cit.*, p. 51.

reses de la compañía. Por cuanto, en la medida que las decisiones de los administradores se realicen en cumplimiento de la *lex artis* empresarial, resulta casi incompatible que exista dolo de perjudicar los intereses de la compañía, reforzando con ello la BJR frente a acusaciones de conducta delictiva.

Fortalece cultura de cumplimiento: dada la coherencia y complementariedad entre la BJR y la *lex artis* empresarial, esto debiera fomentar a las compañías a instaurar procedimientos de decisión y protocolos claros, respaldados por informes técnicos y participación de asesores especializados. Esta cultura de cumplimiento empresarial disminuye la posibilidad de administraciones desleales, toda vez que requiere que las decisiones sean adoptadas con mayor rigor y sustento técnico que reducen los espacios vulnerables para la comisión de delitos, tales como el de administración desleal.

Junto con lo anterior, la incorporación de la *lex artis* empresarial como elemento probatorio o de evaluación en el marco penal del delito de administración desleal permite a los tribunales contar con precisos elementos, así como un enfoque técnico y objetivo para valorar la conducta de los administradores, alineándose con la protección de la legítima discrecionalidad que promueve la BJR. E, incluso, antes de ello, la congruencia y concordancia entre ambas permite fijar de mejor forma los criterios generales de no interferencia judicial, cuando la actuación del administrador cumple con el deber fiduciario, y la *lex artis* empresarial verifica en términos objetivos y técnicos tal cumplimiento, consistente con las prácticas y estándares del sector, se reduce el riesgo de una injusta criminalización de errores o riesgos propios de los negocios, a la vez que facilitan la persecución de conductas que efectivamente quiebran la buena fe y lealtad para con el patrimonio ajeno, todo lo cual contribuye a un adecuado equilibrio entre la protección del patrimonio ajeno y el fomento de la actividad empresarial, objetivo esencial para salvaguardar un sistema económico moderno y competitivo.

6. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA EL DERECHO CHILENO

a) Situación actual

En el escenario actual, donde, si bien la BJR tiene atisbos doctrinales y jurisprudenciales, no existe reconocimiento legal expreso ni una línea jurisprudencial sólida que permita asentar esta doctrina en el derecho nacional, ofrece una serie de desafíos y oportunidades para, desde el gobierno corporativo de las empresas, enfrentar esta ambigüedad, así, de esta manera, y desde la

misma administración de la sociedad, se ha tenido que adaptar a esta realidad, fomentando buenas prácticas de gobierno corporativo, capacitación de directores, control interno y, en general, medidas de cumplimiento que eviten errores costosos. La administración desleal, en tanto acto ilícito intencional, requiere, además, herramientas de *compliance* penal: canales de denuncia internos, auditorías forenses, *due diligence* de integridad en nombramientos, etc., para detectar y prevenir conductas deshonestas de los llamados “enemigos internos”. Tras la tipificación de este delito, las empresas han debido ampliar sus mapas de riesgo y protocolos, pues ahora decisiones antes solo sujetas a responsabilidad civil podrían acarrear consecuencias penales.

A la luz de lo expuesto, es fundamental que quienes gestionan patrimonios ajenos tomen medidas para minimizar el riesgo de que sus decisiones legítimas puedan ser interpretadas como conductas delictivas de administración desleal. Algunas recomendaciones prácticas son:

- Documentar el proceso decisorio: ante cada decisión importante, dejar constancia en actas de directorio o informes internos de los antecedentes considerados, alternativas evaluadas y motivos de la elección. Un buen respaldo documental podrá demostrar *a posteriori* que se actuó de forma informada y diligente.
- Buscar asesoría independiente: en decisiones de alto impacto o complejidad técnica, es aconsejable obtener evaluaciones de expertos o conformar comités especiales que analicen el asunto. Esto no solo mejora la calidad de la decisión, sino que evidencia buena fe y prudencia. Por ejemplo, contar con un informe financiero o legal previo podrá ser una prueba valiosa de diligencia.
- Revelar y gestionar conflictos de interés: si un director o gerente tiene algún interés propio en una operación (directo o indirecto), debe revelarlo oportunamente y abstenerse de participar en la decisión, cumpliendo con las normas de sociedades anónimas sobre operaciones con partes relacionadas. La transparencia en este aspecto es clave para mantener la protección de la BJR; de lo contrario, cualquier ventaja personal anulará la presunción de lealtad.
- Actuar dentro del marco legal y estatutario: asegurarse de que las decisiones no violen leyes, reglamentos ni los estatutos o acuerdos societarios. Respetar los límites de atribuciones fijados por la ley o el contrato social. Ejemplo: si se requiere aprobación de la junta de accionistas para cierta operación, obtenerla. El cumplimiento normativo estricto evita que una decisión, por rentable que parezca, se transforme en evidencia de mala fe (como ocurriría si implica actos ilícitos, fraude contable, cohecho, etcétera).

- Monitoreo financiero y controles internos: mantener al día la contabilidad y los controles internos que permitan detectar y justificar resultados. Un sano gobierno corporativo –auditorías periódicas, comités de directorio, cumplimiento (*compliance*)– no solo previene efectivamente abusos, sino que, además, provee elementos objetivos para defender la razonabilidad de las decisiones en caso de ser necesario. Los “vacíos contables” o la falta de registro de operaciones legítimas pueden generar sospechas infundadas.
- Capacitación y cultura ética: educar a los directores y altos ejecutivos en sus deberes fiduciarios y en las consecuencias del delito de administración desleal. Una cultura de cumplimiento donde prime la ética en los negocios hará menos probable que se crucen las líneas rojas. Además, contar con un oficial de cumplimiento que supervise riesgos (ahora ampliados tras la Ley n.º 21121) ayuda a detectar de manera temprana decisiones potencialmente problemáticas.
- Seguro de responsabilidad de directores (D&O): si bien no evita la persecución penal, un seguro D&O puede cubrir costos de defensa legal y eventuales indemnizaciones civiles, brindando tranquilidad para que los directores puedan tomar decisiones de negocio legítimas sin temor excesivo. Esto complementa la protección de la BJR, aunque no la reemplaza.

En resumen, en la realidad actual en la que se está acerca del delito de administración desleal, la mejor estrategia que se puede asumir a nivel corporativo es la preventiva, buscando permanentemente alinear las decisiones con las buenas prácticas de gobierno corporativo. Si cada decisión importante es adoptada con transparencia, información adecuada y lealtad, resulta mucho menos probable que alguien pueda sostener de manera seria que hubo administración desleal. Y en el evento de una investigación, esas mismas buenas prácticas facilitarán la defensa basada en que la actuación estuvo dentro del ámbito de la discrecionalidad permitida.

b) Regulación específica en el ámbito corporativo

En cuanto a la posibilidad de incorporar la BJR en la regulación corporativa chilena presenta importantes desafíos y oportunidades en materia de gobierno societario y responsabilidad de los administradores. Desde la perspectiva comparada, resulta útil observar la experiencia del derecho español, particularmente el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital, que incorpora elementos centrales de esta regla.

Desafíos

Claridad normativa y seguridad jurídica: es necesario establecer con precisión en la legislación chilena los requisitos específicos para invocar la BJR, tales como la adopción de decisiones de buena fe, debidamente informadas, sin conflictos de interés y siguiendo procedimientos adecuados. La regulación debe evitar ambigüedades que generen incertidumbre interpretativa.

Delimitación del ámbito discrecional protegido: un reto importante será delimitar claramente cuándo una decisión empresarial es protegida por la BJR y cuándo excede dicho marco, configurando posibles delitos como la administración desleal. Esto implica definir de forma clara los estándares fiduciarios en la legislación societaria.

Compatibilidad con el derecho penal: la incorporación explícita de la BJR debe armonizarse de manera cuidadosa con los principios del derecho penal chileno, especialmente respecto al principio de legalidad penal, para evitar conflictos interpretativos entre normas societarias y penales.

Oportunidades

Protección a decisiones empresariales legítimas: al reconocer formalmente la BJR, Chile brindaría una mayor protección jurídica a los administradores frente a decisiones empresariales legítimas que impliquen riesgos comerciales inherentes a la actividad empresarial, impulsando así la innovación y desarrollo corporativo.

Alineación con estándares internacionales: al incorporarla explícitamente en la regulación corporativa chilena, se fortalecería la confianza de inversionistas extranjeros y nacionales, alineando el país con estándares internacionales reconocidos de manera amplia, como los adoptados en España y Estados Unidos.

Mayor eficiencia judicial y menor litigiosidad: establecer claramente sus criterios podría reducir la incertidumbre legal en disputas societarias y evitar litigios innecesarios, beneficiando tanto a empresas como a tribunales al proporcionar un marco normativo claro para juzgar las decisiones empresariales.

Siguiendo la legislación española, resulta relevante destacar que el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital española puede servir como modelo legislativo para Chile, ya que incorpora claramente los elementos fundamentales de la BJR: adopción de decisiones de buena fe, ausencia de conflictos de interés y actuación informada y diligente. Esta regulación expresa permite reducir las incertidumbres interpretativas, proporcionando un estándar obje-

tivo para evaluar la responsabilidad de los administradores societarios, limitando la posibilidad de reclamaciones infundadas.

En conclusión, su incorporación en la regulación corporativa chilena ofrece importantes oportunidades para mejorar la certeza jurídica, fomentar un entorno corporativo competitivo y proteger adecuadamente la discrecionalidad legítima en la gestión empresarial, aunque debe enfrentar los desafíos de su adecuada delimitación normativa y compatibilidad con el sistema penal nacional.

c) Compatibilización de incentivos empresariales con sanciones penales

La introducción del delito de administración desleal en el derecho penal chileno plantea importantes desafíos para equilibrar la promoción de incentivos empresariales legítimos con la aplicación de sanciones penales frente a conductas ilícitas. En este contexto, la eventual incorporación formal de la BJR en el marco jurídico chileno adquiere especial relevancia.

Compatibilizar de manera adecuada los incentivos empresariales con las sanciones penales implica reconocer que, por un lado, la actividad empresarial se caracteriza por decisiones basadas en la toma de riesgos inherentes al mercado y que dichas decisiones pueden generar resultados adversos, aunque legítimos. Penalizar excesivamente estos resultados negativos podría desincentivar la innovación, la toma de riesgos necesarios para el crecimiento económico y el desarrollo de oportunidades empresariales.

La doctrina penal y societaria chilena señala que para lograr un equilibrio adecuado es esencial delimitar de forma clara los parámetros del dolo penal y la negligencia empresarial grave que justifiquen la intervención punitiva. Esto implica precisar en qué circunstancias la conducta del administrador trasciende una decisión de negocio legítima y se convierte en una acción deliberadamente desleal o abusiva respecto del patrimonio administrado.

Su implementación podría actuar como mecanismo jurídico clave para evitar que las decisiones empresariales legítimas, aunque desacertadas en sus resultados, sean perseguidas de manera indebida penalmente. Bajo esta regla, se podría establecer una presunción de legitimidad para las decisiones adoptadas de buena fe, sin conflicto de interés e informadas de forma debida, incentivando un clima empresarial más dinámico y menos adverso al riesgo.

En términos prácticos, esta compatibilización exige una intervención cuidadosa del legislador y los tribunales, asegurando que las sanciones penales se reserven para aquellos casos claros de abuso, dolo, fraude o negligencia manifiesta, evitando criminalizar errores empresariales legítimos. En este sentido, actuaría como un factor protector que permita distinguir con pre-

cisión jurídica y económica la esfera de actuación legítima de los administradores de aquella que efectivamente merece reproche penal.

Por tanto, el gran desafío del derecho chileno reside en establecer una regulación explícita y clara, similar a la experiencia española contemplada en el art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital, que permita compatibilizar de forma adecuada la protección penal del patrimonio empresarial con la necesidad de mantener y promover incentivos adecuados para una gestión empresarial dinámica, competitiva y efectiva. De lograrse esta compatibilización, se fortalecerá la confianza y seguridad jurídica en el mercado, incentivando el desarrollo empresarial responsable y, a la vez, sancionando adecuadamente aquellos comportamientos que en efecto constituyan abusos graves en la gestión corporativa.

Conclusiones

La presente investigación ha permitido constatar que la BJR cumple un papel fundamental en la protección de la discrecionalidad empresarial, al ofrecer un marco que distingue entre decisiones legítimas de negocio y conductas abusivas susceptibles de reproche jurídico. En el contexto chileno, la reciente tipificación del delito de administración desleal plantea desafíos significativos: por un lado, existe la necesidad de resguardar efectivamente el patrimonio ajeno cuando se exceden las facultades conferidas al administrador; por el otro, se debe evitar penalizar de manera injusta la toma de decisiones con un resultado negativo, pero adoptadas de buena fe y siguiendo procedimientos adecuados.

En cuanto a las propuestas y recomendaciones, como solución de *lege ferenda*, se evidencia la conveniencia de incorporar explícitamente sus criterios en la legislación societaria y penal chilena, de modo que se establezca una presunción de legitimidad para las decisiones adoptadas con la diligencia, la lealtad y la buena fe que caracterizan el estándar fiduciario. En la práctica, ello implicaría, por una parte, reformas legales que precisen el ámbito de aplicación del delito de administración desleal, circunscribiéndolo a supuestos de abuso o infidelidad deliberados y, por otra, directrices judiciales que reconozcan su relevancia al analizar eventuales responsabilidades civiles o penales de los administradores. De esta forma, se aseguraría una mayor certeza jurídica, al tiempo que se preservan los incentivos para la innovación y la toma de riesgos razonables, inherentes a la actividad empresarial. Pero también, en el estado actual de la legislación, como solución de *lege lata* se propone el robustecimiento de los mecanismos internos de control y auditoría en las

compañías, reforzando las políticas de *compliance* y códigos de ética, el papel de comités independientes (por ejemplo, de auditoría o gobierno corporativo) y la transparencia en la toma de decisiones. Con ello se fomenta un entorno en el cual los administradores, además de actuar bajo parámetros de diligencia y buena fe, puedan documentar y justificar adecuadamente sus determinaciones, evitando confusiones entre un legítimo ejercicio de la discrecionalidad empresarial y eventuales conductas desleales. De hecho, la implementación de procedimientos claros y la exigencia de informes técnicos previos, la verificación de conflictos de interés, y la trazabilidad de cada operación comercial, constituyen medios eficaces para deslindar con precisión cuándo se está ante un simple error de negocio (amparado por la BJR) y cuándo se configura una infracción intencional perseguible penalmente.

Como reflexión final, cabe señalar que su adopción como complemento para distinguir entre el legítimo riesgo empresarial y la conducta desleal supondría un impacto positivo tanto en la práctica empresarial como en el ámbito jurídico chileno. La clarificación normativa y jurisprudencial de estos conceptos beneficiaría a directores, accionistas y terceros interesados, propiciando un entorno de mayor confianza y competitividad, a la vez que se robustece la protección penal de los patrimonios ajenos cuando exista un abuso efectivo de las facultades de administración.

Bibliografía

- ABDALA, Martín, “La aplicación de la denominada business judgment rule en el derecho argentino”, en *Revista de Derecho*, n.º 42, Barranquilla, 2014. Disponible en www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a11.pdf [fecha de consulta: 11 de enero de 2025].
- ARRIAGADA BUSTOS, Tatiana, “La regla del juicio de negocios ha aterrizado en Chile”. Disponible en <https://idealex.press/la-regla-del-juicio-de-negocios-ha-aterrizado-en-chile/#:~:text=era%20imputable%20a%20sus%20ejecutivos,por%20los%20tribunales%20de%20justicia> [fecha de consulta: 4 de enero de 2025].
- BOFILL GENZSH, Jorge; Valeria JELVES GALLEGOS, Sebastián CONTRERAS SALIM-HANN, “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7793063.pdf> [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2025].
- COCA-VILA, Ivó, “La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal, Reflexiones desde el derecho español”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLVII, Santiago, 2021. También disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3812435 y https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2021/11/Revista-CP-2021_Segundo-semester_22_11_2021-FINAL-45-79.pdf

- GALLEGO RODRÍGUEZ, Ana, “La regla del juicio empresarial: ámbito de aplicación y alcance práctico en el ordenamiento jurídico español”. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/275256/retrieve> [fecha de consulta: 12 de enero de 2025].
- GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel, “La regla de la discrecionalidad empresarial”. Disponible en www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial [fecha de consulta: 25 de enero de 2025].
- GÓMEZ, Alejandro; Paula MIRANDA, María Paulina SANTACRUZ, “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Universitas Estudiantes*, n.º 19, Bogotá, 2019. Disponible en <http://hdl.handle.net/10554/43790> [fecha de consulta: 12 de enero de 2026].
- GURREA MARTÍNEZ, Aurelio, “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el derecho español”. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545 [fecha de consulta: 25 de enero de 2025].
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n.º 1, Valparaíso, 2010. Disponible en www.projuepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/575 [fecha de consulta: 12 de enero de 2025].
- HERNÁNDEZ PEÑA, Jesús, “La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano?”, en *Forseti. Revista de Derecho*, vol. 11, n.º 15, Lima, 2022. Disponible en <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v11i15.1754> [fecha de consulta: 4 de enero de 2025].
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al disco como delitos especiales”. Disponible en www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n14/art04.pdf [fecha de consulta: 12 de enero de 2025].
- MENANTEAU SAZO, Joaquín; María José VEGA ROMERO, “Los deberes de tutela patrimonial en el delito de administración desleal de las sociedades anónimas”. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185903> [fecha de consulta: 4 de enero de 2025].
- NAJLE ROMERO, Luis, “Aspectos generales del delito de administración desleal en la legislación chilena”. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185828> [fecha de consulta: 4 de enero de 2025].
- OSBORNE CLARKE, “La ‘business judgment rule’ como mecanismo de limitación de la responsabilidad de los administradores en la toma de decisiones”. Disponible en www.osborneclarke.com/es/insights/la-business-judgement-rule-como-mecanismo-de-limitacion-de-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-la-toma-de-decisiones [fecha de consulta: 25 de enero de 2025].
- OYANGUREN ALVIÑA, Constanza, “El delito de administración desleal en Chile”. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173134/El-delito-de-administracion-desleal-en-Chile.pdf> [fecha de consulta: 2 de febrero de 2025].
- POMBO, Cristina, “Protección de la discrecionalidad empresarial. Apuntes prácticos y experiencia comparada”. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/70758> [fecha de consulta: 26 de enero de 2025].

- REYES Gajardo, Lorenzo, *El delito de Administración desleal*, Santiago, Editorial Hammurabi, 2021.
- SUESCÚN DE ROA, Felipe, “The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”, en *Vniversitas*, vol. 62, n.º 127, Bogotá, 2013. Disponible en www.redalyc.org/pdf/825/82531023012.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2025].
- VASCIMINNI, Maurizio; GIADA RUSSO, Giovanni GIGLIOTTI, “The applicability of the Italian Business Judgment Rule to directors’ organisational choices”. Disponible en www.ibanet.org/article/64f8517e-4f58-47ca-b9af-d7e9e9763972 [fecha de consulta: 19 de enero de 2025].
- ZAMORA PICCIANI, Rebeca, “La regla del juicio de negocios ante el nuevo delito de administración desleal”. Disponible en <https://estadodiario.com/columnas/la-regla-del-juicio-de-negocios-ante-el-nuevo-delito-de-administracion-desleal/> [fecha de consulta: 19 de enero de 2025].

NORMAS Y SENTENCIAS

- 22.º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2017): 12 de diciembre de 2017, rol C-29945-2016, Inversiones Ranco Tres S.A. con LATAM. Demanda incumplimiento de obligaciones e infracciones que indica e indemnización de perjuicios. Disponible en www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/getRulingNew/36164 [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2025].
- ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, “Proyecto de Ley de Modernización a la Ley de Compañías”. Disponible en https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/3sro347_20201210.pdf [fecha de consulta: 1 de febrero de 2025].
- Código Penal chileno. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2019): 30 de abril de 2019, rol 527-2018, recurso de apelación, Inversiones Ranco Tres S.A. con LATAM. Disponible en www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/getRulingNew/36163 [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2025].
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020): 23 de diciembre de 2020, rol contencioso administrativo-237-2020, Valdés con Comisión para el Mercado Financiero (LTE). Disponible en <https://academiaderechocivil.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2024/04/ICA-SANTIAGO-C-237-2020.-Reclamo-ilegalidad-DL-3538-Valdes-con-CMF-aReconoce-existencia-de-un-error-de-prohibicion.pdf> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2025].
- Historia de la Ley n.º 21.121, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7597/ [fecha de consulta: 2 de febrero de 2025].
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL PERÚ, “Anteproyecto de la Ley General de Sociedades”. Disponible en www.gacetajuridica.com.pe/docs/Anteproyecto-de-la-ley-general-de-sociedades-LA-LEY.pdf y <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1914635/Anteproyecto%20de%20la%20>

Ley%20General%20de%20Sociedades.pdf.pdf?v=1622134812 [fechas de consulta: 5 de diciembre de 2025].

Siglas y abreviaturas

ALI	American Law Institute
art.	artículo
arts.	artículos
BJR	Business Judgment
c/	con
cert.	Certificado
Cir.	Circular
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
Co.	company
cons.	considerando
D&O	Directors and Officers
DOI	Digital Object Identifier
etc.	etcétera
http	Hyper Text Transfer Protocol
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
inc.	inciso <i>a veces</i> incorporation
Isapres	Instituciones de Salud Previsional
LAN	Línea Aérea Nacional
LATAM	Latinoamérica o América Latina
LSC	Ley de Sociedades de Capital
N° <i>a veces</i> n.°	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
TAM	Transportes Aéreos Meridionais
U.S.	United State
v. <i>a veces</i> vs.	versus
vol.	volumen
www	World Wide Web

Filosofía política

SOCIEDAD POLÍTICA Y SOCIEDAD CIVIL. DE LA EXPERIENCIA POLÍTICO-JURÍDICA A LOS MODELOS IDEOLÓGICOS

POLITICAL SOCIETY AND CIVIL SOCIETY FROM THE POLITICAL-LEGAL EXPERIENCE TO IDEOLOGICAL MODELS

*Javier Fernández Sandoval**

Resumen

En este texto estudiamos la relación entre sociedad política y sociedad civil desde una perspectiva clásica y cristiana, con el propósito de mostrar que su separación radical constituye un fenómeno moderno vinculado al racionalismo. En primer lugar, analizamos el pensamiento clásico –especialmente en Platón y Aristóteles– para evidenciar que la sociedad no puede comprenderse sin un principio formal ordenador: la política, orientada al bien común. Sostenemos que la sociedad civil, entendida como “materia social”, carece de plena inteligibilidad y operatividad sin la forma política que la estructura y dirige. En segundo lugar, exponemos la aportación de santo Tomás de Aquino, quien profundiza esta comprensión a través de la idea de “todo potestativo” y del análisis causal del orden político: fin (bien común), forma (ley y autoridad) y materia (pluralidad de cuerpos sociales). Por último, examinamos ciertas deformaciones racionalistas contemporáneas, que tienden a disolver la finalidad y la formalidad del orden social en favor de interpretaciones hermenéuticas, normativas o empíricas (Michael Walzer, Charles Taylor, John Rawls, Jürgen Habermas), presentando la sociedad civil como un espacio autónomo frente a la sociedad política. Concluimos el preámbulo aclarando la “doble soberanía” en Juan Vázquez de Mella, interpretándola como una fórmula pedagógica antiestatista compatible con la tradición clásica.

PALABRAS CLAVE: sociedad política, sociedad civil, bien común, pensamiento clásico, Platón, Aristóteles, santo Tomás de Aquino.

* Magister en Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jfdezs97@gmail.com ORCID: 0009-0003-9126-4115.

Artículo recibido el 22 de diciembre de 2025 y aceptado para su publicación el 14 de marzo de 2026.

Abstract

In this text, we examine the relationship between political society and civil society from a classical and Christian perspective, aiming to show that their radical separation is a modern construct rooted in rationalist thought. First, we revisit classical political philosophy –especially Plato and Aristotle– to argue that society cannot be properly understood without a formal ordering principle: politics oriented toward the common good. We maintain that civil society, conceived as the “material” component of social life, lacks full intelligibility and practical coherence without the political form that structures and directs it. Second, we present Thomas Aquinas’ contribution, emphasizing his concept of society as a “potestative whole” and his causal account of political order: final cause (common good), formal cause (law/authority), and material cause (a plurality of intermediate social bodies). Finally, we address contemporary rationalist distortions through hermeneutic, normative, and empirical frameworks (Michael Walzer, Charles Taylor, John Rawls, Jürgen Habermas), which increasingly portray civil society as autonomous and opposed to political society. We conclude by clarifying Juan Vázquez de Mella’s notion of “dual sovereignty” as a pedagogical anti-statist formula consistent with classical political principles.

KEYWORDS: Political society, civil society, common good, classical political thought, Plato, Aristotle, Thomas Aquinas.

Una cuestión preliminar

Parece un juego de palabras hablar de lo preliminar del preámbulo, como si el análisis nos requiriese una retrospectiva acelerada que ponga en riesgo la corrección en pro de la dispersión. No se trata de eso.

Hemos decidido plantear un preámbulo a nuestro estudio con intención clarificadora. Así, antes de tratar de los principios de la sociedad en sentido clásico y cristiano, para luego centrarnos en una segunda parte en el racionalismo político, estimamos necesaria una disquisición previa.

Esta ha de versar, a nuestro juicio, sobre las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil, exponiendo lo que será el nervio de nuestro trabajo: las tensiones entre el orden natural y el racionalismo ideológico. En esta parte nos enfocaremos de manera exclusiva en las concepciones de la relación entre las dos sociedades a través de diversos autores significativos de cada bloque, con la excepción del racionalismo político que trataremos en la segunda parte de nuestro análisis. En lo que esto último respecta, sí abordaremos las derivaciones racionalistas contemporáneas concernientes a la sociedad civil, con una intención pedagógica, pues a medida que avancemos en

el desarrollo le será más fácil al lector conceder contenido, significado y explicación a los fenómenos contemporáneos, al tiempo que tendrá en el pensamiento clásico un referente de enjuiciamiento perenne.

Tal es el propósito de este preámbulo, clarificar las posturas y prepararnos para el estudio de los fenómenos que aquí trataremos.

I. La ordenación formal de las partes: el enfoque clásico

Pudiera parecer exótico que, tras una exposición en la que se señala que, la caracterización de lo que hoy denominamos “sociedad civil” pertenece a un debate moderno, analizáremos las aportaciones del pensamiento clásico sobre el asunto. Se trata, en puridad, de rastrear las caracterizaciones clásicas sobre la sociedad para incidir en que nos encontramos ante un fenómeno de matriz racionalista, dado que, como veremos, la sociedad civil no puede escindirse de una ordenación política

1. LA CONTRIBUCIÓN DEL PENSAMIENTO CLÁSICO

La densidad del pensamiento filosófico clásico implica una síntesis necesaria que evite la dispersión. Lo contrario nos conduciría a dilatar más de lo deseable estas líneas. El pensamiento político griego anterior a Platón parece, con excepción de los sofistas, entender que la sociedad participa de un orden presente en la naturaleza, que la sociedad refleja y en el que la política participa. Tal y como señala George Sabine:

“el pensamiento fundamental que hay en la idea griega del estado es la armonía de una vida compartida en común por todos los miembros de aquél”.

Solón encomiaba las leyes que hizo porque –afirmaba– producían una armonía o equilibrio entre ricos y pobres, en la cual cada una de las partes recibía lo justo. El papel que desempeñaron las ideas de armonía y proporción en las concepciones griegas de la belleza y de la moral ha sido destacado con demasiada frecuencia para que sea necesario insistir aquí sobre ese punto. Esas ideas aparecen en el comienzo mismo de la filosofía griega cuando Anaximandro trató de describir la naturaleza como un sistema de propiedades opuestas (como, por ejemplo, el calor y el frío), “separadas” por una sustancia neutra subyacente. La armonía o proporción o, si se prefiere, “la justicia”, es uno de los principios últimos de todos los primeros intentos de formular una teoría del mundo físico. “El sol no rebasará sus medidas –decía Heráclito–; que si las rebasare, las Erinias, servidoras de la justicia, sabrían encon-

trarlo”. En particular, la filosofía pitagórica consideraba la armonía o proporción como principio básico en la música, la medicina, la física y la política. En una figura de lenguaje que perdura aún en inglés, se describe a la justicia como un número “cuadrado”. Esta preocupación por la medida o proporción como cualidad ética está registrada también en el famoso proverbio: “Nada en demasía”. La misma idea ética aparece en forma literaria en *Las fenicias de Eurípides*¹.

Conviene reparar en un asunto de importancia sobresaliente. La participación en el orden de las cosas, ¿de qué modo procede? ¿Es expresión volitiva o inclinación natural? Y, especialmente, ¿el reflejo social es anterior a la ordenación formal? Vayamos por partes.

Se trata de un tema capital, en la medida en que constituye una divisoria de aguas entre el pensamiento clásico y el moderno. El origen de la sociedad debe enfocarse, en este punto, desde una perspectiva doble. Si nos referimos a la sociedad como sociedad civil, esto es, diferenciada de la sociedad política, el origen de aquella requiere de un elemento ordenador, ya que así como la sociedad civil constituiría la materia que conforma una comunidad, la política es la forma que –ordenándola– permite su identificación y, por ello, su propia existencia. En otras palabras, no puede existir sociedad civil ajena a la sociedad política, al igual que no existe la pura materia carente de forma. Si, por otro lado, nos referimos al origen de la sociedad en un sentido general, o sea, sin las distinciones previas, el pensamiento clásico afirma el origen natural de la sociedad. Los hombres se unen por una inclinación natural que les exige su pertenencia a la sociedad para su perfección. Ello no es óbice para que la voluntad carezca de relevancia en modo alguno. El matiz que distingue a los clásicos es que, afirmando que todo acto humano es voluntario en tanto que racional, no es la voluntad la que configura el origen de la sociedad, sino la inclinación natural del hombre, a la que la voluntad concurre. Análogamente podemos trasladar el argumento a la sociedad doméstica. El hombre se une a la mujer por un impulso natural, y es la voluntad la que concurre y acepta contraer matrimonio. Pero la institución matrimonial no es creada por la voluntad de las partes, sino que tiene su origen en la propia naturaleza humana. La voluntad da origen a un matrimonio concreto, no a la institución matrimonial. Del mismo modo, el hombre puede elegir ser impío, esto es, no cumplir sus deberes de piedad para con la sociedad, pero eso no condiciona que esta desaparezca o cambie.

Así lo señala Platón al referir el origen de la sociedad. Por un lado, es claro que la sociedad tiene su origen en la perfección natural de los hombres².

¹ George H. SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 47.

² PLATÓN, “República”, VI, 369a, pp. 321-322. El texto de la “República” parte de la necesidad humana de perfección más elemental, la conservación. Lo señala Leo Strauss al afir-

Además, la sociedad civil no tiene sentido de manera ajena a la sociedad política, debido a que teniendo su origen en la perfección humana³ se precisa un elemento de ordenación. La tesis platónica de la necesidad pudiera ser desleída si la entendemos en clave negativa, o sea, los hombres se unen por voluntad para satisfacer su interés. No es tal el sentido platónico. Se trata, por el contrario, de la gradación de las perfecciones, que tiene su origen en la más elemental, la conservación del ser, y llega a la perfección más elevada, la justicia⁴.

La propia justicia platónica nos aporta un enfoque de interés para nuestro trabajo. La razón estriba en que la justicia requiere de un criterio formal de ordenación que precisa la sociedad. Por tanto, carece de sentido una caracterización de la sociedad civil autónoma de la sociedad política, ya sea anterior o posterior. El padre Guillermo Fraile señala:

“en Homero y Hesíodo la justicia es el fundamento del orden del Cosmos. Platón retorna a este concepto. Por una parte, conserva la noción genética de la ley como procedente de las costumbres. La ley guía y corrobora las costumbres. Los legisladores, en sus leyes, recogen por escrito y sancionan las costumbres. Pero, por otra parte, la ley está basada en la razón, en lo cual consiste su esencia. Este logos proviene de los dioses, pues Dios es la medida de todas las cosas. Podemos definirla como un pensamiento razonado, que brota de la razón verdadera y recta, puesto por escrito y sancionado por el legislador, y que, aceptado por el pueblo, se convierte en norma común de la ciudad”⁵.

mar: “la fundación de la ciudad va precedida por la observación de que la ciudad tiene sus orígenes en la necesidad humana: cada ser humano, sea justo o injusto, necesita muchas cosas y al menos por esta razón necesita a otros seres humanos. La ciudad saludable satisface debidamente las necesidades primarias, las necesidades del cuerpo. La satisfacción propia exige que cada hombre ejerza sólo un arte. Esto significa que cada quien hace casi todo su trabajo para otros, pero también que los demás trabajan para él. Todos intercambiarán sus productos como sus propios productos: habrá propiedad privada; y al trabajar para beneficio de los demás, cada quien trabaja para su propio provecho”. Cfr. Leo STRAUSS, “Platón”, p. 52.

³ PLATÓN, “Protágoras”, p. 523.

⁴ Analizaremos a continuación qué entiende Platón por justicia, pero baste señalar la referencia como virtud ordenadora general que encontramos en PLATÓN, “*República*”, I, *op. cit.*, p. 57 y ss.

⁵ Guillermo FRAILE, *Historia de la filosofía*, p. 397. De hecho, el concepto de justicia platónica requiere una ordenación que tenga por objetivo el bien común de la sociedad. Así: “el objeto de la ley es el bien común de la ciudad, por encima de los intereses particulares de los individuos. Pero no es una norma rígida e inflexible, sino racional y acomodable a las circunstancias. El legislador debe atenerse a lo que sucede generalmente, y no sólo a lo que acontece en algún caso particular. El gobernante está en cierto modo sobre las leyes, pudiendo modificarlas según las circunstancias y conforme le dicte la prudencia. Para hacerlas respetar debe insistir más en las razones que le sirven de fundamento que en las penas en que incurrirán los transgresores”. *Ibid.*

Si nos detenemos brevemente, podemos considerar que la sociedad, que por definición se constituye en partes que tienden a sus bienes propios, requiere una ordenación que la identifique como tal. Ahora bien, esta ordenación conduce a un criterio de eminente carácter político, que no es otro que el bien que, mientras es común a todos, perfecciona a cada parte. Esta idea ordenadora de la política, que otros autores dentro del mundo clásico irán perfilando más adelante, queda sintetizada para Platón en la justicia.

“La justicia, sigue Guillermo Fraile, en la ciudad y en el individuo consisten esencialmente en lo mismo. Por esto conduce simultáneamente la discusión sobre ambos temas: ‘Si consentís, primeramente examinaremos la naturaleza de la justicia en la ciudad, y después la estudiaremos en los individuos, tratando de hallar la semejanza de la grande en los rasgos de la pequeña’. Así describe lo que son una ciudad y un individuo justos para deducir después en qué consiste la justicia. Es una verdadera caza de la definición, conforme al símil que emplea el mismo Sócrates, cuando, al final de la discusión, propone a sus interlocutores rodear el matorral en que se oculta la pieza que andan buscando. El concepto de justicia brota en función de la existencia de una multitud de partes heterogéneas, entre las cuales se trata de introducir una unidad de orden. En el individuo consiste en una virtud del alma, cuyo objeto es conseguir que reinen el orden y la armonía entre los diversos elementos que lo constituyen –racional, fogoso y apetitivo– para que cada uno realice la función que le corresponde dentro del compuesto humano”⁶.

La ordenación formal de las partes de la ciudad configura las propias relaciones sociales, que en Platón, incluso, se plantean de manera análoga con las inclinaciones del alma particular⁷. Es claro, entonces, que no puede en-

⁶ FRAILE, *op. cit.*, p. 396. Pudiera parecer que, tal y como se ha observado en multitud de sedes, los cambios introducidos en *El político* o “Las leyes” parecerían alterar la concepción esbozada. Y, si bien es cierto que en algún aspecto existe algún cambio de enfoque, en lo que respecta a nuestro tema nos encontramos con un desarrollo de la mano de la experiencia político-jurídica. La necesidad de ordenación de la sociedad, la primacía de la formalidad ordenadora sobre las partes, y la no división entre el orden individual y el orden de la comunidad, nos hacen reafirmar que no se puede entender la sociedad civil ajena a la sociedad política. Así, por ejemplo: “las leyes necesitan un prelude general, una exhortación a honrar a los diversos seres que merecen honor, en el orden debido. Dado que el gobierno de las leyes es una imitación del gobierno divino, deberá honrar ante todo y sobre todo a los dioses, luego a los otros seres sobrehumanos, luego a los antepasados, y luego a nuestros padres. Todos deberán honrar también su alma, pero después de los dioses. El orden jerárquico entre honrar a la propia alma y honrar a los propios padres no queda enteramente claro. Honrar la propia alma significa adquirir las diversas virtudes sin las cuales nadie puede ser buen ciudadano”. STRAUSS, *op. cit.*, p. 92.

⁷ Cfr. PLATÓN, “Las leyes”, I, 631a, pp. 203-204. El desarrollo respecto a la justicia platónica es muy significativo en el pasaje: “Hay dos tipos de bienes, los humanos y los divinos.

tenderse parte previa al todo⁸, si es este último el que condiciona a la primera en tanto que parte material informada.

Aristóteles, por su parte, aborda el asunto en diversas sedes. Con un tratamiento más monográfico que Platón, el estagirita plantea de manera preliminar el origen de la ciudad. Y nos detendremos en el asunto por su importancia. Aristóteles no solo, con Platón, niega la condición previa de la sociedad civil respecto de la política, sino que –en una primera lectura– afirma todo lo contrario. Así las cosas, la ciudad es anterior a la casa como el todo lo es a las partes⁹. No leeremos el pasaje con lentes racionalistas, tendentes a entender la anterioridad en el sentido meramente cronológico. La convicción aristotélica se refiere, más bien, a que es la ciudad como todo la que concede la caracterización de parte a estas, por lo que no puede existir sociedad civil no ya anterior a la sociedad política, sino ya sin esta última. En otras palabras, no hay sociedad civil sin sociedad política.

Además, señala el autor la dimensión natural de la política. En este pasaje, muchas han sido las malinterpretaciones. Algunos pensadores han querido distinguir el término ‘político’ –*politikón zóion*– de ‘social’. Con más énfasis en intérpretes de Aristóteles –el caso de santo Tomás lo veremos a continuación–, aunque no ha permanecido inerte el estagirita a estas distinciones interesadas. Se trataría, en resumen, de atribuir a Aristóteles una distinción entre política y sociedad con fines racionalistas, o sea, negativos en el sentido técnico del término. El pasaje de la *Política* da poco margen a dudas, pues glossando la condición natural de la política desarrolla posteriormente el ca-

Los primeros dependen de los divinos y siempre que una ciudad admite los mayores, posee también los menores; en caso contrario, es despojada de ambos. Los bienes inferiores, a los que gobierna la salud, son la belleza, en segundo lugar, la fuerza en la carrera y en los restantes movimientos del cuerpo, en tercero, la riqueza no ciega, sino de aguda mirada, cuando acompaña a la inteligencia, en cuarto. Además, el primer bien divino y que gobierna a los restantes es la inteligencia; el segundo, el estado prudente del alma acompañado de razón. La justicia que surge de la mezcla de éstos con la valentía sería el tercero; el cuarto, la valentía. Por naturaleza, todos estos bienes preceden a los anteriores y el legislador también debe disponerlos de esta manera. Luego, debe ordenar a los ciudadanos que las otras prescripciones que se agreguen estén orientadas hacia este orden, los bienes humanos deben referirse a los divinos y todos los divinos al intelecto gobernante”.

⁸ Cfr. PLATÓN, “Las leyes”, *op. cit.*, IV, 715a, p. 373: “Cuando se lucha por el poder, los que vencen se apropian hasta tal punto de las cosas en la ciudad que no dejan participar en nada del gobierno a los vencidos, ni a ellos ni a sus descendientes, sino que viven vigilándose unos a otros, para que nunca llegue al gobierno alguien y subvierta el orden, recordando los males pasados. Nosotros decimos ahora que éstos, sin duda, no son sistemas políticos, ni leyes correctas las que no se legislan por lo que es común a toda la ciudad, sino que son leyes que se promulgan para favorecer a individuos particulares. Afirmamos que éstos son facciosos, pero no ciudadanos, y que lo que ellos llaman justo en vano lleva tal nombre”.

⁹ ARISTÓTELES, *Política*, I, 1253a, p. 51.

rácter informador de esta respecto de las partes¹⁰. Las supuestas razones que esgrimen para las distinciones se cifran en el libro IX de la *Ética a Nicómaco*, señalando que la condición natural de sociabilidad puede no dirigirse a la política cuando Aristóteles la emplea para la amistad con los semejantes como condición de la felicidad¹¹. Esta interpretación puede refutarse desde dos ópticas. La primera, desde la condición natural y necesaria de la política para la consecución del bien común de la *polis*, ya que siendo tal su naturaleza, la felicidad personal, así como la condición de semejante o prójimo no puede darse sin la sociedad política, como afirma en el libro I de la *Política*¹².

Por otro lado, la sociabilidad como exigencia de la felicidad no puede esgrimirse para distinguirla de la política, toda vez que en otros pasajes desarrolla el propio término. Así, siendo la ética la ciencia que persigue la felicidad de los hombres, es el propio Aristóteles el que afirma la naturaleza política de la ética¹³. Además, la felicidad, como señala el estagirita, es la vida

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política*, op. cit., I, 1253a, pp. 50-51: “La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier abeja y que cualquier animal gregario, es evidente: la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad”. Pese a que pareciera no dar pie a dichas distinciones, Manuela García Valdés se inclina por leerlo en esta clave (p. 50).

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, IX, I 169b, p. 370: “Quizá es también absurdo hacer del hombre dichoso un solitario, porque nadie, poseyendo todas las cosas, preferiría vivir solo, ya que el hombre es un ser social y dispuesto por la naturaleza a vivir con otros. Esta condición pertenece, igualmente, al hombre feliz que tiene todos los bienes por naturaleza, y es claro que pasar los días con amigos y hombres buenos es mejor que pasarlos con extraños y hombres ordinarios. Por tanto, el hombre feliz necesita amigos”.

¹² ARISTÓTELES, *Política*, op. cit., I, 1253ap. 50. Y no solo en este pasaje, véase ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., I, 1094b, p. 130, texto que glosaremos desde otro prisma.

¹³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., I, 1094b., pp. 130-131: “Si, pues, de las cosas que hacemos hay algún fin que queramos por sí mismo, y las demás cosas por causa de él, y lo que elegimos no está determinado por otra cosa –pues así el proceso seguiría hasta el infinito, de suerte que el deseo sería vacío y vano–, es evidente que este fin será lo bueno y lo mejor. ¿No es verdad, entonces, que el conocimiento de este bien tendrá un gran peso en nuestra vida y que, como aquellos que apuntan a un blanco, alcanzaríamos mejor el que debemos alcanzar? Si es así, debemos intentar determinar, esquemáticamente al menos, cuál es este bien y a cuál de las ciencias o facultades pertenece. Parecería que ha de ser la suprema y directiva en grado sumo. Ésta es, manifiestamente, la política. En efecto, ella es la que regula qué ciencias son necesarias en las ciudades y cuáles ha de aprender cada uno y hasta qué extremo. Vemos, además, que las facultades más estimadas le están subordinadas, como la estrategia, la economía, la retórica. Y puesto que la política se sirve de las demás ciencias

conforme a la virtud, y la felicidad perfecta no puede darse de manera ajena a la vida en comunidad, así:

“a pesar de estar suficientemente provistos de ellas [las cosas necesarias para la vida], el justo necesita de otras personas hacia las cuales y con las cuales practica la justicia, y lo mismo el hombre moderado, el valiente y todos los demás; en cambio, el sabio, aun estando sólo, puede teorizar, y cuanto más sabio, más; quizá sea mejor para él tener colegas, pero, con todo, es el que más se basta a sí mismo”¹⁴.

Aunque pudiera parecer que estas palabras refutan lo que aquí sostenemos, más adelante las desarrolla el estagirita, señalando que la exigencia de la política en la perfección de los hombres se funda en que se precisa la impronta formal de esta en la educación de los miembros de la *polis* para alcanzar la virtud¹⁵:

“Pues bien, si, como se ha dicho, el hombre que ha de ser bueno debe ser bien educado y adquirir los hábitos apropiados, de tal manera que pueda vivir en buenas ocupaciones, y no hacer ni voluntaria ni involuntariamente lo que es malo, esto será alcanzado por aquellos que viven de acuerdo con cierta inteligencia y orden recto y que tengan fuerza. Ahora bien, las órdenes del padre no tienen fuerza ni obligatoriedad, ni en general las de un simple hombre, a menos que sea rey o alguien semejante; en cambio, la ley tiene fuerza obligatoria, y es la expresión de cierta prudencia e inteligencia. Y mientras los hombres suelen odiar a los que se oponen a sus impulsos, aun cuando lo hagan rectamente, la ley, sin embargo, no es odiada al ordenar a hacer el bien”.

Por otro lado, Aristóteles distingue la sociedad compuesta por cuerpos que van desde la familia a la ciudad. La sociedad civil, tal y como la entendemos, no puede estar ajena a la sociedad política, es decir:

“en virtud de ser la ciudad el fin a que tienden todas las formas anteriores de sociedad, está implícita en ellas y goza, por lo tanto, de una prioridad de naturaleza, de perfección y dignidad sobre todas ellas. Es la obra más excelente que el hombre puede realizar sobre la tierra. Es el lugar por excelencia para llevar una vida humana digna. Podemos interpretar el pensamiento de

y prescribe, además, qué se debe hacer y qué se debe evitar, el fin de ella incluirá los fines de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre. Pues aunque sea el mismo el bien del individuo y el de la ciudad, es evidente que es mucho más grande y más perfecto alcanzar y salvaguardar el de la ciudad; porque procurar el bien de una persona es algo deseable, pero es más hermoso y divino conseguirlo para un pueblo y para ciudades. A esto, pues, tiende nuestra investigación, que es una cierta disciplina política”.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., x, 1177b., p. 396.

¹⁵ Op. cit. x, 1180a, p. 405. Puede verse también Aristóteles, *Ética Eudemia*, p. 517 y ss.

Aristóteles en el sentido de que, así como el individuo nace en el seno de una familia, las familias y los individuos, a su vez, nacen en el seno de una ciudad. Y así la ciudad es anterior, por orden jerárquico, a la familia y a los individuos”¹⁶.

Esta afirmación de Guillermo Fraile es de una importancia capital, en cuanto señala la naturaleza de la ciudad como una realidad de orden, no sustancial al modo al que la entenderán los totalitarismos racionalistas posteriores. Conviene entender la caracterización aristotélica de la ciudad para darnos cuenta, entonces, de la recta relación entre el todo y las partes, o sea, entre las llamadas sociedad política y sociedad civil.

Aristóteles señala:

“todas las cosas se definen por su función y por sus facultades, de suerte que cuando éstas ya no son tales no se puede decir que las cosas son las mismas, sino del mismo nombre. Así pues, es evidente que la ciudad es por naturaleza y es anterior al individuo; porque si cada uno por separado no se basta a sí mismo, se encontrará de manera semejante a las demás partes en relación con el todo. Y el que no puede vivir en comunidad, o no necesita nada por su propia suficiencia, no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios. En todos existe por naturaleza la tendencia hacia tal comunidad, pero el primero que la estableció fue causante de los mayores beneficios. Pues así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, así también, apartado de la ley y de la justicia, es el peor de todos. La injusticia más insoportable es la que posee armas, y el hombre está naturalmente provisto de armas al servicio de la sensatez y de la virtud, pero puede utilizarlas para las cosas más opuestas. Por eso, sin virtud, es el ser más impío y feroz y el peor en su lascivia y voracidad. La justicia, en cambio, es un valor cívico, pues la justicia es el orden de la comunidad civil, y la virtud de la justicia es el discernimiento de lo justo”¹⁷.

Por ello, y siguiendo el análisis de Guillermo Fraile:

“la unidad que propone Aristóteles es tan sólo una unidad de tipo orgánico, de orden, que es la única posible cuando se trata de una multitud integrada por partes heterogéneas, las cuales quedan unificadas extrínsecamente en virtud de su tendencia y de su orientación activa hacia un fin común”¹⁸,

¹⁶ FRAILE, *op. cit.*, p. 540. Es la glosa de la afirmación aristotélica sobre la prioridad de la *polis*.

¹⁷ ARISTÓTELES, *Política...*, *op. cit.*, I, 1253a, pp. 52-53.

¹⁸ FRAILE, *op. cit.*, p. 541: “La comunidad política es un todo, integrado por partes no homogéneas, sino heterogéneas. El todo se descompone en partes; y el compuesto, en sus elementos atómicos, es decir, indivisibles. Los elementos atómicos de la *polis* son las familias y los individuos. Pero, siendo la ciudad un todo por relación a esas partes, la ciudad tiene prioridad jerárquica sobre las familias y sobre los individuos, pues el todo es necesariamente

principio no asumible sin la sociedad política, ya que es precisamente el fin común el que exige la necesidad del gobierno hacia el bien superior de la *polis*¹⁹.

La composición orgánica señalada por el estagirita implica, por tanto, una gradación y armonización de los fines de las diversas sociedades que configuran la sociedad, dotándolas de unidad su participación en el bien superior en tanto que común. No existe, así, realidad social prepolítica o apolítica, porque la sociedad –aunque compuesta por órganos– no puede ser entendida como tal sin la unidad de fin.

Es abusivo identificar el pensamiento clásico con Platón y Aristóteles en exclusiva. Aunque, por otro lado, la clasicidad no es un criterio solo temporal, sino que señala la vigencia de la reflexión filosófica que, en tanto que verdadera, ha permanecido a lo largo de la historia de las ideas. Podríamos citar aquí el aporte de las escuelas helenísticas o, más evidente, las reflexiones de autores romanos como Cicerón²⁰. Lo que en todas ellas parece no dar cabida a malinterpretaciones es que la llamada sociedad civil precisa para ser tal de un bien común que persigue la comunidad política. La profundidad de Platón o Aristóteles en el tratamiento del asunto nos ha hecho tomarlos como prueba de ello, pero es una convicción propia del pensamiento clásico que todo estudioso puede rastrear; y que, por su parte, pasará como legado a la reflexión sobre la experiencia político-jurídica de los cristianos, de los cuales veremos el caso de santo Tomás a continuación.

antes que las partes. [...] Es decir, que son cosas equívocas. Este texto de Aristóteles ha sido sometido a las exégesis más pintorescas, queriendo encontrar en él una expresión del totalitarismo, a la manera de ciertos Estados modernos. La ciudad sería a la manera de un todo sustancial, en el cual las partes pierden sus propias formas individuales y adquieren la forma única del todo. De esta manera las familias y los individuos quedarían absorbidos dentro de la ciudad, perdiendo sus derechos, sus funciones y su libertad. Nada más contrario al pensamiento de Aristóteles. Su *polis* no es un todo homogéneo, dotado de una unidad sustancial, como el individuo; ni tampoco una unidad resultante de relaciones fundadas en la generación, como la familia, sino un compuesto heterogéneo, en el cual permanecen sus partes integrantes, distintas, con sus funciones propias y diferentes. Por esto rechaza Aristóteles el principio de Platón: 'Cuanto más perfecta es la unidad, tanto mejor es el Estado'.

¹⁹ No podemos aumentar más el estudio del autor, pues incurriríamos en dispersión. Baste para destacar el asunto consultar ARISTÓTELES, *Política*, *op. cit.*, III, 1278b, p. 168 y ss. (leído en paralelo con la exigencia natural expresada en el libro I) y ARISTÓTELES, *Política*, *op. cit.*, VII, 1323b, p. 402.

²⁰ Cfr. Marco Tulio CICERÓN, *De Re publica*, I y V, p. 36 y ss., y p. 135 y ss., respectivamente.

2. LA CONCEPCIÓN DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

Santo Tomás parte de la afirmación aristotélica de la politicidad natural del hombre. Esta consideración ha sido –lo hemos apuntado con anterioridad– interpretada de modo interesado para distinguir la sociedad civil de la política. No es tal la intención del Aquinate²¹. El estagirita, en efecto, emplea el término ‘político’ –*politikón zóion*– mientras se refiere a la *polis*. Santo Tomás, por su parte, ha sufrido malinterpretaciones, en unas ocasiones por traducciones problemáticas y en otras por intenciones con doblez. El aquinate emplea en el original ‘*civile*’²² para referirse al hombre, pero en el *De Regno* utiliza tanto ‘*sociale*’ como ‘*politicum*’²³. El término ‘civil’, puede interpretarse como la traducción automática de ‘*civile*’, pero santo Tomás lo emplea como referido a la ‘*civitas*’, que en el aquinate se encuentra impregnada por un principio formal de finalidad, el bien común (Tertio ostendit ad quid est civitas ordinata: est enim primitus facta gratia vivendi, ut scilicet homines sufficienter invenirent unde vivere possent: sed ex eius esse provenit, quod homines non solum vivant, sed quod bene vivant, in quantum per leges civitatis ordinatur vita hominum ad virtutes)²⁴. Esto es, no basta la mera coexistencia –vivir juntos–, sino la vida buena, acorde con el fin intrínseco del hombre. Las traducciones de esta parte al introducir el término ‘civil’ o ‘social’²⁵ pueden ser malinterpretadas por el lector al presuponer que santo Tomás está leyendo mal a Aristóteles, omitiendo el papel sustantivo de la política en la sociedad de los hombres. Además de estas malinterpretaciones semánticas encontramos una lectura sesgada e ideológica –Hannah Arendt, por ejemplo–, que separa de modo interesado los términos, aduciendo que la dimensión social se debe a que los hombres viven juntos y la política se configura como regla surgida entre los hombres para la consecución de fines individuales, como predica la vieja tesis hobbesiana. Pretender justificar tal corolario, *rectius* premisa, en la heterogeneidad terminológica entre Aristóteles y santo Tomás no encuentra, como hemos visto, fundamento en los autores, sino en las intenciones con doblez de sus “intérpretes”²⁶.

²¹ Seguimos para este punto el estudio realizado en Javier FERNÁNDEZ, “La persona humana. Un enfoque jurídico”, pp. 238-239.

²² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Politic.*, libro I, l. 1 n. 24.

²³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Regno* I, l.

²⁴ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, *op. cit.*, libro I, l. 1 n. 23.

²⁵ TOMÁS DE AQUINO y PEDRO DE ALVERNIA, *Comentario a la política de Aristóteles*, p. 46.

²⁶ Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Política natural. Gobierno de lo temporal y orden sobrenatural*, p. 82.

La reflexión sobre la sociedad en santo Tomás debe rastrearse desde diversas partes de su obra, como señalamos en otra sede²⁷. El origen natural de la política se refiere a la exigencia de la forma particular del ser hombre de la vida en sociedad; la sociedad es requerida para la finalidad de ser hombre, pues la naturaleza es conjunto de propensiones afines, o sea, referida tanto a la forma de ser –metafísica– como a la finalidad del obrar –ética–. Conviene, por tanto, precisar qué es una sociedad.

Una sociedad es un todo potestativo. En la realidad encontramos diversas formas de totalidad, o sea, de partes ordenadas a las que se puede identificar como entidad propia. Así, existe una totalidad metafísica o sustancial, referida a la ordenación de las partes de las sustancias que la configuran como tal. Un hombre es un todo sustancial, porque sus partes se ordenan de forma que identificamos una sustancia individual, una totalidad sustancial. Una piedra o un árbol son también sustancias individuales, sus partes están ordenadas, son un todo, que las identifica como sustancias. Pero existe otro tipo de totalidad, una totalidad moral o potestativa²⁸. La familia, por ejemplo, es evidente que tiene una entidad, una naturaleza –y, por tanto, una finalidad– que no es la mera yuxtaposición de las naturalezas de las partes, sus miembros. Es un todo, una ordenación de partes, pero no es sustancial, debido a que la familia no queda delimitada por la existencia sustantiva: no se mueve ni es movida, sino que estas son operaciones de sus miembros, que sí son sustancias individuales. Pero, como apuntamos, el hecho de que no sea una sustancia no obsta para que sea una ordenación. Un todo moral o potestativo es la ordenación de sustancias individuales, de forma directa o indirecta, cuya naturaleza y finalidad se cifra en la naturaleza de las partes, que precisan de su existencia. La generación, por ejemplo, se encuentra en la naturaleza del hombre, pero esta exige una finalidad común de hombre y mujer, una unidad de orden de dos sustancias individuales.

En tercer lugar, la finalidad común requiere una aclaración. El fin, aquello a lo que se tiende, es el bien, aquello que la voluntad apetece. El bien,

²⁷ Seguiremos el análisis del *pro manuscrito*, pendiente de publicación en *Verbo*, Javier FERNÁNDEZ, “La representación del poder. Sociedad, subsidiariedad y política”.

²⁸ Juan Antonio WIDOW, *El hombre, animal político*, p. 27: “La sociedad es lo que se denomina un todo potestativo, pues sus partes realizan de diversa forma la perfección que potencialmente radica en la naturaleza humana: es este bien o perfección el principio del orden social; si se prescinde de ello, no hay verdadera sociedad, y no hay por lo mismo nada que obligue a las partes respecto del todo. Cuando hay verdadera sociedad, por tanto, la relación de las partes con respecto a ella es la que hay entre quien participa y lo participado, habiendo siempre primacía natural de esto sobre aquél. Es un todo potestativo moral –no sustancial, obviamente, como lo es un organismo vivo– constituido por la operación de las partes en orden al fin común”.

por su parte, es más perfecto en tanto que más comunicable²⁹. Así, el bien de una familia, el bien común a todos, es más perfecto que el bien exclusivo de un individuo. Aunque no se contradicen, pues la comunicabilidad es, por definición, común, el bien más perfecto sí subordina a los bienes particulares. De ahí que, por ejemplo, un padre de familia que pretendiese seguir su bien ajeno al de su familia sería no solo un mal padre, sino un mal hombre; por el contrario, un padre dedicado al bien de su familia logra no solo el bien de todos, sino, también, el suyo.

La sociedad es, de esta manera, un todo potestativo, o sea, una ordenación de partes cifrada por la finalidad común³⁰. El hombre como animal social significa que el hombre precisa de una sociedad para alcanzar su finalidad; la sociabilidad indica una dinamicidad, por eso se dice tendencia. El hombre necesita de la sociedad y por eso tiende a ella con naturalidad, o sea, con primacía antes que por deliberación.

El hombre es inseparable de la sociedad: nacemos en una familia, la familia, por su parte, precisa de otras familias para su generación, etc. Un hombre abandonado como individuo abstracto no incurre en el mito de Mowgli o Tarzán, solo muere o se bestializa (hecha la salvedad de que lo realice por un fin superior, como ejemplifican los anacoretas). La sociabilidad natural está inscrita en el corazón del hombre, en su naturaleza, e informa su obrar y lo cualifica. No existen, por ende, sociedades naturales y otras artificiales, en estricto rigor. Existen sociedades naturales directa o indirectamente. Una familia es una sociedad natural directa, exigida así por la naturaleza humana. Una empresa es una sociedad natural indirecta, al presuponer la sociabilidad natural del hombre y esta funda la asociación de los hombres circunstancial para un fin común. La empresa no es un mandato exigido por la naturaleza, pero si acontece, lo hace presuponiendo la naturaleza humana social.

²⁹ Notemos que no es así en el orden metafísico. La comunicabilidad a nivel metafísico implica una perfección menor; La razón de ello es que existen naturalezas singulares que no gozan de incomunicabilidad; un corazón puede ser trasplantado a otro organismo, aunque se trate de una realidad individualizada; sería, pues, una individualidad deficiente en tanto que comunicable. La individualidad de la persona es más perfecta al tiempo que es incomunicable, refiriéndose a un individuo concreto. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Potentia*, q. 9, a. 6. Se evidencia, por ello que: “confundir la perfección y dignidad del ser con la perfección y dignidad del bien es olvidar que la perfección ontológica de la substancia no puede confundirse en las criaturas con la perfección teleológica de la acción, que es la que nos hace buenos y dignos moralmente, con bondad integral y completa. Sólo en Dios se identifican la perfección en la línea del ser y la perfección en la línea de la acción. Dios lo es ya todo y no le falta nada, no tiene que moverse en pos de otro fin más alto, no tiene que buscar un perfectivo fuera de sí que le vuelva perfecto, como pasa con la persona humana. Sólo la voluntad divina es regla de su acto, o lo que es igual, sólo la voluntad de Dios es autónoma, porque no se ordena a un fin superior. Por eso tampoco puede ser destituida de su bondad por una acción desordenada: es un ser impecable”. Cfr. Leopoldo Eulogio PALACIOS, “La persona humana”, p. 412.

³⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, op. cit., I, 1252a., p. 46.

Las diversas sociedades, por tanto, encuentran una heterogeneidad notable. Por cada fin común puede existir una sociedad particular. De allí que, una comunidad de vecinos es una sociedad, un municipio es una sociedad, una empresa es una sociedad, y así podríamos seguir citando desde una asociación temporal, un colegio, una universidad, una comarca, etc. Las sociedades como todos potestativos o morales se fundamentan, pues, en la finalidad del hombre, su perfección, y en los fines próximos mediales a la primera³¹. De esta forma, una empresa responde a la exigencia natural del hombre de autoconservación, de generación, etc., a través de una finalidad particular que es obtener una ganancia, finalidad ordenada a la perfección humana o felicidad, fin natural último.

Pero ¿qué ocurre si la heterogeneidad de fines pusiera en peligro la finalidad última del hombre o de algunos hombres? Si una empresa, por ejemplo, se organiza para explotar a mujeres y niños. También surge una dificultad en positivo: si una universidad colisiona con una familia o una empresa naviera, ¿qué ocurre? ¿Qué fines comunes se priorizan? ¿Acaso el perjuicio de la familia es exigido por la perfección de la sabiduría que implica la universidad o la perfección de la alimentación a la que se dedica la empresa de transporte naviera? Por último, una tercera dificultad: ocurre que los hombres forman parte de varias sociedades en simultáneo. Un hombre puede ser padre de familia, primo de su jefe y vecino en su barrio.

Estas dificultades evidencian que la naturaleza humana exige no solo una ordenación de las sustancias individuales, sino una ordenación de las ordenaciones. El conjunto de sociedades a las que nos hemos referido, de cuerpos sociales cuyas células son las familias, precisa una ordenación para perfeccionar al hombre. Así, junto a la sociedad familiar y a la sociedad civil encontramos a la sociedad política, un todo potestativo que ordena las ordenaciones particulares que constituyen los cuerpos sociales básicos hacia un fin común³², hacia el bien común de la comunidad de los hombres. La naturaleza del hombre es, en virtud de lo anterior, social y política.

Pudiera desprenderse de la explicación una conclusión equivocada. Entender que las sociedades se relacionan sucesivamente entre sí, o sea, que la familia una vez constituida crea a la sociedad civil y esta, una vez consti-

³¹ Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Poder y libertad. Una visión desde el tradicionalismo hispánico*, capítulo II. Sobre el tema y el autor, véase MIGUEL AYUSO, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, p. 298 y ss.

³² Para un enfoque coherente con Santo Tomás, véase JUAN VALLET DE GOYTISOLO, "Constitución orgánica de la nación", p. 305 y ss. Es un tema recurrente tanto en el autor como en la revista. Para ello remitimos a MIGUEL AYUSO (ed.), *La comunidad política: organización y ordenamiento. En el centenario de Juan Vallet de Goytisolo* (en lo referente al autor) y JULIO ALVEAR TÉLLEZ, "La constitución orgánica de la sociedad" en MIGUEL AYUSO (ed.), *La obra de la "Ciudad Católica" en la cultura católica contemporánea*, p. 201 y ss. (para la revista). Un desarrollo del asunto, sobre la consideración social y política del municipio, puede verse en JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, *Política e teoria do Estado*, p. 45 y ss.

tuida, crea a la sociedad política, no es correcto³³. En primer lugar, porque la exigencia natural no es producto de la voluntad. La voluntad coopera en la actualización de las potencias naturales del hombre, pero no las crea³⁴. Así, por ejemplo, el hombre elige a la mujer con la cual desposarse, pero no crea la institución matrimonial, que es natural. Del mismo modo, la familia no crea a la sociedad ni esta a la política, entre otra razón porque los todos potestativos o morales carecen de voluntad propia.

Las tres sociedades –familiar, social y política– tampoco son sucesivas porque ello sería una contradicción. Siendo todas exigencias naturales, no se entiende la familia si no es en una sociedad, en razón de que el hombre debe desposar a una mujer que no puede ser su hermana o su madre; por otro lado, sin una finalidad común, tampoco puede haber una sociedad civil, pues esta carecería de entidad. Las tres sociedades no son, por tanto, sucesivas o escalonadas en el sentido de generación sino concomitantes. Sí existe una jerarquía entre ellas según la comunicabilidad de los fines que persigan³⁵: el bien de un reino es superior al bien de una familia, como es lógico. Pero esta jerarquía se refiere a la ordenación moral³⁶, no a la generación social.

3. BALANCE:

LAS CAUSAS DEL ORDEN POLÍTICO

Conviene, antes de cerrar el epígrafe, realizar una valoración general de los fundamentos clásicos de la comprensión social y política. Y la haremos de la mano de algunos de los autores más significativos del derecho público cristiano contemporáneos. Debemos señalar que para ello nos centraremos en tratamientos monográficos del asunto, ya que incluir los aportes gene-

³³ Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, pp. 52 y ss.

³⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, *op. cit.*, I, I, n. 9-10, p. 39.

³⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I, q. 65, a. 2, ad. 2; I-II, q. 12, a. 3, resp.: “et si quidem ad invicem fuerint ordinata, manifestum est ex praemissis quod homo potest simul multa intendere. Est enim intentio non solum finis ultimi, ut dictum est, sed etiam finis medii. Simul autem intendit aliquis et finem proximum, et ultimum”. Sobre este punto, conviene señalar: “la sociedad política no es, pues, una especie de estructura uniforme que se superpone al conjunto de las sociedades subalternas, según se la concibe cuando se la abstrae y se la identifica con esa forma abstracta, como ocurre con la idea moderna de Estado. Tampoco, por lo mismo, es una sociedad de individuos, de ciudadanos de calidad igual: es una sociedad de sociedades. Se es parte de ella por pertenecer a una familia, a un municipio, a un gremio, etc., nunca en forma directa. Los hombres, al ser partes de las sociedades subalternas, participan por lo mismo de la sociedad superior, y no de modo pasivo o inerte, como un animal es parte de un zoológico por estar metido en su jaula, sino activamente: lo ordinario es que, al actuar en orden al bien común de las sociedades subordinadas, se actúe también para el bien común político, por ser éste el natural complemento y perfección de aquél, es decir, por estar implicado en los bienes inferiores el orden al bien superior”. WIDOW, *op. cit.*, p. 92.

³⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO *Sententia...*, *op. cit.*, I, I, n. 17 y ss., p. 42 y ss.

rales dilataría más de lo deseable estas líneas. El punto capital, ya mencionado con anterioridad, se refiere a las causas del orden político y, concretamente, al papel de la sociedad civil en este. Veamos.

La comunidad de los hombres es un todo potestativo, como los clásicos señalaban, esto es, no es una realidad sustancial, sino moral. Por ello, su entidad deriva del principio de finalidad que la informa. El fin, el bien común, implica la forma en la medida en que esta es principio de ordenación calificada por aquello a lo que tiende³⁷. Los principios capitales que aquí nos interesan son las causas formal y material, condicionadas por la final.

En cuanto al principio de causalidad aplicado al orden político, hemos de realizar alguna consideración:

“Se llama causa, afirma Juan Antonio Widow, al principio del cual algo depende en su ser o en su hacerse. La primera de las causas, según Aristóteles, es la causa final, aquello por lo cual o para lo cual algo es o se hace; sin la causalidad del fin, que determina el sentido del ser o la dirección de la operación, no hay otras causas, pues éstas son tales como efecto de la intención del fin (un motor, por ejemplo, no mueve si no está de algún modo ordenado a producir tal movimiento o a alcanzar tal fin). La causa eficiente es aquella de la cual se sigue el impulso que, dirigido a un fin, produce la obra; es el motor o agente. La causa ejemplar es aquella forma que, presente en el agente, proyecta su semejanza en lo que se realiza; como el hombre, al engendrar, proyecta en el hijo su propia naturaleza, o como el artista que crea en conformidad a la forma poética que late en su interior. La causa formal es el principio que, intrínseco a la realidad efectuada y proyección en la obra de la causa ejemplar, la perfila o determina en su ser propio. La causa material, por último, también intrínseca al efecto, es el sustrato en que radica la forma, es aquello de lo cual o en lo cual se realiza y se individualiza la obra”³⁸.

Sigue Juan A. Widow afirmando:

“la causa formal del orden político es aquella que, intrínseca a él, lo determina a ser lo que es. Es el principio ordenador, incorporado a la vida concreta de los hombres en sociedad, que rige su conducta social como directriz práctica de ella. Es la ley”³⁹.

Por su parte, Rubén Calderón Bouchet se inclina por afirmar que, siendo la forma aquello que concede la unidad, sería la autoridad lo que implica

³⁷ En el caso de las sustancias individuales, la forma condiciona el movimiento y, por ello, aquello a lo que se tiende. No es del todo así en las realidades morales, pues al carecer en su origen de sustantividad propia, es la finalidad la que condiciona la formalidad, o sea, la ordenación de las partes. Aunque sería matizable esta afirmación, por lo que podría señalarse que el fin no es dissociable de la forma, conviene realizar este apunte preliminar para evitar idealizaciones propias del racionalismo moderno.

³⁸ WIDOW, *op. cit.*, p. 114.

³⁹ *Op. cit.*, p. 126.

la formalidad de la comunidad⁴⁰. Se trata, a nuestro juicio, de una cuestión de acentos terminológicos más que de una contradicción. La autoridad es empleada en el sentido de aquello que concede la unidad, o sea, el principio por el que se ordena la materia. Hay que señalar que la comunidad política es una realidad accidental⁴¹, no sustancial –Juan Widow la define como todo potestativo–, por lo que la formalidad intrínseca depende del fin de manera cualificada. Así las cosas, aquello que concede la unidad es el principio de ordenación, lo que nos conecta, según santo Tomás, con la ley como ordenación racional. Juan Fernando Segovia desarrolla esta acepción en el análisis de Rubén Calderón Bouchet, afirmando:

“la causa formal y distintiva de la sociedad política, que Calderón Bouchet define clásicamente como la unidad de orden, porque la sociedad política no tiene una forma sustancial sino accidental: es un accidente que obra sobre la materia *in qua* y le imprime un modo de ser determinado. Los distintos tipos o las diversas especies de órdenes dependen de la totalidad de las causas; sin embargo es el fin la causa preponderante, porque la formalidad intrínseca de la acción moral depende del fin. De aquí que no sólo la autoridad sino principalmente el derecho, es decir, lo justo, integren la causa formal de la sociedad política, porque no es ésta cualquiera forma de convivencia sino la de un orden justo”⁴².

No hay, por tanto, una contradicción entre los autores, que en el surco de santo Tomás fijan el análisis de un mismo concepto –causa formal– en sus diversas dimensiones, orden y unidad⁴³.

⁴⁰ Rubén CALDERÓN BOUCHET, *Sobre las causas del orden político*, p. 162.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 81: “La sociedad es accidente propio del hombre y, por ende, cabal expresión de su perfección entitativa. Persona como sujeto de operaciones y sociedad como resultado operativo no son dos cosas separadas ni separables. Son dos aspectos de una misma realidad, cuya perfección debe considerarse en la perspectiva práctica de su desarrollo. Considerada en función del dinamismo moral que la produce, la sociedad es acto, perfección segunda y bien absoluto del movimiento incoado en la substancia individual, sujeto y soporte sustentador de ese acto”. El autor establece la caracterización, siguiendo a santo Tomás, de los términos, afirmando que “la naturaleza humana, considerada en su dimensión individual, no tiene toda la perfección correspondiente, pero como alguna perfección tiene, es oportuno distinguir entre perfección primera y perfección segunda. “De dos modos se da la perfección de una cosa: perfección primera y perfección segunda. La primera es aquella por la cual la cosa es perfecta en su substancia y esta perfección es la forma del todo que funda la unidad de sus partes, integrantes. La segunda perfección proviene del fin porque el fin o es operación tal como el fin del citarista es citarizar, o es algo a lo cual se llega por la operación, como el fin del constructor es la casa. La primera perfección es, empero, causa de la segunda, porque la forma es el principio de las operaciones”. SANTO TOMÁS DE AQUINO *Suma...*, *op. cit.*, I, q. 73, a. 1; CALDERÓN, *op. cit.*, p. 25.

⁴² Juan Fernando SEGOVIA, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, p. 876.

⁴³ Puede verse la prueba de ello en el texto de WIDOW, *op. cit.*, p. 124: “La potestad política de una sociedad es una, indivisible. A su división correspondería, ipso facto, la frag-

En cuanto a la causa material, he aquí un punto nodal para afrontar la sociedad civil desde el prisma que señalamos. La causa material, esto es, la materia pasiva que recibe el acto de ordenación, queda identificada con lo que venimos denominando sociedad civil, pero debemos extremar las cautelas. La sociedad civil como causa material no se refiere a una masa informe o magmática⁴⁴, sino que en ella encontramos una pluralidad de entidades sociales básicas que conforman la sociedad. Se trata, por ello, de una entidad que –ordenada por la política– encuentra una armonía entre la unidad de la ordenación y la pluralidad de las partes⁴⁵. Y esta pluralidad es condición necesaria para su propia ordenación⁴⁶, pues siendo una realidad accidental –no

mentación de la sociedad, pues la unidad real de ésta y la unidad del principio en razón del cual se ordena es formalmente lo mismo. Por esto, un gobierno que renuncia a parte de su potestad se transforma en principio de corrupción del orden político, como sucede, por ejemplo, cuando admite, reconociéndola como normal, la existencia de poderes subversivos organizados, sean ellos ideológicos o plutocráticos”.

⁴⁴ WIDOW, *op. cit.*, p. 129: “Una masa de individuos sin diferenciación de virtudes, capacidades, caracteres, intereses, costumbres y vocaciones no puede ser base de un orden político. Cuando se parte de la ficción de que son los individuos, como colectividad de entes autónomos, los que integran directamente ese orden, lo que se hace es montar un aparato que, conservando sólo el nombre de político, aplasta y destruye a la sociedad real”. Véase también para una recta distinción Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Algo sobre temas de hoy*, p. 75 y ss.

⁴⁵ Así lo señala Francisco CANALS, “Monismo y pluralismo en la vida social”, p. 31: “Sólo la unidad está en el principio. Dios es uno; no hay otra multiplicidad que la que procede de Dios como de principio, pero todo bien finito se constituye como participación de la bondad divina infusiva. Por eso toda la creación está cruzada por un régimen de unidad de orden y de finalidad, que exige –entiéndase bien que no se trata de ‘admisión’, de compatibilidad, de transigencia con algo opuesto– constitutivamente multiplicidades y diversidades y correlaciones complementarias que el aristotelismo interpretó ontológicamente según la pareja acto-potencia, síntesis sin antítesis varón y hembra, autoridad y comunidad, materia y forma, alma y cuerpo, razón y sensibilidad, son elementos complementarios y es maniqueo pensarlos como antitéticos [...]. El bien finito exige ‘orden’, y el orden exige distinción y diversidades graduadas y polaridades correlativas. Así entendida la unidad de la vida social exige que no sea suprimida la pluralidad. Si quisiéramos hablar de un legítimo ‘pluralismo’ habría que entenderlo como no enfrentado antitéticamente a la unidad de orden y de fin”. En el mismo surco, y conectado con el poder político, véase Miguel AYUSO, *La cabeza de la Gorgona. De la “hybris” del poder al totalitarismo moderno*, p. 15 y ss.

⁴⁶ Así lo afirma WIDOW, *op. cit.*, p. 129: “El orden político es la forma concreta de vida civilizada que tiene un pueblo. Esta no es la masa indiferenciada, la colección de individuos, pues el hombre nunca se vincula directamente a la sociedad política, sino mediante otras sociedades básicas que tienen sus formas y tradiciones particulares. La dimensión cotidiana o inmediata de la vida de las personas no es política, por tanto, pues se ordena a bienes cuya búsqueda y disfrute va determinando cauces con características propias y diversas: nacer, educarse, ejercer una profesión, producir bienes económicos, convivir en un vecindario, etc. Esta red de sociedades, cohesionada por tradiciones y costumbres comunes, por intereses también comunes, por creencias y estilos de vida, es el sujeto del orden político. Éste supone, por

sustancial— la ordenación lo es mientras se precisa para la consecución de una finalidad común. En otras palabras, la pluralidad entendida como cuerpos sociales básicos con fines propios que los ordenan, a su vez, es receptora de un acto formal ordenador condicionado por el fin superior en tanto que común.

En línea semejante afirma dicha dimensión compleja Rubén Calderón Bouchet:

“su complejidad aumenta si se toman en cuenta, para comprenderlo bien, las agrupaciones orgánicas intermedias: familia, municipio, provincia, región, asociación profesional, etc. Cada una de estas agrupaciones supone a su vez otras sociedades y todas reconocen la existencia de una doble unidad formal: la disposición virtuosa obediencial o gubernativa y el derecho de cada miembro de una asociación”⁴⁷.

La sociedad política está integrada por todas estas asociaciones intermedias y podemos decir que ellas son la materia inmediata de su ordenamiento.

“La unión de los miembros o materiales de la sociedad política perfecta y la unidad que de ahí resulta, no es una unidad puramente lógica, sino real y objetiva, aunque no sustancial ni física, sino moral y de orden, fundada en la unidad de fin y de medios, de aspiraciones y de dirección. Precisamente la ley es la que da esta dirección y establece los medios conducentes para que las aspiraciones de los socios o ciudadanos logren conseguir su meta”,

como señala Santiago Ramírez⁴⁸.

En resumen, aunque la composición orgánica de la sociedad será tratada en el capítulo II y la causa final en el capítulo último, la pertinencia de este epígrafe, a modo de balance, estriba en entender la correcta relación entre sociedad política y sociedad civil. Relación que, siguiendo las causas del orden político, evidencia la incorrección de las concepciones racionalistas posteriores, tendentes a entender la sociedad civil separada de la política (y concediendo la primacía a una u otra según ideologías). Los clásicos, por el contrario, encontrarían desordenada dicha noción, porque “causar es un modo de actuar. Como el término lo indica, la aptitud para causar proviene directamente de la perfección del ente en acción”⁴⁹ de lo que se deduce que

consiguiente, una realidad social con caracteres propios, cuya unidad, sin embargo, es potencial y difusa: la forma política le da unidad, y al dársela conduce las virtudes latentes hacia sus formas más perfectas”. También VALLET DE GOYTISOLO, *Algo sobre...*, *op. cit.*, p. 83 y ss.

⁴⁷ CALDERÓN, *op. cit.*, p. 108. Sería interesante comentar la reflexión del autor en torno a dicha complejidad, distinguiendo las causas *in qua* y *circa quam* (p. 106 y ss.), pero no podemos detenernos. Puede verse también SEGOVIA, “Las causas...”, *op. cit.*, p. 875.

⁴⁸ Santiago RAMÍREZ, *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común*, p. 56.

⁴⁹ CALDERÓN, *op. cit.*, p. 99.

la sociedad civil ajena a la política –aunque solo fuera una hipótesis momentánea– carece *per se* de actualidad, o sea, es la pura potencialidad o nada.

II. Las deformaciones racionalistas contemporáneas de la sociedad civil

Pasamos a continuación a las consecuencias de la concepción racionalista de la sociedad civil. Como comentamos al inicio, la separación de la sociedad civil y la sociedad política es un fenómeno moderno en su forma y racionalista en su concreción. La deformación gnoseológica de la prioridad subjetiva, así como la dimensión negativa de la acción, favoreció una visión matemática y mecanicista de la realidad, que arrastró a la sociedad a una caracterización fáctica carente de toda formalidad y finalidad. La renuncia a la causa formal y final, propia del racionalismo, condujo sí o sí al rechazo de la sociedad política, quedando la sociedad civil identificada con la caracterización fáctica, empírica y negativa que veremos a continuación, con matices según autores.

Antes de abordar los principales campos de incidencia, debemos hacer algunas menciones que no pueden ser abordadas de manera monográfica sin llevarnos a la dispersión. Siguiendo el estudio de Manuel Herrera Gómez⁵⁰, no podemos obviar algunos autores sin incurrir en incorrección. Piénsese, por ejemplo, en John Locke, que a través de la deriva voluntarista o constructivista entiende la sociedad civil como fruto del pacto⁵¹; lo que, por cierto, lleva a una concepción antipolítica que mimetiza la sociedad con los intercambios individuales regidos por la libertad negativa. Y no lo decimos en el sentido estrictamente semántico, puesto que la obra lockeana no concede el sentido antipolítico al término de “sociedad civil”⁵². No obstante, es la

⁵⁰ Manuel HERRERA, *Configurando la sociedad civil*.

⁵¹ Juan Fernando SEGOVIA, “Locke, ¿iusnaturalista clásico?”, p. 564: “Locke es un contractualista y no entiende que la comunidad política (la sociedad civil) sea fruto de la tendencia actualizada a la vida en común sino el resultado de un pacto entre propietarios, entre los individuos poseedores de derechos naturales. El asunto es bastante conocido como para insistir en él. Baste decir que, del contrato constitutivo de la sociedad política, nace un cuerpo artificial: la sociedad civil o Estado, que tiene la tarea de armonizar la autonomía moral de los individuos en el estado de naturaleza con su autonomía en la sociedad civil, pues, conservando los derechos naturales (que no se ceden, salvo de ejecutar la ley natural), los individuos limitan las competencias de la sociedad civil y juegan a su libre desenvolvimiento personal”. Para un tratamiento monográfico de la cuestión, véase Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, p. 146 y ss.

⁵² SEGOVIA, *La ley natural...*, op. cit., p. 154.

primacía de la voluntad como originaria del gobierno político⁵³ la que concibe la posibilidad de una “sociedad” sin política, una suerte de coexistencia “natural” instintiva⁵⁴ privada de la política hasta la llegada del pacto. Tampoco podemos pasar por alto las consideraciones hegelianas que, partiendo de la distinción sociedad civil y Estado –lo que parece asumible–, inserta la sociedad en el proceso de dialectización que culmine en la liberación total en la densidad colectiva⁵⁵.

⁵³ SEGOVIA, *La ley natural...*, op. cit. p. 150.

⁵⁴ SEGOVIA, “Locke...”, op. cit., p. 563.

⁵⁵ Georg Wilhelm F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, III, III, § 258, pp. 212-213: “El Estado, como la realidad de la voluntad sustancial que posee en la conciencia de sí individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí. Esta unidad sustancial, como fin absoluto y móvil de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado. Si se confunde al Estado con la Sociedad Civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y libertad personal, se hace del interés de los individuos como tales, el fin último en el cual se unifican; y en ese caso, ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. Pero, el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y ética sólo como miembro del Estado, pues el Estado es Espíritu objetivo. La unión como tal es el verdadero contenido y fin, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su posterior y particular satisfacción, actividad y comportamiento tienen como punto de partida y como resultado esa sustancialidad y validez universal. Considerada abstractamente, la racionalidad consiste en la unidad, compenetración mutua de la universalidad y de la individualidad; y aquí, concretamente en cuanto al contenido en la unidad de la libertad objetiva, esto es, de la voluntad sustancial universal, con la libertad subjetiva, como la del saber individual y de la voluntad que busca fines particulares y, en cuanto a la forma, en un obrar que lo determina según leyes y normas pensadas; esto es, universales. Esta Idea es el ser eterno en sí y por sí necesario del Espíritu. Pero, cuál sea o haya sido el origen histórico del Estado en general, o más bien, de cada Estado particular, de sus derechos y sus determinaciones, si aquél más bien haya derivado de las relaciones patriarcales, del temor, de la confianza o de la corporación, etcétera; y del mismo modo sobre qué se hayan basado tales derechos, si se los ha aprehendido y afirmado en la conciencia como derecho divino, positivo, como contrato o costumbre, todo esto no concierne a la Idea misma de Estado, sino respecto al conocimiento científico del cual únicamente se habla aquí, es como fenómeno algo histórico, y referente a la autoridad de un Estado real, en cuanto ella aporta motivos, éstos son tomados de las formas del derecho vigente en él”. Podrían citarse muchos estudios al respecto. Nos parece muy reveladora la síntesis de FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, “La familia y el municipio como bases de la organización política”, p. 24: “Al paso que el Estado es la realidad de la Idea ética, el Espíritu ético que se manifiesta, la voluntad sustancial en la que se pierde la libertad del individuo, absorbida en este estadio superior del devenir dialéctico del Espíritu que absorbe en la ‘*Aufhebung*’ de la tríada a los elementos situados más abajo. ‘Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee, der sittliche Geist, als der offenbare, sich selbst deutlicher, substantielle Wille ist, der sich denkt und weiss und das was er ’weiss, und insofern er es weiss, volbringt’, léase en el párrafo 258 de las mismas *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Con lo cual, al saberse y pensarse por sí, y al ejecutar lo que por sí sabe y piensa desde el pináculo más alto del devenir dialéctico, el Estado se separa de la Sociedad porque

Abordaremos algunos de estos autores y los siguientes en su deriva constructivista en un capítulo posterior. Baste señalar en este punto las concepciones específicas sobre la sociedad civil, especialmente en las corrientes contemporáneas con mayor incidencia en la doctrina político-jurídica actual. La razón de esta inclusión en la primera parte –existiendo una segunda concerniente a la incidencia racionalista– radica en la necesidad de una clarificación inicial que nos ilumine a lo largo de nuestro análisis.

1. LA INCIDENCIA

DE LOS DISCURSOS HERMENÉUTICOS

El primero de los bloques que engloba las diversas teorías en torno a la sociedad civil es la pretensión hermenéutica. Manuel Herrera Gómez, a quien seguimos en su análisis, ha descrito cómo la disolución moderna en la posmodernidad implicó el derrumbamiento de las instituciones y estructuras que las revoluciones del siglo XVIII y XIX habían propiciado. El llamado “deconstruccionismo” como deriva lógica del nihilismo virtual, ahora efectivo, de las premisas modernas amenazaba con disolver cualquier entidad ajena al individuo autónomo teorizado por los liberales. Los intentos de formalización del liberalismo, piénsese en el criticismo de Immanuel Kant o la configuración de espacios generales y universales de Georg Hegel, parecían derrumbarse ante el nuevo panorama posmoderno.

Surgen, en un primer bloque, una serie de autores que pretenden encauzar la situación a través de la dotación de significado social según diversas concepciones, pero que parecen confluir en una noción hermenéutica de la sociedad civil, en la teorización de “principios” no en el sentido universal propio de lo que Danilo Castellano ha denominado la “modernidad fuerte”, sino de dar respuesta a instituciones previas –modernas– que han de poseer significado propio en el contexto contemporáneo. No se trata, hemos de advertir, de las pretensiones que John Rawls o Jürgen Habermas teorizaron, pues pese a la mutación de principios modernos originarios, percibimos que siguen pensando en “grandes espacios”, frente a la tendencia atomizadora de la posmodernidad nihilista y decadente, ante la que los discursos hermenéuticos pretenden dotar de contenido a determinadas realidades sociales.

Así, por ejemplo, Michael Walzer afirma lo que denomina la teoría de las esferas de la justicia. En el contexto pluralista posmoderno, la sociedad civil queda conformada por grupos múltiples que, se supone, la integran. La

no tiene en cuenta la legitimidad de los individuos concretos, empero es la eticidad misma, la ‘Sittlichkeit’ suprema y absorbente”.

clave significativa social es la supresión de toda forma de “imperialismo”⁵⁶ entre estas esferas, esto es, la sociedad civil queda “vertebrada” por el principio de tolerancia liberal, aplicado a la pluralidad de grupos: el respeto a los derechos fundamentales, el rechazo explícito a la búsqueda de fundamentos originarios y el consenso “moral” para la vida en sociedad⁵⁷.

“La crítica del predominio y la dominación tiene como base un principio distributivo abierto. Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X. Este es un principio que ha sido probablemente reiterado, en alguna u otra época, para cada Y que haya sido predominante. Pero no ha sido enunciado con frecuencia en términos generales. Pascal y Marx han insinuado la aplicación del principio contra toda posible ‘y’, y yo he de intentar desarrollar tal aplicación. No habré de preguntar, por consiguiente, por los miembros de las compañías de Pascal los fuertes o los débiles, los hermosos o los menos agraciados, sino por los bienes que ellos comparten y dividen. El propósito del principio es el de captar nuestra atención, mas no determina ni el compartimiento ni la división. El principio nos dispone a estudiar el significado de los bienes sociales, a examinar las distintas esferas distributivas desde dentro”⁵⁸.

De ahí que la hermenéutica pluralista de Michael Walzer afirme la sociedad civil que parte la autonomía de la voluntad radicalizada –esto es, no afirma el Estado como garantía de esta, sino que lo concibe directamente como su proyección–.

⁵⁶ HERRERA, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁷ *Op. cit.*, pp. 68-69.

⁵⁸ MICHAEL WALZER, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, pp. 33-34. El autor no supera, sino que radicaliza la autonomía moral liberal, negando la posibilidad de conocer la verdad especulativa y, por ello, el bien moral. La configuración de grupo en torno a un bien no responde a la exigencia natural que precisa de este para su perfección, sino a la dotación de sentido que le concede la voluntad. “Pero es la significación de los bienes lo que determina su movimiento. Los criterios y procedimientos distributivos son intrínsecos no con respecto al bien en sí mismo sino con respecto al bien social. Si comprendemos qué es y qué significa para quienes lo consideran un bien, entonces comprendemos cómo, por quién y en virtud de cuáles razones debería de ser distribuido. Toda distribución es justa o injusta en relación con los significados sociales de los bienes de que se trate. Ello es, obviamente, un principio de legitimación, pero no deja de ser un principio crítico”. Cuando los cristianos medievales, por ejemplo, condenaron el pecado de la simonía, afirmaban que la significación de un bien social particular, la investidura eclesiástica excluía su venta y su compra. En vista de la interpretación cristiana de la investidura, se entendía –por necesidad, nos inclinamos a afirmar– que los así investidos debían ser elegidos por su conocimiento y piedad y no por su riqueza. Suponemos que hay cosas susceptibles de comprarse con dinero, pero no esta. De forma análoga, términos como prostitución y soborno denotan tanto como simonía la venta y la compra de bienes que nunca deberían ser vendidos ni comprados en vista de cierta noción de sus significados (pp. 22-23).

“Estas son exactamente las preguntas que los miembros de clubes contestan cuando toman decisiones acerca de la pertenencia, aunque por lo general con respecto a una comunidad menos extensa y a una gama más reducida de bienes sociales. En los clubes, sólo los fundadores se escogen a sí mismos (o entre sí); todos los otros miembros han sido elegidos por quienes eran miembros antes de ellos. Los individuos pueden aducir buenas razones para ser seleccionados, pero nadie que esté afuera tiene derecho a estar adentro. Los miembros deciden libremente acerca de sus asociados futuros, y las decisiones que toman poseen autoridad y son terminantes. Sólo cuando los clubes se escinden en facciones y luchan por la propiedad el Estado puede intervenir y tomar su propia decisión acerca de quiénes son los miembros. Mas cuando el Estado se escinde no es posible instancia legal alguna, al no existir un órgano superior. Por consiguiente, podemos imaginar a los Estados como pequeños clubes, con un poder soberano sobre sus procesos de selección”⁵⁹.

Otro ejemplo que señala Manuel Herrera es el modelo de Charles Taylor, cuya concepción de la sociedad civil puede englobarse dentro de los autores denominados comunitaristas del mundo anglosajón. En Charles Taylor encontramos una “crítica” al mundo moderno y a las implicaciones liberales a través de tres cuestiones por él planteadas: el individualismo, la “razón instrumental” –de matriz exclusivamente técnica–, y la apatía ciudadana por el

⁵⁹ WALZER, *op. cit.*, p. 53. Aunque el autor no asume el club como único criterio enjuiciador del Estado. Más adelante establece una analogía con la familia en lo que se refiere a comportamientos que integran partes no necesaria y racionalmente asumidas como pertenecientes (p. 54). Se percibe, así, en el autor una significación radicalizada de liberalismo, que enfrenta el pluralismo como nervio social y su efectividad como hermenéutica de la misma. El caso que propone en materia educativa es muy revelador: “La manera en que una escuela responda a estas distinciones depende en gran medida de sus propósitos y de su plan de estudios. Si los maestros se identifican con las disciplinas básicas necesarias para la actividad política democrática, intentarán establecer un conocimiento compartido entre sus alumnos y llevarlos hasta algo parecido a un mismo nivel. La finalidad no es reprimir las diferencias sino más bien posponerlas, de modo que los niños aprendan primero a ser ciudadanos –y trabajadores, gerentes, comerciantes y profesionales después–. Todos estudian las materias que un ciudadano debe conocer. La escolaridad deja de ser el monopolio de unos cuantos, deja de exigir automáticamente rango y cargo”. Dado que no hay accesos privilegiados a la ciudadanía, no hay modo de sacar más de ella, o de alcanzarla con mayor rapidez, desempeñándose mejor en la escuela. La escolaridad no garantiza nada y sirve para intercambiar muy poco. ¿No es este un cuadro aceptable, al menos, de la educación básica? Enseñar a leer a los niños, después de todo, es un asunto de equidad, incluso si la enseñanza de la crítica literaria (digamos) no lo es. La meta del maestro que enseña a leer no es proporcionar oportunidades iguales sino lograr resultados iguales. Al igual que el teórico democrático, supone que todos sus alumnos tienen interés y son capaces de aprender. No intenta igualar la posibilidad en sus alumnos del hecho de leer, procura estimularlos a la lectura y les enseña a leer (p. 214).

“autogobierno”⁶⁰. El modelo hermenéutico de Charles Taylor se fundamenta en la llamada “política de la diferencia” que, frente al atomismo del discurso liberal, plantea la defensa de la dignidad universal en la defensa de grupos o comunidades particulares donde los hombres se integran⁶¹. En otras palabras, la identidad del grupo custodia la sociabilidad de los hombres, que no se formula en abstracto y de forma universal, sino de forma “comunitaria”.

Esta tesis hermenéutica comunitarista plantea no pocas cuestiones difíciles de asumir. La primera de ellas es que se presenta como una crítica al liberalismo, pero hemos de observar que esta crítica es superficial. Basta una lectura de la teoría “moral” de los comunitaristas, pensemos en Charles Taylor, para comprender que no ha superado el liberalismo filosófico. Este autor entiende por idea moral:

“una descripción de lo que sería un modo de vida mejor o superior, en el que ‘mejor’ y ‘superior’ se definen no en función de lo que se nos ocurre desear o necesitar, sino de ofrecer una norma de lo que deberíamos desear”⁶².

El fundamento de la “idea moral” es el ofrecimiento de un deber que encauce el deseo, pero esta concepción es una reducción colectiva de liberalismo, en el sentido de que el pensamiento clásico no afirma la “idea moral”, sino el orden moral; no es un deber ofrecido en vivencia identitaria, es una exigencia de la perfección humana inscrita en su naturaleza; no pervive en el grupo con la identidad como fundamento, el grupo es exigido por la sociabilidad natural del hombre para su perfección. Si nuestro juicio es considerado exagerado, leamos al propio Charles Taylor. Tras colocarse como crítico de la cultura contemporánea –posmoderna–, afirma que no es detractor total, pues la cultura contemporánea favorece la posibilidad de configurar una “ética de la autenticidad”⁶³, autenticidad que se plantea como “idea moral”

⁶⁰ Charles TAYLOR, *La ética de la autenticidad*, p. 37 y ss.

⁶¹ HERRERA, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁶² TAYLOR, *La ética...*, *op. cit.*, p. 51.

⁶³ Él mismo afirma que la autenticidad no se origina en el pensamiento clásico, sino en el racionalismo y el liberalismo de René Descartes y John Locke, *op. cit.*, p. 61 y ss. Sobre la no superación del liberalismo del concepto de autenticidad, basta leer al propio Charles Taylor: “El ideal de autenticidad adquiere una importancia crucial debido a un avance que tuvo lugar después de Rousseau, y que yo relaciono con el nombre de Herder: una vez más, se trata de su principal articulador, y no de su autor original. Herder planteó la idea de que cada uno de nosotros tiene un modo original de ser humano: cada persona tiene su propia ‘medida’. Esta idea penetró hasta lo más recóndito de la conciencia moderna. Es una idea nueva. Antes de terminar el siglo XVIII, nadie pensaba que las diferencias entre los seres humanos tuviesen este tipo de significación moral. Hay cierto modo de ser humano que es mi modo. He sido llamado a vivir mi vida de esta manera, y no para imitar la vida de otra persona. Pero esta idea atribuye una importancia nueva a la fidelidad que me debo a mí mismo. Si no me soy fiel, estoy desviándome de mi vida, estoy perdiendo de vista lo que es para mí el ser

en los términos que él mismo ha descrito. O sea, la autenticidad como hermenéutica social se convierte en idea moral, en opción “moral” que tornada social se vuelve “ética”.

Los comunitaristas plantean, por ende, una concepción colectiva del pluralismo liberal. Si analizamos la obra de Michael Walzer en contraste con Charles Taylor, observaremos que la caracterización de ambos en el mismo bloque hermenéutico es acertada, en razón de que ambos tienen en el pluralismo y la tolerancia la médula espinal de la sociedad. La diferencia es que en los discursos de Michael Walzer nos encontramos con un pluralismo focalizado en la radicalización de la autonomía de la voluntad, mientras que en los comunitaristas esta radicalización es realizada por el grupo o “comunidad” con la identidad como expresión de dicha “libertad”. Así lo afirma el propio Charles Taylor cuando se refiere al “reconocimiento” como exigencia de la autenticidad:

“En el plano social, la interpretación de que la identidad se constituye en el diálogo abierto y no por un ‘guión’ social predefinido, ha hecho que la política del reconocimiento igualitario ocupe un lugar más importante y de mayor peso. En realidad, lo que está en juego ha aumentado de manera considerable. El reconocimiento igualitario no sólo es el modo pertinente a una sociedad democrática sana. Su rechazo puede causar daños a quienes se les niega, según una idea moderna muy difundida, como se indicó desde el principio. La proyección sobre otro de una imagen inferior o humillante puede en realidad de formar y oprimir hasta el grado en que esa imagen sea internalizada. No sólo el feminismo contemporáneo sino también las relaciones raciales y las discusiones del multiculturalismo se orientan por la premisa de que no dar este reconocimiento puede constituir una forma de opresión. Podemos discutir si este factor ha sido exagerado, pero es claro que la interpretación de la identidad y de la autenticidad introdujo una nueva dimensión en la política del reconocimiento igualitario, que hoy actúa con algo parecido a su propio concepto de autenticidad, al menos en lo tocante a la denuncia de las deformaciones que causan los demás”⁶⁴.

humano. Este es el poderoso ideal moral que ha llegado hasta nosotros. En él se atribuye importancia moral a un tipo de contacto conmigo mismo, con mi propia naturaleza interna, a la que ve en peligro de perderse debido –en parte– a las presiones en favor de la conformidad externa, pero también porque al adoptar una actitud instrumental hacia mí mismo es posible que haya perdido la capacidad de escuchar esta voz interna. La importancia de este contacto propio aumenta de manera considerable cuando se incorpora el principio de originalidad: cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. No sólo no debo moldear mi vida según los requerimientos de la conformidad externa; ni siquiera puedo encontrar el modelo con el cual vivir fuera de mí mismo. Sólo puedo encontrarlo adentro”. Charles TAYLOR, *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, pp. 59-60. De esta noción de autenticidad se deriva el reconocimiento posterior en el plano social.

⁶⁴ TAYLOR, *El multiculturalismo...*, op. cit., pp. 68-69.

Las teorías hermenéuticas plantean, así modelos de justicia “mínima” en el plano social que posibiliten su integración, confundida con su reconocimiento. La crítica a estas posturas estriba en la parcelación de la justicia y su imposibilidad de integración en planos superiores, rechazados en tanto que se explican por la lógica de su propio reconocimiento⁶⁵. Sobre este asunto problemático del reconocimiento nos detendremos más en la segunda parte de nuestro estudio, en relación con la “identidad”. Baste señalarlo a modo de balance en este punto.

2. LA INCIDENCIA DE LOS DISCURSOS NORMATIVOS

En otro bloque de explicación de la significación social, nos encontramos con los discursos o teorías normativas. La normatividad, que parece resonar según las diversas corrientes neokantianas, aparece filtrada según autores. Estos, recelosos de las concepciones hermenéuticas que buscan la fundamentación social en planos que tienden ya a la particularidad, ya a la universalidad abstracta, plantean modelos cuya normatividad favorezca una explicación más abierta. Sin embargo, debe decirse que no nos encontramos ante discursos meramente reformuladores del viejo Immanuel Kant. Así, por ejemplo, plantean los riesgos de las posiciones universales, ante los que invocan la necesaria atención de la particularidad, lo que les conduce a posturas de naturaleza sociológica, *rectius* sociologista, o sea, que tienden a confundir la efectividad con la propia realidad.

Dentro de estas concepciones podemos citar el caso paradigmático de John Rawls. El académico estadounidense aporta una concepción de la justicia que, aunque rectificada en su *Liberalismo político*, no parece solucionar el problema. La concepción rawlsiana expresada en *Teoría de la justicia* no se reduce a la mera tolerancia de grupos. Se formula un elenco normativo, una actualización del constructivismo político, que fije los pilares de la comunidad. El llamado “velo de la ignorancia” es buen ejemplo de ello. Así, no se refiere John Rawls a una mera hermenéutica, sino al diseño de un conjunto de normas que favorezcan el desarrollo de grupos con el pluralismo como telón de fondo⁶⁶.

⁶⁵ Habría que calibrar una crítica de la crítica, pues estimamos pertinente advertir que confundir integración con reconocimiento no solo es un problema de las teorías hermenéuticas. La crítica a estas parece asumir que el reconocimiento precisa de una concepción que no rechace la inclusión en esferas más universales. Se desliza en la crítica otro problema: la categoría de “reconocimiento” superior, lo que concede al Estado un papel no menos espinoso, ya que la complejidad social no precisa de un mero “reconocimiento” asimilado a su integración, sino que es la sociedad política la que responde a la necesidad ordenadora, con el bien común como causa final, de estos grupos.

⁶⁶ El pluralismo deviene en dogma al constituir el ordenamiento sobre las pretensiones individuales que, lógicamente, son heterogéneas y premiar a unas puede perjudicar a otras.

Debemos destacar que la noción pluralista no se asume de modo hermenéutico, sino que se conceden normas volitivas a la sociedad como garantía de ello. Un buen ejemplo de lo dicho es la formulación de lo que John Rawls denomina “ideas razonables”, o sea, aquellas que renuncian a la dogmaticidad que las eleva por encima de la política. Estas son integrables en la medida en que no colisionen con el ramillete normativo que configura la sociedad.

Encontramos también las posturas normativas abiertas (¿reductivas?) a la sociología. Manuel Herrera cita el caso de Charles Larmore⁶⁷, que reduce la normatividad neokantiana a un proceso, si cabe, aún más disolvente de las implicaciones del filósofo alemán, por lo que estima que la razón o el consenso no pueden de por sí fundar la obligatoriedad; esta, por el contrario, precisa de la interiorización particular para ser tal, que Charles Larmore –de manera sociologista– fija en el estilo particular de vida. Pero quizá sea el caso de Jürgen Habermas el más significativo a este respecto.

Partiendo de Immanuel Kant, Jürgen Habermas afirma que la sociedad, a través de los elementos que la integran precisa de partir de la propia subjetividad, *rectius* subjetivismo, pero difiere del modelo kantiano en tanto que lo radicaliza. No se trata de la institucionalización del subjetivismo tal y como lo expresa el republicanismo kantiano; la sociedad y sus instrumentos han de canalizar dicho subjetivismo⁶⁸, esto es, son formas de comunicación que se fundan en el subjetivismo mismo.

El modelo americano, fundado en el pluralismo ideológico, adquiere carta de en estos momentos, viéndose al Estado como la proyección de la confrontación de diversos grupos que integran la amorfa “sociedad civil”, regida por las tensiones entre las opciones individuales; opciones que, siguiendo a John Rawls, no pueden implicar una concepción que revista ninguna ortodoxia, lo que pondría en riesgo la permanencia de la Babel a la que llaman sociedad. Cfr. John RAWLS, *Liberalismo político*, p. 10 y ss. Además, debe notarse que el pluralismo no puede asimilarse con la pluralidad. Ésta última es condición de la sociedad, fundada en la complejidad de la realidad y en su ordenación. El pluralismo es el reconocimiento como finalidad –pseudo finalidad en pureza– de la coexistencia de concepciones de lo bueno, cfr. RAWLS, *op. cit.*, pp. 45-46; el núcleo del pluralismo es, de hecho, la promoción del relativismo como bien de la comunidad, lo que acaba conduciendo a su disolución. Nos hemos ocupado del asunto en FERNÁNDEZ, *Persona y personalismo...*, *op. cit.*, pp. 103-105.

⁶⁷ HERRERA, *Configurando...*, *op. cit.*, p. 97 y ss.

⁶⁸ Así lo afirma Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, “La praxis política en Habermas: el juego de la democracia deliberativa”, pp. 293-294: “La teoría de la acción comunicativa es claramente un instrumento en el que se expresan todos los pormenores del pensamiento actual, que más allá de la necesidad del diálogo y de la deliberación, sobre aquello que se ha convertido en problemático, no ve cuál es el fondo del problema. Se propone conseguir un acuerdo sobre una premisa que es la posición estrictamente individual de cada uno de los miembros dialogantes, de manera que sin abandonar la posición subjetiva se pueda concluir en un acuerdo común sobre lo que se ha deliberado. Es decir, hay que partir necesariamente de la subjetividad para entablar el diálogo y la comunicación, por eso y no por otra razón Habermas representa el ataque contra el objetivismo en todas sus formas. El diálogo no consigue la unidad, sino la comunicación entre identidades que son diversas y que seguirán

“Con la teoría discursiva, afirma Habermas, entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes esclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley. Racionalización significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder. El poder disponible de modo administrativo modifica su propia estructura interna mientras se mantenga retroalimentado mediante una formación democrática de la opinión y de la voluntad común, que no sólo controle a posteriori el ejercicio del poder político, sino que, en cierto modo, también lo programe. A pesar de todo ello, únicamente el sistema político puede ‘actuar’. El sistema político es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas del espacio público conforman una red ampliamente expandida de sensores que reaccionan ante la presión de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto y que además estimulan la generación de opiniones de mucha influencia. La opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede “mandar” ella misma, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales”⁶⁹.

La sociedad civil habermasiana encuentra su formalidad no en la sociedad política en el sentido clásico, sino en la ausencia de esta. Es desordenada en la medida en que la sociedad política imprime un principio normativo –que Immanuel Kant denominaría heterónomo y Jürgen Habermas tacha como no dialógico– ajeno a la subjetividad individual. Por el contrario, es en la medida en que la sociedad política renuncie a todo principio de formalidad clásico y se reduzca a convertirse en canal de comunicación de los elementos de la sociedad civil⁷⁰ como encontramos una sociedad fundada

manteniendo su diversidad. No hay conceptos objetivos, sino comunicación, deliberación, entre enfoques subjetivos. La teoría de la acción comunicativa se agota en sí misma, porque es al tiempo instrumento y fin. Efectivamente, destaca el profesor mendozino que con ‘común’ se denota aquí cualquier cosa que pueda compartirse discursivamente, porque lo común no tiene más base o fundamento que el discurso, al que no interesan ni la lógica, ni la ontología, ni siquiera una sensata antropología. En este sentido, la propuesta de Habermas es tan formal como la de Kant”. Se trata de una glosa a la obra de Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa*.

⁶⁹ Jürgen HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, p. 244.

⁷⁰ HABERMAS, *op. cit.*, pp. 134-135: “Así pueden alcanzar relevancia los mismos temas al mismo tiempo para un mismo público numeroso y anónimo y, salvando grandes distancias, estimular a los ciudadanos a que realicen contribuciones espontáneas. De este modo surgen opiniones públicas que agavillan los temas y tomas de posturas en magnitudes de influencia política. La analogía correcta está a mano: el próximo impulso a la integración social posnacional no depende del substrato de un “pueblo europeo”, sino de la red comunicativa de una esfera pública política de amplitud europea insita en una cultura política común, soporte de una sociedad civil con grupos de interés, organizaciones no estatales, iniciativas y movimien-

en la autenticidad. Paradoja utópica que, rehuyendo del formalismo kantiano institucional-republicano, Jürgen Habermas configure un formalismo práctico-dialógico que no supera el problema.

3. *LA INCIDENCIA DE LOS DISCURSOS EMPÍRICOS*

Por último, cabe una mención a las nociones llamadas empíricas de la sociedad civil o, al menos, que incorporan la realidad fáctica al análisis social. El estudio de Manuel Herrera, que seguimos, plantea una serie de rasgos típicos. Tomaremos algunos de ellos como elemento enjuiciador.

Una noción empírica de la sociedad civil atiende a los hechos particulares que conforman la compleja realidad social donde el hombre vive y actúa. No obstante, se percibe una tendencia más bien empirista, esto es, que hace del hecho una categoría explicativa sobredimensionada, que niega o recela de una sustantividad, aunque sea potestativa. Así, por ejemplo, existen nociones empíricas de la sociedad civil que señalan la incoherencia entre lo “ideal” y lo “real”. Apreciamos, en este punto, un cariz antimetafísico, receloso de sustancias cognoscibles en su ser y, por ello, en su obrar. Más bien se identifica ideal con ideológico y real con fáctico. Asumimos, por nuestra parte, que, tomando ideal por ideológico, siempre nos encontramos con que la realidad desborda las limitadas cotas que el racionalismo pueda pretender; no por ello entendemos que la negación del modelo ideológico que ofrece la realidad sea prueba de que no es posible que exista o se conozca una naturaleza de los cuerpos sociales que estos tienen por sí mismos. Pecaría de estructuralismo aquel análisis que quisiera rastrear la naturaleza de los cuerpos sociales a través de estructuras que determinan todo obrar del hombre, pues el hombre es por naturaleza libre y, por tanto, conocedor de su fin y elector de sus medios.

De esta forma, el discurso empírico que niega que, por ejemplo, la familia carezca de entidad propia natural ante la negación de esta realidad en sociedad contemporáneas o pasadas se aleja de la concepción clásica del cuerpo social, en la medida en que entiende que la naturaleza opera de manera mecánica sin poder el hombre “escapar” de su determinado contenido. Siguiendo con el ejemplo de la familia como cuerpo social, es claro que los clásicos atribuyen a este una naturaleza propia, que enjuicia los actos de sus partes. El hombre adúltero es, por ende, mal esposo y, además, mal hombre, al emplear emplea su voluntad contra la finalidad común del cuerpo al que pertenece.

tos ciudadanos, y asumida por foros en los que los partidos políticos pueden referirse inmediatamente a las decisiones de las instituciones europeas, más allá de las agrupaciones fraccionales, para convertirse en un sistema de partidos europeos”.

Pero la existencia del adulterio no anula la entidad natural de la familia, sino que esta es criterio enjuiciador de la acción desviada. Si asumimos esta dicotomía empírica llegaríamos a negar la entidad de la comunidad política en la medida en que hay grupos enemigos de ella o que conspiran contra ella.

Otro rasgo del modelo empírico es, de nuevo, la separación entre sociedad política y sociedad civil, en clave codificadora. La sociedad política es definida como capaz de delimitar de modo negativo determinados comportamientos que configuran códigos de conducta que se integran en el ideal del ciudadano. Por el contrario, la complejidad de la sociedad civil encuentra una tensión entre la asunción o negación de estos códigos, y de resultados de la armonía y la tensión encontramos la relación entre ambas. De nuevo, es un análisis inasumible desde el pensamiento clásico. En primer término, porque no se puede definir la política en clave negativa, asimilada con el poder, o el gobierno identificado con el dominio. La política es ciencia y arte del bien común, sin la cual la sociedad civil no encuentra formalidad ni finalidad. En segundo término, la sociedad civil no se fundamenta en la heterogeneidad normativa, que no es fundamentación por sí misma. Su pluralidad no implica un pluralismo, ni su heterogeneidad ausencia de formalidad propia.

Por último, asoma de nuevo en estas concepciones el riesgo del sociologismo, confundido con la filosofía, en este caso política o social, siguiendo la estela hegeliana. Late, en el fondo, una noción dialéctica que hace del hecho, del dato empírico, la negación de una tesis previa o impuesta que precisa de armonía o síntesis. Por otro lado, la convicción hegeliana que identifica efectividad y realidad parece sumir la filosofía en la pura efectividad, son los hechos sociológicos los que configuran la filosofía de la política, mientras que el pensamiento clásico recorre el camino opuesto. Los hechos conforman la experiencia política, inicio de la filosofía política, pero no identificable con la filosofía política⁷¹.

III. ¿Soberanía civil y soberanía política?

Una aclaración

No deberíamos denominar a este capítulo como preámbulo sin referirnos a un asunto que pudiera plantear alguna dificultad. Tras tratar de la concepción clásica y cristiana de la sociedad civil y la sociedad política, y referirnos con brevedad a las concepciones racionalistas, mejor herederas del racionalismo –veremos en la segunda parte la incidencia racionalista en sus múlti-

⁷¹ Cfr. Danilo CASTELLANO, *Introducción a la filosofía de la política. Breve manual*, pp. 21-29.

ples aspectos—, el lector versado en la materia podría formular la siguiente objeción a lo dicho.

Los teóricos del derecho público cristiano antirracionalista del siglo XIX invocaron la llamada soberanía social, distinguiéndola de la soberanía política. Esta formulación podría, en apariencia, implicar la incorrección de nuestro estudio, porque estos afirman sostener las tesis del derecho público clásico y cristiano, que nosotros hemos expuesto en sus máximas o, a nuestro juicio, más reveladoras personalidades. Veamos, entonces, el origen de este asunto.

Juan Vázquez de Mella, en pugna contra el estatismo que se pretendía consolidar en suelo patrio, contrapuso a la soberanía estatista la formulación de la “doble soberanía”. Este autor aduce, en primer lugar, un argumento cronológico, que afirma:

“la soberanía social, no sólo no es creación del Estado, sino que más bien es el Estado creación de la soberanía social, que le necesita como complemento. Y por eso viene después como soberanía política para dirigir el conjunto de las regiones y de las clases”⁷².

Por otra parte, se percibe que es una fórmula de reacción, pues afirma el propio Juan Vázquez de Mella:

“esos políticos confundían substanciales conceptos políticos de manera lamentable; no advertían que, pese a las Convenciones, Parlamentos y Gabinetes responsables —que no responden de nada—, cuando no existe lo que llamo soberanía social, aparece el despotismo y surge la tiranía”⁷³.

Veamos, por último, los rasgos de la llamada “soberanía social” antes de proceder a su análisis:

“Enfrente de la teoría de la unificación de la soberanía, yo he puesto aquella teoría doble —no idealista, porque es completa y tiene en su origen y en su fin una unidad superior— de la soberanía social, en la cual creo yo que descansa fundamentalmente el principio jurídico del regionalismo. Yo creo que existen dos soberanías: una soberanía social y una soberanía política, y que, lejos de ser antitéticas, son complementarias. La soberanía social brota de la familia por medio de dos órdenes de sociedades, que enlazan las clases. De la potestad familiar nace la escuela, que no es más que una derivación de la patria potestad; el padre tiene el deber de educar y de instruir a sus hi-

⁷² Juan VÁZQUEZ DE MELLA Y FANJUL, “Regionalismo asturiano. Discurso pronunciado en el Teatro Campoamor, 4 de mayo de 1916”, p. 26.

⁷³ *Op. cit.*, p. 76. También afirma: “¿Contra quién nos unimos? Contra un Estado burocrático, absorbente, centralizador, que detenta la soberanía social, consume la savia popular y pasa el rasero de la tiranía sobre las libertades municipales y regionales”, *op. cit.*, p. 100.

jos; y como no siempre puede ejecutar por sí mismo ese derecho, el maestro viene a ser como un delegado del padre, la escuela como prolongación de la familia; y cuando las necesidades intelectuales y morales son más amplias, el instituto, el colegio, el internado, lo que dilata la escuela, será siempre una derivación de ella, como lo es la Universidad, que significa el más alto grado en el cultivo de la inteligencia y, cuando es completa, de la voluntad. La familia no podrá satisfacer por sí todas las necesidades que son comunes a otras familias: la policía de seguridad, de abastecimientos, de sanidad, etcétera, y la asociación permanente de ellas, tendrán que buscar los medios proporcionados; y así se originó el municipio; y el municipio, por una razón semejante, no podrá satisfacer todas las necesidades de las familias o individuos agrupados, y tendrá que reunirse con otros en hermandad de comarcas, que más tarde se dilatará hasta la región; y así una serie de sociedades derivativas, como la escuela y la Universidad; una serie de sociedades complementarias, como el municipio y la región, serán los órganos de la soberanía social, que no será completa sin las clases, que significan las categorías de actividad social unificadas por un fin común y que se manifiestan y se organizan por ley de cooperación y por la corporación, en que se realiza cuando los deberes de caridad y los jurídicos del contrato no son consuetudinarios y llegan a ser complementados”⁷⁴.

En esta parte, nos referiremos a la argumentación “cronológica”. Aunque guiada por el noble fin de deslegitimar la soberanía del Estado, estimamos que se trata de una forma pedagógica que, trasladada desde el plano de la filosofía de la política clásica y cristiana, plantea algunos problemas. El asunto estriba en que la sociedad, tal y como señala Aristóteles y, en especial, santo Tomás es causa material que, sin causa formal, no puede existir como tal. Conocemos la sociedad civil nunca ajena a la sociedad política que la informa. El antirracionalismo de Juan Vázquez Mella, rastreable en su afirmación no idealista, es recto y agudo, aunque hemos de advertir que la distinción cronológica no ha de trascender de la pedagogía al conocimiento político, pues el riesgo de idealización es alto.

Por otra parte, afirma que su “fórmula” se plantea contra el Estado soberano, que en su proceso de asentamiento –siempre inorgánico debido a la estatalidad del mundo hispánico–, destacó sus atributos absorbentes y soberanos. No obstante, en otra parte de su obra, señala que la negación, *per se*, carece de capacidad definitoria⁷⁵. Ello es prueba de su naturaleza pedagógica, más que iuspolítica. O sea, no se trata de una ideología que nace de la confrontación dialéctica con otra, sino de la teorización de una vivencia previa –negada por la ideología– y que, con las limitaciones de todo esquema didáctico, no puede llevarse a sus extremos. Por último, cuando afirma la complemen-

⁷⁴ VÁZQUEZ DE MELLA, “Regionalismo...”, *op. cit.*, pp. 224-226.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 200.

tariedad de ambas “soberanías” se posiciona en contra del racionalismo político, que tiende a negativizar la realidad socio-política, afirmando la necesidad de una respecto de la otra.

De esta forma, el “sociedadalismo” de Juan Vázquez de Mella define, con infeliz terminología, la entidad propia de la sociedad orgánica, conformada por cuerpos sociales que no se reducen ni a proyecciones del Estado ni, tampoco, a proyecciones de la voluntad individual. Responden, por el contrario, a la naturaleza humana y su búsqueda de perfección, imposible de alcanzar al margen de la comunidad de los hombres. Así lo han señalado los expertos que han tratado de analizar su obra. Juan Vallet de Goytisolo, por ejemplo, señalaba:

“frente a la teoría de la unificación de la soberanía, proponía Vázquez de Mella la de la doble soberanía, distinguiendo una soberanía política y otra soberanía social, ‘complementarias’”.

Para ello, Juan Vázquez de Mella, estimaba necesario

“‘descuajar el árbol central’ con una reintegración a la sociedad, en todos sus órdenes y jerarquías, de la soberanía social de las atribuciones que el Estado ha arrancado o ha conculcado contra su propio derecho desde la familia y el municipio, agregación y senado de familias, las comarcas, las regiones”.

Es decir, toda “sociedad secundaria”, o sea, las “sociedades intermedias” o “poderes intermedios entre la familia y el Estado”, entre las que distinguía unas “sociedades complementarias como el municipio, como la comarca, como la región”, y otras “sociedades derivativas, como la escuela, como la universidad, como la corporación”. Una fuente de esa organización social, a su juicio, es la tradición, “pero no la única ni la principal”, debido a que:

“cuando la tradición no expresa la necesidad presente, porque la necesidad ha cambiado, entonces la necesidad actual tiene una importancia mayor que la tradición pasada y engendra otra que ocupa su puesto”⁷⁶.

⁷⁶ Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Tres ensayos. Cuerpos intermedios. Representación política. Principio de subsidiariedad*, pp. 17-18. Prosigue el maestro glosando al tribuno tradicionalista. Transcribimos su análisis por el interés que merece: En palabras suyas, estas “entidades sociales que –aparte de la persona individual.!, cuyos derechos naturales somos los primeros en reconocer como anteriores y superiores a toda ley civil–, comienzan por la familia, se prolongan por el municipio, agregación de las familias, y siguen por la hermandad de esos municipios, en comarcas que vienen después a unirse para formar la región” [...] “con otras corporaciones análogas y, con las clases que las enlazan, son los que limitan, contrarrestan y sirven de contención orgánica, no de contención mecánica, como las inútiles que vosotros imagináis, a los abusos de la soberanía política”. Así, frente a la soberanía política, sitúa “la verdadera autonomía social, que la limita, erizada, por decirlo así, de libertades” [...] “que amuralla la soberanía del Estado central, para que no se desborde. y se mantenga dentro de su órbita,

En la misma línea se posiciona Rafael Gambra, gran actualizador del pensamiento mellista⁷⁷ del siglo xx. Tratando de la llamada “soberanía social”, afirma Rafael Gambra:

“según Mella, la sociedad no es algo ajeno al hombre mismo –un pacto y una estructura que se le impone– ni tampoco una realidad superior que incluye en sí y determina al hombre. La sociedad se funda en la misma naturaleza del hombre que es, por ella, un ‘animal social’. En esta concepción de la sociabilidad como natural en el hombre se halla implícita una amplísima teoría, que fue ignorada por el racionalismo liberal y por el socialismo, que es su consecuencia lógica. [...] Y si en el modo natural de constituirse las sociedades están representados los varios estratos que penetra el ser del hombre con formas no racionales –instintivas– de adaptación y de arraigo, también, y como hemos visto, las distintas facultades del espíritu humano contribuyen a conformar, según el esquema platónico, las clases sociales y sus correspondientes instituciones. La naturaleza humana imprime, por otra parte, en la sociedad la individuación y la historicidad propias del hombre. No solo en los usos, costumbres y peculiaridades de gobierno pueden individualizarse las sociedades civiles, de acuerdo con su medio y tradición, sino aún en la misma legislación positiva que, aunque deba interpretarse para ser justa la única y eterna ley natural, puede concretarse en mil diferentes formas. Toda unidad local o histórica –afirma Juan Vázquez Mella– tiene derecho, aunque viva en una más amplia comunidad estatal, a mantener y cultivar su propia estructura político-social. Por último, la unidad sustancial del hombre –y la exigencia de la unidad final en sus obras– están representadas en la sociedad por el deber político. Esta unificación ha sido doble en la evolución de los pueblos cristianos: la civil y la eclesiástica. Supuesto que el fin último del hombre, como dice santo Tomás, no se alcanza por los solos medios naturales, es preciso, al lado del poder civil, otro que sea depositario y administrador de la gracia, debiendo convivir ambos poderes mediante una delimitación de campos y una cierta influencia indirecta”.

Se percibe, por ello, que no existe contradicción de fondo entre el pensamiento clásico y la articulación de los autores del derecho público cristiano antiliberal, con Juan Vázquez de Mella a la cabeza, que emplearon la fórmula de las “dos soberanías” de manera reactiva y pedagógica, fundada en los principios previamente descritos y para frenar la ideología revolucionaria que hizo de su negación su “fundamento”

contenida por esa serie escalonada de baluartes que marcan en derredor de ella un círculo sagrado que no puede traspasar el poder soberano sin poder convertirse en tiránico”. Juan Vázquez de Mella tuvo una concepción –que se denominó socialista– según la cual “la sociedad política debe ser una confederación de grupos humanos históricos e institucionalizados políticos unos –municipios y antiguos reinos–, y sociales otros: las asociaciones, profesionales o no, de todo género” (pp. 18-19).

⁷⁷ Juan VÁZQUEZ DE MELLA Y FANUL, *Textos de doctrina política*.

IV. Un balance como premisa

Conviene cerrar este preámbulo que, como tal, ha de cumplir las condiciones de premisa para iniciarnos en nuestro estudio. Parece claro que de los textos y autores que hemos analizado se derivan dos bloques principales. El primero, clásico y cristiano, afirma la complementariedad, y la necesidad respectiva, de la sociedad política y la sociedad civil. La naturaleza de cualquiera de ellas precisa, pues, su respectiva. El racionalismo, por el contrario, tiene una visión dialéctica, que enfrenta ambos conceptos o, al menos, concibe uno como limitador del otro.

En cuanto a esto último, ya advertíamos al inicio que dedicaremos la segunda parte de nuestro estudio de manera monográfica al racionalismo político y su incidencia social. Si hemos tratado las aporías contemporáneas racionalistas en materia social es por una intención clarificadora inicial. Pretendemos, por ello, evidenciar que las consideraciones actuales de la sociedad civil parecen no superar el racionalismo que dicen rechazar, en sus múltiples formas.

En suma, a través de un estudio de los principios clásicos y cristianos de la relación sociedad política-sociedad civil, intentamos arrojar algo de luz sobre un asunto que parece enfrascado en un laberinto ideológico que, por ser tal, no logra penetrar la complejidad de la realidad social, y disfraza de reflexión filosófica crítica la sustitución de modelos o sistemas racionalistas; los cuales, debe decirse, de manera proporcional a la naturaleza destructiva de toda ideología, se suceden con una velocidad inversamente proporcional a su rigor.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "La constitución orgánica de la sociedad" en Miguel AYUSO (ed.), *La obra de la "Ciudad Católica" en la cultura católica contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2024.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, versión castellana de Emilio LLEDÓ ÍÑIGO y Julio PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1985.
- ARISTÓTELES, *Ética Eudemia*, versión castellana de Emilio LLEDÓ ÍÑIGO y Julio PALLÍ BONET, Madrid, Gredos, 1985.
- ARISTÓTELES, *Política*, versión castellana de Manuela GARCÍA VALDÉS, Madrid, Gredos, 1988.
- AYUSO, Miguel, *La cabeza de la Gorgona. De la "hybris" del poder al totalitarismo moderno*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.
- AYUSO, Miguel, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, Fundación Elías de Tejada, 1994.

- AYUSO, Miguel (ed.), *La comunidad política: organización y ordenamiento. En el centenario de Juan Vallet de Goytisolo*, Madrid, Itinerarios, 2018.
- CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Sobre las causas del orden político*, Buenos Aires, Nuevo Orden, 1976.
- CANALS VIDAL, Francisco, “Monismo y pluralismo en la vida social”, en *Verbo*, n.º 61-62, Madrid, 1968.
- CASTELLANO, Danilo, *Introducción a la filosofía de la política. Breve manual*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Re publica*, versión castellana de Álvaro D’ORS, Madrid, Gredos, 1991.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, “La familia y el municipio como bases de la organización política”, en *Verbo*, n.º 91-92, Madrid, 1992.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *Poder y libertad. Una visión desde el tradicionalismo hispánico*, Barcelona, Scire, 2008.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “La persona humana. Un enfoque jurídico”, en *Verbo*, n.º 623-624, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, “La representación del poder. Sociedad, subsidiariedad y política”. Promanuscrito, para revista *Verbo* (Madrid), año 2026.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, *Persona y personalismo. Implicaciones jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2025.
- FRAILE, Guillermo, *Historia de la filosofía*, Madrid, BAC, 1976, tomo I: Grecia y Roma.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, *Política e teoria do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1957.
- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, versión castellana de Angélica MENDOZA DE MONTERO, Buenos Aires, Claridad, 1968.
- HERRERA GÓMEZ, Manuel, *Configurando la sociedad civil*, Navarra, Aranzadi, 2009.
- LARMORE, Charles, *The Morals of Modernity*, New York, Cambridge University Press, 1996.
- MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo, “La praxis política en Habermas: el juego de la democracia deliberativa”, en *Verbo*, n.º 473-474, Madrid, 2009.
- PALACIOS, Leopoldo Eulogio, “La persona humana”, en *Verbo*, n.º 495-496, Madrid, 2011.
- PLATÓN, “Las leyes”, en PLATÓN, *Diálogos*, versión castellana de Francisco LISI, Madrid, Gredos, 1999, tomo VIII.
- PLATÓN, “Protágoras”, en PLATÓN, *Diálogos*, versión castellana de Emilio LLEDÓ ÍÑIGO, Julio CALONGE RUIZ y Carlos GARCÍA GUAL, Madrid, Gredos, 1981, tomo I.
- PLATÓN, “República”, en PLATÓN, *Diálogos*, versión castellana de Conrado EGGERS LAN, Madrid, Gredos, 1988, tomo IV.

- RAMÍREZ, Santiago, *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común*, Madrid, Euramérica, 1956.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, Ciudad de México, FCE, 2015.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, Santafé de Bogotá, FCE, 1998.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Las causas del orden político según Rubén Calderón Bouchet o de los fundamentos del pensamiento político tradicional”, en *Verbo*, n.º 539-540, Madrid, 2015.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Locke, ¿iusnaturalista clásico?”, en *Verbo*, n.º 547-548, Madrid, 2016.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Política natural. Gobierno de lo temporal y orden sobrenatural*, Madrid, Dykinson, 2023.
- STRAUSS, Leo, “Platón” en Leo STRAUSS y Joseph CROPSEY (eds.), *Historia de la filosofía política*, México, FCE, 2009.
- TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, Ciudad de México, FCE, 2009.
- TAYLOR, Charles, *La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, 1994.
- TOMÁS DE AQUINO, *De Potentia*, versión latina de Enrique ALARCÓN, Pamplona, Fundación Tomás de Aquino, 2019.
- TOMÁS DE AQUINO, *De Regno*, versión bilingüe de León CARBONERO Y SOL, Sevilla, Imprenta Izquierdo, 1861.
- TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Politic*, versión castellana de Ana MALLEA y Celina A. LÉRTORA, Pamplona, EUNSA, 2001.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, versión bilingüe de Francisco BARBADO VIEJO y Santiago RAMÍREZ, Madrid, BAC, 1954.
- TOMÁS DE AQUINO y PEDRO DE ALVERNIA, *Comentario a la Política de Aristóteles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2001.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Algo sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1972.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Constitución orgánica de la nación”, en *Verbo*, n.º 133-134, Madrid, 1985.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Tres ensayos. Cuerpos intermedios. Representación política. Principio de subsidiariedad*, Madrid, Speiro, 1981.
- VÁZQUEZ DE MELLA Y FANJUL, Juan, “Regionalismo asturiano. Discurso pronunciado en el Teatro Campoamor, 4 de mayo de 1916” en *Obras completas*, Madrid, Junta de Homenaje a Mella, 1935, tomo XXVII: Regionalismo II.
- VÁZQUEZ DE MELLA Y FANJUL, Juan, *Textos de doctrina política*, estudio preliminar, selección y notas de Rafael GAMBRA, Madrid, Publicaciones Españolas, 1953.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Ciudad de México, FCE, 1997.

WIDOW, Juan Antonio, *El hombre, animal político*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.

Siglas y abreviaturas

a.	artículo
ad.	“A”
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
Cfr	confróntese
ed.	editor
eds.	editores
etc.	etcétera
EUNSA	Universidad de Navarra
FCE	Fondo de Cultura Económica
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
n.	nota
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
q.	Questión
resp.	Respuesta
ss.	siguientes

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 28 | 2026

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:
¿CUENTA CON LA FACULTAD
PARA DESTITUIR A UN ALCALDE
POR MAL USO DEL AUTOMÓVIL FISCAL,
SOBRE LA BASE DEL DECRETO LEY N.º 799?
(COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA
DE LA CORTE SUPREMA ROL N.º 252.456-2023)

*Cristian Román Cordero**

Presentación

En esta oportunidad comentaremos la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 252.456-2023, que resolvió la “apelación”¹, regida por el art. 11, inc. 2.º, del DL 799, que dedujo el alcalde de Loncoche en contra de la resolución de la CGR, la que, luego de una investigación sumaria, le aplicó la sanción de destitución, por haber hecho mal uso del automóvil fiscal, sobre la base del señalado DL 799².

* Master en Derecho. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

¹ Empleamos la expresión ‘apelación’, entre comillas, pues, en rigor estricto, no es una apelación, dado que se dirige en contra de una resolución de la CGR que adjudica sanciones. Así, más bien es una acción contencioso-administrativa especial. Es importante tener presente esta precisión, por lo que sin ella podría incurrirse en importantes errores como, por ejemplo, estimar que, en este caso, la CGR se constituye como tribunal, ejerce jurisdicción y dicta sentencia (única que podría ser objeto de apelación); y que, a su vez, la Corte Suprema bien podría resolverla como sucede con cualquier apelación, por ejemplo, con un simple “se confirma”. Cabe destacar que este mismo problema semántico se da en el art. 34, inc. 2.º, de la Ley n.º 18848, que regula la impugnación de las resoluciones del Consejo Nacional de Televisión que imponen sanciones, toda vez que señala: “La resolución que imponga amonestación, multa o suspensión de transmisiones será apelable ante la Corte de Apelaciones de Santiago”. Ahora bien, esta última, al conocer una de estas “apelaciones”, simplemente, “confirmó”. Al conocer sobre esto, en sede de queja, la Corte Suprema señaló: “el Consejo Nacional de Televisión, en tanto substanciador del procedimiento sancionatorio regulado en la Ley N° 18.168, no es un tribunal y, por ende, sus decisiones adoptan la forma de resoluciones y no de sentencias. En este escenario, malamente los jueces recurridos pudieron haber “confirmado” la decisión, figura que únicamente resulta procedente cuando se actúa en el ejercicio de las facultades previstas por la Ley para la segunda instancia” CORTE SUPREMA (2021): rol n.º 7020-2021, considerando tercero.

² Nuestra primera aproximación a este tema, puede verse acá: Cristian ROMÁN, “¿Puede la Contraloría General de la República destituir a un alcalde por mal uso del automóvil fiscal?”.

Digamos, por lo pronto, que esta sentencia (de 8 de agosto de 2024), por unanimidad, acogió dicha “apelación”, estableciendo expresamente que la CGR carece de la facultad para aquello; siendo la única que se ha pronunciado sobre esta materia, según sabemos.

No obstante –y quizá teniendo en consideración que las “sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”³ y que, conforme es de público conocimiento que la Tercera Sala de la Corte Suprema tiene hoy distinta integración (a aquella que dictó esta sentencia)⁴– la CGR ha vuelto a sancionar a otro alcalde, que incurrió en hechos análogos, con destitución, basada en lo indicado en el DL 799; mismo que ha señalado a los medios de prensa que “apelará” en contra de la respectiva resolución, en cuyo caso dicha magistratura otra vez deberá pronunciarse sobre esta materia⁵.

He ahí, por tanto, la pertinencia, la actualidad y la importancia del presente comentario.

Pues bien, como plan, en la primera parte, abordaremos el marco normativo; en la segunda parte, expondremos la sentencia y, en la tercera parte, efectuaremos nuestro comentario. Luego, apuntaremos nuestras conclusiones y, para finalizar, como anexo, transcribiremos el texto íntegro de esta sentencia.

I. El marco normativo

En cuanto al marco normativo que rige esta cuestión, es posible distinguir uno *directo* y otro *indirecto*. Pues bien, sin perjuicio de lo que más adelante señalaremos sobre esta distinción y su relevancia, digamos por ahora que el primero está conformado por las normas atinentes del DL 799 y, el segundo, por las normas atinentes de la *Constitución*.

1. EL MARCO NORMATIVO DIRECTO

El marco normativo *directo* está conformado por los arts. 1.º, inc. 1.º y 11, del DL 799, que respectivamente disponen:

“Artículo 1.º.- Prohíbese, en días Sábados en la tarde, Domingos y festivos, la circulación de vehículos de propiedad fiscal, semifiscal, de organismos de

³ *Código Civil*, art. 3.º, inc. 2º.

⁴ La Tercera Sala de la Corte Suprema estuvo integrada por los ministros: Sergio Muñoz G., Ángela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E. y Juan Muñoz P.

⁵ Nos referimos al alcalde de Vichuquén.

administración autónoma o descentralizada y empresas del Estado, cualquiera que fuere su estatuto legal, *de las Municipalidades*, y de las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital, representación o participación, superiores al cincuenta por ciento. Igual prohibición regirá para los vehículos que cualquiera de las entidades u organismos señalados tomen en arriendo, usufructo, comodato, depósito o a otro título no traslativo de dominio.

Artículo 11°.- Toda infracción a lo dispuesto en el presente decreto ley será sancionada con alguna de las medidas disciplinarias establecidas en el Estatuto Administrativo, *inclusive la destitución*, y de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo.

Las sanciones superiores a la de multa serán apelables por el interesado ante la Corte Suprema.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, comprobada la infracción por Carabineros de Chile, éstos deberán retener y retirar de inmediato de la circulación el vehículo respectivo, poniéndolo a disposición de la Intendencia que corresponda dentro de las 24 horas del día hábil siguiente, la que lo entregará a la Jefatura de la repartición a que está asignado el vehículo.

El parte respectivo deberá enviarse por Carabineros al Departamento de Inspección de la Contraloría General de la República, para que ésta haga efectiva la responsabilidad funcionaria de él o de los infractores, y aplique las sanciones que correspondan, estatuidas en este decreto ley, previa investigación sumaria. Asimismo, habrá acción pública para denunciar toda infracción a las disposiciones de este decreto ley.

El Contralor General de la República, en casos calificados y atendidas las circunstancias del hecho, podrá delegar en el respectivo servicio las facultades para hacer efectiva la responsabilidad administrativa a que se refiere el inciso anterior. Esta delegación no impedirá el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría”.

2. EL MARCO NORMATIVO INDIRECTO

El marco normativo *indirecto* está conformado, entre otros, por los arts. 118, inc. 4.° y 125 de la *Constitución*, que disponen a su respecto lo siguiente:

“Artículo 118, inciso 4°, de la Constitución: “Las municipalidades son corporaciones *autónomas* de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

Artículo 125, inciso 1°, de la Constitución: “Artículo 125.- Las *leyes orgánicas constitucionales respectivas* establecerán las causales de cesación en los cargos de gobernador regional, de alcalde, consejero regional y concejal”.

II. Sentencia

1. POSICIONES

Apelante

El alcalde de Loncoche dedujo la ‘apelación’ consultada en el art. 11, inc. 2.º, del DL 799, en contra de la resolución de la CGR (Regional de la Araucanía) que aprobó la investigación sumaria seguida en su contra y le aplicó la sanción de destitución, sobre la base de lo señalado en el DL 799:

“por el uso indebido del vehículo de propiedad de la Municipalidad de Loncoche, al utilizarlo los días 29 y 30 de marzo, 6, 13, 20 y 28 de abril todos del 2022, con el objeto de dirigirse a la comuna de Temuco, para asistir a clases vespertinas de la carrera de Derecho que cursaba en la Universidad Santo Tomás, entre otras diligencias particulares que se detallan, lo cual, se consideró que vulneraba gravemente el principio de probidad administrativa, al emplear el vehículo en finalidades ajenas al cumplimiento de las funciones del servicio. (/) Asimismo, porque condujo el citado vehículo fiscal entre los días 24 de marzo y 29 de abril de 2022, sin haber rendido previamente, ante la Entidad de Control, la caución prevista en el artículo 7º, inciso primero, del citado Decreto Ley N° 799”.

En cuanto a los fundamentos, en lo medular, sostuvo que la CGR carece de la facultad para destituir alcaldes, pues el cese en el cargo de estos, conforme a la *Constitución* (art. 125, inc. 1.º), debe ser establecida por la “ley orgánica constitucional respectiva”, cual es la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidad (cuestión que regula con una intención deliberada y específica, su art. 60), y no otra ley, ni aun si tuviera el rango de orgánica constitucional, como se pretende, en este caso, sobre la base del DL 799. Asimismo, planteó que lo contrario importaba contravenir la autonomía fundamental que la *Constitución* reconoce a las municipalidades (art. 118, inc. 4.º).

Apelada

La CGR, por su parte, sostuvo, en lo medular, que sí:

“cuenta con facultades legales para destituir a los alcaldes, las cuales emanan del artículo 11 del Decreto Ley N° 799, que expresamente establece que toda infracción a lo dispuesto en ese cuerpo legal, será sancionado con alguna de las medidas establecidas en el Estatuto Administrativo, en las cuales se consagra la destitución, debiendo ser aplicadas directamente por la Contraloría General, previa investigación sumaria. Texto normativo que, según lo ha declarado el Tribunal Constitucional, tiene plena aplicación respecto de los alcaldes, lo cual, añade que se corrobora mediante el análisis de

la historia de Ley N° 19.817, que fue aquella que modificó la normativa que reglamenta al Órgano Contralor”.

Asimismo, planteó que ello en caso alguno puede importar la vulneración de la autonomía constitucional de las municipalidades.

2. SENTENCIA

La sentencia de la Corte Suprema, en lo medular, resolvió:

“el Órgano Contralor es incompetente para destituir al Alcalde de Loncoche, razón por la cual, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Electoral Regional, para que conozcan del asunto”,

teniendo en consideración al efecto que:

“de una lectura armónica de las norma en comento, se colige que, si bien, el Decreto Ley N° 799 mantiene su vigencia, entendiéndolo como una ley orgánica constitucional ficta, susceptible de sancionar a los funcionarios públicos que hagan un uso indebido del vehículo fiscal, aquello se restringe y modifica para el caso de la destitución de un alcalde, porque el artículo 125 de la Ley Fundamental ordena, expresamente, que las Leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos, entre otros, del alcalde”.

Y de lo cual concluyó:

“el artículo 60 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, contempla las causales de cesación del cargo de los alcaldes, incluso su letra c), explícitamente, refiere a la remoción por contravención a las normas de probidad administrativa, cual fue el argumento base de los cargos que se le imputaron en la especie al recurrente. (/) Asimismo, dicha norma ordena que, la causal en comento sea conocida por el Tribunal Electoral Regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos un tercio de los concejales en ejercicio y, en la especie, según los antecedentes de la investigación, se advierte que la investigación se inició por denuncia de tres de los seis concejales de la Municipalidad de Loncoche, unido a que en estrados la parte recurrente señaló que, en la actualidad, existe una causa que se sigue en contra de su representado ante el referido tribunal”.

III. Comentario

1. FONDO

A la luz de lo señalado tanto por el “apelante” como por la “apelada”, observamos la existencia de dos lecturas, contradictorias entre sí, en razón de diferir en un esencial aspecto de fondo. En efecto:

- La primera plantea que la CGR sí puede sancionar al alcalde que ha infringido el DL 799 con destitución. Y se funda, en términos sencillos, en que:
 - i) El DL 799 aplica a las municipalidades. Por tanto, comprende también a su jefe de servicio (la “autoridad máxima”), es decir, al alcalde.
 - ii) La sanción por la infracción del DL 799 puede ser “inclusive la destitución”. Por tanto, el alcalde, en este caso, puede ser sancionado, aun con destitución (y, asimismo, con sanciones de menor gravedad tales como la amonestación, la multa o la suspensión).
 - iii) Tal sanción puede ser aplicada por la CGR, previa investigación sumaria. Por ende, en este caso cabría la destitución alcaldicia, por parte del ente de control, previa investigación sumaria.

Se trata, conforme avanzamos en el análisis, de una interpretación de los preceptos legales antes transcritos, el “marco normativo directo”, que bien podríamos calificar como “mecánica” o “matemática”, ya que solo atiende al tenor literal de aquellos y, a su vez, prescinde del “contexto normativo” en el que se insertan o, por así decirlo del “marco normativo indirecto”, conformado por el sistema de fuentes del derecho municipal (mismo que comprende, por cierto, a la *Constitución*).

- La segunda plantea que la CGR no puede sancionar al alcalde que ha infringido el DL 799 con destitución. Se trata de una interpretación que tiene a la vista no solo los preceptos legales antes transcritos (que hemos llamado “marco normativo directo”), sino que, también, el “contexto normativo” en el que se insertan o, si se quiere, el “marco normativo indirecto”, también conformado por el sistema de fuentes del derecho municipal que incluye a la *Constitución*.

En términos sencillos, no interpreta la ley solo basada en la ley (valga la redundancia), sino que también en la *Constitución*.

La primera es a la que adscribe la CGR (la “apelada”), mientras que la segunda es a la que adscribe el alcalde de Loncoche (el “apelante”), y por la que optó, en definitiva, de forma íntegra y unánime, la sentencia en comento.

2. CORRECCIÓN

A nuestro juicio, la segunda lectura es la correcta. De este modo, manifestamos plena coincidencia con la sentencia en comento.

Y la estimamos correcta, sin ambages porque, hoy por hoy, la *Constitución* es una norma jurídica propiamente dicha que, situada en la cima del ordenamiento jurídico, vincula, produciendo efectos jurídicos plenos y diversos⁶, dentro de los cuales se cuenta el erigirse en un criterio hermenéutico de la ley, en lo que se ha venido en denominar “interpretación conforme a la Constitución”⁷. De esta forma, toda ley debe ser interpretada a la luz de la *Constitución*, y siempre debe preferirse la interpretación de aquella que de mejor modo concilie con esta última.

Ello aplica siempre, pero más aún en este caso, ya que las municipalidades (y con ello también los alcaldes) son “órganos singularmente constitucionalizados”, vale decir, la *Constitución* los regula de manera directa, en aspectos medulares⁸. Es así como, en otra oportunidad, sostuvimos que:

“la constitucionalización singular de un órgano de la Administración produce importantes efectos jurídicos, entre los cuales destacan: (i).- Dicho órgano tendrá un régimen jurídico-administrativo especial, conformado, en primer lugar, por las normas de la Constitución que a él se refieran, y en segundo, por la Legislación sectorial, en la que tales normas se proyectan, sin perjuicio de que compartirá una base normativa común con los restantes órganos de la Administración (las normas generales aplicables a toda la Ad-

⁶ Al respecto Gabriel Celis Dazinger ha señalado: “los preceptos de la Norma Suprema adquieren carácter normativo y operativo. Obligan directamente y sin necesidad de mediación normativa alguna, sea legislativa, reglamentaria o de otra especial de disposición jurídica a menos que el propio Código Fundamental así lo requiera”. Gabriel CELIS, “La interpretación jurídica en el Derecho Administrativo contemporáneo”, p. 50.

⁷ Al respecto Luis Alejandro Silva Irrazábal ha señalado este, como “deber”: “significa la necesidad de interpretar cualquier norma conforme con la Constitución, como condición de validez de dicha norma”; en tanto que como “deber en sentido amplio”, “consiste en la obligación de interpretar todas las normas de acuerdo con los contenidos de la Constitución. La Constitución es el parámetro que condiciona la aplicación de cualquier otro precepto. De este modo, con el cumplimiento de este deber, se garantiza la supremacía constitucional”. Luis Alejandro SILVA, “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, pp. 440-441. Por su parte, José Ángel Fernández Cruz ha señalado que es “una interpretación de una norma infraconstitucional de acuerdo con la Constitución, que tiene como finalidad evitar una sentencia estimativa de inconstitucionalidad. A la vez, esta interpretación se compone de un aspecto positivo y otro negativo. Este último consiste en la expulsión de la comunidad jurídica de una interpretación o contenido normativo; en cambio, el primero consiste en la interpretación o comprensión de la norma infraconstitucional de acuerdo con la Constitución”, José Ángel FERNÁNDEZ, “La interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual”, p. 154. Y el mismo, en términos parecidos, en José Ángel FERNÁNDEZ, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, p. 654.

⁸ Esto debe ser una excepción respecto de los órganos de la Administración. De ahí que le diéramos el nombre de “constitucionalización singular de un órgano de la Administración”. Y por ello cuestionamos, en su momento, la excesiva constitucionalización que se realizaba de órganos de la Administración en las propuestas constitucionales recientes.

ministración); (ii).- Las normas de la Constitución que a él se refieran se erigen en un muy importante criterio hermenéutico, pues toda interpretación del Ordenamiento Jurídico, general y sectorial, deberá conformarse a ellas; (iii).- Otorga cierto blindaje institucional al órgano de la Administración constitucionalizado, respecto de otros órganos del Estado, en cuanto al ejercicio de sus atribuciones fijadas por la Constitución, y más aún si ésta lo ha dotado con autonomía (autonomía constitucional); y (iv).- Limita al Legislador, pues le impide dictar leyes, generales o sectoriales, que desatiendan las normas de la Constitución que a él refieran; de lo contrario tales leyes incurrirían en el vicio de inconstitucionalidad. (/) Destáquese, por lo pronto, que todos estos efectos son trascendentales para la resolución de gran parte de los conflictos jurídicos referidos, directa o indirectamente, al órgano de la Administración constitucionalizado tales como, por ejemplo, contiendas de competencia, control de constitucionalidad de leyes (preventivo y represivo), y acciones contencioso administrativas generales y especiales”⁹.

Dicho lo anterior, de la regulación basal de las municipalidades contenida en la *Constitución*, preciso es destacar que las municipalidades son corporaciones autónomas (y, aunque es obvio, necesario es relevarlo: con autonomía constitucional)¹⁰, conforme a lo previsto en su art. 118, inc. 4.º; y que las causa-

⁹ Cristian ROMÁN, “La constitucionalización singular de los órganos de la Administración”.

¹⁰ Incluso, a mayor abundamiento, bien podría sostenerse que las municipalidades son, en esencia, autónomas; en cuyo caso la *Constitución* solo confirma aquello. Así no cabría, sino que calificar a la autonomía de las municipalidades como máxima o extendida. En esta línea, Rolando Pantoja Bauzá ha señalado: “En verdad, las municipalidades, por concepto, por la forma electiva de integración de sus autoridades, por tradición ciudadana y mandato constitucional y legal, no pueden configurarse como servicios descentralizados del Estado, sujetos, por ende, a los poderes jurídicos del Presidente de la República, sino como servicios acentralizados o autonomías constitucionales, sometidos sólo a la Constitución y a las leyes”. Rolando PANTOJA, *Organización administrativa del Estado*, p. 421. Idea que parece corroborar el propio Tribunal Constitucional, en 1989, cuando la *Constitución* no afirmaba expresamente la autonomía de estas corporaciones, al señalar: “5.º.- Que si bien es cierto que la Constitución, en su artículo 107, no dice expresamente que las Municipalidades son entes autónomos, su autonomía se infiere del propio texto constitucional, al establecer que las Municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que sus atribuciones las derivan directamente de su ley orgánica constitucional. De acuerdo con la disposición mencionada es clara la autonomía constitucional de estos órganos, pues se trata de entes personificados que ha creado el Estado en el propio texto constitucional y cuyas atribuciones no las reciben del Poder Central, sino que de la ley orgánica constitucional. (...) Las Municipalidades son órganos descentralizados territorialmente, generados por la Constitución y que actúan con su propia personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio, por lo que, a juicio de este Tribunal, serían órganos constitucionalmente autónomos, y las controversias en que incurran con otras entidades no pueden ser resueltas por autoridades administrativas dependientes del Poder

les de cese en el cargo de los alcaldes, serán establecidas por la “ley orgánica constitucional respectiva”, conforme a lo previsto en su art. 125, inc. 1.º.

Entonces, la correcta interpretación del “marco normativo directo”, que conforman los antes transcritos preceptos del DL 799, exige, asimismo, considerar el “marco normativo indirecto”, que conforman los preceptos constitucionales.

De esta manera, no puede, sino que concluirse que la destitución de un alcalde, como forma de cese en el cargo que es, debe estar establecida de modo exclusivo y excluyente en la “ley orgánica constitucional respectiva”, como es obvio, la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

En consecuencia, la expresión “inclusive con destitución”, contenida en el art. 11, inc. 1.º, del DL 799, no puede, en caso alguno, ser aplicada respecto de los alcaldes.

Pretender lo contrario (que la CGR sancione a un alcalde que ha infringido el DL 799 con destitución), no solo contravendría lo señalado en el art. 125, inc. 1.º, de la *Constitución*, que lo impide, conforme hemos clarificado, sino que, a su vez, la autonomía constitucional que singulariza a estas corporaciones, pues importaría admitir, sin amparo constitucional, una nueva causal de cese en el cargo respecto de los alcaldes; quienes, por lo pronto, dotados con legitimidad democrática, son, nada más ni nada menos, la “autoridad máxima” de la municipalidad.

Y así lo enseñamos en nuestro curso de Derecho Administrativo 2024-2025. En efecto, al abordar los resultados de la autonomía de un órgano de la Administración, en especial cuando esta es de rango constitucional, planteamos:

“(6).- En cuanto al jefe superior del servicio: (/) - Los órganos autónomos cuentan con un especial sistema para proveer el cargo del jefe superior del servicio (o de sus miembros, si es un órgano colegiado). En unos casos, en su nombramiento concurren diversos órganos constitucionales –por ejemplo, Contralor General de la República-, o en otros, son elegidos por votación popular –ej., alcaldes y rectores de universidades estatales-, etcétera. (/) - El jefe superior de un órgano autónomo cuenta con gran estabilidad en el cargo. Por tanto, su destitución obedece a causales muy calificadas establecidas por la ley, siendo órganos específicos los llamados a declararla (por ejemplo, en el caso de los alcaldes, conforme precisa el artículo 125 de la Constitución, sólo la LOCM puede establecer las causales de cesación en el cargo)”¹¹.

Ejecutivo, pues ello significaría violar la autonomía que nuestro ordenamiento constitucional les ha otorgado”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1989): rol n.º 80, considerando quinto.

¹¹ Cristian ROMÁN, *Curso de Derecho Administrativo 2024-2025 (apuntes de clases, Universidad de Chile)*, pp. 24-25.

A mayor abundamiento, preciso es recordar una prevención del entonces ministro del Tribunal Constitucional Jorge Correa Sutil, contenida en una (antigua) sentencia de inaplicabilidad, quien sobre este particular sostuvo:

“la Carta Fundamental no sólo contempla como requisito para establecer la causal de cesación en el cargo de alcalde el hacerlo en una ley orgánica constitucional, sino que dispuso expresamente que ello debía hacerse en la ley orgánica constitucional respectiva. Este requisito adicional no puede quedar sin significación alguna, pues es obligación del intérprete dar sentido (que tenga efecto) a un determinado lenguaje normativo, en este caso, a la voz ‘respectiva’, que califica la ley orgánica. (/) Que a la voz ‘respectiva’ no puede darse sino el significado de individualizar una ley, la determinada ley que regula la materia, que en el caso de los alcaldes es la Ley Orgánica de Municipalidades”.

Concluyendo de esta forma:

“en razón de la jerarquía y para resguardar la estabilidad en el cargo de una autoridad de elección popular, como es el alcalde, la Constitución no establece en su propio texto las causales de su remoción, como sí hace con otras autoridades elegidas, pero sí dispone que tales causales sólo pueden establecerse en el todo orgánico, sistemático y armónico a que aspira una ley orgánica; en la especie, la Ley de Municipalidades. Esta, por su parte, autoriza a removerlo sólo con un determinado acuerdo del concejo municipal y no permite hacerlo por causales referidas a responsabilidad administrativa no especificadas en la ley respectiva, sino en otros cuerpos legales. (/) Que, de ese modo, la Constitución prohíbe que una ley distinta a la respectiva, como es el Decreto Ley 799, que regula el uso y circulación de vehículos estatales, establezca causales de cesación del alcalde”¹².

En definitiva, corroborando todo lo anterior, y teniendo muy presente el aforismo que indica que “a confesión de parte, relevo de prueba”, preciso es relevar que en la Historia de la Ley n.º 19817, que modificó parcialmente el DL 799 (permitiendo la delegación de la potestad sancionadora), el entonces Contralor General de la República, Arturo Aylwin Azócar, se pronunció sin ambages sobre esta cuestión:

“En lo que se refiere a los alcaldes, señaló que ni siquiera se había pensado en la posibilidad de afectarlos al plantear la norma en estudio, por cuanto respecto de ellos es la Constitución Política quien regla el mecanismo de la expiración de funciones y porque, aún cuando figuren como funcionarios, conceptualmente no lo son desde el momento mismo que son electivos. Por

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007): rol n.º 796, considerandos tercero, cuarto, quinto y sexto (prevención).

tanto, la idea de que la Contraloría pueda someter a sumario y sancionar a un alcalde resultaba, por una parte, inconciliable con la autonomía municipal y, por la otra, incompatible con normas expresas de la Constitución”¹³.

En todo caso, necesario es hacer cuatro precisiones:

- i) A la luz de todo lo señalado previamente, a nuestro juicio, la CGR bien puede aplicar al alcalde que haya infringido el DL 799, previa investigación sumaria, sanciones distintas a la destitución, tales como la amonestación, la multa y la suspensión (ya que estas no son causales de cesación en el cargo);
- ii) Nada obsta para que, en el caso de que el alcalde haya infringido el DL 799, “a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio”, conozca el Tribunal Electoral Regional respectivo, a fin de determinar si corresponde o no declarar el cese en el cargo de aquel por la causal de remoción por contravención “grave” a las normas sobre probidad administrativa, consultada en el art. 60, letra c), de la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipales¹⁴; y cuya ponderación, huelga destacar, en razón de la voz “grave”, y de sus trascendentales consecuencias, debe realizarse en términos restrictivos¹⁵.
- iii) Si la CGR aplica al alcalde que haya infringido el DL 799, previa investigación sumaria, la sanción de destitución, la respectiva resolución puede ser impugnada por vía judicial (por ejemplo, a través de la “apelación” del art. 11, inc. 2.º del DL 799) y dejada sin efecto, por las razones que ya señalamos. No obstante ello, creemos que tal resolución bien puede constituirse en un relevante elemento de juicio a ser considerado por el Tribunal Electoral Regional respectivo (siempre que se haya efectuado por los legitimados activos el requerimiento señalado con anterioridad), a efectos de determinar la ocurrencia de los hechos y efectuar la ponderación de la “gravedad” de la contravención a las normas de la probidad administrativa. Así, tal resolución bien podría ser entendida como un informe avalado por la “auctoritas” que singulariza a la CGR. Y ello explicaría, a nuestro entender, el hecho de que, en la parte resolutive de la sentencia en comento, aparte de “revocar” la reso-

¹³ Historia de la Ley n.º 19817, p. 33.

¹⁴ Este precepto legal dispone: “El alcalde cesará en su cargo en los siguientes casos: (...) c) Remoción por impedimento grave, por contravención de igual carácter a las normas sobre probidad administrativa, o notable abandono de sus deberes”.

¹⁵ Al respecto, véase, entre otros: Alejandro CÁRCAMO, “El críptico notable abandono de deberes y la ambigua falta grave a la probidad administrativa como causales de remoción de los alcaldes”, pp. 7-15.

lución impugnada, la Corte Suprema haya ordenado a la CGR: “remitir los antecedentes al Tribunal Electoral Regional, para que conozcan del asunto”; y esto, dado que, según ella misma señala:

“en estrados la parte recurrente señaló que, en la actualidad, existe una causa que se sigue en contra de su representado ante el referido tribunal”,

vale decir, que ya, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio habían requerido al Tribunal Regional respectivo el cese en el cargo del alcalde (sobre la base de los mismos hechos consultados en la resolución “apelada”). En todo caso, cabe destacar que los hechos que ameriten destitución para la CGR, a la luz de dicha resolución o informe, no siempre han de configurar la “gravedad” de la contravención a las normas de la probidad que exige el art. 60, letra c), de la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, misma que corresponde ponderar, exclusiva y excluyentemente, al Tribunal Regional Electoral respectivo.

- iv) En este contexto, cabe destacar la conveniencia que representaría el que, en estos casos, mediante modificación legal, se constituyera como legitimado activo ante el Tribunal Regional Electoral, también a la CGR¹⁶, pues de esta forma el respectivo requerimiento no quedaría supeditado en exclusiva a, “a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio”, como lo es hoy¹⁷.

3. PROYECCIÓN

Con todo, la sentencia en comento (que es la primera que zanja esta cuestión, según sabemos) tiene un problema, pero que no es intrínseco a ella, sino,

¹⁶ Y así lo propuso, ya en 2001, Emilio Pfeffer Urquiaga. En efecto, este planteó: “debe incluirse al Contralor General de la República entre los sujetos que pueden activar la jurisdicción electoral para hacer efectiva la responsabilidad del Alcalde por las causales de ‘contravención grave a las normas de probidad administrativa dentro del municipio’ y por la de ‘notable abandono de deberes’”. Emilio PFEFFER, “Bases para perfeccionar la institucionalidad municipal destinada a hacer efectiva la responsabilidad de los alcaldes”, p. 440.

¹⁷ El art. 60, inc. 4º, dispone: “La causal establecida en la letra c) será declarada por el tribunal electoral regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos, un tercio de los concejales en ejercicio, o por un concejal o concejala cuando el alcalde o la alcaldesa haya sido el denunciado o denunciada y se haya verificado en procedimiento de sumario administrativo instruido por la Contraloría General de la República, la concurrencia de las prohibiciones establecidas en el artículo 82 letras l) y m) de la Ley N° 18.883, en relación al artículo 126 del mismo cuerpo legal, caso en el cual se entenderá contravención de carácter grave a las normas sobre probidad administrativa, observándose el procedimiento establecido en los artículos 17 y siguientes de la ley N° 18.593, de los Tribunales Electorales Regionales, para lo cual no se requerirá patrocinio de abogado”.

más bien, una consecuencia de nuestro singular sistema de control judicial de los actos de la Administración: esto es, el criterio interpretativo que ella establece. En otras palabras, la CGR no cuenta con la facultad de destituir alcaldes por mal uso del automóvil fiscal, sobre la base del DL 799. Volviendo al punto, dicho criterio, adoptado, en el marco de una acción contencioso especialísima, y por unanimidad de los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema, y, no obstante, tener relación con una cuestión objetiva como es determinar la competencia de la CGR en relación con esa específica hipótesis, no es *a firme* en el sentido de que zanje esta cuestión para cualquier otro caso posterior o al menos que, de discutirse una vez más en sede judicial, se le entienda como vinculante o bien que cuente con alguna “fuerza” en ese sentido (tanto para la propia Sala Tercera de Corte Suprema, así como también para sus integrantes, en especial para quienes concurrieron en dicha sentencia). Por el contrario, es admitido (e, incluso, considerado normal) que tal criterio interpretativo –a pesar de las características antes apuntadas– pueda con posterioridad, con ocasión de otro caso, ser reconsiderado (es decir, que se “cambie de criterio”), ya sea por la Sala o por sus integrantes que concurrieron en dicha sentencia, sin que se reconozca a este respecto, al menos no de forma evidente, el deber de estos en orden a motivar el porqué de ello¹⁸.

En suma, la sentencia en comento, en este sentido, carece, en principio, de *proyección*.

Y quizá ello explique, junto a que las “sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”¹⁹ y a que, conforme es de público conocimiento, la Tercera Sala de la Corte Suprema tiene hoy distinta integración (a aquella que dictó esta sentencia), el que la CGR haya vuelto a sancionar a otro alcalde, que incurrió en hechos análogos, con destitución, basado en lo señalado en el DL 799; exponiéndose una vez más al control judicial.

Si bien, sería ideal que la corrección de lo anterior precisara de mejoras estructurales de largo aliento, que no es del caso en esta oportunidad desarrollar, sí podría coadyuvar a ese propósito, dentro de los límites institucionales actuales, el enfatizar la relevancia del precedente jurisprudencial en materias de derecho administrativo. En efecto, si consideramos que este criterio jurisprudencial resuelve una imprecisión o incoherencia del DL 799, de 1974, respecto del régimen constitucional estatuido por la *Constitución* de

¹⁸ Por todos, véase: Alejandro VERGARA, “El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018)”, pp. 5-175.

¹⁹ *Código Civil*, art. 3.º, inc. 2.º.

1980, y que así otorga una necesaria certeza respecto de esta cuestión que en sí es objetiva (y de una sensibilidad única para el “mundo municipal”), bien podríamos entender que aquel, al aclarar el sentido y alcance de la ley, ha de asemejarse a esta en cuanto a sus efectos, yendo más allá de *la causa en que actualmente se pronuncia*. En efecto, parece del todo inadmisibile que, en el marco del Estado de derecho, la Corte Suprema, en un caso, establezca que la CGR no tiene tal facultad, y que, en otro idéntico, pueda establecer, sin más, que sí; en una suerte de *vaivén* o *zigzag jurisprudencial*. Lo anterior en lo absoluto quiere decir que planteemos la “clausura” de la discusión jurídica/jurisprudencial sobre esta cuestión. Solo proponemos que, en este contexto, cualquier cambio del criterio jurisprudencial establecido en la sentencia en comento por parte de la Tercera Sala de la Corte Suprema, exigiría a esta que la sentencia que así lo hiciera cuente con “motivación reforzada”, esto es, una motivación con mayor densidad de la habitual, y que aborde tanto el por qué se abandona ese criterio como el por qué se establece el nuevo; lo que de igual manera aplicaría a sus integrantes que concurrieron en esa sentencia, individualmente considerados, a través de lo que hemos llamado “constancias –individuales– de cambio de criterio”²⁰.

En este sentido, en otra oportunidad, sostuvimos:

“la jurisprudencia en el Derecho Administrativo, ya sea constitucional, judicial o administrativa, debe tener vocación de permanencia. Mas lo anterior no obsta a que pueda cambiar, aunque para ello es preciso que el órgano jurisdiccional (o administrativo) respectivo, reconociendo el cambio de jurisprudencia, lo haga con motivación reforzada en cuanto al porqué abandona la jurisprudencia anterior y al porqué establece la nueva. Pues bien, en este contexto, nos parece que un germen de este parámetro se encuentra precisamente en las ‘constancias-individuales- de cambio de criterio’, aunque a nivel individual (magistrados), y no institucional (tribunal o sala), como sería lo ideal, especialmente en relación a esta disciplina. Pues bien, dicha vocación de permanencia de la jurisprudencia se funda en los clásicos argumentos para afirmar la fuerza del (auto) precedente jurisprudencial, tales como: la certeza jurídica, el principio de interdicción de la arbitrariedad, la fundamentación de las sentencias, el principio de publicidad y transparencia, etcétera. Y a los cuales agregamos, muy especialmente con relación a la jurisprudencia relativa al Derecho Administrativo, la igualdad ante la ley. Ello por cuanto, sostenemos, esta jurisprudencia se ‘contagia’ con las características de esta disciplina; y en este sentido huelga destacar que la actuación de la Administración, regida por el Derecho Administrativo, debe ser igualitaria”²¹.

²⁰ Al respecto, véase Cristian ROMÁN, “‘Constancias –individuales– de cambio de criterio’ en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al Derecho Administrativo”, pp. 227-241.

²¹ ROMÁN, “Constancias...”, *op. cit.*, p. 237.

Conclusión

Compartimos en su totalidad el criterio establecido en esta sentencia. La CGR no puede sancionar a un alcalde que haya infringido el DL 799 con destitución (por muy reprochable que sea la conducta en la que haya incurrido). Esto que tendría, en apariencia, sustento en este DL 799, no lo tiene a la luz de la *Constitución*. En efecto, lo contrario importaría contravenir su art. 125, inc. 1.º, que establece que las causales de cese del cargo de alcalde deben ser establecidas en la “ley orgánica constitucional respectiva”, esto es, la Ley n.º 18695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y su art. 118, inc. 4.º, que atribuye a estas corporaciones autonomía (de rango constitucional). Aunque, si aun así lo pretendiera la CGR, el alcalde afectado, a fin de corregir aquello, bien podría ejercer la “apelación” ante la Corte Suprema, que consulta el art. 11, inc. 2.º, del DL 799; sin perjuicio de que, teniendo a aquella como gestión judicial pendiente, podría, asimismo, requerir al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad²² del precepto legal “inclusive la destitución”, pues su aplicación en ella, conforme se ha observado, produciría efectos contrarios a la *Constitución*.

ANEXO

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

ROL N° 252.456-2023

“Santiago, ocho de agosto de dos mil veinticuatro.

Vistos:

Y se tiene en su lugar presente:

1º.- Que en estos autos, sobre aplicación del Decreto Ley N° 799, que Regula el Uso y Circulación de Vehículos Estatales”, don Alexis Pineda Ruiz, Alcalde de la comuna de Loncoche, a través de su apoderada, apeló de la Resolución Ex. N° PD00641 de 12 de septiembre de 2023, dictada por la Contraloría Regional de La Araucanía, mediante la cual se aprobó la investigación sumaria seguida en su contra y, en su mérito, lo sancionó con la destitución de su cargo, por el uso indebido del vehículo de propiedad de la Municipalidad de Loncoche, al utilizarlo los días 29 y 30 de marzo, 6, 13, 20 y 28 de abril todos del 2022, con el objeto de dirigirse a la comuna de Temuco, para asistir a clases vespertinas de la carrera de Derecho que

²² *Constitución de la República de Chile*, art. 93, n.º 6.

cursaba en la Universidad Santo Tomás, entre otras diligencias particulares que se detallan, lo cual, se consideró que vulneraba gravemente el principio de probidad administrativa, al emplear el vehículo en finalidades ajenas al cumplimiento de las funciones del servicio.

Asimismo, porque condujo el citado vehículo fiscal entre los días 24 de marzo y 29 de abril de 2022, sin haber rendido previamente, ante la Entidad de Control, la caución prevista en el artículo 7º, inciso primero, del citado Decreto Ley N° 799.

2º.- Que el recurrente, en su apelación y en lo pertinente, reiteró que, del tenor literal de los artículos 98 y 99 en relación, con los artículos 125 y 4ª Transitoria, todos de la Carta Fundamental, se desprende que el Órgano Contralor carece de las facultades legales para sancionar a los alcaldes.

Explica que, los artículos 118 y 125 de la Constitución Política de la República, consagran la autonomía de las Municipalidades y el deber que sea una Ley Orgánica Constitucional, la que establecerá las causales de cesación del cargo de alcaldes, cuestión que indica, se cumple en nuestro ordenamiento jurídico, mediante el artículo 60 letra c) del DFL 1 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley No 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (en lo sucesivo Ley N° 18.695), no pudiendo otro texto legal, en este caso, el Decreto Ley N° 799, el que establezca el cese, sea temporal o definitivo de sus funciones, sin incurrir con ello, en una contravención expresa a la Ley Suprema.

3º.- Que, por su parte, la Contraloría General de la República, en relación a dicho aspecto, sostuvo que cuenta con facultades legales para destituir a los alcaldes, las cuales emanan del artículo 11 del Decreto Ley N° 799, que expresamente establece que toda infracción a lo dispuesto en ese cuerpo legal, será sancionado con alguna de las medidas establecidas en el Estatuto Administrativo, en las cuales se consagra la destitución, debiendo ser aplicadas directamente por la Contraloría General, previa investigación sumaria. Texto normativo que, según lo ha declarado el Tribunal Constitucional, tiene plena aplicación respecto de los alcaldes, lo cual, añade que se corrobora mediante el análisis de la historia de Ley N° 19.817, que fue aquella que modificó la normativa que reglamenta al Órgano Contralor.

Por otra parte, en lo referido a la vulneración de la autonomía constitucional de las municipalidades, declaró que, dicha alegación no tiene ningún asidero, pues, entenderlo de esa manera, implicaría sostener que los municipios quedarían al margen de todo control o fiscalización, cuestión que es improcedente.

4º.- Que, atendido el tenor de las alegaciones de las partes, se colige que, lo discutido por ellas, se centra en determinar si la Contraloría General de la República, en el contexto actual de nuestro ordenamiento jurídico, mantiene las facultades que le otorga el Decreto Ley N° 799, para que luego de determinar un uso indebido de vehículo fiscal por un alcalde, estructurado dicho ilícito en la falta de probidad, pueda sancionarlo con su destitución.

Lo anterior, es importante destacarlo, porque los casos anteriores en que esta Corte ha debido conocer procesos sobre la aplicación del citado De-

creto Ley N° 799, han referido a otro tipo de sanciones que se ordena aplicar a una autoridad administrativa, y no respecto de su destitución.

5°.- Que, ahora bien, asentado el objeto del juicio, para los efectos de dilucidar la presente controversia, resulta pertinente recordar el marco normativo que reglamenta el asunto:

El artículo 98 inciso primero de la Constitución Política de la República, dispone que: 'Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva'.

Añade el artículo 99 de la Carta Fundamental que: 'En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; [...] Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

[...] En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional'.

Por su parte, los incisos primero y segundo del artículo 125 de la Constitución Política de la República prescribe que:

'Las leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causas de cesación en los cargos de gobernador regional, de alcalde, consejero regional y concejal.

Con todo, cesarán en sus cargos las autoridades mencionadas que hayan infringido gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral, desde la fecha que lo declare por sentencia firme el Tribunal Calificador de Elecciones, a requerimiento del Consejo Directivo del Servicio Electoral. Una ley orgánica constitucional señalará los casos en que existe una infracción grave'.

Por último, la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República establece que:

'Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales'.

6°.- Que, asimismo, resulta oportuno señalar que, el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, prescribe que 'La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones'.

Y el inciso final del artículo 191 del mismo cuerpo legal, añade que ‘Corresponderá también a la Corte Suprema conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado’.

7º.- Que, tal como lo ha sostenido la doctrina, todos los tribunales tienen jurisdicción, sin embargo, debido a la multiplicidad de conflictos que existen, se hace necesario dividir el ejercicio de esta función entre diferentes tribunales, y por ello la ley ha establecido distintas normas que delimitan el ámbito (competencia) dentro del cual cada tribunal ejerce jurisdicción. De este modo, las reglas de competencia se orientan a determinar cuál será el tribunal competente para conocer de un asunto determinado. Dentro de ellas, las reglas de competencia absoluta son aquellas que determinan la jerarquía, clase o categoría del tribunal llamado por la Ley a conocer de un asunto, y está determinada por el fuero de las personas que intervienen como partes en el proceso, por la cuantía o valor pecuniario de la cosa que es objeto del asunto o la pena que el delito lleve consigo, o por la materia o naturaleza del negocio sometido a la decisión del tribunal.

8º.- Que es necesario señalar que, la competencia para determinar el tribunal que conocerá de un asunto, se vincula con la garantía fundamental de un debido proceso, en concreto, con el derecho al juez predeterminado, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la República, el cual dispone que ‘Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho’.

9º.- Que, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, ‘la Ley Suprema es un sistema armónico de reglas, normas y principios, cuyos preceptos no pueden interpretarse aisladamente acudiendo a su solo texto expreso. En mérito del razonamiento anterior, para la adecuada comprensión de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 98, éste debe relacionarse armónicamente con lo estatuido en el inciso cuarto del artículo 99 de la Carta Fundamental, que eleva a materia de rango orgánico constitucional tanto la organización y el funcionamiento como las atribuciones de la Contraloría General de la República, sin distinguir el cuerpo legal’.

Asimismo, añade respecto de la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República que ‘Se trata, por consiguiente, de una norma fundamental que, con la finalidad de cautelar el valor de la seguridad jurídica y la debida continuidad y estabilidad del ordenamiento jurídico nacional, tuvo por objeto evitar la inconstitucionalidad de forma de diversos cuerpos legales anteriores que versaban sobre materias propias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado, de acuerdo a la Constitución actualmente en vigor. En consecuencia, el ámbito de su aplicación está determinado por el fin de mantener vigente todo precepto legal que, siendo previo a la actual Ley Fundamental, reguló materias que hoy en día requieren ser normadas por disposiciones aprobadas con un quórum superior al de la ley común’, lo cual indica que se corroboró en el examen que hizo el Tribunal, en relación con la Ley N° 19.917, que modificó la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (STC N° 796-2007).

10°.- Que, de una lectura armónica de las norma en comento, se colige que, si bien, el Decreto Ley N° 799 mantiene su vigencia, entendiéndolo como una ley orgánica constitucional ficta, susceptible de sancionar a los funcionarios públicos que hagan un uso indebido del vehículo fiscal, aquello se restringe y modifica para el caso de la destitución de un alcalde, porque el artículo 125 de la Ley Fundamental ordena, expresamente, que las Leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos, entre otros, del alcalde.

11°.- Que el artículo 60 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, contempla las causales de cesación del cargo de los alcaldes, incluso su letra c), explícitamente, refiere a la remoción por contravención a las normas de probidad administrativa, cual fue el argumento base de los cargos que se le imputaron en la especie al recurrente.

Asimismo, dicha norma ordena que, la causal en comento sea conocida por el Tribunal Electoral Regional respectivo, a requerimiento de, a lo menos un tercio de los concejales en ejercicio y, en la especie, según los antecedentes de la investigación, se advierte que la investigación se inició por denuncia de tres de los seis concejales de la Municipalidad de Loncoche, unido a que en estrados la parte recurrente señaló que, en la actualidad, existe una causa que se sigue en contra de su representado ante el referido tribunal.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo que disponen el artículo 11 del Decreto Ley N° 799 de 1974 del Ministerio del Interior, el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, el artículo 191 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, *se revoca* la Resolución Ex. N° PD00641 de doce de septiembre de dos mil veintitrés, dictada por la Contraloría Regional de La Araucanía y la derivada de esta, la Resolución N° PD00040 de fecha seis de diciembre de dos mil veintitrés dictada por la Contraloría General de la República, al pronunciarse sobre el recurso de jerárquico y, en su lugar, se decide que el Órgano Contralor es *incompetente* para destituir al Alcalde de Loncoche, razón por la cual, deberá remitir los antecedentes al Tribunal Electoral Regional, para que conozcan del asunto.

Comuníquese lo resuelto a la Contraloría General de la República y Regional de La Araucanía.

Redacción a cargo del Ministro señor Carroza.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 252.456-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Juan Muñoz P. (s). No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Muñoz Pardo por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma”.

Bibliografía

- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro, “El críptico notable abandono de deberes y la ambigua falta grave a la probidad administrativa como causales de remoción de los alcaldes”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 411, Santiago, 2014.
- CELIS DAZINGER, Gabriel, “La interpretación jurídica en el derecho administrativo contemporáneo”, en *Revista Nomos*, n.º 3, Viña del Mar, 2009.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “La interpretación conforme a la Constitución: una aproximación conceptual”, en *Ius et Praxis*, año 22, n.º 2, Talca, 2016.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n.º 3, Santiago, 2017.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Organización administrativa del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Bases para perfeccionar la institucionalidad municipal destinada a hacer efectiva la responsabilidad de los alcaldes”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXII, Valparaíso, 2001.
- ROMÁN CORDERO Cristian, “‘Constancias –individuales– de cambio de criterio’ en recientes sentencias de la Corte Suprema relativas al Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 39, Santiago, 2024.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, *Curso de Derecho Administrativo 2024-2025 (apuntes de clases, Universidad de Chile)*, inédito, 2024, parte III.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “La constitucionalización singular de los órganos de la Administración”. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-constitucionalizacion-singular-de-organos-de-la-administracion/ [fecha de consulta: 15 de febrero de 2026].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “¿Puede la Contraloría General de la República destituir a un alcalde por mal uso del automóvil fiscal?”. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/puede-la-contraloria-general-de-la-republica-destituir-a-un-alcalde-por-mal-uso-del-automovil-fiscal/ [fecha de consulta: 15 de febrero de 2026].
- SILVA IRARRÁZABAL Luis Alejandro, “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 4.º, n.º 2, Santiago, 2014.
- VERGARA BLANCO, “Alejandro El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018)”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 28, número especial, Santiago, 2019.

Siglas y abreviaturas

art. artículo
arts. artículos

CGR	Contraloría General de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DL 799	Decreto Ley n.º 799, dicta Disposiciones que Regulan Uso y Circulación de Vehículos Estatales, de 1974
Ex.	Exenta
inc.	inciso
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
n.º a veces Nº, No	número
p.	página
pp.	páginas
(s)	suplemente
Sr.	señor
Sra.	señora
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
vol.	volumen

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ ALBERTO BOREA ODRIA¹

(SOBRE LOS PROBLEMAS DEL ENFOQUE O PERSPECTIVA DE
GÉNERO, ENTRE OTROS)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO GARCÍA ANDRADE Y OTROS VS. MÉXICO
SENTENCIA DEL 22 DE AGOSTO DE 2025
(EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO,
REPARACIONES Y COSTAS)

Con el acostumbrado respeto a la decisión mayoritaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”, “la Corte Interamericana” o el “Tribunal”), emito este voto parcialmente disidente, con base en las razones que paso a exponer².

En atención a lo señalado en los puntos resolutivos de la sentencia adoptada por la mayoría, me permito señalar que, en general, *comparto la decisión de declarar la responsabilidad del Estado* mexicano, razón por la cual *estoy de acuerdo con la indemnización* que se le otorga a la madre de Lilia Alejandra García y a sus hijos. Sin embargo, considero que la responsabilización del Estado por los artículos señalados en esta disidencia, no es correcta, así como tampoco lo es *la motivación de la sentencia* aprobada por la mayoría de la Corte ya que la misma *presenta equivocaciones* con respecto a la apreciación de los hechos, a la aplicación de conclusiones que no corresponden al derecho interamericano y a la interpretación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) y otros instrumentos convencionales.

¹ Artículo 65.2 del Reglamento de la Corte: “Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias”.

² El gobierno de México en el mes de Febrero del año 2001, fecha en que sucedió el hecho que comienzan los hechos del proceso que aquí se juzga, estuvo presidido por el Señor Vicente Fox Quesada. El informe de admisibilidad fue emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de marzo del 2012, estando entonces México presidido por el Señor Felipe Calderón Fournier. El Estado mexicano ha continuado con el proceso como consecuencia del principio de continuidad del Estado.

Con base en lo anterior, a continuación, explicaré, punto por punto, los motivos de mi disidencia parcial con la decisión adoptada por la mayoría en este caso.

Aunque en los párrafos *siguientes expondré* mis discrepancias más relevantes con respecto a la sentencia aprobada por la mayoría de la Corte, no quiero dejar de mencionar dos asuntos puntuales *que atraviesan toda la sentencia* y que me llevan a apartarme de las consideraciones mayoritarias incluidas en la misma.

En primer lugar, considero que los actuales jueces de la Corte Interamericana nos encontramos revestidos con la misma jerarquía y facultades que tenían los jueces anteriores. Por tal motivo, si bien la jurisprudencia anterior debe estudiarse con detenimiento, realizar los análisis de su aplicación al caso concreto bajo examen y puede tomarse como punto de referencia para las nuevas decisiones, ella no nos vincula necesariamente ni nos obliga a resolver en el mismo sentido en que anteriormente se hizo. Si un juez está en desacuerdo con la solución que se dio con anterioridad a un caso, éste no tiene por qué continuar por la senda que los jueces anteriores abrieron, pero que él considera errada. Le corresponde, por cierto, explicar las razones de su apartamiento de esa estimación previa y resolver las causas conforme a lo que entiende como constitucional y propio de derecho interno, convencional y propio del ejercicio de la jurisdicción interamericana, y justo según el caso que atiende y las normas aprobadas por los Estados y que le son vinculantes, conforme al derecho internacional. Tratándose de un Tribunal conformado por la voluntad plural de países que han limitado en parte sus facultades y que se han sometido en lo que han considerado justo para sus naciones, el juez interamericano debe ser especialmente cuidadoso y proceder con la auto-restricción que impida invadir campos que a otros corresponden o que no han sido derivados a este organismo. No hay que olvidar que en el derecho de las instituciones formadas por personas (y con mayor razón las conformadas por países) sólo se puede hacer aquello que se difiere que hagan.

En segundo lugar, me parece pertinente mencionar un asunto que es transversal a la sentencia, esto es, la inclusión del “*enfoque o perspectiva de género*”. Considero que hay fundamentos jurídicos sustanciales, estrechamente vinculados con los principios de legalidad, irretroactividad normativa, congruencia procesal y respeto al marco convencional vigente, que impiden incluir esas consideraciones en la decisión mayoritaria.

De entrada, los argumentos esgrimidos en la sentencia para justificar la obligación de investigar con enfoque de género se basan en documentos emitidos por organismos internacionales ajenos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, además, posteriores a los hechos del caso. Tal es el caso de los *Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas* de las

Naciones Unidas, adoptados en 2019. Su utilización como parámetro para evaluar la actuación estatal respecto de hechos ocurridos en 2001 resulta jurídicamente improcedente, pues aplicar *sus contenidos o presupuestos* con efectos retroactivos, contraviene el principio de irretroactividad, así como el debido proceso legal, al imponer exigencias no vigentes al momento de los hechos.

La Corte ha optado por incorporar la noción de “género” a partir de definiciones desarrolladas en su propia jurisprudencia, sin respaldo expreso en el texto de los tratados citados. Esta interpretación resulta problemática, ya que el concepto de *género* como categoría analítica no aparece recogido ni en la Convención Americana ni en la Convención sobre Desaparición Forzada. Y en el caso de la Convención de Belém do Pará, la única mención al término hace referencia al género femenino, sin desarrollar un marco más amplio. En consecuencia, sustituir las categorías convencionales por otras de naturaleza doctrinaria y no positivizadas en los instrumentos jurídicos aplicables vulnera el principio de legalidad y excede los márgenes interpretativos legítimos reconocidos a la labor jurisdiccional internacional.

Con respecto a las partes específicas del voto en las cuales disiento, manifiesto que lo hago por las siguientes razones:

*1. Disidencia parcial
con respecto al punto 1 de la parte resolutive.
Sobre la aceptación del reconocimiento
de la responsabilidad por parte del Estado.
Párrafos 25 a 28 de la sentencia*

RAZONES POR LAS CUALES ME APARTO INCLUIR
ARGUMENTOS ADICIONALES SOBRE HECHOS ACEPTADOS
Y CONSIDERO QUE LA CORTE DEBE LIMITARSE A OTORGAR
UNA ADECUADA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Conforme al artículo 62 del Reglamento de la Corte³, las partes pueden efectuar el reconocimiento de hechos y pretensiones, sin que ello implique, en ningún caso, un reconocimiento del derecho aplicable. En atención a

³ Artículo 62: “Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos”.

eso, considero que una vez las partes reconocen un hecho, dicha situación sale del espectro de análisis de la Corte, pues se trata de una situación que no suscita controversia. Adicionalmente, estimo que independientemente del hecho aceptado, en todo caso la calificación jurídica de lo acontecido corresponde en forma exclusiva a la Corte.

Es por ello que, *en primer lugar*, en la sentencia de *García Andrade Vs. México* la Corte podía declarar como hecho cierto que existía un contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. En efecto, el Estado mexicano lo aceptó y, por tanto, es un hecho que está por fuera de la controversia. De manera que, en mi opinión, la Corte no debe incorporar documentos ajenos al proceso que no fueron ni siquiera propuestos por las partes, para declarar probado un hecho que, como se indicó, está por fuera de discusión.

Es más, no estoy de acuerdo con la incorporación de documentos al proceso que son ajenos al expediente y no vinculantes para la Corte ni para los Estados. Muchos de ellos se utilizan para reforzar hechos o circunstancias del proceso que no necesitan de prueba adicional porque, por ejemplo, son hechos aceptados.

Puntualmente, discrepo de la incorporación de documentos como (i) la sentencia del 16 de noviembre de 2009 del *Caso Campo Algodonero*; (ii) la referencia al comunicado de prensa del Instituto Nacional de Mujeres; (iii) el informe del Comité de Expertas del MESECVI; (iv) documento del Comité Para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer de 2018 (CEDAW); (v) el informe de las Naciones Unidas sobre el enfoque de género en ejecuciones extrajudiciales de 2017; (vi) el Protocolo de Minnesota, entre otros.

Estos textos, además de que resultan innecesarios para acreditar el contexto ya aceptado por el Estado mexicano, presentan problemas adicionales que hacen indebida su incorporación de la sentencia. Por ejemplo, muchos de ellos fueron publicados en fechas posteriores a la ocurrencia de los hechos (*Cfr.* la Sentencia de Campo Algodonero de 2009), lo cual significa otorgarles un efecto retroactivo al exigirle a México conocer un contexto de violencia en 2001 con base en un documento publicado después.

En segundo lugar, debo decir que resulta indebido que la Corte obligue al Estado mexicano a adecuar su conducta o a establecer unos mecanismos “preventivos” con base en instrumentos no vinculantes. Dicho de otro modo, los Estados no están obligados a atender reportes de organizaciones internacionales de las que no forman parte, ni la Corte Interamericana debe admitirlos como evidencia incontrovertible. Una apreciación sociológica proveniente de un informe, o incluso de una sentencia, no puede constituir por sí sola un fundamento suficiente para afirmar que el Estado tenía conocimiento efectivo del contexto, ni tampoco para sustentar la atribución de responsabilidad internacional.

En consecuencia, considero que la Corte IDH debería limitarse a resolver con fundamento en los mandatos expresamente previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y acudir a criterios auxiliares –como su propia jurisprudencia– únicamente en supuestos como, por ejemplo, cuando exista un punto de discrepancia en la interpretación del derecho, o cuando la aplicación de dichas fuentes resulte pertinente, por ejemplo, por tratarse de instrumentos vinculantes o exigibles para el Estado.

En tercer lugar, me aparto también de calificar la muerte de Lilia García Andrade como un “feminicidio”.

Dicha determinación que se sustenta, en primer lugar, en una razón de orden jurídico-técnico, ya que el término *feminicidio* no tenía existencia normativa ni doctrinal consolidada al momento de los hechos materia del presente caso. En efecto, el Estado mexicano incorporó la figura del *feminicidio* como tipo penal después del 2007, mediante reformas legislativas que respondieron a un proceso de evolución normativa interno posterior a los hechos acaecidos en 2001.

En el mismo sentido, hay que señalar que, para el año 2001, no existía el término “feminicidio” en ningún instrumento interamericano. La Corte Interamericana comenzó a hablar de “feminicidio” en el año 2009, con la Sentencia del *caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, razón por la cual es un término que no se puede aplicar a circunstancias anteriores.

Calificar jurídicamente la muerte de Lilia García Andrade como un feminicidio resulta anacrónico, en tanto implica la aplicación retroactiva de una categoría que no formaba parte del marco conceptual ni del ordenamiento jurídico aplicable en el momento de los hechos. Tal calificación desconocería el principio de legalidad y de irretroactividad, consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”⁴.

Entonces, si bien reconozco la gravedad de los hechos investigados y la obligación del Estado de garantizar una investigación efectiva en contextos de violencia contra las mujeres, ello no habilita a la Corte para imponer *tipificaciones o* calificaciones jurídicas retroactivas que no encuentran asidero en el marco legal vigente al momento de los acontecimientos. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe guiarse por principios de legalidad, certeza jurídica y respeto al contradictorio, sin sacrificar el rigor técnico-jurídico en aras de desarrollos conceptuales ajenos al objeto de la controversia.

⁴ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 9.

*2. Disidencia parcial
con respecto al punto 3 de la parte resolutive,
sobre indicar que existe responsabilidad al Estado por tortura.
Párrafos 113 a 131 de la sentencia*

RAZONES POR LAS QUE ME APARTO DE ATRIBUIR
RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR TORTURA

Entre los años 1986 y 1987 el Estado de México firmó, ratificó y depositó su adhesión a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST). Dicho instrumento, en su artículo 2 define la tortura y, en su artículo 3, establece los responsables de dicho delito.

Así, tortura es

“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin (...)”⁵.

Sumado a esto, es correcto sostener que, para que se pueda calificar un acto como tortura, la Convención exige la acreditación de un *sujeto activo calificado*, así:

“Serán responsables del delito de tortura:

- a. los *empleados o funcionarios públicos* que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las *personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos* a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”⁶ (Énfasis añadido).

De conformidad con lo expuesto, el término “tortura” en el sistema interamericano posee una connotación jurídica estricta que impide a los operadores de justicia internacional emplearlo de manera genérica ante cualquier situación que implique dolor o sufrimiento deliberado. Nuestra función se encuentra delimitada por la correcta interpretación y aplicación de los tratados internacionales vigentes, conforme al principio de *pacta sunt servanda*.

En ese sentido, en esta disidencia el suscrito juez no discute que un acto de violencia sexual sea deplorable, porque lo es. Tampoco discute que la vio-

⁵ El artículo 2 y 3 de la CIPST se condice con la fórmula del concepto de “tortura” establecida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁶ Ibidem.

lencia sexual pueda constituir tortura en ciertos casos, porque puede suceder. Sin embargo, es necesario destacar que no todo acto de violencia sexual constituye tortura por sí mismo, pues bajo los términos de la CIPST deben concurrir ciertos elementos para que esta Corte pueda catalogar un acto como tal y, consecuentemente, pueda imputar al Estado dicha vulneración.

Ciertamente, de una lectura sistemática de los artículos 2 y 3 de la CIPST se puede concluir que, para considerar un acto como tortura y, en consecuencia, imputarle responsabilidad al Estado por su comisión, debe haber participación o aquiescencia de un funcionario público. *A Contrario Sensu*, es necesario recalcar que, cuando la agresión proviene de un sujeto privado sin algún tipo de participación oficial, no existen elementos textuales claros que amplíen el alcance para imputar tortura al Estado.

La importancia de mantener la tortura bajo una estricta calificación radica en que, por su naturaleza y gravedad, no puede equipararse a todo acto que viole severamente los derechos humanos como tortura, pues extender de manera automática la calificación de tortura a delitos graves de índole privada puede suponer una distorsión del contenido literal de la CIPST. De esa forma, el deber de garantía asumido por los Estados no implica una asunción automática de responsabilidad por actos cometidos por particulares sin que se demuestre connivencia, tolerancia o conocimiento previo específico por parte de las autoridades.

En el caso *García Andrade Vs. México*, correspondía a la Comisión y/o a los representantes presentar los hechos que demostraran la aquiescencia o encubrimiento estatal en particular, cuestión que, en criterio del suscrito juez, no quedó acreditada.

La Corte no puede asumir que la negligencia de los agentes del Estado en atender la denuncia es prueba de que los funcionarios “no impidieron” un eventual escenario de tortura. Ni los funcionarios, ni la denunciante conocían de los sufrimientos a los que estaba siendo sometida Lilia García al momento de la denuncia. Y como no es posible afirmar que los agentes del Estado “adhirieron” o “no impidieron” deliberadamente la ocurrencia de hechos que no conocían, la Corte está imposibilitada para concluir que se cometió el delito de tortura en los términos de la CIPST. De tal manera que atribuir responsabilidad a México por tortura en el caso de Lilia García Andrade es un error, motivo por el cual me aparto de esa conclusión.

*3. Disidencia parcial
con respecto al punto 4 de la parte resolutive,
sobre declarar la responsabilidad del Estado
por violación del derecho a la igualdad.
Párrafos 149 a 179 de la sentencia*

*RAZONES POR LAS QUE ME APARTO DE DECLARAR
LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD*

Retomando el argumento desarrollado en el punto 1 del presente voto, quisiera señalar que, teniendo en cuenta que la calificación jurídica de hechos corresponde a la Corte, resulta indebido condenar al Estado por violación del derecho a la igualdad.

En concreto, quisiera referirme a la negativa de los agentes del Estado a atender la denuncia de la madre de Lilia García. Aunque esto es un hecho probado, estimo que sus consecuencias jurídicas no corresponde determinarlas a las partes (en este caso al Estado) sino que debe permanecer en el ámbito de los jueces interamericanos. Por tal motivo, establecer si con dicha negativa se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación permanece dentro de la órbita de la Corte y, en mi opinión, no se contaba con elementos probatorios que permitieran llegar a esa conclusión.

No se presentaron pruebas que permitan concluir que la falta de atención se debió a prejuicios personales por tratarse de una mujer. Asimismo, ni la Comisión ni los representantes lograron demostrar que la demora en la recepción de la denuncia tuviera su origen en “estereotipos de género”, ni que constituyera un acto discriminatorio por motivos relacionados con el sexo de la víctima o de la denunciante. Lo único que se logró probar fue una negligencia y una falla en la capacidad del personal de la oficina pública para atender la denuncia e iniciar la investigación, incapacidad y negligencia que, posiblemente, habría operado igual independientemente del sexo del denunciante, por lo cual no puede hablarse de discriminación.

No puede establecerse una vinculación entre el “deber de debida diligencia” y el “derecho a la no discriminación por motivos de género”, tal como ha sido formulada por la mayoría de la Corte. Dicha relación no se encuentra contemplada en ninguno de los tratados aplicables al presente caso, a saber: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ni la Convención de Belém do Pará.

En conclusión, considero que el reconocimiento expreso de responsabilidad por parte del Estado no obliga a la Corte a aceptar automáticamente

la calificación jurídica mencionada en dicho reconocimiento. Siempre será atribución soberana del Tribunal fijar los alcances jurídicos y los efectos concretos de los hechos reconocidos. Con mayor razón todavía, cuando se pretende que lo que se establece como decidido por la Corte en una sentencia, no sea otra cosa que lo manifestado como reconocimiento de Derecho por un Estado determinado, el que puede tener su propio acercamiento respecto de la forma de implementar y aplicar las disposiciones, lo que puede no necesariamente coincidir ni con las prescripciones acordadas en la Convención, ni con la aproximación jurídica que tengan otros países, que firmaron la Convención y que no están o no necesariamente están de acuerdo con la calificación que uno de los Estados formula y que por esa vía se pretenda que sea aplicado a todos bajo el manto del “control de convencionalidad”.

*4. Disidencia parcial
con respecto a los puntos 5 y 6 de la parte resolutive,
sobre declarar la responsabilidad del Estado
por la violación del “derecho autónomo
a defender derechos humanos” y el “derecho a la verdad”.
Párrafos 188 a 196 de la sentencia
(derecho a defender derechos humanos)
y párrafos 197 a 202 (derecho a la verdad)*

RAZONES POR LAS QUE ME APARTO DE LA DECLARACIÓN
DE RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACIÓN
DEL “DERECHO AUTÓNOMO A DEFENDER DERECHOS HUMANOS”
Y EL “DERECHO AUTÓNOMO A LA VERDAD”

De conformidad con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Estados parte se comprometieron a “respetar los derechos y libertades *reconocidos en ella*”. Por su parte, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el artículo 62.1 de la misma Convención, le compete conocer lo “relativo a la interpretación y aplicación de las *disposiciones de esta Convención*”. Y cuando se hace referencia a las violaciones sobre las cuales puede decidir este Tribunal, el artículo 63 dice que debe tratarse de “un derecho o libertad *protegidos en esta Convención*” (cursivas propias)⁷.

⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículos 1, 62 y 63.

Ahora bien, cuando la CADH habla de la posibilidad de incorporar nuevos derechos a su texto, debe entenderse que el sistema y sus órganos deben ceñirse a los procedimientos contenidos en los artículos 76 y 77, es decir, al trámite de enmienda o de aprobación de protocolos adicionales en cabeza de la Asamblea General. En otras palabras, sí puede hablarse del eventual surgimiento de nuevos derechos convencionales que puedan ser violados por los Estados. Sin embargo, *la aparición de estos nuevos derechos y la vinculatoriedad para las partes* se encuentra sujeta a un procedimiento reglado dentro de la misma Convención Americana.

En ningún momento se le otorgó a la Corte IDH, ni por la vía de la interpretación, ni por la vía de la aplicación práctica de la Convención, la posibilidad de adicionar al articulado del pacto internacional nuevos derechos que los Estados parte deban respetar y garantizar. La reacción de nuevas obligaciones para los Estados, para luego sancionarlos por su incumplimiento, convierte a la Corte en un ente creador y ejecutor de norma, suplantando las facultades y competencias de todos los demás órganos dentro de la Convención.

En efecto, *con la interpretación que viene haciendo la Corte y que sostengo que debe de revisarse*, ya no se requerirá un tratado firmado, sancionado y depositado por los Estados, ni de una solicitud de incumplimiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La propia Corte en un caso particular pasa directamente a crear la norma, a desprender un cargo en contra del Estado por su violación y, por último, a declarar la responsabilidad por su incumplimiento. Ello desdibuja la función de administrar justicia y pasa a convertirse en activismo por parte de los jueces, quienes terminan aplicando el derecho por fuera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esos casos se toma “un atajo”. Ya no se necesitará ley, ni proyecto de ley, ni aprobación de una representación elegida por el pueblo de los Estados que luego unen sus convicciones en términos concretos en los que se ponen de acuerdo en respetar a través de una convención. Basta que siete jueces, posiblemente muy capaces, pero lejos de las concretas realidades de cada uno de los países, estimen que exclusivamente por razones de su buen criterio, una conducta tiene determinadas consecuencias jurídicas internacionales no determinadas por la voluntad de los Estados previamente, serán obligatorias hacia adelante y hacia atrás y donde, en muchos casos, dichas consecuencias no acordadas por los Estados parte, y creadas exclusivamente por los jueces, pretenden aplicarse retroactivamente.

Pero no solo eso, sino que además de adjudicar consecuencias jurídicas no acordadas previamente por los Estados, y erigirse como creadores de norma sin competencia para hacerlo, se pretende imponer ese “buen criterio” en forma obligatoria y retroactiva para todas las Américas, forzando a los Es-

tados parte a incluso omitir la aplicación de sus normas constitucionales internas vigentes en el momento en que se aprobó la Convención Americana, pero que luego, sin debate ni personería son cambiadas ya no por una interpretación de las provisiones de la Convención, sino que por un ejercicio cuasi legislativo de este Tribunal, el cual no ha sido otorgado por instrumento jurídico interamericano alguno.

No me parece un argumento sostenible el señalar que “de esa forma se ha venido resolviendo y por lo mismo debe de seguir siendo así”. Un error, por muy extendido que esté sea y por muy repetido que esté, no puede ser sustento permanente de un derecho que pretende llamarse “autónomo”, cuando se verifica que dicho “derecho” carece de fuente normativa y que los jueces no están autorizados para legislar positivamente obligando a todo el continente por la mera voluntad jurisdiccional. Así las cosas, una decisión jurídica previa aun cuando haya servido de precedente para muchos jueces en el pasado, debe ser desestimada y dejar de aplicarse, cuando esta es manifiestamente incorrecta y no se acompasa con lo que los pueblos y países aprobaron como normas obligatorias del sistema interamericano, y que ahora se pretende estirar por una voluntad o buen criterio que no tiene respaldo legal alguno.

Aplicando lo razonado anteriormente a este caso concreto, cabe señalar que se está juzgando y condenando al Estado mexicano por hechos acaecidos en 2001, pero con base en “derechos” que la jurisprudencia de la Corte indebidamente declaró como autónomos entre los años 2003 y 2023. No hay que olvidar que las sentencias que dieron origen al derecho a la verdad son la de Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (2003) y más claramente Tabares Toro Vs. Colombia (2023), y en cuanto al derecho a defender derechos humanos está la de Luna López Vs. Honduras (2013) y con toda claridad la de CAJAR Vs. Colombia (2023), todas posteriores a los hechos del caso en comento.

Debe resaltarse también que, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, el único tratado que reconoce expresamente un derecho a defender derechos es el Acuerdo de Escazú, y lo hace en el ámbito específico de la defensa de los derechos ambientales. La CADH no contiene disposición alguna que consagre un derecho autónomo a la defensa de derechos en términos generales. En este contexto, pretender que la CorteIDH desprenda un derecho similar de la Convención (e incluso más amplio, proyectado a la defensa de todos los derechos humanos) excede su competencia interpretativa. Tal construcción no encuentra respaldo en el texto convencional, ni puede fundarse en una analogía extensiva que altere los compromisos asumidos por los Estados parte, so pena de desconocer el principio de legalidad y el carácter estrictamente convencional del sistema interamericano.

A su turno, en lo que tiene que ver con el “derecho autónomo a la verdad”, además de lo ya señalado con respecto a la indebida aplicación retroactiva y a la falta de competencia convencional para crearlo, es importante mencionar que, en todo caso, es innecesaria su utilización. En efecto, como esta misma Corte ha sostenido en su jurisprudencia, particularmente en el caso *Barrios Altos Vs. Perú*, el derecho a la verdad se deriva de otros derechos, particularmente los contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención. En consecuencia, bastaría con declarar la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), sin que resulte necesario hablar de un derecho independiente creado por la jurisprudencia en extralimitación de sus competencias.

*5. Disidencia parcial
con respecto al punto 7 de la parte resolutive,
sobre declarar la responsabilidad el Estado por la violación
del derecho a la circulación y residencia.
Párrafos 207 a 233*

*RAZONES POR LAS QUE ME APARTO DE DECLARAR
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA*

Considero inadecuado, e incluso contradictorio, señalar en la sentencia que el Estado es responsable por la vulneración al derecho de libre circulación y residencia con base en el traslado de la madre de Lilia García a Ciudad de México para protegerla con posterioridad al atentado que sufrió en Ciudad Juárez.

Además de que ello *no fue solicitado por la Comisión*, las pruebas no permiten concluir que el Estado es responsable por una afectación de este derecho y menos aún, puede hablarse de un desplazamiento forzado. Por el contrario, lo que ocurrió es que Norma Esther Andrade aceptó voluntariamente su traslado como parte de un programa de protección.

En consecuencia, de lo que realmente se trata es de (i) una aceptación voluntaria y (ii) una actuación legítima del Estado para proteger a una ciudadana cuya vida e integridad peligran, no de la violación de un derecho. Adicionalmente, la Corte ordena que se mantengan las medidas de seguridad, entre ellas, el traslado. En consecuencia, resulta contradictorio que la Corte argumente que el traslado a Ciudad de México vulnera su derecho a libre tránsito y luego ordene que se mantenga la medida.

*6. Disidencia parcial
con respecto a los puntos 16, 17, 18, 19 y 20
de la parte resolutive,
sobre las medidas estructurales*

RAZONES POR LAS QUE ME APARTO DE LAS CONSIDERACIONES
Y ÓRDENES QUE VAN MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO
Y PRETENDEN RESOLVER “PROBLEMAS ESTRUCTURALES”
DENTRO DEL ESTADO MEXICANO

Una lectura conjunta de los artículos 1 y 2 de la CADH pone de relieve el compromiso de los Estados parte de garantizar, a través de sus “disposiciones legislativas o de otro carácter”, el pleno goce de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En otras palabras, cada Estado tiene la obligación de adoptar un marco normativo que asegure la protección efectiva de tales derechos. A su vez, el artículo 1 de la misma Convención establece un deber adicional: “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”. Esta disposición alude directamente a la efectiva materialización de los derechos en cada caso concreto, evitando que queden reducidos a meras declaraciones formales⁸.

Más adelante, en su artículo 52, la CADH crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, al definir sus competencias en el artículo 62, establece que esta conocerá de *casos* relativos a “la interpretación y aplicación de las disposiciones” de la Convención. En desarrollo de esa función, el artículo 63 le faculta para verificar “que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención” y garantizar “*al lesionado* en el goce de su derecho o libertad conculcados”. Asimismo, puede ordenar que se “*reparen las consecuencias* de la medida o situación que ha configurado la vulneración”, así como “el pago de una justa indemnización” (énfasis propio).

La Convención jamás le otorgó a la Corte facultades para revisar la situación abstracta o general de un país, ni tampoco para otorgar reparaciones futuras (incluso futuras tomando en cuenta la fecha en que se dicta la sentencia la que a su vez es acostumbradamente dos décadas después de sucedidos los hechos) con base en un análisis estructural de la situación contextual de un Estado. La Corte Interamericana puede pronunciarse (i) sobre la violación de derechos convencionales en casos concretos, para (ii) procurar que las víctimas o personas lesionadas tengan el pleno goce de los derechos lesionados, y solamente (iii) ordenar reparaciones de las consecuen-

⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2.

cias de la vulneración. Por último, naturalmente está facultada para otorgar (iv) una justa indemnización.

Lo único que eventualmente podría argumentarse con base en los mencionados artículos 1 y 2 de la Convención, es la necesidad de que los Estados adopten instrumentos normativos que reconozcan los derechos convencionales, atendiendo a los compromisos adquiridos. Sin embargo, no es común que esta situación ocurra, pues la amplia mayoría de los Estados americanos incorporan en sus legislaciones internas la protección de los derechos contenidos en la CADH.

Descendiendo al caso *García Andrade Vs. México*, ocurre que en la decisión mayoritaria la Corte se ampara en su propia jurisprudencia, para incluir las llamadas “garantías de no repetición”. Estas se traducen en órdenes de adecuación normativa e institucional a los Estados que buscan solucionar los “problemas estructurales” identificados por la Corte.

Además de que, como ha quedado demostrado, este Tribunal no tiene facultades convencionales para otorgar ese tipo de medidas de “reparación”, puede sostenerse con base en la propia jurisprudencia que se cita, que se trata de medidas poco efectivas y muy intrusivas para las legislaciones nacionales. En efecto, son determinaciones que exceden el análisis del caso concreto, van más allá de la reparación a las consecuencias sufridas por la vulneración y pasan a realizar un escrutinio sobre las leyes, las políticas públicas y el diseño institucional del Estado mexicano que excede las competencias de la Corte y, en mi opinión, resulta innecesario.

La propia Corte reconoce que las medidas que fueron tomadas en 2009 con el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México* no ha servido para solucionar los alegados “problemas estructurales” que identificaron en México 16 años atrás y, por ello, justifica la emisión de más órdenes para el Estado. Si en 16 años las medidas tomadas por la Corte no “corrigieron” los supuestos problemas identificados, hay que preguntarse también por la eficacia práctica de esa costumbre tan arraigada en la jurisprudencia. En efecto, exigir una adecuación institucional y normativa, la adopción de estadísticas, políticas públicas y, en general, cualquier medida que considere la Corte que “mejora” el orden político y social de uno de los países miembros, no solo es extra convencional e indebidamente intrusivo, sino que es poco efectivo.

Lejos están los 7 jueces de la Corte Interamericana de ser los llamados a identificar, y mucho menos corregir, las falencias internas de los Estados miembros. Su desconocimiento y lejanía con cada una de las realidades de las Américas los hace poco idóneos para emitir opiniones particulares sobre cómo corregir circunstancias difíciles en cada lugar. De manera que lo correcto era permanecer fieles a las facultades otorgadas por la Convención y limi-

tarse a reparar a la madre e hijos de Lilia Alejandra García Andrade, conclusión con la que sí estoy de acuerdo, tal y como quedó señalado en la introducción del presente salvamento.

Lo anterior, me lleva a disentir de los puntos resolutivos 16, 17, 18, 19 y 20 de la sentencia aprobada por la mayoría.

7. Consideraciones finales transversales a la solución del caso

En primer lugar, soy de la opinión que en la sentencia debió consignarse y empezarse el razonamiento sobre el tratamiento del derecho a la vida con la cita textual del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la considero relevante para fundamentar el pronunciamiento sobre el caso concreto y la responsabilidad del Estado en la desaparición y muerte de Lilia Alejandra García Andrade y no creo que sea de recibo el raciocinio de que ello alargaría la sentencia. Esto me resulta sorprendente, más aún cuando en la misma se repiten y se citan innumerables y reiteradas veces resoluciones que se presentan como convenientes para resolver el caso, cuando la primera referencia y la más importante están en el artículo que aquí señalo.

Pese a eso, considero que su mención resulta fundamental para sustentar adecuadamente el análisis jurídico correspondiente, por lo cual procedo a incorporarlo en el presente voto disidente, así, el artículo 4.1 señala que:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En Segundo lugar, reitero que me aparto del razonamiento sostenido por la mayoría en torno al uso del concepto de *interseccionalidad*. Esta noción, originada en ciertas corrientes académicas y ampliamente promovida en documentos de *soft law* de algunos organismos internacionales no vinculantes, no cuenta con reconocimiento normativo dentro del *corpus iuris* interamericano aplicable al presente caso. Su incorporación en una sentencia contenciosa, sin haber sido invocada por las partes ni debidamente acreditada como criterio jurídicamente relevante, desnaturaliza el análisis legal exigido en el marco del debido proceso.

Atribuir causalidad a la acumulación de características personales de la víctima –como el sexo, la edad, la situación socioeconómica o el entorno familiar– como factores determinantes del homicidio, sin pruebas suficien-

tes que sustenten dicha relación, convierte el razonamiento jurídico en una construcción meramente especulativa, ajena a la lógica probatoria que debe regir la determinación de responsabilidades internacionales.

Finalmente, el suscrito juez debe sostener que sancionar al Estado mexicano en el caso de Lilia García Andrade por violar el derecho a la verdad y el “derecho autónomo a defender derechos humanos” desborda las atribuciones dadas a esta Corte por los Estados. Ciertamente, se está utilizando de forma incorrecta el principio de *iura novit curia* entendiendo que, de conformidad con lo señalado en los párrafos precedentes, el “derecho” que la Corte aplica se encuentra por fuera de la Convención, por tanto, se le está atribuyendo responsabilidad al Estado por obligaciones que jamás adquirió.

En estos términos dejo consignada mi disidencia parcial,

Atentamente,

Alberto Borea Odría
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 28 | 2026

SJOERD GRIFFIOEN, *CONTESTING MODERNITY
IN THE GERMAN SECULARIZATION DEBATE. KARL LÖWITH,
HANS BLUMENBERG AND CARL SCHMITT IN POLEMICAL
CONTEXTS*, LEIDEN Y BOSTON, BRILL, 2022

*Juan Fernando Segovia**

La editorial neerlandesa Brill publica una colección de Estudios de Historia Intelectual, bajo la dirección de Han van Ruler, profesor de historia intelectual en la Universidad Erasmo de Ámsterdam. El volumen 337 de la serie corresponde a este libro de Sjoerd Griffioen, profesor de filosofía en la Universidad de Groninga de los Países Bajos: *El desafío a la modernidad en el debate alemán sobre la secularización. Karl Löwith, Hans Blumenberg y Carl Schmitt en contextos polémicos*. Título extenso para un libro extenso también.

La obra se compone de una introducción, cuatro partes que abarcan ocho capítulos, una conclusión, la bibliografía y un índice de nombres y temas. La “Introducción” nos presenta la materia del libro: un estudio filosófico de la secularización a través de los debates suscitados entre Löwith (1897-1973), Blumenberg (1920-1996) y Schmitt (1888-1985), tres grandes pensadores germanos del pasado siglo. Allí se presenta la secularización como rasgo de la Modernidad esencialmente antagónico de la religión cristiana; no obstante la persistencia de un residuo no moderno que pareciera estar abocado a su gradual desaparición ante el avance del progreso. Pero el autor cree más adecuado un concepto “transitivo” de secularización que no apunte a la desaparición de la religión sino a su ambivalente transformación, lo que daría cuenta de esa persistencia (secularizada) de la religión, que se ha dicho, esto es, trasladada a otras realidades subrogantes –la tesis de Löwith–. Esto mis-

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Miembro del CONICET (Argentina). El profesor Segovia, recientemente fallecido, nos entregó este análisis para su publicación. Esperamos honrar su memoria.

mo pone sobre el escritorio la cuestión de la post secularización y nuestra actual condición, que el autor bordea.

La primera parte, en un solo capítulo estudia el debate entre Löwith y Blumenberg centrado en la relación Modernidad/religión. Mientras Blumenberg sostuvo que la Modernidad era independiente relativamente de la religión y por ello legítima, Löwith veía a la Modernidad como parasitaria del cristianismo y deudora de éste en sus desatinos, ilegítima por tanto. Si bien para varios la afirmación de Blumenberg lleva las de ganar, Griffioen replantea la cuestión mostrando los malos entendidos entre ambos polemistas, también sus puntos en común, pero enfatizando que el desacuerdo se funda en distintas concepciones del cristianismo, de la Modernidad, del hombre y de la historia. En el fondo, es el enfrentamiento entre la razón y la fe, dice el autor, aunque bien podría decirse entre historia y naturaleza o mundo y cosmos, diría Löwith. Creo que el autor, luego de una acertada lectura de ambos, acierta en mostrar que Blumenberg ataca un “hombre de paja” por reducir a esquema las ideas de Löwith.

Ya en la segunda parte. Griffioen considera el fuego cruzado entre los tres escritores, comenzando por la teología política de C. Schmitt; siguiendo el debate entre Löwith y Schmitt en torno a la fe y el nihilismo; y concluyendo con el ataque de Blumenberg a la teología política y la defensa de Schmitt. La virtud de estas nuevas discusiones está en revelar lo que el debate de la secularización conlleva: una profundización en sus raíces, un cuestionamiento de las concepciones en las que se sostiene, y una derivación hacia sus ramificaciones.

El cap. 2 es un extenso estudio de la teoría política schmittiana, punto de partida necesario para proceder a comprender las disputas que suscitó. Pero, ¿puede haber en Schmitt un doble aspecto teórico: exotérico de una parte, esotérico de la otra, como propone el autor con pie en Ruth Groh? No lo creo probable, sobre todo si lo esotérico es el trasfondo religioso. Acierta Griffioen al mostrar las muchas caras que el concepto de secularización posee en Schmitt y el carácter central de la teología política –aunque es difícil aceptar que se la califique de nihilista–. Hay que dejar aquí las cosas y pasar a las polémicas, porque es muy discutible la variedad de sentidos que el autor ve en el *katechon* de Schmitt, por caso.

Griffioen estudia en el cap. 3 las críticas de Löwith a Schmitt a partir de su concepto de la política como decisión (que interpreta es una decisión en favor de la decisión misma), lo que reclama la presencia de un enemigo total y encubre un activo nihilismo; además le censuró su teología política, de donde aquel nihilismo teológico, no cristiano, en el que advierte un fondo existencialista, como el de Heidegger, anclado en el contexto histórico inmediato. Por todo esto Schmitt entiende la secularización como la celebración de po-

der humano, mundano (la decisión), por el que el hombre ocupa el lugar de Dios. Carl Schmitt en el breve escrito *Tres posibilidades para una concepción cristiana de la historia* contesta a Löwith: admite que la concepción positiva del progreso seculariza la historia, pero insiste en la trascendencia del *katechon* para la historia, acusando a Löwith de negar todo sentido a la historia. Y no se equivocaba cuando veía la obra de su crítico como una ofensiva contra la teología política.

Pasando al cap. 4, la confrontación entre Blumenberg y Schmitt se refiere decididamente a la teología política, pues la legitimidad de la Modernidad, que el primero postula, conlleva el rechazo tanto de la secularización cuanto de una teología política, con lo cual deslegitima la justificación teórica de la secularización. A lo que Schmitt contestó en su *Teología política II* con una cerrada defensa de su entendimiento, y atacando a su contendor por confundir legitimidad con legalidad, lo que lo llevó a una visión autista de la Modernidad e inmanente de la historia. La polémica fue continuada por Blumenberg en la segunda edición de su obra clásica *La legitimación de la edad moderna*, especialmente rechazando toda conexión entre cristianismo y Modernidad. El debate sigue abierto entre los estudiosos que, agregando escritos de uno y otro, lo han enmarañado todavía más. Lo que cabe decir, para concluir el punto, es que Griffioen –más allá de establecer semejanzas y oposiciones entre los tres autores– parece probar que el núcleo del enfrentamiento es la teología política, que es inconcebible para Löwith y Blumenberg.

En tanto la secularización es un debate aún abierto, el autor nos propone –en la tercera parte– tres perspectivas que, siendo posteriores, lo reactivan con otros protagonistas también alemanes. El cap. 5 trata de la historiografía de la secularización considerada como una idea política, que Griffioen separa en dos bandos: los que llamaríamos antimodernos (críticos de la Modernidad) que serían seguidores de Löwith y Schmitt, representados por Reinhart Koselleck y Hanno Kesting; y los promodernos (defensores de la Modernidad), que estudia en Wilhelm Kamlah y Walter Jaeschke, continuadores de Blumenberg. La parte final apunta a otras concepciones de la secularización, las de Hermann Lübbe y Hermann Zabel, que beben de las disputas anteriores pero que también contribuyen con otras ideas.

El cap. 6 pasa de la historiografía a la teología para indagar sobre la recepción del problema de la Modernidad y la secularización. Para hacerlo, Griffioen se vale principalmente del análisis de algunas obras de nuevos pensadores germanos, en particular: el filósofo e historiador Eric Voegelin y la relación entre cristianismo y Modernidad en *Nueva ciencia de la política*, que el autor inscribe en la órbita de Löwith; y el teólogo protestante Rudolf Bultmann, quien escribiera *Historia y escatología*, una propuesta de historicismo cristiano. Además considera aportes de Friedrich Delekat, Alfred Müller-

Armack, Romano Guardini y Friedrich Gogarten, amplio y enriquecedor espectro que permite profundizar en las dificultades y las holguras del concepto de secularización.

En el cap. 7 el tema es la política y las diversas ramas que se ligan a la secularización: el desarrollo de la teología política entre la herejía y el paganismo. El turno toca ahora a Walter Benjamin y el replanteo del mesianismo desde una visión judía no ortodoxa. Luego otro pensador judío es tratado: el polémico Jacob Taubes que retoma la teología política desde una perspectiva escatológica. Después de un esolío sobre la escuela de Ritter y su visión liberal-conservadora, el autor estudia el provocador politeísmo de Odo Marquard que da lugar a una poli-teología política.

La cuarta parte, y última, consta de solamente un capítulo, el 8: una reflexión metodológica para comprender el debate sobre la secularización. En realidad se trata de una autojustificación, como si lo dicho hasta acá lo necesitara; pero se entiende mirando al ámbito universitario y académico recargado de especializaciones y compartimientos científicos. Griffioen debe hacer la apología de su enfoque de la secularización: la *Geistesgeschichten* (o historia intelectual o del espíritu). Y es atendible; lo que ya no es tan entendible es que le dedicara más de 60 páginas a una cuestión que él mismo denomina metodológica.

Las conclusiones ocupan solamente 8 folios y son una revisión de lo escrito. Oportunidad desaprovechada para aducir algo sobre la secularización que proviniera de su personal comprensión.

No puedo negar que la obra es densa, maciza, pues sin duda se trata de un libro académico –tiene la estructura de una tesis doctoral–, serio, documentado. Resulta útil para quien desea conocer el tema y sus aristas, teniendo presente que buena parte del material no está disponible en nuestra lengua. No obstante, el largo estudio se reduce a una historia de la filosofía de la secularización en un espacio y una época determinados –el macizo mundo alemán–, frecuentemente revisada; y a las resonancias más actuales que sigue despertando. Virtud de Griffioen es la de no haber descuidado casi ninguna de las facetas que presenta el estudio de la secularización, haciéndolo de manera erudita y penetración.

No obstante tener varias discrepancias con algunos aspectos del libro, reconozco que será difícil escribir nuevamente sobre estos debates sin recurrir al exhaustivo estudio de Sjoerd Griffioen. Sin embargo me pregunto por qué no salir del mundo alemán, ¿será que la secularización que discutieron estos tres autores no se expandió más allá de las fronteras culturales tudescas? Y no se diga que pretendo agrandar más la obra, porque si el autor repasó y analizó cerca de quince germanos, bien podría haber sumado algunos franceses, italianos o angloparlantes.

Allende lo dicho, tengo la impresión de que el valioso trabajo acaba siendo algo circunscripto, a pesar de que la extensa tercera parte ensancha el panorama. La estrechez del horizonte se debe, muy probablemente, a que finalmente el autor dirige su preocupación a la justificación metodológica de la *Geistesgeschichte*, antes que a meditar o reflexionar filosóficamente sobre la secularización y/o la Modernidad. Y por eso pierde vuelo –no gana más del que tiene–, ya que en lugar de inquirir sobre el tema que ha investigado se inclina por defender una perspectiva de estudio.

Normas editoriales

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 28 | 2026

NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

I. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

II. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

III. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

IV. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las Normas MLA (Modern Language Association of America)

V. Conflicto de interés

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir impropiaamente en las afirmaciones, argumentaciones o conclusiones contenidas en su tra-

bajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado no debe suponer ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de su autoría y publicación, de acuerdo a lo indicado en este acápite V de las normas editoriales e instrucción para los autores.

VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, particularmente el plagio completo, el plagio parcial y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado debe cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en este acápite VI de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a PIE DE PÁGINA serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres elementos: autor –nombre y apellidos (en versales)–, título de la obra (*cursiva* si es LIBRO, y “entre comillas” si es ARTÍCULO) y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

Las referencias JURISPRUDENCIALES se indicarán del modo que sigue: tribunal / (año de dictación): rol /, considerando o párrafocitado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales nacionales, extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal, reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

2. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título *Bibliografía*.

- Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (apellidos (EN VERSALES), nombre en letra redonda, *Título de la publicación (en cursiva)* / (edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas:

Ejemplo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

- Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de ARTÍCULO DENTRO DE UN LIBRO: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en VERSALES) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.) / título de libro (*en cursiva*) / número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

- Si se trata de un ARTÍCULO DE REVISTA: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (en *cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año.

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las REFERENCIAS YA CITADAS: por regla general se identifica por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la

obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es libro o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página o, simplemente, apellido (en **VERSALES**), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

- Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.
- BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.
- LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* si es idéntica u *op. cit.* y página, según corresponda.

- Si se trata de un DOCUMENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO: autor (es) (nombre en letra redonda, apellidos (en **VERSALES**)/ título (en *cursiva* si es libro y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / disponible en: dirección electrónica completa. Fecha de consulta.
- Si se trata de JURISPRUDENCIA: tribunal / (año de dictación): rol / fecha de la sentencia, sede de edición o publicación, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá ser agregada a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

VIII. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a través del sitio web de *Derecho Público Iberoamericano*, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

IX. Proceso de selección de los trabajos

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de cuatrocientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2026
por Versión Producciones Gráficas
Santiago, Chile

