







**Universidad del Desarrollo**  
Facultad de Derecho

**DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO**  
**REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

**N.º 23**  
**OCTUBRE DE 2023**

*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. Santiago de Chile  
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO  
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XII • N.º 23 • OCTUBRE DE 2023

ISSN 0719-2959

---

PRESENTACIÓN

7

---

ESTUDIOS

ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

*Stelios Andreidakis*

Accountability and multinational corporations:  
Minding the gap and mechanisms for responsible business

13

*Daniela Alejandra Uribe Muñoz*

El crédito fiscal y la reorganización tributaria

37

DERECHOS FUNDAMENTALES

*Carlos Manuel Rosales - José Luis Téllez Ortega*

Los jueces y las redes sociales

59

HISTORIA Y FILOSOFÍA POLÍTICA

*Juan Fernando Segovia*

Joseph De Maistre y la política antimoderna.  
La actualidad de un pensador inactual

107

*Eduardo Andrades Rivas*

Notas sobre las Capitulaciones  
del almirante Fernando de Magallanes

131



Universidad del Desarrollo  
Facultad de Derecho

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

*Cristian Román Cordero*

Derecho disciplinario e infidelidad matrimonial  
(comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 17.750-2019)

149

---

RECENSIONES

*Julio Alvear Téllez*

*El realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisolo*  
de Estanislao Cantero

183

---

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

189

## PRESENTACIÓN

*Derecho Público Iberoamericano* presenta su vigésimo tercer número. En esta ocasión hemos reunido colaboraciones de especialistas de Argentina, México y Chile.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: “Orden público económico”, “Derechos fundamentales” e “Historia y filosofía política”.

En el ámbito del “Orden público económico” incluimos dos trabajos.

El primero es del profesor greco-británico Stelios Andreadakis y se titula “Accountability and Multinational Corporations”. En la economía global actual, las corporaciones multinacionales ejercen una influencia sustancial en industrias, economías y sociedades de todo el mundo. Este artículo aborda la cuestión vital de responsabilizar a las empresas multinacionales por sus acciones.

En segundo lugar publicamos un estudio de Daniela Alejandra Uribe Muñoz sobre el crédito fiscal y la reorganización tributaria. En él se busca encontrar soluciones a la indeterminación de la naturaleza jurídica del crédito fiscal para evitar su pérdida e inutilización en empresas que adquieren los activos y pasivos de una compañía precedente.

En el área de los “Derechos fundamentales” damos a luz la investigación de Carlos Manuel Rosales y José Luis Téllez Ortega sobre los jueces y las redes sociales. En ella se plantea que el uso de las redes sociales por los jueces es un tema que complica sus derechos políticos y civiles comunes, no porque se discuta o niegue su libertad para poder usarlas con un fin cuyos efectos sean privados, sino por el surgimiento de una censura propia o externa.

En materia de “Historia y filosofía política” ofrecemos dos aquilatados artículos.

El primero, de Juan Fernando Segovia titulado “Joseph De Maistre y la política antimoderna: la actualidad de un pensador inactual”. Sostiene el jurista y filósofo argentino que la obra de Joseph de Maistre (1753-1821) permite comprender las causas del racionalismo mecanicista del pensamiento político moderno. Pondera que el célebre contrarrevolucionario francés descubrió tempranamente unos fundamentos de la vida política y del derecho que harían del orden político-jurídico una institución más justa, por tanto, más estable y más conveniente al fin del hombre, que el actual constitucionalismo.

El segundo estudio de esta sección pertenece a Eduardo Andrades. En él se analiza la organización jurídica de la expedición del almirante Hernando de Magallanes a través del estudio de las capitulaciones que obtuvo del emperador Carlos V y su comparación con las capitulaciones que, con anterioridad, había celebrado la monarquía hispánica con otros expedicionarios y descubridores.

En “Comentarios de Jurisprudencia” hemos recibido un interesante trabajo de Cristián Román sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema rol 143.849-2020. El autor sienta doctrina ilustrándola con una completísima revisión de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, del Tribunal Constitucional y de la misma Suprema Corte chilena.

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos una reseña del libro *El realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisoló* del jurista español Estanislao Cantero, de reciente aparición.

Dr. Julio Alvear Téllez  
Director



# Estudios

---

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 23 | 2023



Orden público económico

---



# ACCOUNTABILITY AND MULTINATIONAL CORPORATIONS: MINDING THE GAP AND MECHANISMS FOR RESPONSIBLE BUSINESS

## RESPONSABILIDAD Y CORPORACIONES MULTINACIONALES: ATENCIÓN A LAS BRECHAS Y MECANISMOS PARA NEGOCIOS RESPONSABLES

*Stelios Andreadakis\**

### *Abstract*

In today's global economy, Multinational Corporations (MNCs) wield substantial influence across industries, economies, and societies worldwide. This article addresses the vital issue of holding MNCs accountable for their actions. As MNCs navigate complex supply chains, diverse stakeholders, and intricate operational structures, the imperative for ethical, environmental, and social compliance becomes pronounced. The challenge lies in establishing accountability for these transnational entities, given the limitations of traditional regulatory frameworks. Various mechanisms have emerged to bridge this accountability gap, encompassing domestic and international regulations, industry-led initiatives, and civil society interventions. This article offers an inclusive overview of these mechanisms, analysing their strengths and limitations, and assessing their real-world efficacy. By examining the diverse approaches, the article contributes to discussions on fostering responsibility in an interconnected business landscape.

KEYWORDS: multinational corporations, accountability, CSR, ethics, responsible business practices.

---

\* PhD in Law (Leicester, UK), LLM in Law (Leicester, UK) .

Reader in Corporate and Financial Law, Brunel University London, UK. Email: stelios.andreadakis@brunel.ac.uk

Artículo recibido el 7 de septiembre de 2023 y aceptado para su publicación el 9 de octubre de 2023.

The author would like to thank Universidad del Desarrollo, and the Law Doctorate Programme in particular, for its support during the period that he was a Visiting Professor in Chile. The completion of this article would not have been possible without this support.

## *Resumen*

En la economía global actual, las corporaciones multinacionales (CMN) ejercen una influencia sustancial en industrias, economías y sociedades de todo el mundo. Este artículo aborda la cuestión vital de responsabilizar a las empresas multinacionales por sus acciones. Lo anterior, debido a que, a medida que las multinacionales navegan por complejas cadenas de suministro y por diversas partes interesadas y estructuras operativas intrincadas; el imperativo de cumplimiento ético, ambiental y social se vuelve inminente. El desafío radica en establecer la rendición de cuentas de estas entidades transnacionales, dadas las limitaciones de los marcos regulatorios tradicionales. Han surgido varios mecanismos para cerrar esta brecha de rendición de cuentas, que abarcan regulaciones nacionales e internacionales, iniciativas lideradas por la industria e intervenciones de la sociedad civil. Este artículo ofrece una descripción general inclusiva de estos mecanismos, analiza sus fortalezas y limitaciones y evalúa su eficacia en el mundo real. Al examinar los diversos enfoques, el artículo contribuye a los debates sobre el fomento de la responsabilidad en un panorama empresarial interconectado.

Palabras clave: corporaciones multinacionales, rendición de cuentas, RSE, ética, prácticas empresariales responsables.

## *Introduction*

In an increasingly interconnected global economy, MNCs play a pivotal role in shaping industries, economies, and societies around the world. Their activities span across borders, encompassing intricate supply chains, diverse stakeholders, and complex operational structures. However, with their expansive reach and influence comes a pressing need for robust mechanisms that hold these corporations accountable for their actions. Ensuring that MNCs adhere to ethical, environmental, and social standards has become a paramount concern, given their potential to impact everything from labour rights and environmental sustainability to human rights and fair business practices.

The issue of accountability for MNCs raises multifaceted challenges due to the transnational nature of their operations. Traditional regulatory frameworks often struggle to keep pace with the evolving strategies and practices of these corporations. As a result, a variety of mechanisms have been established over the years to bridge the accountability gap and address concerns related to corporate behaviour. These mechanisms encompass a spectrum of approaches, ranging from domestic and international regulations to industry-driven initiatives and civil society interventions.

This article provides an overview of the existing mechanisms designed to enhance accountability for multinational corporations. By delving into the strengths, limitations, and real-world effectiveness of these mechanisms, it aims to examine the current landscape from the legal frameworks that seek to establish liability for corporate misconduct to voluntary sustainability certifications that encourage responsible practices, as each mechanism plays a distinct role in shaping the accountability paradigm. By shedding light on the successes and shortcomings of existing mechanisms, the article hopes to contribute to the ongoing discourse on creating a more responsible and accountable business landscape in an increasingly interconnected world.

The discussion commences with an overview of the existing mechanisms for enhancing accountability, such as Corporate Social Responsibility, the Global Reporting Initiative, the United Nations Global Compact and International Framework Agreements. It will then attempt an assessment of their effectiveness, along with ways to strengthen the existing mechanisms and initiatives. In the second part of the article, the analysis will focus on the role of international standards, guidelines, and legal frameworks in promoting responsible business conduct in MNCs, their implementation and overall efficiency. In the last part reference will be made to stakeholder engagement and the external audits as part of the wider process of enhancing accountability and closing the existing gaps in MNCs.

## *1. EXISTING MECHANISMS AND THEIR EFFECTIVENESS FOR ENHANCING ACCOUNTABILITY*

### a. Corporate Social Responsibility

CSR has been a popular approach to enhancing accountability in MNCs. As previously mentioned, the idea behind CSR is that corporations have a responsibility to consider the interests of society and the environment, going beyond mere profit-making activities<sup>1</sup>. Many companies adopt CSR initiatives, such as community development projects, environmental conservation efforts, and fair labour practices, to demonstrate their commitment to social and environmental concerns<sup>2</sup>. While CSR has led to positive changes in some companies, critics argue that it often remains a PR tool rather than

---

<sup>1</sup> Deborah DOANE, "Beyond Corporate Social Responsibility: Minnows, Mammoths and Markets", p. 215.

<sup>2</sup> Keith SLACK, "Mission Impossible?: Adopting a CSR-Based Business Model for Extractive Industries in Developing Countries", p. 179.

a genuine commitment to accountability<sup>3</sup>. The voluntary nature of CSR allows companies to choose which initiatives to adopt and disclose, leading to selective reporting and greenwashing<sup>4</sup>. Furthermore, the lack of standardised metrics makes it challenging to compare CSR efforts across companies accurately<sup>5</sup>.

### b. Global Reporting Initiative

The GRI is a framework that provides guidelines for companies to report on their sustainability performance<sup>6</sup>. By using standardised reporting metrics, the GRI aims to enhance transparency and comparability of corporate sustainability efforts<sup>7</sup>. This initiative encourages companies to disclose their impacts on various aspects, including the environment, labour practices, human rights, and anti-corruption measures<sup>8</sup>. However, its voluntary nature means that companies can choose not to participate or disclose only the information that reflects positively on their performance<sup>9</sup>. Additionally, the reporting process can be resource-intensive and complex, especially for smaller companies<sup>10</sup>.

### c. United Nations Global Compact

The UNGC is a voluntary initiative that calls on companies to align their strategies and operations with ten universally accepted principles<sup>11</sup>. These principles cover human rights, labour, environment, and anti-corruption, seeking to foster responsible corporate citizenship<sup>12</sup>. Companies that participate in the UNGC commit to upholding these principles and are encouraged to publicly disclose their progress<sup>13</sup>. However, as a voluntary initiative, it

---

<sup>3</sup> Tomas FREDERIKSEN, “Corporate Social Responsibility, Risk and Development in the Mining Industry”, p. 495.

<sup>4</sup> Addisu A. LASHITEW, “Corporate Uptake of the Sustainable Development Goals: Mere Greenwashing or an Advent of Institutional Change?”, p. 184.

<sup>5</sup> Francisco SZÉKELY and Marianna KNIRSCH, “Responsible Leadership and Corporate Social Responsibility”, pp. 628, 632.

<sup>6</sup> José M. MONEVA, Pablo ARCHEL and Carmen CORREA, “GRI and the Camouflaging of Corporate Unsustainability”, pp. 121, 127.

<sup>7</sup> Klaus DINGWERTH and Margot EICHINGER, “Tamed Transparency: How Information Disclosure under the Global Reporting Initiative Fails to Empower”, pp. 74, 90.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 89.

<sup>9</sup> Peter M. CLARKSON, Michael B. OVERELL and Larelle CHAPPLE, “Environmental Reporting and Its Relation to Corporate Environmental Performance”, pp. 27, 53.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Andreas RASCHE and Sandra WADDOCK, “Global Sustainability Governance and the UN Global Compact: A Rejoinder to Critics”, pp. 209, 211.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Jay J. JANNEY, Greg DESS and Victor FORLANI, “Glass Houses? Market Reactions to Firms Joining the UN Global Compact”, pp. 407, 409.



lacks enforcement mechanisms, and companies may join without genuinely fulfilling the principles<sup>14</sup>. Moreover, critics argue that the UNGC does not hold companies accountable for violations effectively, potentially undermining its impact<sup>15</sup>.

#### d. International Framework Agreements

IFAs are agreements negotiated between MNCs and global union federations<sup>16</sup>. These agreements aim to promote workers' rights, fair wages, and better working conditions across the corporation's global operations<sup>17</sup>. IFAs offer a platform for dialogue between companies and trade unions, potentially improving labour standards and ensuring accountability through a global approach<sup>18</sup>. However, their effectiveness is limited by the reluctance of some companies to engage in meaningful dialogue and the varying levels of commitment from different unions and corporations<sup>19</sup>. Furthermore, IFAs are sector-specific and may not address broader social and environmental issues<sup>20</sup>.

#### e. Voluntary Initiatives and Certifications

Various voluntary initiatives and certifications have emerged to encourage accountability in specific industries<sup>21</sup>. For instance, the FSC certifies sustainable forestry practices, while the ETI focuses on fair labour practices in global supply chains<sup>22</sup>. These initiatives aim to promote responsible business conduct through consumer awareness and industry collaboration<sup>23</sup>.

---

<sup>14</sup> Daniel BERLINER and Aseem PRAKASH, "Bluewashing' the Firm? Voluntary Regulations, Program Design, and Member Compliance with the United Nations Global Compact", pp. 115, 131.

<sup>15</sup> Oliver F. WILLIAMS, "The UN Global Compact: The Challenge and the Promise", pp. 755, 768.

<sup>16</sup> Veronika DEHNEN, "Transnational Alliances for Negotiating International Framework Agreements: Power Relations and Bargaining Processes between Global Union Federations and European Works Councils", pp. 577-578.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 582.

<sup>18</sup> André SOBCZAK, "Legal Dimensions of International Framework Agreements in the Field of Corporate Social Responsibility", pp. 466, 470.

<sup>19</sup> Christian LÉVESQUE and others, "Corporate Social Responsibility and Worker Rights: Institutionalizing Social Dialogue through International Framework Agreements", pp. 215, 217.

<sup>20</sup> Andrew L. FRIEDMAN and Samantha MILES, "Socially Responsible Investment and Corporate Social and Environmental Reporting in the UK: An Exploratory Study", pp. 523, 541.

<sup>21</sup> Sandra WADDOCK, "Building a New Institutional Infrastructure for Corporate Responsibility", pp. 87, 91.

<sup>22</sup> Michael BLOWFIELD, "Implementation Deficits of Ethical Trade Systems: Lessons from the Indonesian Cocoa and Timber Industries", pp. 77, 79.

<sup>23</sup> *Ibid.*

Voluntary initiatives and certifications have been successful in creating awareness and driving change in specific industries<sup>24</sup>. However, their impact is limited to companies that voluntarily participate, and adherence to standards may vary across different companies within an industry<sup>25</sup>. Additionally, the proliferation of certifications can create confusion for consumers and businesses alike<sup>26</sup>.

## 2. STRENGTHENING EXISTING MECHANISMS AND INITIATIVES

The reinforcement of existing mechanisms and initiatives plays a pivotal role in promoting responsible corporate behaviour within the global landscape. One essential approach involves the enforcement of mandatory reporting requirements for MNCs, a step that can significantly enhance transparency and comparability<sup>27</sup>. By compelling MNCs to divulge their social, environmental, and governance practices, this strategy ensures that stakeholders receive consistent and dependable information to make informed decisions<sup>28</sup>.

Moreover, fostering collaboration and coordination among governments, international organizations, civil society, and the private sector holds immense significance<sup>29</sup>. Through heightened cooperation, a harmonised set of global standards and best practices can be formulated, effectively bridging gaps that may exist among different initiatives<sup>30</sup>. This cohesive approach not only streamlines efforts but also strengthens the credibility of initiatives aimed at corporate responsibility<sup>31</sup>.

The establishment of robust international legal frameworks represents another critical avenue for addressing the complexities of cross-border accountability. Crafting treaties and conventions that specifically focus on corporate responsibility offers a robust foundation for holding MNCs accountable for their actions, transcending geographical boundaries and ensuring adherence to ethical and sustainable practices<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> Peter UTTING, “Corporate Responsibility and the Movement of Business”, pp. 375, 377.

<sup>25</sup> Magali A. DELMAS and Oran R. YOUNG, *Governance for the Environment*, p. 65.

<sup>26</sup> *Ibid.* See also Maximilian PRELL, Tulio ZANINI, Fabio CALDIERARO and Carmen MIGUELES, “Sustainability certifications and product preference”, pp. 893, 902.

<sup>27</sup> Anna Lucia MUSERRA, Marco PAPA and Francesco GRIMALDI, “Sustainable Development and the European Union Policy on Non Financial Information: An Italian Empirical Analysis”, pp. 22-23.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Axel HADENIUS and Fredrik UGGLA, “Making Civil Society Work, Promoting Democratic Development: What Can States and Donors Do?”, pp. 1621, 1624.

<sup>30</sup> Eric F. LAMBIN and Tannis THORLAKSON, “Sustainability Standards: Interactions between Private Actors, Civil Society, and Governments”, pp. 369, 384.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 385.

<sup>32</sup> John SULLIVAN, “The Moral Compass of Companies: Business Ethics and Corporate Governance as Anti-Corruption Tools”.

Equally important is the empowerment of civil society organisations and local communities, which can serve to strengthen accountability endeavours. Creating an enabling environment where these stakeholders actively engage in shaping corporate behaviour and decision-making processes contributes to a more holistic and inclusive approach to oversight<sup>33</sup>.

In parallel, promoting the adoption of transparent supply chains emerges as an effective mechanism for advancing corporate accountability. Encouraging MNCs to embrace transparency by revealing information about subcontractors and suppliers illuminates potential risks and impacts across the entire supply chain, underscoring the interrelation of various stages of production and distribution<sup>34</sup>.

Therefore, a multifaceted approach that encompasses mandatory reporting, collaboration, legal frameworks, empowerment of civil society and local communities, and transparent supply chains is well-positioned to reinforce existing mechanisms and initiatives.

### 3. THE WAY FORWARD: BALANCING PROFIT AND RESPONSIBILITY

Firstly, companies should make sure they do business responsibly by making sustainability and accountability part of their main strategies<sup>35</sup>. This will not only help them create value in the long run but also protect their reputation<sup>36</sup>.

Next, it's important to match rewards and incentives with sustainable goals. Companies can change the way they reward employees to encourage good practices and discourage actions that aren't responsible<sup>37</sup>. They can measure success not only by financial results but also by considering how their actions affect people and the environment<sup>38</sup>.

A culture of accountability is also essential, this means that everyone in the company, from the top executives to the regular workers, should feel

---

<sup>33</sup> Roné RENSBERG and Estelle DE BEER, "Stakeholder Engagement: A Crucial Element in the Governance of Corporate Reputation", pp. 151-152.

<sup>34</sup> Genevieve LEBARON, "The Role of Supply Chains in the Global Business of Forced Labour", p. 29.

<sup>35</sup> Rupert J. BAUMGARTNER, "Managing Corporate Sustainability and CSR: A Conceptual Framework Combining Values, Strategies and Instruments Contributing to Sustainable Development", pp. 258, 260.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 262.

<sup>37</sup> Marcia P. MICELI and Janet P. NEAR, *Blowing the Whistle: The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, pp. 87-88.

<sup>38</sup> MICELI and NEAR, *op. cit.*, pp. 87-88.

responsible for their actions<sup>39</sup>. Open communication, making ethical decisions, and always aiming for sustainable results are key aspects of this culture<sup>40</sup>.

Technology can play a big role too. New technologies and data analysis tools can help companies keep a closer eye on what they're doing and report it accurately<sup>41</sup>. This way, they can make sure they're having a positive impact on society and the environment<sup>42</sup>.

By bringing all of these ideas together, a way for businesses to act responsibly, align their goals with sustainability, promote a culture of responsibility, and use technology to keep track of their actions is created.

Therefore, while mechanisms, such as CSR, GRI, UNGC, IFAs, and voluntary certifications make strides in responsible practices, they wrestle with selectivity and complexity. To advance responsible conduct, mandatory reporting ensures transparency, cross-sector collaboration harmonises standards, international legal frameworks ensure accountability, civil society empowerment widens oversight, and transparent supply chains shed light on operations. Aligning profit with responsibility involves integrating sustainability into core strategies, incentivising sustainable practices, fostering a culture of accountability, and harnessing technology for accurate monitoring. In this way, MNCs can navigate a path that harmonises profit and responsibility for a more ethical and sustainable future.

## *II. The Role of International Standards, Guidelines and Legal Frameworks in Promoting Responsible Business Conduct in MNCs*

MNCs face heightened scrutiny due to concerns about their social, environmental, and ethical responsibilities<sup>43</sup>. To address these challenges, international standards, guidelines, and legal frameworks have emerged as essential tools in promoting responsible business conduct within MNCs. This section of the chapter examines the role of such mechanisms, assessing

---

<sup>39</sup> Mark S. SCHWARTZ, "Developing and Sustaining an Ethical Corporate Culture: The Core Elements", pp. 39-40.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 45.

<sup>41</sup> Thomas H. DAVENPORT and Jeanne G. HARRIS, *Competing on Analytics: The New Science of Winning*, p. 134.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Turhan KAYMAK and Eralp BEKTAS, "Corporate Social Responsibility and Governance: Information Disclosure in Multinational Corporations", pp. 555, 557.

their effectiveness, limitations, and potential for improvement in shaping responsible corporate behaviour.

### 1. RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT AND ITS IMPORTANCE

Responsible business conduct refers to the ethical, transparent, and sustainable practices adopted by companies to minimize negative impacts on society and the environment<sup>44</sup>. For MNCs, responsible conduct is crucial as they often operate in diverse cultural, legal, and regulatory landscapes<sup>45</sup>. Embracing responsible practices can enhance their reputation, mitigate risks, and contribute to long-term profitability. Moreover, it aligns with growing demands from consumers, investors, and civil society for ethical and sustainable business practices<sup>46</sup>.

### 2. INTERNATIONAL STANDARDS AND GUIDELINES FOR RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT AND THEIR EFFECTIVENESS

The establishment of international standards for responsible business conduct serves as a basis in fostering ethical and sustainable corporate practices<sup>47</sup>. These standards encompass a range of crucial guidelines and principles designed to uphold human rights, promote responsible labour practices, safeguard the environment, and combat corruption<sup>48</sup>.

One such framework is the UNGPs, which define both governmental obligations to protect human rights and corporate mandates to respect them<sup>49</sup>. This encompasses aspects such as human rights due diligence, mechanisms for addressing grievances, and the imperative of meaningful engagement with stakeholders<sup>50</sup>.

Further contributing to this global approach is the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. While non-binding, these guidelines present recommendations spanning human rights, labour, the environment, and

---

<sup>44</sup> Marcel VAN MARREWIJK, "Concepts and Definitions of CSR and Corporate Sustainability: Between Agency and Communion", pp. 95, 99.

<sup>45</sup> Yadong LUO, "From Foreign Investors to Strategic Insiders: Shifting Parameters, Prescriptions and Paradigms for MNCs in China", pp. 14, 19.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Thomas HANKE and Wolfgang STARK, "Strategy Development: Conceptual Framework on Corporate Social Responsibility", pp. 507-508.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Michael K. ADDO, "The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights", pp. 133, 136.

<sup>50</sup> *Ibid.*

anti-corruption efforts<sup>51</sup>. By adhering to these guidelines, countries signal an encouragement for their respective companies to mirror responsible conduct<sup>52</sup>.

Central to these rules and principles are the ILO Core Conventions, which highlight fundamental labour rights<sup>53</sup>. Embracing principles such as freedom of association, collective bargaining, and the elimination of forced and child labour, these conventions signify a commitment to socially responsible labour practices<sup>54</sup>.

Complementing this comprehensive framework is ISO 26000, which offers voluntary guidance on social responsibility<sup>55</sup>. This guidance extends to MNCs, covering essential subjects like human rights, labour practices, environmental stewardship, and consumer considerations<sup>56</sup>.

Lastly, while not tailored exclusively to MNCs, the United Nations SDGs offer a universal blueprint for sustainable development<sup>57</sup>. Encouraging alignment with these global objectives, MNCs are prompted to incorporate SDGs into their strategies, thereby contributing to a shared commitment to a more ethical, equitable, and sustainable world<sup>58</sup>.

Furthermore, the adoption and implementation of international standards and guidelines by MNCs have shown mixed results. Some companies have embraced these principles and integrated them into their operations, leading to positive changes in their behaviour. However, others have been criticised for adopting a “tick-the-box” approach, implementing superficial changes to comply with standards without genuine commitment. Additionally, monitoring and reporting mechanisms vary, leading to inconsistencies in assessing compliance. The role of civil society and NGOs in holding companies accountable cannot be understated, but resource constraints and limited enforcement powers present challenges<sup>59</sup>.

---

<sup>51</sup> Eva VAN DER ZEE, “Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?”, pp. 33, 56.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Leonardo BACCINI and Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, “Why Do States Commit to International Labour Standards? Interdependent Ratification of Core ILO Conventions, 1948-2009”, pp. 446, 484.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Lars MORATIS and Timo COCHIUS, *ISO 26000: The Business Guide to the New Standard on Social Responsibility*, p. 53.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Franziska GÜNZEL-JENSEN and others, “Do the United Nations’ Sustainable Development Goals Matter for Social Entrepreneurial Ventures? A Bottom-up Perspective”, pp. 162, 165.

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 168.

<sup>59</sup> Colin SCOTT, “Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance”, pp. 56, 75.

### 3. LEGAL FRAMEWORKS: STRENGTHENING RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT AND THEIR IMPACT ON MNCs

While international standards and voluntary guidelines provide a foundation for responsible business conduct, legal frameworks play a crucial role in elevating their implementation. These frameworks encompass a diverse collection of laws and regulations, extending from extraterritorial jurisdiction to human rights due diligence laws, environmental regulations, tax transparency measures, and access to effective remedy mechanisms. Unlike voluntary standards, legal frameworks possess the power to enforce responsible practices, acting as a deterrent for MNCs to prevent legal consequences<sup>60</sup>. The potential impact of legal frameworks is substantial; they have the ability to reshape MNCs' behaviours and strategies<sup>61</sup>.

Legal requirements can exert a profound influence on the choices made by MNCs. The prospect of facing legal actions or enduring reputational harm can serve as a powerful incentive for companies to prioritize responsible practices<sup>62</sup>. These requirements can initiate transformative shifts in corporate strategies, prompting investments in sustainable technologies and enhancing supply chain practices<sup>63</sup>. Furthermore, legal frameworks can contribute to nurturing a corporate culture that places ethics, compliance, and stakeholder engagement at the forefront<sup>64</sup>.

While legal frameworks hold considerable promise, their effectiveness hinges on several factors. Robust enforcement mechanisms, cooperation between jurisdictions, and addressing challenges related to corporate capture and regulatory arbitrage are essential<sup>65</sup>. Despite the potential benefits, enforcing legal frameworks across international borders remains a complex task, owing to variations in legal systems and the intricacies of jurisdiction<sup>66</sup>. Nevertheless, the integration of legal frameworks with international standards offers a strong mechanism for fostering responsible business

---

<sup>60</sup> John Gerard RUGGIE, "Multinationals as Global Institution: Power, Authority and Relative Autonomy", pp. 317, 322.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Kevin T. JACKSON, *Building Reputational Capital: Strategies for Integrity and Fair Play That Improve the Bottom Line*, p. 112.

<sup>63</sup> Sara SABERI and others, "Blockchain Technology and Its Relationships to Sustainable Supply Chain Management", pp. 2117, 2124.

<sup>64</sup> Bryan HUSTED and David Bruce ALLEN, *Corporate Social Strategy: Stakeholder Engagement and Competitive Advantage*, p. 143.

<sup>65</sup> Victor FLEISCHER, "Regulatory Arbitrage", p. 227.

<sup>66</sup> Janet DINE, "Jurisdictional Arbitrage by Multinational Companies: A National Law Solution?", pp. 44, 48.

conduct, ultimately steering MNCs toward sustainable and ethically sound practices on a global scale<sup>67</sup>.

#### 4. *SUCCESSSES AND FAILURES OF THE APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS AND LEGAL FRAMEWORKS*

Examining actual cases provides valuable insights into the practical successes and failures encountered when implementing international standards and legal frameworks to foster responsible business conduct.

In the realm of success, the impact of the UNGPs within the Ruggie Framework stands out<sup>68</sup>. The framework was developed by John Ruggie, a former UN Special Representative for Business and Human Rights, and consists of principles that have steered changes in corporate behaviour, prompting some companies to undertake comprehensive human rights due diligence and engage stakeholders proficiently to mitigate risks<sup>69</sup>.

Conversely, challenges persist, exemplified by the task of addressing child labour within global supply chains. Despite determined efforts, the intricate nature of these supply chains and limited enforcement capabilities have posed obstacles to the eradication of child labour, emphasizing the complexities essential in implementing international standards<sup>70</sup>.

These case studies emphasise the multifaceted nature of applying international standards and legal frameworks. While some successes demonstrate the positive impact of such initiatives, failures highlight the ongoing efforts required to ensure responsible business conduct in an ever-changing global arena.

#### 5. *RECOMMENDATIONS FOR ENHANCING RESPONSIBLE BUSINESS CONDUCT IN MNCs*

To enhance responsible business conduct in MNCs several recommendations can be put forth. Firstly, governments and international organisations should actively promote the wider adoption of international standards and

---

<sup>67</sup> Christian VOEGTLIN and Andreas Georg SCHERER, “Responsible Innovation and the Innovation of Responsibility: Governing Sustainable Development in a Globalized World”, pp. 227, 232.

<sup>68</sup> Astrid SANDERS, “The Impact of the ‘Ruggie Framework’ and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights on Transnational Human Rights Litigation”, p. 299.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Esben Rahbek PEDERSEN and Mette ANDERSEN, “Safeguarding Corporate Social Responsibility (CSR) in Global Supply Chains: How Codes of Conduct Are Managed in Buyer-Supplier Relationships”, pp. 228, 239.



guidelines among MNCs<sup>71</sup>. This can be achieved through offering incentives, facilitating capacity building, and extending support to companies<sup>72</sup>. Additionally, governments should collaborate on crafting robust legal frameworks that encompass extraterritorial jurisdiction, enabling the accountability of MNCs for their actions beyond their home jurisdictions<sup>73</sup>. To further reinforce responsible conduct, the establishment of standardised and credible monitoring, reporting, and enforcement mechanisms is essential, ensuring that MNCs adhere to responsible practices<sup>74</sup>. Moreover, the promotion of cross-sector collaboration and multistakeholder partnerships involving governments, businesses, civil society, and international organisations can strengthen joint efforts in advancing responsible business conduct<sup>75</sup>. Lastly, fostering awareness and education among stakeholders, including consumers, investors, and employees, is pivotal in advocating for and making informed decisions aligned with responsible practices<sup>76</sup>.

Therefore, international standards, guidelines, and legal frameworks play a crucial role in shaping responsible business conduct in MNCs. These tools address ethical, environmental, and social concerns, though their impact varies. While standards offer a comprehensive framework, legal frameworks enforce accountability.

### *III. The Effectiveness of External Audits and Stakeholder Engagement in Enhancing Accountability*

External audits and stakeholder engagement have emerged as potential mechanisms to bridge the accountability gaps in MNCs. This section of the chapter examines the effectiveness of these approaches in promoting responsible business practices and closing the accountability divide.

---

<sup>71</sup> Lucio BACCARO and Valentina MELE, “For Lack of Anything Better? International Organizations and Global Corporate Codes”, pp. 451, 455.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> John Gerard RUGGIE, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, pp. 9-13.

<sup>74</sup> Bindu ARYA and Balbir BASSI, “Corporate Social Responsibility and Broad-Based Black Economic Empowerment Legislation in South Africa”, pp. 674, 676.

<sup>75</sup> Stephan MANNING and Daniel ROESSLER, “The Formation of Cross-Sector Development Partnerships: How Bridging Agents Shape Project Agendas and Longer-Term Alliances”, pp. 527, 537.

<sup>76</sup> Pamela SLOAN, “Redefining Stakeholder Engagement: From Control to Collaboration”, pp. 25, 31.

## 1. THE ROLE OF EXTERNAL AUDITS IN MNCs

External audits constitute a pivotal mechanism for evaluating and enhancing corporate accountability within MNCs<sup>77</sup>. These audits, conducted by independent third parties, play a crucial role in assessing the extent to which companies adhere to specific standards or commitments, providing an objective and impartial evaluation of their engagement with voluntary initiatives or industry-specific requirements<sup>78</sup>.

However, the realm of external audits has its challenges. One significant obstacle lies in accessing comprehensive data from complex global supply chains, which can pose difficulties in capturing the full scope of a company's operations and potential areas of non-compliance<sup>79</sup>. Moreover, the absence of standardised criteria across various sectors and industries can obstruct the comparability and consistency of audit outcomes<sup>80</sup>. Auditors also struggle with the complex task of navigating diverse legal frameworks across different countries, impacting their ability to effectively enforce accountability measures<sup>81</sup>.

In the pursuit of enhancing accountability in MNCs, it is imperative to focus on refining external auditing practices. A key recommendation involves the standardisation of auditing criteria and methodologies, a step that can produce uniformity and reliability in assessment processes<sup>82</sup>. By establishing consistent benchmarks for evaluation, companies and auditors alike can ensure that the same standard is applied across different contexts, facilitating more accurate and equitable assessments<sup>83</sup>.

Collaborative efforts emerge as an effective strategy for enhancing the impact of external audits<sup>84</sup>. Through meaningful engagement and coopera-

---

<sup>77</sup> Yadong LUO, "Corporate Governance and Accountability in Multinational Enterprises: Concepts and Agenda", p. 1.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Marcel MATTHESS and others, "Supplier Sustainability Assessment in the Age of Industry 4.0 - Insights from the Electronics Industry", pp. 100038, 100049.

<sup>80</sup> Friederike ALBERSMEIER and others, "The Reliability of Third-Party Certification in the Food Chain: From Checklists to Risk-Oriented Auditing", pp. 927, 931.

<sup>81</sup> Sandra A. WADDOCK, Charles BODWELL and Samuel B. GRAVES, "Responsibility: The New Business Imperative", pp. 132, 137.

<sup>82</sup> Olivier BOIRAL, Iñaki HERAS-SAIZARBITORIA and Marie-Christine BROTHERTON, "Assessing and Improving the Quality of Sustainability Reports: The Auditors' Perspective", pp. 703, 710.

<sup>83</sup> *Op. cit.*, p. 711.

<sup>84</sup> BLUE RIBBON COMMITTEE ON IMPROVING THE EFFECTIVENESS OF CORPORATE AUDIT COMMITTEES, "Report and Recommendations of the Blue-Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees", pp. 1067, 1069.

tion between auditors, companies, and relevant stakeholders, the effectiveness of auditing practices can be magnified<sup>85</sup>. This collaborative approach can enhance the comprehensiveness of audits, encompassing a broader spectrum of perspectives and insights that contribute to a more robust evaluation of corporate accountability<sup>86</sup>.

In essence, external audits stand as a basis of accountability enhancement in the realm of MNCs. While challenges persist, strategic initiatives such as standardisation and collaboration hold the potential to strengthen the effectiveness and credibility of external auditing practices, ultimately fostering an environment of heightened transparency, responsibility, and ethical conduct within the global business landscape.

## 2. FOSTERING ACCOUNTABILITY THROUGH STAKEHOLDER ENGAGEMENT IN MNCs

Stakeholder engagement stands as a fundamental mechanism for ensuring accountability within MNCs<sup>87</sup>. This multifaceted approach highlights the value of involving a diverse group of stakeholders, ranging from local communities and workers to NGOs and consumers. By embracing this inclusive engagement, MNCs can effectively comprehend and holistically address a spectrum of concerns and impacts that originate from their operations<sup>88</sup>.

The significance of stakeholder engagement is featured by its potential to foster a transparent and responsive relationship between MNCs and their various stakeholders<sup>89</sup>. Through active and ongoing communication, MNCs can gain insights into the expectations, needs, and preferences of their stakeholders<sup>90</sup>. Stakeholder mapping and communication facilitate the identification of key actors, allowing companies to tailor their engagement strategies accordingly<sup>91</sup>. This, in turn, paves the way for meaningful dia-

---

<sup>85</sup> W Robert KNECHEL and Ann VANSTRAELEN, "The Relationship between Auditor Tenure and Audit Quality Implied by Going Concern Opinions", pp. 113, 122.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> Anabella DAVILA, Carlos RODRÍGUEZ-LLUESMA and Marta M ELVIRA, "Engaging Stakeholders in Emerging Economies: The Case of Multilatinas", pp. 949, 956.

<sup>88</sup> *Op. cit.*, p. 950.

<sup>89</sup> Thomas MAAK, "Responsible Leadership, Stakeholder Engagement, and the Emergence of Social Capital", pp. 329, 340.

<sup>90</sup> John CHILD and Terence TSAI, "The Dynamic between Firms' Environmental Strategies and Institutional Constraints in Emerging Economies: Evidence from China and Taiwan", pp. 95, 102.

<sup>91</sup> Kristina SEDEREVICIUTE and Chiara VALENTINI, "Towards a More Holistic Stakeholder Analysis Approach. Mapping Known and Undiscovered Stakeholders from Social Media", pp. 221, 229.

logue, enabling companies to address grievances, mitigate risks, and capitalise on opportunities<sup>92</sup>.

However, while the advantages of stakeholder engagement are substantial, it is not without its challenges. Meaningful engagement requires a significant commitment of time, resources, and effort<sup>93</sup>. Sustaining a genuine and open dialogue demands a willingness to listen, comprehend, and respond to stakeholders' inputs, thereby building a foundation of trust and collaboration<sup>94</sup>. The complexity lies in balancing a diverse array of stakeholder interests, which can occasionally conflict with the pursuit of short-term financial gains<sup>95</sup>.

To enforce accountability within MNCs, a set of recommendations comes to the forefront, primarily centered on elevating the practice of stakeholder engagement. It is essential for companies to move beyond brief engagements and instead embrace a comprehensive and collaborative approach to dialogue with stakeholders<sup>96</sup>. The integration of stakeholders' perspectives and concerns into decision-making processes serves as a powerful driver for ethical, sustainable, and accountable practices<sup>97</sup>. Furthermore, building internal capacity within companies to effectively engage with stakeholders is paramount. This entails developing the necessary skills, structures, and processes to facilitate meaningful interactions, thereby nurturing a culture of responsiveness, transparency, and ethical conduct<sup>98</sup>.

Fundamentally, stakeholder engagement stands as a foundation of accountability, offering a proactive opportunity for MNCs to align their actions with societal and environmental expectations<sup>99</sup>. By engaging stakeholders in a meaningful and collaborative manner, MNCs can transcend challenges, enhance their credibility, and contribute to a global business landscape characterised by responsible and ethical practices<sup>100</sup>.

Therefore, the effectiveness of external audits and stakeholder engagement in enhancing accountability within MNCs is evident. External

---

<sup>92</sup> SEDEREVICIUTE and VALENTINI, *op. cit.*, pp. 221, 229.

<sup>93</sup> James E POST, Lee E. PRESTON and Sybille SACHS, *Redefining the Corporation: Stakeholder Management and Organizational Wealth*, pp. 77-78.

<sup>94</sup> Jörg ANDRIOF and others, *Unfolding Stakeholder Thinking. 2, Relationships, Communication, Reporting and Performance*, p. 96.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Jörg ANDRIOF, R. Edward FREEMAN, Bryan HUSTED and Sandra SUTHERLAND RAHMAN, *Unfolding Stakeholder Thinking. Theory, Responsibility and Engagement*, pp. 34-37.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Mollie PAINTER-MORLAND, "Systemic Leadership and the Emergence of Ethical Responsiveness", pp. 509, 520.

<sup>99</sup> Simon S. GAO and Jane J. ZHANG, "Stakeholder Engagement, Social Auditing and Corporate Sustainability", pp. 722, 730.

<sup>100</sup> *Ibid.*

audits provide an impartial evaluation of adherence to standards, with standardisation and collaboration improving their impact. Stakeholder engagement facilitates transparent communication and insights, although challenges exist. By refining these mechanisms and embracing comprehensive engagement, MNCs can cultivate responsible, ethical, and transparent practices, contributing to a more accountable global business landscape.

### *Conclusion*

This article examined corporate accountability in the modern business world with emphasis on MNCs. Unveiling accountability gaps of MNCs is crucial for addressing the negative consequences that arise from their actions. By identifying the specific gaps, understanding the contributing factors behind them, governments and policymakers can work towards closing these gaps and promoting greater corporate responsibility. Recognising the root causes and drivers of accountability gaps, as well as examining the effect of these gaps should be the starting point. Then, identifying common patterns and trends across industries and regions provides valuable insights and assists in developing effective strategies and regulatory frameworks for ensuring that MNCs operate in a responsible and ethical manner. Through rigorous efforts at both national and international level a global business environment characterised by integrity, sustainability, and accountability will emerge as an imperative for a prosperous and harmonious future, benefitting both the global economy and society as a whole.

### *Bibliography*

- ADDO, Michael K., "The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights", in *Human Rights Law Review*, vol. 14, Issue 1, 2014.
- ALBERSMEIER, Friederike and others, "The Reliability of Third-Party Certification in the Food Chain: From Checklists to Risk-Oriented Auditing", in *Food Control*, vol. 20, No. 10, 2009.
- ANDRIOF, Jörg and others, *Unfolding Stakeholder Thinking. 2, Relationships, Communication, Reporting and Performance*, Abingdon/New York, Routledge, 2017.
- ANDRIOF, Jörg; R. Edward FREEMAN, Bryan HUSTED and Sandra SUTHERLAND RAHMAN, *Unfolding Stakeholder Thinking: Theory, Responsibility and Engagement*, Abingdon/New York, Greenleaf, 2002.
- ARYA, Bindu and Balbir BASSI, "Corporate Social Responsibility and Broad-Based Black Economic Empowerment Legislation in South Africa", in *Business & Society*, vol. 54, No. 4, 2009.

- BACCARO, Lucio and Valentina Mele, “For Lack of Anything Better? International Organizations and Global Corporate Codes”, in *Public Administration*, vol. 82, No. 2, 2011.
- BACCINI, Leonardo and Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, “Why Do States Commit to International Labor Standards? Interdependent Ratification of Core ILO Conventions, 1948-2009”, in *World Politics*, vol. 66, No. 3, 2014.
- BAUMGARTNER, Rupert J., “Managing Corporate Sustainability and CSR: A Conceptual Framework Combining Values, Strategies and Instruments Contributing to Sustainable Development”, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, vol. 21, No. 5, 2014.
- BERLINER, Daniel and Aseem PRAKASH, “‘Bluewashing’ the Firm? Voluntary Regulations, Program Design, and Member Compliance with the United Nations Global Compact”, in *Policy Studies Journal*, vol. 43, No. 1, 2014.
- BLOWFIELD, Michael, “Implementation Deficits of Ethical Trade Systems: Lessons from the Indonesian Cocoa and Timber Industries”, in *The Journal of Corporate Citizenship*, No. 13, 2004.
- BLUE RIBBON COMMITTEE ON IMPROVING THE EFFECTIVENESS OF CORPORATE AUDIT COMMITTEES, “Report and Recommendations of the Blue-Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees”, in *The Business Lawyer*, vol. 54, No. 3, 1999.
- BOIRAL, Olivier, Iñaki HERAS-SAIZARBITORIA and Marie-Christine BROTHERTON, “Assessing and Improving the Quality of Sustainability Reports: The Auditors’ Perspective”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 155, No. 3, 2017.
- CHILD, John and Terence TSAI, “The Dynamic between Firms’ Environmental Strategies and Institutional Constraints in Emerging Economies: Evidence from China and Taiwan”, in *Journal of Management Studies*, vol. 42, No. 1, 2005.
- CLARKSON, Peter M.; Michael B. OVERELL and Larelle CHAPPLE, “Environmental Reporting and Its Relation to Corporate Environmental Performance”, in *Abacus*, vol. 47, No. 1, 2011.
- DAVENPORT, Thomas H. and Jeanne G. HARRIS, *Competing on Analytics: The New Science of Winning*, Boston, Harvard Business Review Press, 2007.
- DAVILA, Anabella, Carlos RODRIGUEZ-LLUESMA and Marta M. ELVIRA, “Engaging Stakeholders in Emerging Economies: The Case of Multilatinas”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 152, No. 4, 2018.
- DEHNEN, Veronika, “Transnational Alliances for Negotiating International Framework Agreements: Power Relations and Bargaining Processes between Global Union Federations and European Works Councils”, in *British Journal of Industrial Relations*, vol. 51, No. 3, 2013.
- DELMAS, Magali A. and Oran R. YOUNG, *Governance for the Environment*, Oxford, Cambridge University Press, 2009.
- DINE, Janet, “Jurisdictional Arbitrage by Multinational Companies: A National Law Solution?”, in *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, No. 1, 2012.

- DINGWERTH, Klaus and Margot EICHINGER, "Tamed Transparency: How Information Disclosure under the Global Reporting Initiative Fails to Empower", in *Global Environmental Politics*, vol. 10, No. 3, 2010.
- DOANE, Deborah, "Beyond Corporate Social Responsibility: Minnows, Mammoths and Markets", in *Futures*, vol. 37, Nos. 2-3, March-April 2005.
- FLEISCHER, Victor, "Regulatory Arbitrage", in *Texas Law Review*, vol. 89, No. 2, 2010.
- FREDERIKSEN, Tomas, "Corporate Social Responsibility, Risk and Development in the Mining Industry", in *Resources Policy*, vol. 59, 2018.
- FRIEDMAN, Andrew L. and Samantha MILES, "Socially Responsible Investment and Corporate Social and Environmental Reporting in the UK: An Exploratory Study", in *The British Accounting Review*, vol. 33, No. 4, 2001.
- GAO, Simon S. and Jane J. ZHANG, "Stakeholder Engagement, Social Auditing and Corporate Sustainability", in *Business Process Management Journal*, vol. 12, No. 6, 2006.
- GÜNZEL-JENSEN, Franziska and others, "Do the United Nations' Sustainable Development Goals Matter for Social Entrepreneurial Ventures? A Bottom-up Perspective", in *Journal of Business Venturing Insights*, vol. 13, 2020.
- HADENIUS, Axel and Fredrik UGGLA, "Making Civil Society Work, Promoting Democratic Development: What Can States and Donors Do?", in *World Development*, vol. 24, No. 10, 1996.
- HANKE, Thomas and Wolfgang STARK, "Strategy Development: Conceptual Framework on Corporate Social Responsibility", in *Journal of Business Ethics*, vol. 85, No. 3, 2009.
- HUSTED, Bryan and David Bruce ALLEN, *Corporate Social Strategy: Stakeholder Engagement and Competitive Advantage*, Oxford, Cambridge University Press, 2011.
- JACKSON, Kevin T., *Building Reputational Capital: Strategies for Integrity and Fair Play That Improve the Bottom Line*, Oxford, Oxford University Press 2004.
- JANNEY, Jay J.; Greg DESS and Victor FORLANI, "Glass Houses? Market Reactions to Firms Joining the UN Global Compact", in *Journal of Business Ethics*, vol. 90, No. 3, 2009.
- KAYMAK, Turhan and Eralp BEKTAS, "Corporate Social Responsibility and Governance: Information Disclosure in Multinational Corporations", in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, vol. 24, No. 6, 2017.
- KNECHEL, W. Robert and Ann VANSTRAELEN, "The Relationship between Auditor Tenure and Audit Quality Implied by Going Concern Opinions", in *AUDITING: A Journal of Practice & Theory*, vol. 23, No. 1, 2007.
- LAMBIN, Eric F. and Tannis THORLAKSON, "Sustainability Standards: Interactions between Private Actors, Civil Society, and Governments", in *Annual Review of Environment and Resources*, No. 43, 2018.
- LASHITEW, Addisu A., "Corporate Uptake of the Sustainable Development Goals: Mere Greenwashing or an Advent of Institutional Change?", in *Journal of International Business Policy* vol. 4, No. 1, 2021.

- LEBARON, Genevieve, “The Role of Supply Chains in the Global Business of Forced Labour”, in *Journal of Supply Chain Management*, vol. 57, No. 2, 2021.
- LÉVESQUE, Christian and others, “Corporate Social Responsibility and Worker Rights: Institutionalizing Social Dialogue through International Framework Agreements”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 153, No. 1, 2016.
- LUO, Yadong, “Corporate Governance and Accountability in Multinational Enterprises: Concepts and Agenda”, in *Journal of International Management*, vol. 11, No. 1, 2005.
- LUO, Yadong, “From Foreign Investors to Strategic Insiders: Shifting Parameters, Prescriptions and Paradigms for MNCs in China”, in *Journal of World Business*, vol. 42, No. 1, 2007.
- MAAK, Thomas, “Responsible Leadership, Stakeholder Engagement, and the Emergence of Social Capital”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 74, 2007.
- MANNING, Stephan and Daniel ROESSLER, “The Formation of Cross-Sector Development Partnerships: How Bridging Agents Shape Project Agendas and Longer-Term Alliances”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 123, No. 3, 2013.
- MATTHES, Marcel and others, “Supplier Sustainability Assessment in the Age of Industry 4.0 - Insights from the Electronics Industry”, in *Cleaner Logistics and Supply Chain*, vol. 4, 2022.
- MICELI, Marcia P. and Janet P. NEAR, *Blowing the Whistle: The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, New York, Lexington Books, 1992.
- MONEVA José M., Pablo ARCHEL and Carmen CORREA, “GRI and the Camouflaging of Corporate Unsustainability”, in *Accounting Forum*, vol. 30, 2006.
- MORATIS, Lars and Timo COCHIUS, *ISO 26000: The Business Guide to the New Standard on Social Responsibility*, Abingdon/New York, Routledge, 2017.
- MUSERRA, Anna Lucia, Marco PAPA and Francesco GRIMALDI, “Sustainable Development and the European Union Policy on Non Financial Information: An Italian Empirical Analysis”, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, vol. 27, No. 1, 2019.
- PAINTER-MORLAND, Mollie, “Systemic Leadership and the Emergence of Ethical Responsiveness”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 82, No. 2, 2008.
- PEDERSEN, Esben Rahbek and Mette ANDERSEN, “Safeguarding Corporate Social Responsibility (CSR) in Global Supply Chains: How Codes of Conduct Are Managed in Buyer-Supplier Relationships”, in *Journal of Public Affairs*, vol. 6, No. 3/4, 2006.
- POST, James E.; Lee E. PRESTON and Sybille SACHS, *Redefining the Corporation: Stakeholder Management and Organizational Wealth*, California, Stanford University Press, 2011.
- PRELL, Maximilian, Tulio ZANINI; Fabio CALDIERARO and Carmen MIGUELES, “Sustainability certifications and product preference”, in *Marketing Intelligence & Planning*, vol. 38, No. 7, 2020.



- RASCHE, Andreas and WADDOCK, Sandra, "Global Sustainability Governance and the UN Global Compact: A Rejoinder to Critics", in *Journal of Business Ethics*, vol. 122, No. 2, 2014.
- RENSBURG, Ronél and Estelle DE BEER, "Stakeholder Engagement: A Crucial Element in the Governance of Corporate Reputation", in *Communitas*, vol. 16, 2011.
- RUGGIE, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, WW New York/London, Norton & Company, 2014.
- RUGGIE, John Gerard, "Multinationals as Global Institution: Power, Authority and Relative Autonomy", in *Regulation & Governance*, vol. 12, No. 3, 2017.
- SABERI, Sara and others, "Blockchain Technology and Its Relationships to Sustainable Supply Chain Management", in *International Journal of Production Research*, vol. 57, No. 7, 2019.
- SANDERS, Astrid, "The Impact of the 'Ruggie Framework' and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights on Transnational Human Rights Litigation", in Jena MARTIN & Karen BRAVO (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, New York, Cambridge University Press, 2015.
- SCHWARTZ, Mark S., "Developing and Sustaining an Ethical Corporate Culture: The Core Elements", in *Business Horizons*, vol. 51, No. 1, 2013.
- SCOTT, Colin, "Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance", in *Journal of Law and Society*, vol. 29, No. 1, 2002.
- SEDEREVICIUTE, Kristina and Chiara VALENTINI, "Towards a More Holistic Stakeholder Analysis Approach. Mapping Known and Undiscovered Stakeholders from Social Media", in *International Journal of Strategic Communication*, vol. 5, No. 4, 2011.
- SLACK Keith, "Mission Impossible?: Adopting a CSR-Based Business Model for Extractive Industries in Developing Countries", in *Resources Policy* vol. 37, No. 2, 2012.
- SLOAN, Pamela, "Redefining Stakeholder Engagement: From Control to Collaboration", in *The Journal of Corporate Citizenship*, No. 36, 2009.
- SOBCZAK, André, "Legal Dimensions of International Framework Agreements in the Field of Corporate Social Responsibility", in *Relations Industrielles*, vol. 62, No. 3, 2007.
- SULLIVAN, John, "The Moral Compass of Companies: Business Ethics and Corporate Governance as Anti-Corruption Tools", in *Focus*, No. 7, 2009. Disponible en <http://hdl.handle.net/10986/23980> [fecha de consulta: 5 de junio de 2023].
- SZÉKELY FRANCISCO and Marianna KNIRSCH, "Responsible Leadership and Corporate Social Responsibility", in *European Management Journal*, vol. 23, No. 6, 2005.
- UTTING, Peter, "Corporate Responsibility and the Movement of Business", in *Development in Practice*, vol. 15, No. 3/4, 2005.
- VAN DER ZEE, Eva, "Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?", in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, No. 1, 2013.

- VAN MARREWIK, Marcel, “Concepts and Definitions of CSR and Corporate Sustainability: Between Agency and Communion”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 44, No. 2/3, 2003.
- VOEGLIN, Christian and Andreas Georg SCHERER, “Responsible Innovation and the Innovation of Responsibility: Governing Sustainable Development in a Globalized World”, in *Journal of Business Ethics*, vol. 143, No. 2, 2015.
- WADDOCK, Sandra, “Building a New Institutional Infrastructure for Corporate Responsibility”, in *Academy of Management Perspectives*, vol. 22, No. 3, 2008.
- WADDOCK, Sandra A.; Charles BODWELL and Samuel B. GRAVES, “Responsibility: The New Business Imperative”, in *Academy of Management Perspectives*, vol. 16, No. 2, 2002.
- WILLIAMS, Oliver F., “The UN Global Compact: The Challenge and the Promise”, in *Business Ethics Quarterly*, vol. 14, No. 4, 2004.

### *Acronyms and abbreviations*

CMN	corporaciones multinacionales
CSR	Corporate Social Responsibility
eds.	editors
ETI	Ethical Trading Initiative
FSC	Forest Stewardship Council
GRI	Global Reporting Initiative
http	Hypertext Transfer Protocol
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IFAs	International Framework Agreements
ILO	International Labour Organization
ISO	International Organization for Standardization
LLM	Legum Magister
MNCs	multinational corporations
NGOs	non-governmental organisations
No.	number
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i>
p.	página
PhD	Philosophie Doctor
pp.	páginas
RSE	Responsabilidad social empresarial
SDGs	Sustainable Development Goals

UK United Kingdom  
UN United Nations  
UNGC United Nations Global Compact  
UNGPs United Nations Guiding Principles  
on Business and Human Rights  
vol. volumen



# EL CRÉDITO FISCAL Y LA REORGANIZACIÓN TRIBUTARIA

## TAX CREDIT AND TAX REORGANIZATION

*Daniela Alejandra Uribe Muñoz\**

### *Resumen*

La determinación de la naturaleza jurídica del crédito fiscal generado por el IVA causa un importante impacto en las empresas que se enfrentan a procesos de reorganización internos, dado que existe la controversia sobre si este crédito fiscal debe considerarse como derecho personalísimo o derecho patrimonial. En el contexto de estas reorganizaciones, como conversión de compañías individuales, división y fusión de sociedades, surge la pregunta de si es posible utilizar este crédito fiscal por las sociedades continuadoras, que adquieren los activos y pasivos. Por ello, importa encontrar soluciones a la indeterminación de la naturaleza jurídica del crédito fiscal para evitar su pérdida e inutilización, en línea con: la protección de los principios de justicia tributaria, distribución justa de los impuestos, la buena fe del contribuyente y la necesidad de equidad tributaria tanto para ellos como para el Estado.

Palabras claves: crédito fiscal, reorganización tributaria.

### *Abstract*

The determination of the legal nature of the tax credit generated by VAT has a significant impact on companies that face business reorganization processes, given that there is controversy over whether this tax credit should be considered a very personal right or property right. In the context of business reorganizations, such as conversion of individual companies, division and merger of companies, the question arises as to whether it

---

\* Abogada de la Universidad Alberto Hurtado, Magister en Derecho de la Empresa, mención Derecho Tributario, de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: duribe@francoycorvalan.cl

Artículo recibido el 8 de agosto de 2023 y aceptado para su publicación el 3 de octubre de 2023.

is possible to use this tax credit by the continuing companies, which acquire the assets and liabilities. This gives rise to the importance of finding solutions to the indeterminacy of the legal nature of the tax credit to avoid its loss and unusability, in line with the protection of the principles of tax justice<sup>1</sup>, fair distribution of taxes, the good faith of the taxpayer, and the need for tax equity for both taxpayers and the State.

Keywords: Tax credit, Tax reorganization.

## *Introducción*

En términos generales, las reorganizaciones empresariales son procesos que implican cambios en la estructura o composición de una sociedad, como: fusiones, divisiones, transformaciones, entre otros. Estos procesos pueden tener implicaciones fiscales, incluyendo el CFI.

Dicho crédito es un mecanismo que permite a las empresas recuperar el IVA que han pagado en sus compras y gastos, y que puede ser utilizado para compensar el que deben pagar por sus ventas de productos y servicios.

Es importante destacar que la utilización de este crédito en el contexto de las reorganizaciones comentadas puede tener implicaciones legales y fiscales complejas, y que las compañías deben asegurarse de cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos por las autoridades fiscales.

### *PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PROPÓSITOS*

El tema del CFI es uno de los capítulos no zanjados por la doctrina ni por la autoridad administrativa, por lo que su tratamiento ha generado una amplia discusión en torno a su aplicación o uso por parte de los contribuyentes.

La importancia del CFI en las reorganizaciones tributarias, especialmente recae en determinar si se puede utilizar este crédito fiscal en las sociedades continuadoras o las que se creen dentro de una reorganización empresarial. Este aspecto importa ya que, siguiendo la línea y conteste a la finalidad de optimizar la carga impositiva del contribuyente, es indispensable el conocimiento de este crédito y su normativa para su ejecución.

En el mismo sentido, la manera de implementar el uso del CFI en las reorganizaciones, es decir, si debe uno anticiparse como contribuyente a evitar la pérdida de este crédito o dilucidar la posibilidad de su utilización posterior a una figura de reestructuración, es un tema fundamental a tratar para los estudiosos de la norma impositiva, los impuestos y todo contribu-

yente interesado en utilizar los beneficios que la normativa entrega, con legítimas razones de negocios.

### ANTECEDENTES

La reorganización empresarial es una figura que no cuenta con una definición legal, y es por ello que ha sido la doctrina quien se ha encargado de establecer un significado conceptual. El *Diccionario de la lengua española* define la ‘reorganización’ como: “[...]organizar algo de manera distinta y de forma que resulte más eficaz”, luego, define ‘empresarial’ como “perteneciente o relativo a las empresas o empresarios”, por ello, fue necesario verificar la palabra ‘empresa’, señalando en su numeral segundo que es: “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”.

Por otro lado, en este trabajo se señalará la importancia de determinar la relación que existe entre la reorganización y la compañía, y si se consideran los conceptos señalados preliminarmente, se podría determinar, también, con anticipación, que una reorganización consistiría en organizar de manera distinta, con la finalidad de hacer más eficientes los procesos que suceden al interior de una unidad organizacional, destinada a actividades de producción o prestación de servicios con fines de lucro y, por tanto, es una modificación de la organización de la empresa.

En este sentido, la autoridad administrativa ha señalado conceptos más prácticos en relación a dicha reestructuración, tales como: “[...]en la absorción desaparece la sociedad absorbida continuando la otra su existencia legal sin que por ello deba sufrir reorganización”<sup>1</sup>.

### METODOLOGÍA

De esta manera, se establecerá una limitación normativa y conceptual de los procesos referidos y las partes intervinientes del mismo, junto con un análisis crítico de la norma. Posteriormente, se continuará con una ilustración conceptual de qué es un proceso de reorganización empresarial y los diversos tipos de reorganizaciones donde se puede ver con mayor énfasis el tema expuesto. Luego, esta investigación se centrará en el desarrollo de la figura del crédito fiscal en la reorganización empresarial, en relación con su utilización y las motivaciones que puedan incidir en la toma de decisiones para materializar un proceso de reorganización.

---

<sup>1</sup> SII, circular n.º 124.

## *I. Marco normativo y análisis*

Es menester destacar que el contexto nacional actual insta a crear una sociedad donde la aplicación de una equitativa justicia tributaria es esencial para su desarrollo. Ahora bien, para la obtención de dichos parámetros de justicia es necesario contar con legislaciones basadas en principios generales de equidad, justicia en la distribución de los tributos, simplicidad de las normas, procesos tributarios, certeza y seguridad jurídica.

La normativa sobre la pérdida del CFI, no se encuentra expresamente señalada en el ordenamiento jurídico, por lo cual se observa la necesidad de fijar y señalar el marco normativo en que se asientan las bases de su determinación, para obtener el verdadero sentido que quiso entregar el órgano legislador al instituir la figura del CFI.

### *1. DL 825*

#### *LEY SOBRE IMPUESTO A LAS VENTAS Y SERVICIOS*

La LIVS en su artículo 23.º y siguientes, señala del CFI lo siguiente:

“Los contribuyentes afectos al pago del tributo de este Título tendrán derecho a un crédito fiscal contra el débito fiscal determinado por el mismo período tributario, el que se establecerá en conformidad a las normas siguientes: 1º.- Dicho crédito será equivalente al impuesto de este Título recargado en las facturas que acrediten sus adquisiciones o la utilización de servicios, o, en el caso de las importaciones, el pagado por la importación de las especies al territorio nacional respecto del mismo período. Por consiguiente, dará derecho a crédito el impuesto soportado o pagado en las operaciones que recaigan sobre especies corporales muebles o servicios destinados a formar parte de su Activo Realizable o Activo Fijo, y aquellas relacionadas con gastos de tipo general, que digan relación con el giro o actividad del contribuyente. Igualmente dará derecho a crédito el impuesto de este Título recargado en las facturas emitidas con ocasión de un contrato de venta o un contrato de arriendo con opción de compra de un bien corporal inmueble y de los contratos referidos en la letra e) del artículo 8º”.

Por tanto, se pueden reconocer como elementos del CFI, los siguientes:

1. Es un derecho.
2. Se determina dentro de un periodo tributario.
3. Se genera por operaciones donde se emitan facturas.
4. Dentro de la operación se debe soportar o pagar un impuesto por la adquisición de un bien o servicio.



“Artículo 25°- Para hacer uso del crédito fiscal, el contribuyente deberá acreditar que el impuesto le ha sido recargado en las respectivas facturas, o pagado según los comprobantes de ingreso del impuesto tratándose de importaciones, y que estos documentos han sido registrados en los libros especiales que señala el artículo 59°. En el caso de impuestos acreditados con factura, éstos sólo podrán deducirse si se hubieren recargado separadamente en ellas”.

“Artículo 28°- En los casos de término de giro, el saldo de crédito que hubiere quedado en favor del contribuyente podrá ser imputado por éste al impuesto del presente Título que se causare con motivo de la venta o liquidación del establecimiento o de los bienes corporales muebles o inmuebles que lo componen. Si aún quedare un remanente a su favor, sólo podrá imputarlo al pago del impuesto a la renta de primera categoría que adeudare por el último ejercicio.

Serán aplicables a los saldos o remanentes a que se refiere este artículo, las normas de reajustabilidad que establece el artículo anterior, en lo que fueren pertinentes”.

## 1.2. *Código Tributario*

De acuerdo con la normativa ya citada, el término de giro produce que la utilización del crédito fiscal tenga un fin, es decir, si se interpreta el artículo 28 se puede concluir que el modo de extinción del crédito fiscal es el término de giro. Ahora bien, el *CT* es claro en señalar que las reorganizaciones empresariales tales como: conversión, fusión y división, donde no existe un término de giro y se produce la continuación de las obligaciones tributarias, las sociedades continuadoras se hacen solidariamente responsable del cumplimiento tributario.

En este sentido, el artículo 69 del *CT*, en su inciso cuarto, señala:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71°, las empresas individuales no podrán convertirse en sociedades de cualquier naturaleza, ni las sociedades aportar a otra u otras todo su activo y pasivo o fusionarse, sin dar aviso de término de giro. Sin embargo, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión. No obstante, la obligación de informar al Servicio de dichas modificaciones a través de la carpeta electrónica conforme con el

artículo 68, las empresas que se disuelven deberán efectuar un balance de término de giro a la fecha de su disolución y las sociedades que se creen o subsistan, pagar los impuestos correspondientes de la Ley de Impuesto a la Renta contenida en el artículo 1º del decreto ley 824 de 1974, dentro del plazo señalado en el inciso primero, y los demás impuestos dentro de los plazos legales, sin perjuicio de la responsabilidad por otros impuestos que pudieran adeudarse”.

### 1.3 Decreto supremo n.º 55 de Hacienda. Reglamento del DL n.º 825 de Impuesto a las Ventas y Servicios

El reglamento de la Ley de IVA, señala lo siguiente:

“ARTICULO 39º.- El crédito fiscal que establece el párrafo 6º del Título II de la ley está constituido por los impuestos que a los contribuyentes afectos al Impuesto al Valor Agregado les han sido recargados en sus adquisiciones o servicios recibidos y que pueden deducir de su débito fiscal mensual determinado en conformidad a las normas contenidas en la ley.

Para hacer uso de este derecho, es requisito esencial, de acuerdo con el artículo 25º de la ley, que los referidos contribuyentes acrediten que los impuestos les han sido recargados separadamente en las respectivas facturas o en los comprobantes de ingreso, si se trata de importaciones”.

Esta normativa vuelve a señalar que el CFI es un derecho y menciona como requisito esencial para su utilización solo la obligación de acreditar que el IVA ha sido soportado por el contribuyente.

“ARTICULO 40º.- Dan derecho al crédito fiscal a que se refiere el artículo anterior, los impuestos correspondientes a todas las adquisiciones y servicios gravados con el tributo al valor agregado que les hayan sido recargados separadamente en las facturas que acrediten las respectivas adquisiciones o prestaciones de servicios.

Se consideran como tales adquisiciones las que recaigan sobre especies corporales muebles destinadas a formar parte del activo fijo, salvo que ellas se destinen a formar parte de un inmueble por naturaleza.

Dan también derecho a crédito fiscal las adquisiciones de especies destinadas a formar parte del activo realizable de una empresa, como también las relacionadas con otros gastos de tipo general”.

Se aprecia que el artículo precedente en su inciso final menciona al contribuyente con la denominación de empresa, por tanto, es posible concluir que la aplicación de este derecho no corresponde necesariamente a una sociedad en particular, esto en virtud de lo señalado por la mayor parte de la doctrina empresarial en definiciones de ‘empresa’ tales como:

“toda unidad o institución organizada con fines productivos. Vale decir, que combinando ciertos bienes y servicios, y mediante un proceso de transformación, entrega a la economía otros bienes y servicios de mayor valor”<sup>2</sup>,

o,

“La palabra empresa debe entenderse como sociedad mercantil o industrial para emprender o llevar a cabo obras materiales, negocios, proyectos de importancia, significado que le da el Diccionario de la Real Academia”<sup>3</sup>,

en este sentido el *Diccionario de la lengua española*, señala que empresa es una:

“unidad organizativa y autónoma dedicada a la producción de bienes o al mantenimiento o prestación de ciertos servicios, dirigidos al consumo de la comunidad, y en cuyo seno se desarrollan las relaciones laborales, y con una finalidad lucrativa, ya sea económica o moral, pudiendo gozar o no de personalidad jurídica propia según los casos”<sup>4</sup>.

Por lo tanto, se la puede señalar como una unidad económica de producción, que encontrará reconocimiento jurídico en el derecho tributario desde el punto de vista de su finalidad, considerando, además, su capacidad jurídica como sujeto de responder frente a las obligaciones tributarias.

#### 1.4 Jurisprudencia administrativa

La posición del SII es clara: los saldos del CFI que hayan quedado a favor de la compañía absorbida o disuelta, pero no con término de giro, solo podrán ser utilizados por el contribuyente que generó este crédito<sup>5</sup>, sin embargo, en algunas instrucciones impartidas mediante instrumentos administrativos –mas no una reforma legal como es considerable que deba normarse la pérdida u obtención de un impuesto de acuerdo con los principios constitucionales– se deja entrever que los procesos de restructuración son continuadores de la existencia legal (activos y pasivos en general) de las sociedades que se absorben, convierten o disuelven, esto siempre y cuando la sociedad continuadora se haga responsable de las obligaciones tributarias de acuerdo al artículo 69 inciso cuarto del *CT*. Respecto de esto último, se menciona lo siguiente :

- Circular n.º 124 del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 7 de octubre de 1975: “[...] en la absorción desaparece la sociedad

<sup>2</sup> Álvaro BARDÓN, *Manual de economía*, p. 79.

<sup>3</sup> CORTE SUPREMA, 1953, p. 292.

<sup>4</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, p. 373.

<sup>5</sup> SII, oficio ordinario n.º 4276.

absorbida continuando la otra su existencia legal sin que por ello deba sufrir reorganización”.

- Circular n.º 45 de fecha 16 de julio de 2001, referente al ejercicio de la facultad de tasación que establece el artículo 64 del CT, al indicar:

“d. En todo caso, debe tenerse presente, que se entenderá que existe reorganización para los efectos de lo dispuesto en dicha norma, cuando exista una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida”.

Por otro lado, y en el sentido que señala el SII sobre la imposibilidad de que las sociedades continuadoras puedan utilizar el crédito fiscal, que no es un beneficio, sino un derecho, la posición es señalar que no puede utilizarse sin dar algún tipo de argumento por el cual no puede aprovecharse. En ello se observa que su conclusión es simple, llana e injustificada, lo cual contraviene el principio general del derecho administrativo donde señala que las resoluciones de la autoridad administrativa deben ser fundadas: “no siendo un derecho que pueda traspasarse entre absorbida y absorbente”<sup>6</sup>.

En este sentido, el SII ha emitido las siguientes afirmaciones:

- Oficio ordinario n.º 1850 del SII, de fecha 17 de octubre del 2017:

“Por esa misma razón, resulta lógico sostener que no es posible que la sociedad absorbente, utilice como crédito fiscal el IVA soportado en facturas emitidas a nombre de la absorbida y recibidas por la absorbente con posterioridad a la fecha de fusión, pero por operaciones efectuadas en períodos anteriores a ésta, toda vez que dicho impuesto fue generado por la sociedad fusionada y debió extinguirse irremediabilmente de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 28º, del D.L. N° 825, no siendo un derecho que pueda traspasarse entre absorbida y absorbente”.

## *II. Desarrollo conceptual*

### *1. REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL*

En la actual legislación no existe un concepto expreso sobre lo que significa la reorganización empresarial, sin embargo, la normativa tributaria entrega

---

<sup>6</sup> SII, oficio ordinario n.º 1850.

nociones como “procesos de reorganización”, como señala el artículo 14 letra A, n.º 7 de la LIR, inciso final, que indica lo siguiente:

“Con todo, procederá que el propietario o la empresa rectifique cuando se trate de diferencias que se originen en procesos de reorganización, respecto de los valores inicialmente registrados o declarados en procesos de fiscalización del Servicio, y que generen cambios impositivos en las declaraciones de los propietarios”<sup>7</sup>.

## 2. TRANSFORMACIÓN

La LSA en el artículo 96 determina el concepto de la transformación, señalando que es: “[...] el cambio de especie o tipo social, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica”.

La doctrina chilena la ha denominado como:

“La transformación ha sido entendida como el cambio del tipo o especie de una sociedad, subsistiendo su personalidad jurídica. La transformación, como proceso de reorganización empresarial, puede ser aplicada a todo tipo de sociedades, situación que ha sido aceptada en forma unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”<sup>8</sup>.

De los elementos o requisitos de la transformación se señalarán los siguientes<sup>9</sup>:

1. Que se trate de una sociedad de derecho, no procede la transformación frente a las asociaciones, empresas individuales o comunidades.
2. Que la sociedad haga un cambio de especie o tipo social, es decir, deben estar dentro de las clasificaciones de sociedades civiles o comerciales y de acuerdo con sus características formales pueden ser: colectivas, anónimas, en comanditas, de responsabilidad limitada o por acciones.
3. Debe haber una reforma de estatutos sociales, de acuerdo con lo señalado en el n.º 13 del artículo 8.º del CT, que señala que debe ser por reforma social o de los estatutos.
4. Debe subsistir la personalidad jurídica, por tanto, trae como consecuencia que no implica dar término de aviso y de término de giro, como lo exige el artículo 69 del CT.

<sup>7</sup> Antonio FAÚNDEZ U., *Tributación en las reorganizaciones empresariales*, p. 35 y ss.

<sup>8</sup> FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 55.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 61.

### 3. CONVERSIÓN

Antonio Faúndez Ugalde, señala:

“El proceso de conversión en que una persona natural, propietaria de una empresa unipersonal, decide desarrollar su giro o actividad, a través de una nueva sociedad, para lo cual aporta todos sus activos y pasivos, poniendo término a sus actividades, constituye un verdadero proceso de reorganizar su empresa, en que su constitución y funcionamiento se verán completamente alterados. Así, producto de la conversión nace una nueva persona jurídica y se pondrá término a la empresa individual, lo que producirá importantes efectos tributarios derivados del aporte de todo el activo y pasivo que hace esta última a la primera”<sup>10</sup>.

La conversión se encuentra regulada en el artículo 69 del *CT*, con relación al término de giro, en su inciso cuarto señala:

“[...] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71º, las empresas individuales no podrán convertirse en sociedades de cualquier naturaleza, ni las sociedades aportar a otra u otras todo su activo y pasivo o fusionarse, sin dar aviso de término de giro”.

En general, consiste en que una persona natural propietaria de una asociación individual o unipersonal, que se constituye mediante un trámite administrativo en el SII, que es la iniciación de actividades, decide desarrollar su giro o actividades mediante el aporte de todo su activo y pasivo en la constitución de una sociedad de cualquier naturaleza.

Uno de los efectos a destacar del proceso de conversión es que bajo los términos del artículo 69 inciso cuarto, segunda parte del *CT*, no es necesario someterse al procedimiento de término de giro, se señala:

“Sin embargo, no será necesario dar aviso de término de giro en los casos de empresas individuales que se conviertan en sociedades de cualquier naturaleza, cuando la sociedad que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva, ni tampoco, en los casos de aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades, cuando la sociedad que se crea o subsista se haga responsable de todos los impuestos que se adeudaren por la sociedad aportante o fusionada, en la correspondiente escritura de aporte o fusión”.

### 4. DIVISIÓN

La *LSA* en su título IX, señala diversos procesos de reorganización, entre ellos el proceso de división. El artículo 94 de la ley señalada indica:

---

<sup>10</sup> FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 155.

“Art. 94. La división de una sociedad anónima consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndole a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide”.

Antonio Faúndez Ugalde, señala:

“La división de una sociedad consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades que se constituyan al efecto, correspondiéndoles a los socios o accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide. La alteración en el patrimonio de la sociedad dividida implica un cambio en la organización social, lo que, al igual que la fusión, se presenta como una de las formas principales de reorganización empresarial”<sup>11</sup>.

De los efectos o elementos de un proceso de división, importante es destacar que constituye un acto societario que significa la asignación de activos y pasivos a una sociedad que nace de la “sociedad madre”, no hay una transferencia ni transmisión de bienes, sino una especificación de derechos preexistentes; por otro lado, la sociedad que nace se forma con los mismos elementos de su antecesora, esto es, mismos accionistas, en las mismas proporciones de participación; también, es un proceso de reorganización que no implica dar aviso y término de giro.

## 5. FUSIÓN

La LSA en su título IX, señala sobre el proceso de fusión, en el artículo 99 inciso primero, lo siguiente:

“La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

Y dentro de las figuras de fusión, la institución legal pertinente es la fusión por absorción, que en el mismo artículo 99 en el inciso segundo y tercero señala lo siguiente:

“Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas”.

---

<sup>11</sup> FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 247 y ss.

Así también la doctrina ha señalado que la fusión admite distintas modalidades, dentro de ellas, existe la fusión por absorción, que es:

“la reunión en una sola persona del cien por ciento de los derechos o acciones de una sociedad, produciéndose la disolución de esta última por el solo ministerio de la ley, lo que se denomina fusión impropia. Cualquiera sea la forma de concretar la fusión de sociedades, todas implican una alteración de la organización original de una sociedad, presentándose como una de las formas más recurrentes en las reorganizaciones de empresas”<sup>12</sup>.

### III. *Uso del CFI en la reorganización empresarial*

#### 1. *EL CFI EN LA TRANSFORMACIÓN*

La sociedad transformada es solo un cambio de su tipo jurídico, conservando el mismo rol único tributario y no implica un cambio de contribuyente. En ella, sus activos y pasivos no se transfieren y los remanentes de crédito fiscal pueden ser imputados a los débitos fiscales posterior a su transformación<sup>13</sup>.

#### 2 *EL CFI EN LA CONVERSIÓN*

En relación con el proceso de conversión de empresa individual o unipersonal a otra sociedad de cualquier naturaleza, los efectos tributarios relacionados con el CFI señalan que solamente podrán rebajarse los débitos fiscales adeudados por la que desaparece y que el remanente o saldo de este crédito que quede a favor deberá seguir el orden de prelación que establece el artículo 28 de la LIVS<sup>14</sup>.

El orden de prelación señala lo siguiente: se podrá imputar al IVA que provenga del aporte de los bienes corporales muebles e inmuebles a la nueva sociedad, y, si quedase saldo a favor del crédito, solo podrá imputarse al pago de IDPC que se adeudare por el último ejercicio.

En este sentido, es importante volver a destacar aspectos importantes de la conversión, pues al no estar frente a un procedimiento de término de giro, ¿cuál es el fundamento de someter un proceso de conversión a un orden de prelación que se encuentra sujeto a una figura o procedimiento tributario? El término de giro de acuerdo con lo señalado por el SII:

<sup>12</sup> FAÜNDEZ, *op. cit.*, p. 247 y ss.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 124.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 241.



“corresponde a un aviso por escrito y con carácter formal que debe hacer ante el Servicio de Impuestos Internos toda persona natural o jurídica cuando pone término a su giro comercial o industrial, debiendo, a través de este acto, regularizar sus obligaciones tributarias pendientes, incluido el pago de impuestos que resulte de su balance de Término de Giro. Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 69 del Código Tributario. Instrucciones en Circular SII N° 66, del 29 de octubre de 1998”,

lo que en los términos señalados por el artículo 69.º inciso cuarto segunda parte del *CT* no es un proceso al cual se somete el titular unipersonal, es decir, cuando la sociedad se hace responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por dicha sociedad, es necesario preguntarse el fundamento real de por qué no puede beneficiarse también de los créditos de las actividades económicas que continuarán ejerciéndose. La necesidad de convertirse nace, en general, de empezar a tributar con IDPC, esto en vista de que el negocio iniciado tuvo sus frutos y el empresario quiere seguir respondiendo por su actividad económica sometiéndose a la regulación tributaria.

La obligación de fundamentar los actos administrativos emitidos por las instituciones es crucial para entender por qué se tiene que pagar un débito fiscal o por qué se puede perder un crédito fiscal. A este respecto, Eduardo Soto Kloss ha señalado:

“Es sabido que para la validez jurídica de un acto administrativo –y muy en especial de un acto-sanción, dados los principios de legalidad y tipicidad que intrínsecamente lo rigen– se requiere, entre otros requisitos, la existencia del hecho/motivo que la ley configura como ‘habilitante’ para que el órgano competente actúe, satisfaciendo la necesidad pública que tal hecho comporta; de allí que tal hecho sea el ‘motivo’, fundamento, o razón, que induce a obrar, que mueve a actuar al órgano público”<sup>15</sup>.

Por tanto, el orden de prelación es establecido por una instrucción administrativa que no ha dado el fundamento del por qué en un proceso de conversión se extingue el crédito fiscal, no importando que en estricto rigor no cumple con los requisitos exigidos por ley de término de giro y más aún cuando se está frente a una escritura de conversión que contiene la cláusula de solidaridad mencionada en el artículo 69 del *CT*.

## 2.1 Soluciones propuestas a la pérdida del CFI

Para efectos de proponer remedios tributarios ante la pérdida de débito fiscal en la conversión empresarial, es posible ampararse bajo las siguientes fi-

<sup>15</sup> Eduardo SOTO K., “La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial”, p. 303 y ss.

guras y mediante aquel mecanismo regulado por la ley anticiparnos y accionar, con el fin de optar por la vía menos onerosa frente a una reorganización empresarial de este tipo:

- Se propone deducir dicho crédito fiscal como un gasto necesario para producir la renta desde la base imponible del IDPC, esto de acuerdo con el artículo 31 inciso 4.º n.º 2 de la Ley de la Renta, donde se pueden desgravar impuestos establecidos en otras leyes<sup>16</sup>.

El artículo señala:

“Procederá la deducción de los siguientes gastos especiales, siempre que, además de los requisitos que para cada caso se señalen, cumplan los requisitos generales de los gastos a que se refiere el inciso primero, en la medida que a estos últimos les sean aplicables estos requisitos generales conforme a la naturaleza del gasto respectivo: 2º.- Los impuestos establecidos por leyes chilenas, en cuanto se relacionen con el giro de la empresa y siempre que no sean los de esta ley, con excepción del impuesto establecido en el artículo 64 bis en el ejercicio en que se devengue, ni de bienes raíces, a menos que en este último caso no proceda su utilización como crédito y que no constituyan contribuciones especiales de fomento o mejoramiento. No procederá esta rebaja en los casos en que el impuesto haya sido sustituido por una inversión en beneficio del contribuyente”.

- Por otro lado, siempre se tiene el derecho como contribuyentes de solicitar la devolución de pagos en exceso de impuestos del artículo 126 del *CT*, en este caso por pago de excedentes de débitos fiscales, quedando créditos asociados a ellos que no se utilizaron, señalando como fundamento, en este caso, el numeral 2.º del artículo referido, el cual indica: “2º Obtener la restitución de sumas pagadas doblemente, en exceso o indebidamente a título de impuestos, reajustes, intereses y multas”<sup>17</sup>.

### 3. EL CFI EN LA DIVISIÓN

Al mismo tenor de lo antes señalado, el SII, mediante actos administrativos como oficios, ha señalado tajantemente que el remanente de crédito fiscal que la sociedad original haya acumulado al momento de la división podrá ser usado solo por ella, sin importar que uno de los aspectos esenciales de los procesos de división es la proporcionalidad en las asignaciones de los activos y pasivos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Abel HIDALGO V., “Recuperación del IVA en las liquidaciones concursales”, p. 106 y ss.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> FAÜNDEZ, *op. cit.*, p. 390.

En este sentido, el oficio n.º 1197 del 30 de abril de 2019, señala al CFI como un derecho personalísimo, interpretando una normativa legal mediante un instrumento administrativo y creando, por tanto, la pérdida de un crédito fiscal, que no se encuentra señalado expresamente en la normativa tributaria, este señala:

“El crédito fiscal IVA es un derecho personalísimo, por lo que efectivamente Inversiones XXX SpA, sociedad nacida de una división, no tuvo ni tiene derecho a utilizar el crédito fiscal generado por la sociedad madre, esto es, por Sociedad YYY SpA”.

Lo que se aprecia en esta oportunidad, es una regulación legal mediante la utilización de un instrumento administrativo, conceptualizando un efecto tributario y encasillándolo a un tipo de derecho, basado en el derecho común, no considerando lo especial que es la normativa tributaria.

Por otro lado, y en coherencia con lo señalado en la presente, la relación tributaria que nace entre el contribuyente y el Estado –representado, en este caso, por el fisco– se ve afectada por el incumplimiento de prerrogativas básicas de bilateralidad de las obligaciones, es decir, un contribuyente cumple su obligación de sujetarse a los impuestos establecidos por la ley; pero el Estado, como contraparte jurídico, simple y llanamente interpreta la ley como le acomode y, además, no entrega fundamentos necesarios para entender el por qué, solo despoja de parte de sus activos y derechos obtenidos en cumplimiento de la ley a dicho sujeto, exigiendo el pago de un impuesto mayor al que corresponde.

Por tanto, tal como señala Antonio Faúndez Ugalde, la ley y no una actuación administrativa debería ser quien señale expresamente la posibilidad de disminuir o, extinguir un CFI:

“En consecuencia, el análisis no puede ser abordado desde el ámbito del derecho común, sino que su construcción se enmarca en las disciplinas propias del derecho tributario. Propuesto así el crédito fiscal como un derecho objetivo, regulado por las disciplinas propias del derecho tributario, es la propia ley quien se encarga de establecer el destino de ellos. Es así como la ley tributaria solamente admite la posibilidad de que el crédito fiscal disminuya los débitos fiscales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de impuesto sobre las ventas y servicios”<sup>19</sup>.

### 3.1 Soluciones propuestas a la pérdida del CFI

Para efectos de proponer remedios tributarios ante la pérdida de débito fiscal en la división, se plantean las siguientes figuras y –mediante aquel me-

<sup>19</sup> FAÚNDEZ, *op. cit.*, p. 389.

canismo regulado por la ley– anticipar y accionar posteriormente, de forma de optar por la vía menos onerosa frente a una reorganización empresarial de este tipo:

- Solicitar el IVA pagado por anticipado y la figura del cambio de sujeto del artículo 3.º de la LIVS. En esta figura se propone que sea el comprador quien retenga el impuesto, a cuenta futura de ventas que ellos realicen, cambiando el sujeto retenedor y luego emitiéndose una nota de débito a la sociedad que nace de la división, señalando que fue ella, de acuerdo con su asignación de activos y pasivos, quien efectuó la venta o prestación de servicios, inicial<sup>20</sup>.
- Se propone deducir dicho crédito fiscal como un gasto necesario para producir la renta desde la base imponible del IDPC, esto de acuerdo con el artículo 31 inciso 4.º n.º 2 de la Ley de la Renta, donde se pueden deducir impuestos establecidos en otras leyes<sup>21</sup>.
- Solicitar la devolución de excedentes de impuestos del artículo 126 del CT, en este caso por pago en exceso de débitos fiscales, quedando créditos asociados a ellos y que no se utilizaron, señalando como fundamento en este caso el numeral 2.º del artículo referido, el cual indica: “2º Obtener la restitución de sumas pagadas doblemente, en exceso o indebidamente a título de impuestos, reajustes, intereses y multas”<sup>22</sup>.

#### 4. EL CFI EN LA FUSIÓN

En la misma línea de lo ya señalado, en relación con el CFI en los procesos de reorganización empresarial de fusiones, el SII ha señalado reiteradamente que es un beneficio personalísimo que desaparece junto con la “empresa” generadora del mismo<sup>23</sup>.

Ahora bien, en el oficio n.º 1197 del 30 de abril de 2019, el SII señala que dentro del concepto de empresa, esta no siempre se constituye de una persona jurídica específica, además, uno de los beneficios de la llamada economía de opción es poder elegir dentro de las distintas opciones lícitas que entrega el mismo ordenamiento jurídico para efectos de organizar una compañía y procurar un lícito ahorro tributario, no atentando al espíritu de la ley<sup>24</sup>, tales como los procesos de fusiones.

<sup>20</sup> HIDALGO, *op. cit.*, p. 106 y ss.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> SII, oficio ordinario n.º 4852.

<sup>24</sup> José LARRAZ, *Metodología aplicativa del derecho tributario*, p. 58 y ss.

#### 4.1 Soluciones propuestas para la pérdida del CFI

Para efectos de proponer remedios tributarios ante la pérdida de débito fiscal en los procesos de fusiones, se vuelve a sugerir la figura de devolución de excedentes de impuestos (artículo 126 del CT, con fundamento en el numeral 2.º, ya mencionado)<sup>25</sup>, pues mediante dicho mecanismo regulado por la ley, es posible optar por la vía menos onerosa frente a una reorganización empresarial de este tipo.

### Conclusiones

Después de realizar un análisis exhaustivo sobre el CFI en las reorganizaciones empresariales, se puede concluir que este tema es de gran importancia en el ámbito financiero y fiscal de las empresas.

Es un impuesto indirecto que grava el consumo y que aquellas pueden deducir de sus compras, en tanto se hayan utilizado para la producción de bienes o servicios gravados. En el contexto de las reorganizaciones empresariales, adquiere una relevancia particular, ya que puede resultar en una importante pérdida o ahorro fiscal, del modo que quiera verse.

En este sentido, esta figura plantea desafíos específicos en cuanto a su manejo. La forma en que se estructuran estas operaciones puede afectar la capacidad de las compañías para aprovecharlo, lo que puede tener implicaciones significativas en términos de costos y flujo de efectivo.

De acuerdo con el criterio administrativo del SII, este lleva a la pérdida del beneficio, lo cual no se encuentra expresado en la ley, sino que se ha normado mediante la interpretación de la autoridad administrativa frente a la falta de clarificación legal de las consecuencias del CFI en las reestructuraciones estudiadas y en específico, de acuerdo con lo tratado en la presente tesis, en aquellas que no implican un término de giro.

En consecuencia, es fundamental que quienes se encuentren en esta clase de procesos consideren cuidadosamente el impacto que estas operaciones pueden tener en su CFI. Además, es necesario que los reguladores y autoridades fiscales comprendan las implicaciones específicas de las reorganizaciones empresariales en términos de CFI, y establezcan las normas y regulaciones necesarias para garantizar un tratamiento adecuado y justo de este impuesto en dicho contexto, porque no existe norma legal expresa que inhiba a la sucesora y continuadora legal, en derechos y obligaciones,

---

<sup>25</sup> HIDALGO, *op. cit.*, p. 106 y ss.

del derecho a recuperar el crédito fiscal a través de la nota de débito que se emita a su favor, sin embargo, la autoridad administrativa insiste en regular mediante interpretación administrativa temas que son propios de la ley.

### *Bibliografía*

- BARDÓN, Álvaro, *Manual de economía*, 4ª ed., Santiago, Editorial Andrés Bello, 1997.
- FAUNDEZ U., Antonio, *Tributación en las reorganizaciones empresariales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- HIDALGO, V. Abel, “Recuperación del IVA en las liquidaciones concursales”, en *Anuario de Derecho Tributario*, n.º 12, 2020.
- LARRAZ, José, *Metodología aplicativa del derecho tributario*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1994, tomo I.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “La potestad tributaria del Estado”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 62, 2000.
- SOTO K., Eduardo, “La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 3, 2001.

### *JURISPRUDENCIA JUDICIAL*

- CORTE SUPREMA, 17 de agosto de 1953, en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, segunda parte, sección primera, Santiago, 1953.

### *JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA*

- SII, circular n.º 124, de 7 de octubre de 1975.
- SII, oficio ordinario n.º 4852, de 19 de diciembre de 2000.
- SII, oficio ordinario n.º 4276, de 26 de octubre de 2001.
- SII, oficio ordinario n.º 1850, de 17 de octubre de 2017.

### *Siglas y abreviaturas*

Art.	artículo
CFI	Crédito Fiscal IVA
CT	Código Tributario
DL <i>a veces</i>	D.L. decreto ley
ed.	edición

IDPC	Impuesto de primera categoría
IVA	Impuesto al valor agregado
LIR	Ley sobre impuesto a la renta
LIVS	Ley sobre impuesto a las ventas y servicios
LSA	Ley de Sociedad Anónimas
n.º a veces Nº	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	página
SII	Servicio de Impuestos Internos
SpA	Sociedad por Acciones
ss.	siguientes
VAT	Value Added Tax





# Derechos fundamentales

---



# LOS JUECES Y LAS REDES SOCIALES

## JUDGES AND SOCIAL NETWORKS

*Carlos Manuel Rosales\**

*José Luis Téllez Ortega\*\**

### *Resumen*

El uso de las redes sociales por los jueces es un tema que complica sus derechos políticos y civiles comunes no porque se discuta o niegue su libertad para poder usarlas con un fin cuyos efectos sean privados o instrumentarlas para un fin público; sino por el surgimiento de una censura (propia o externa) para el uso de sus redes. Se analizan y examinan los temas conexos en cuanto al uso de estas plataformas por parte de los jueces y los efectos de sus publicaciones.

Palabras clave: jueces, redes sociales, ética, profesionalismo, imagen pública.

### *Abstract*

It is essential that the judicial function be public, discreet, and professional. Its legitimacy as a public authority is obtained through the recognition of judgments, in which there is an identification between decisions and society. But what type of communication must be made by the judiciary, and especially by judges to provide information about their activities, and that their interaction strengthens the republic, generating proximity between the sovereign and the public power.

Keywords: judges, social networks, ethics, professionalism, public image.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Universidad de Chile. Correo electrónico: carmaroga@gmail.com

\*\* Doctor en Derecho. Investigador en la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: joseluitellezortega@gmail.com

Artículo recibido el 9 de enero de 2023 y aceptado para su publicación el 2 de octubre de 2023.

## Introducción

La comunicación ha evolucionado con el transcurso del tiempo, pasando de la conversación, la imprenta, la censura, las *social networks*, entre tantas nuevas formas de interacción sociales y personales. Esto ha permitido que en la actualidad se cuente con otra dimensión del espacio público, en el que las redes sociales proporcionan un lugar para informarse, divertirse, contactar, propagar conocimiento, entre tantos otros usos que pueden ejercerse.

Muchas empresas se dedican a suministrar y facilitar un espacio en internet, para que sus usuarios puedan: irradiar, localizar, comerciar, entretener, externar, discutir, proponer, conversar sus ideas, sentimientos, pensamientos; en el que imponen una serie de lineamientos de conducta y de responsabilidad de contenido de sus afiliados (que aceptaron sus condiciones de uso).

Al ser un espacio público, cualquier persona puede solicitar y poseer una identidad para interactuar en alguna red social, pero sujeta a los requerimientos adhesivos e inexorables del proveedor.

Entre los usuarios de dichas plataformas, los jueces también pueden participar, ya sea para: publicidad de su trabajo, dar opiniones personales, postear información privada, usar para temas de familia, divulgar conocimiento, subir noticias, etc. Pero, en dicho espacio cabe también la disertación de ciertos aspectos complejos de considerar, por parte de los integrantes del Poder Judicial. En ese sentido, es necesario preguntarse si es el juez, un ciudadano que puede manejar las redes bajo su libre albedrío, sin limitación o si es internet parte de la *res publica*. Es más, ¿se deben autocensurar los jueces en el contenido de su ciber interacción? o, bien, ¿se debe vigilar y sancionar las publicaciones de las redes de los magistrados? Por otra parte, ¿se debería crear lineamientos para la instrumentación y utilización de estas redes por parte de los jueces? Además, cabe preguntarse si se crea un vínculo con los contactos, suficiente para excusarse o solicitar un impedimento para conocer o resolver un asunto que esté resolviendo. O si sería apropiado criticar el trabajo de sus pares judiciales en dichas aplicaciones, ¿se debería sancionar una opinión personal o profesional del juzgador hecha en estos medios sociales, por el Consejo de la Magistratura? O por el contrario, ¿podría dejarse un sistema liberal, y que sea la autocensura el límite a las publicaciones e interacción del juez con sus ciberamigos y contactos de las redes?<sup>1</sup>.

Se plantearán algunos ejemplos para comprender el alcance de este fenómeno en la magistratura. Un juez sube una fotografía de una marcha

---

<sup>1</sup> <https://judicature.duke.edu/articles/the-troubles-of-the-social-judge/>

gay, y coloca el mensaje que dice: “estos desvergonzados, se sienten muy orgullosos andando sin ropa en la calle”. Algunos podrían creer que es homofóbico y, otros, que este magistrado no respeta el libre desarrollo de la personalidad. En otro asunto, una jueza hace pública su relación con otra mujer, y no solo la suspenden para una investigación, sino que afectó el régimen de guardia y custodia de sus hijas, por dudar de su honorabilidad. Un magistrado fue investigado por postear sus carros de colección, sus viajes al extranjero, sus comidas en lugares *premier*, su asistencia a fiestas con la *socialité*, sus trajes de casimir inglés, su gusto por fumar solo habanos y degustar solo vinos franceses; pero debería revisarse su situación financiera por su egolatría y vida opulenta. Una magistrada es mencionada en un posible caso de tráfico de influencias al subirse una foto de ella con una persona en una reunión; podría o debería defenderse en las redes sociales haciendo uso del derecho de réplica. En un evento del Poder Judicial para celebrar a los jueces, el Consejo de la Judicatura decidió regalar plumas Mont Blanc a los jueces, varios integrantes del Poder Judicial decidieron agradecer, exhibiendo y luciendo sus valiosos bolígrafos; casi de inmediato, sus superiores les pidieron que bajaran su *posteos*, pues podía generarse un problema con el Poder Legislativo y la Contraloría General de la República; pero quién los vigilaba y por qué razón se realizó esa supervisión invisible. O se puede pensar en esta posibilidad: alguien crea un perfil falso con datos de una autoridad judicial para difundir información, ¿hasta dónde llega la responsabilidad del magistrado para solicitar que cancelen y den de baja ese perfil? ¿Qué pasaría si el juez y un fiscal son amigos en redes sociales, y un día, les toca el desahogo de una audiencia?, ¿habría un conflicto de intereses? En muchas ocasiones los dicasterios de la justicia suben sus proyectos de sentencias; pero hasta qué punto es sano y correcto el debate público de su labor y, por otro lado, qué tan contraproducente es este fenómeno si se considera el cuidado y secrecía que debe guardar el impartidor de justicia sobre la *litis* y la protección de los datos personales de los justiciables<sup>2</sup>.

Esta investigación revisará, en primer lugar, los derechos y libertades de los jueces en que se desentraña sus responsabilidades, sus garantías y la ética de su servicio. Hay que vislumbrar que, tratando el tema de sus libertades, se hacen concéntricos sus derechos como persona, servidor público e integrante de la judicatura y, con ello, las consideraciones apropiadas de su conducta pública y privada. En el segundo apartado, se analizará qué son las redes sociales, para qué sirven, funciones, responsabilidad de las empresas y

---

<sup>2</sup> [www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp\\_solo/2022/january-february/ethical-risks-judicial-use-social-media/](http://www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp_solo/2022/january-february/ethical-risks-judicial-use-social-media/)

el control en los temas que circulan. Para continuar con esta propuesta, se relacionarán los derechos y libertades de los jueces en el uso de las redes, en el que se expondrán las posibilidades para su ejercicio (regulado, liberal y de mirada invisible). Se finalizará con una serie de conclusiones y propuestas, con el fin de brindarle elementos para debatir o generar ideas sobre este tópico.

El poder de las plataformas trasciende los actos personales de sus usuarios. Pero la forma y medida en cómo sucede, depende del contenido y la importancia que realice su operador. En el caso presentado, se debe meditar sobre el espacio privado del juez, sus conductas en dichos medios, el juicio de sus opiniones personales, la regulación de actos electrónicos que podrían considerar “impropios” (no éticos), las sanciones que le podrían imponer por sus *posteos* personales, la debida honorabilidad de su investidura y el cuidado del retrato público del Poder Judicial.

Es indubitable que los jueces tienen un encargo especial en cualquier Estado, pues la justicia es uno de los objetos que permiten su creación y validez de existencia; por lo mismo, se debe custodiar y tutelar la representación personal del Poder Judicial, y se hará referencia al perfil público del magistrado. Si bien, estos gozan de sus derechos civiles y políticos como los demás ciudadanos; sin embargo, en su ejercicio, deben observar la institucionalidad, considerar que son la representación del poder público y que deben mantener una conducta e imagen inmaculada, casi como un modelo de vida.

Este texto muestra las diferentes aristas de los impartidores de justicia y su presencia en medios digitales: conflictos, vigilancia invisible sobre la magistratura o la posibilidad de administrar diligentemente su ciberlibertad (con límites autoimpuestos), en el que respete a su institución, su labor, su investidura y su persona.

### *I. Lineamientos de conducta de la magistratura*

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial exhortan a los jueces a abstenerse de transar los requisitos que exige su cargo al establecer<sup>3</sup>:

“Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión, [...], pero cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportarán siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> [www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx](http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx)

<sup>4</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 17.

En la misma declaración se trata el tema de la independencia de la magistratura:

“será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”<sup>5</sup>.

Se observa la importancia en el andamiaje constitucional del Poder Judicial.

Por lo que, si bien se garantiza su independencia, también obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los mismos por las partes<sup>6</sup>.

Respecto de los derechos y libertades de los jueces se consideró en este documento lo siguiente:

“En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura”<sup>7</sup>.

Entonces, se puede deducir que los jueces deben ejercer sus libertades sin perjudicar la integridad del Poder Judicial y mostrando que sus argumentos son profesionales y apegados a la normatividad.

En lo que respecta al tema de investigación, la Declaración de Bangalore confirma:

“Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos”.

En lo referente al derecho a la información de las partes y de la sociedad, la Declaración de Bangalore expone:

“Una obligación de responder a otras personas, especialmente a la que pueda sentirse agraviada por la actuación del juez, contradice la independencia de la judicatura. Con excepción de la expresión de los fundamentos judiciales u otros procedimientos previstos legalmente, un juez no está obligado a

---

<sup>5</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 21.

<sup>6</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 25.

<sup>7</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 43.

informar sobre el fondo de una causa, ni siquiera a otros miembros de la judicatura. Si una decisión revelase tanta incompetencia como para constituir una infracción merecedora de un proceso disciplinario, ante esa situación muy remota el juez no estaría ‘informando’, sino contestando un cargo o respondiendo a una investigación oficial realizada de acuerdo con la ley”<sup>8</sup>.

Asimismo, en cuanto a la libertad de expresión del juez se manifiesta:

“fuera del tribunal, un juez debe evitar el empleo deliberado de palabras o una conducta que pueda razonablemente crear una percepción de falta de imparcialidad”.

Entonces, ya no goza de la misma libertad que el resto de los ciudadanos, sino, más bien, de una libertad, sin bien limitada, por un lado, pero que garantiza ciertos derechos a la sociedad.

“Por definición, las actividades y declaraciones partidistas llevan a un juez a elegir públicamente un bando del debate sobre otro. La apariencia de parcialidad se acentuará si, como es casi inevitable, sus actividades generan crítica o rechazo. En pocas palabras, el juez que utiliza la plataforma privilegiada de las funciones jurisdiccionales para entrar en la arena política partidista pone en peligro la confianza pública en la imparcialidad de la judicatura. Existen algunas excepciones. Entre estas se cuentan los comentarios de un juez en una ocasión apropiada en defensa de la institución judicial o sus expresiones para explicar cuestiones jurídicas específicas o determinadas decisiones a la comunidad o a una audiencia especializada, o la defensa de derechos humanos fundamentales y del Estado de derecho. Sin embargo, incluso en esas ocasiones el juez debe preocuparse de evitar, en la medida de lo posible, la participación en polémicas de actualidad que razonablemente puedan verse como políticamente partidistas”<sup>9</sup>.

En el ejercicio de sus labores, cuenta con absoluta libertad mientras sea profesional, imparcial y objetiva:

“La prohibición analizada no se extiende a las declaraciones públicas formuladas por un juez durante el ejercicio de sus obligaciones jurisdiccionales, ni a la explicación que haya expuesto respecto de los procedimientos del tribunal, ni a la presentación académica hecha con fines de educación jurídica. Tampoco se prohíbe a un juez comentar los procesos en los que sea litigante a título personal. Sin embargo, en los procedimientos de revisión judicial en los que sea litigante en su calidad oficial, el juez no deberá emitir comentarios fuera del juicio”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 81.

<sup>9</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 67.

<sup>10</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 60.



Pero cuál es el papel con el que podría o debería actuar esta autoridad ante los medios de comunicación:

“Los medios de información tienen la función y el derecho de reunir y divulgar información con destino al público y comentar los actos de la administración de justicia, incluidas las causas judiciales antes, durante y después del proceso, sin violar la presunción de inocencia. Este principio solo debe dejarse de lado en las circunstancias que contempla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si los medios de información o las personas del público con interés en ello critican una decisión, el juez debe abstenerse de responder a tales críticas mediante cartas a la prensa o en comentarios ocasionales cuando esté ejerciendo sus funciones. Un juez solo debe hablar en el fundamento de sus sentencias al sustanciar las causas que le correspondan. Es en general inadecuado que un juez defienda públicamente sus decisiones judiciales”<sup>11</sup>.

Hay que observar que se puede informar, sin difundir información de la causa que se está juzgando. Aquí la medida es la clave, en el control de qué información se está brindando a la sociedad.

Otra característica es que deben ser probos, o sea, íntegros en sus funciones. Esto avala su trabajo, y su imagen ante el conglomerado social.

“La integridad es el atributo de rectitud y probidad. Sus componentes son la honestidad y la moralidad judicial. Un juez debe siempre, no solo en el desempeño de sus obligaciones judiciales, actuar honradamente y en forma adecuada para las funciones jurisdiccionales; ser ajeno a todo fraude, engaño y falsificación; y ser bueno y virtuoso en su comportamiento y carácter. La integridad así definida no tiene grados. La integridad es absoluta. En la judicatura, la integridad es más que una virtud, es una necesidad”<sup>12</sup>.

Por lo que su comportamiento y conducta deberán reafirmar la confianza del público en la integridad de la judicatura. No solo debe impartirse justicia, también ha de ser visible cómo se imparte<sup>13</sup>.

Como objeto de un constante escrutinio público, deberá aceptar restricciones personales que puedan ser consideradas una carga para los ciudadanos ordinarios y lo hará libremente y de forma voluntaria. En particular, se comportará de forma consecuente con la dignidad de las funciones jurisdiccionales.

<sup>11</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 61.

<sup>12</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 66.

<sup>13</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 67.

“Todo juez debe esperar que se le someta a un constantes escrutinio y a los comentarios del público y, por lo tanto, deberá aceptar restricciones personales que los ciudadanos ordinarios puedan considerar una carga. El juez debe actuar así libremente y de forma voluntaria incluso si estas actividades no fuesen vistas negativamente cuando las ejercen otros miembros de la comunidad o de la profesión. Esto se aplica tanto a la conducta profesional como a la conducta personal del juez. La legalidad de la conducta del juez, aunque importante, no es la plena medida de su corrección”<sup>14</sup>.

Retomando el tema de sus derechos y libertades, la Declaración de Bangalore señala:

“Un juez, al ser nombrado, no renuncia a los derechos de la libertad de expresión, asociación y reunión de que gozan los demás miembros de la comunidad, ni abandona sus ideas políticas anteriores ni deja de tener interés en las cuestiones políticas. Sin embargo, se necesita moderación para mantener la confianza del público en la imparcialidad e independencia de la judicatura. Al definir el grado apropiado de participación de los jueces en el debate público, hay dos consideraciones fundamentales. La primera es si la participación del juez puede socavar previsiblemente la confianza en su imparcialidad. La segunda es si esa participación puede exponer innecesariamente al juez a ataques públicos o ser incompatible con la dignidad de las funciones jurisdiccionales. Si se presenta alguno de estos casos, el juez debe evitar esa participación”<sup>15</sup>.

Entonces se fija un límite en las actuaciones públicas y en sus declaraciones como juzgador, esto garantiza la integridad e imparcialidad, en el entendido de que su independencia no es absoluta, pues ellos son la imagen y materialización del Poder Judicial.

“Un juez no debe tomar parte de modo inapropiado en polémicas públicas. La razón es obvia. La esencia misma de la calidad de juez consiste en la capacidad para ver los temas controvertidos de forma objetiva y justa. Es igualmente importante que el público vea que el juez hace gala del distanciamiento, falta de predisposición, ausencia de prejuicios, imparcialidad, apertura mental y del enfoque equilibrado que constituye el signo distintivo de un juez. Si un juez entra a la arena política y participa en debates públicos –opinando sobre temas controvertidos, participando en disputas con personajes públicos de la comunidad o criticando abiertamente al gobierno– no dará la impresión de actuar con justicia a la hora de desempeñarse como juez en el tribunal. El juez tampoco será

---

<sup>14</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 9.

<sup>15</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 88.

considerado imparcial cuando tenga que fallar controversias relacionadas con temas respecto de los cuales haya expresado opiniones en público; tampoco se le considerará imparcial, y eso quizás es lo más importante, cuando personajes públicos o ministerios que el juez haya criticado públicamente con anterioridad actúen como partes, litigantes o incluso testigos en los casos que le corresponde fallar”<sup>16</sup>.

Un juez que se haya declarado homofóbico, que haya manifestado su preferencia política, que se incline por las personas pobres, que apoye a los evangélicos, entre otras, son expresiones que cuestionarían su imparcialidad. Por lo mismo, se ha demostrado que lo mejor es que se abstenga de hacer públicas estas aficiones, predilecciones, preferencias o gustos.

Ahora, se analizará el *Código Iberoamericano para los Jueces* atendiendo solo lo referente a ciertos principios y derechos de la magistratura en relación con el tema de este trabajo.

### CÓDIGO IBEROAMERICANO PARA LOS JUECES

Este documento declara como principios de actuación la independencia, el profesionalismo y la imparcialidad con que deben dirigirse los dicasterios de la justicia. Así:

“la ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general”<sup>17</sup>.

Por lo que coloca al juez en un estadio que no le permite los mismos derechos que cualquier civil, sino que constriñe su actuación, por el papel que desempeña. Esa discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas, sino que requieren el concurso de la ética<sup>18</sup>.

Este Código apunta a que:

“el Código puede también ser visto como un instrumento para fortalecer la voluntad del juez, en tanto determina conductas y consagra eventuales responsabilidades éticas ante su infracción”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 89.

<sup>17</sup> *Código Iberoamericano para los Jueces*, p. 2.

<sup>18</sup> *Código Iberoamericano para los Jueces*, p. 4.

<sup>19</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 5.

A continuación, se exponen diversos artículos de la declaración en comentario, con el objetivo de analizarlos con la óptica de esta investigación.

“ART. 15.- El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas.

ART. 50.- El juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica.

ART. 55.- El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos.

ART. 57.- El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable.

ART. 58.- Aunque la ley no lo exija, el juez debe documentar, en la medida de lo posible, todos los actos de su gestión y permitir su publicidad.

ART. 59.- El juez debe comportarse, en relación con los medios de comunicación social, de manera equitativa y prudente, y cuidar especialmente de que no resulten perjudicados los derechos e intereses legítimos de las partes y de los abogados.

ART. 60. El juez debe evitar comportamientos o actitudes que puedan entenderse como búsqueda injustificada o desmesurada de reconocimiento social.

ART. 61.- El secreto profesional tiene como fundamento salvaguardar los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones.

ART. 62.- Los jueces tienen obligación de guardar absoluta reserva y secreto profesional en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta.

ART. 63.- Los jueces pertenecientes a órganos colegiados han de garantizar el secreto de las deliberaciones del tribunal, salvo las excepciones previstas en las normas jurídicas vigentes y atendiendo a los acuerdos dictados sobre la publicidad de sus sesiones, guardando un justo equilibrio entre el secreto profesional y el principio de transparencia en los términos previstos en la legislación de cada país.

ART. 65.- El juez debe procurar que los funcionarios, auxiliares o empleados de la oficina judicial cumplan con el secreto profesional en torno a la información vinculada con las causas bajo su jurisdicción.

ART. 66.- El deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no solo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado”.

Citar los artículos pretéritos permite entender varios de los puntos que se han venido comentado en este trabajo: la discreción con la que debe obrar, el respeto a las partes, garantizar el derecho a la información a las par-

tes y a la sociedad, una conducta apropiada a su investidura, medida en sus declaraciones (y con el límite de no conculcar derechos de terceros), tutelar el derecho de privacidad de las partes en conflicto, entre otras tantas obligaciones.

Se debe mencionar que en la actualidad existe la Comisión de Venecia, cuyo objetivo es asesorar en temas como los deberes y obligaciones del Poder Judicial, así como de los juzgadores:

*“The role of the Venice Commission is to provide legal advice to its member states and, in particular, to help states wishing to bring their legal and institutional structures in line with European standards and international experience in the fields of democracy, human rights and the rule of law”<sup>20</sup>.*

Hasta ahora se ha conversado sobre diversos puntos como la independencia, imparcialidad, objetividad, publicidad, profesionalismo y otros temas. Pero se desea exponer, cuáles son los límites del derecho a la información que ha advertido la Suprema Corte de Justicia mexicana y, por tanto, un control para que los jueces no expongan información privada, reservada o sensible.

“El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6o. de la Constitución Federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como ‘reserva de información’ o ‘secreto burocrático’. En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_Presentation](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation)

<sup>21</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, Registro 191967, novena época, tomo XI, abril de 2000, p. 77, con rubro: “DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA

Asimismo, el máximo órgano judicial mexicano ha dejado ver claramente que el derecho a la información no debe sobrepasar otros derechos como: la privacidad, el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación.

“El derecho a la información tiene como límites el decoro, el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación, pues el artículo 6º otorga a toda persona el derecho de manifestar libremente sus ideas y prohíbe a los gobernantes que sometan dicha manifestación a inquisición judicial o administrativa, salvo que ataquen la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. Así, la manifestación de las ideas se encuentra consagrada como uno de los derechos públicos individuales fundamentales que reconoce la Constitución, oponible por todo individuo, con independencia de su labor profesional, al Estado, y los artículos 7º y 24 de la propia Carta Fundamental se refieren a aspectos concretos del ejercicio del derecho a manifestar libremente las ideas. El primero, porque declara inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia y, el segundo, porque garantiza la libertad de creencias religiosas. Así, el Constituyente Originario al consagrar la libertad de expresión como una garantía individual, reconoció la necesidad de que el hombre pueda y deba, siempre, tener libertad para apreciar las cosas y crear intelectualmente, y expresarlo, aunque con ello contraríe otras formas de pensamiento; de ahí que sea un derecho oponible al Estado, a toda autoridad y, por ende, es un derecho que por su propia naturaleza debe subsistir en todo régimen de derecho. En efecto, la historia escrita recoge antecedentes de declaraciones sobre las libertades del hombre, y precisa que hasta el siglo XVIII, se pueden citar documentos sobre esa materia. No hay duda histórica sobre dos documentos básicos para las definiciones de derechos fundamentales del hombre y su garantía frente al Estado. El primero es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa, la cual se mantiene viva y vigente como texto legal por la remisión que hace el preámbulo de la Constitución de Francia de fecha veinticuatro de diciembre de mil setecientos noventa y nueve. El segundo, es la Constitución de los Estados Unidos de América, de diecisiete de septiembre de mil setecientos ochenta y siete. En la historia constitucional mexicana, que recibe influencia de las ideas políticas y liberales de quienes impulsaron la Revolución Francesa, así como contribuciones de diversas tendencias ideológicas enraizadas en las luchas entre conservadores y liberales que caracterizaron el siglo XIX, tenemos que se hicieron y entraron en vigor diversos cuerpos constitucionales, pero en todos ellos siempre ha aparecido una parte dogmática que reconoce derechos inherentes al hombre,

---

LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS”. Amparo en revisión 3137/98.

y que ha contenido tanto la libertad de expresión como la libertad de imprenta. Por otra parte, los antecedentes legislativos relacionados con la reforma y adición a la Constitución de mil novecientos diecisiete, en relación al artículo 6° antes precisado, tales como la iniciativa de ley, el dictamen de la comisión que al efecto se designó, y las discusiones y el proyecto de declaratoria correspondientes, publicados, respectivamente, en los Diarios de los Debates de los días seis, veinte de octubre y primero de diciembre, todos de mil novecientos setenta y siete, ponen de relieve que el propósito de las reformas fue el de preservar el derecho de todos respecto a las actividades que regula. Esta reforma recogió distintas corrientes preocupadas por asegurar a la sociedad una obtención de información oportuna, objetiva y plural, por parte de los grandes medios masivos de comunicación. Conforme a la evolución del artículo 6° constitucional vigente y comparado con lo que al respecto se ha regulado en otros países, se concluye que a lo largo de la historia constitucional, quienes han tenido el depósito de la soberanía popular para legislar, se han preocupado porque existiera una Norma Suprema que reconociera el derecho del hombre a externar sus ideas, con limitaciones específicas tendientes a equilibrar el derecho del individuo frente a terceros y la sociedad, puesto que en ejercicio de ese derecho no debe menoscabar la moral, los derechos de tercero, que implica el honor, la dignidad y el derecho a la intimidad de éste, en su familia y decoro; así como tampoco puede, en ejercicio de ese derecho, provocar algún delito o perturbar el orden público. Asimismo, ese derecho del individuo, con la adición al contenido original del artículo 6°, quedó también equilibrado con el derecho que tiene la sociedad a estar veraz y objetivamente informada, para evitar que haya manipulación. Así, el Estado asume la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad a través de los grandes medios masivos de comunicación, refleje la realidad y tenga un contenido que permita y coadyuve al acceso a la cultura en general, para que el pueblo pueda recibir en forma fácil y rápida conocimientos en el arte, la literatura, en las ciencias y en la política. Ello permitirá una participación informada para la solución de los grandes problemas nacionales, y evitará que se deforme el contenido de los hechos que pueden incidir en la formación de opinión. Luego, en el contenido actual del artículo 6°, se consagra la Libertad de expresarse, la cual es consustancial al hombre, y que impide al Estado imponer sanciones por el solo hecho de expresar las ideas. Pero correlativamente, esa opinión tiene límites de cuya transgresión derivan consecuencias jurídicas. Tales límites son que la opinión no debe atacar la moral, esto es, las ideas que se exterioricen no deben tender a destruir el conjunto de valores que sustenta la cohesión de la sociedad en el respeto mutuo y en el cumplimiento de los deberes que tienen por base la dignidad humana y los derechos de la persona; tampoco debe dañar los derechos de tercero, ni incitar a la provocación de un delito o a la perturbación del orden público. De modo que la Constitución de mil novecientos diecisiete estableció una obligación por parte del Estado de abstenerse de actuar

en contra de quien se expresa libremente, salvo que en el ejercicio de ese derecho se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público”<sup>22</sup>.

En el tema de los límites al derecho a la información, la SCJ señala ciertas restricciones a la pública, al realizar una interpretación teleológica de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental:

“Las fracciones I y II del segundo párrafo del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen que el derecho de acceso a la información puede limitarse en virtud del interés público y de la vida privada y los datos personales. Dichas fracciones sólo enuncian los fines constitucionalmente válidos o legítimos para establecer limitaciones al citado derecho, sin embargo, ambas remiten a la legislación secundaria para el desarrollo de los supuestos específicos en que procedan las excepciones que busquen proteger los bienes constitucionales enunciados como límites al derecho de acceso a la información. Así, en cumplimiento al mandato constitucional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece dos criterios bajo los cuales la información podrá clasificarse y, con ello, limitar el acceso de los particulares a la misma: el de información confidencial y el de información reservada. En lo que respecta al límite previsto en la Constitución, referente a la vida privada y los datos personales, el artículo 18 de la ley estableció como criterio de clasificación el de información confidencial, el cual restringe el acceso a la información que contenga datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización. Lo anterior también tiene un sustento constitucional en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, el cual reconoce que el derecho a la protección de datos personales –así como al acceso, rectificación y cancelación de los mismos– debe ser tutelado por regla general, salvo los casos excepcionales que se prevean en la legislación secundaria; así como en la fracción V, del apartado C, del artículo 20 constitucional, que protege la identidad y datos personales de las víctimas y ofendidos que sean parte en procedimientos penales. Así pues, existe un derecho de acceso a la información pública que rige como regla general, aunque limitado, en forma también genérica, por el derecho a la protección de datos personales. Por lo anterior, el acceso público –para todas las personas independientemente del interés que pudieren tener– a los datos personales distintos a los del propio solicitante de información sólo procede en ciertos supuestos, reconocidos expresamente

---

<sup>22</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Registro 188844. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 1309, con rubro: “DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6O., 7O. Y 24 CONSTITUCIONALES”. Amparo directo 8633/99.



por las leyes respectivas. Adicionalmente, la información confidencial puede dar lugar a la clasificación de un documento en su totalidad o de ciertas partes o pasajes del mismo, pues puede darse el caso de un documento público que sólo en una sección contenga datos confidenciales. Por último, y conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley, la restricción de acceso a la información confidencial no es absoluta, pues puede permitirse su difusión, distribución o comercialización si se obtiene el consentimiento expreso de la persona a que haga referencia la información”<sup>23</sup>.

En el caso que aquí se analiza, ¿qué acceso a la información pública se debe tener en cuenta si se trata de expedientes judiciales? La SCJN ha manifestado lo siguiente sobre este apartado:

“Mediante decreto ciento ocho, publicado en el Periódico Oficial del Estado el catorce de julio de dos mil cuatro, se reformó el artículo 39 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, para quedar como sigue: ‘Artículo 39. Las copias o testimonios de documentos que existan en los archivos o expedientes se permitirán a toda persona que los solicite, quedando razón y constancia de recibo en el que se señalen los que hubieren sido expedidos. Lo anterior con excepción de los casos en que la Ley de Acceso a la Información Pública obligue a la autoridad a negar el acceso público a la información, en los cuales sólo las partes legitimadas o quienes ellas autoricen podrán consultar y obtener copias de los expedientes. -El Juez o Magistrado dictará las medidas que sean conducentes, para tal efecto’. La exposición de motivos y el proceso legislativo de ese decreto reformativo ilustran con claridad sobre las razones consideradas por el legislador local para dar una extraordinaria amplitud al derecho de los gobernados para acceder a la información contenida en los expedientes judiciales, esto es, la idea de poner a disposición de cualquier persona todos los documentos contenidos en los procedimientos judiciales, sin más límites que los previstos en la Ley de Acceso a la Información Pública para el Estado de Nuevo León, eliminando con ello la restricción de que esa consulta sea exclusivamente de las partes; luego, para delimitar los alcances del precepto reproducido, es necesario acudir a este último ordenamiento. Así, los artículos 4, 10, fracción VII, 11, 11 bis, 13 y 15 de la citada ley, dimensionan el derecho de acceder a la información pública del Estado y asignan esa calidad a las acciones, diligencias y etapas procesales contenidas en los expediente cuyo conocimiento corresponde a los tribunales y juzgados del Poder Judicial del Estado, esto es, la intención del legislador fue publicitar todos los negocios judiciales, tanto en trámi-

---

<sup>23</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 2000233, Décima época, libro V, febrero de 2012, tomo 1, p. 655, con rubro: “INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL)”. Amparo en revisión 168/2011

te como resueltos, salvo que se trate de asuntos de naturaleza familiar, procesos penales por delitos sexuales, contra la libertad o contra la familia y aquellos en los cuales la víctima sea menor de edad o incapaz; fuera de esos casos, toda información contenida en los expedientes judiciales puede y debe ser entregada a cualquier persona que lo solicite, sin necesidad de justificar el motivo de la petición ni el uso que se le dará; por tanto, de no actualizarse alguna de las restricciones previstas en la ley, no hay justificación para negar la información”<sup>24</sup>.

Se vislumbra, entonces, que la información contenida en el expediente está protegida por el derecho a la privacidad y a la que solo tendrán acceso las partes o si hay una solicitud judicial que esté fundada y motivada, aunque esto implique un control interno. En este sentido, hay que comprender que el sigilo también debe hacerse de puertas para afuera, es decir, que el personal judicial y el juzgador no puedan divulgar datos o documentos de un asunto pendiente de resolver y, en caso de hacerlo, asumir las responsabilidades que posee como servidor público.

En el caso de divulgación de información privada, existen varias regulaciones en el ámbito mundial. Por ejemplo, en Estados Unidos y Canadá se cuenta con un estatuto de ética para los jueces, en el que advierten sobre las limitaciones del juez en materia de libertad de expresión en cuanto sus labores. Asimismo, la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces señala las restricciones a la manifestación profesional fuera de tribunales<sup>25</sup>:

“Sin embargo, este derecho no es absoluto, sino que está sujeto a ciertas limitaciones inherentes a la función judicial. En el caso de los jueces, el ejercicio irrestricto del derecho a la libertad de expresión puede comprometer su independencia o imparcialidad, por ejemplo, si revelan información sobre un caso específico a una de las partes o a los medios. De modo que los jueces deben abstenerse de socavar el derecho a un juicio justo, incluida la presunción de inocencia, especialmente en los casos *sub judice*. En tal sentido, la Carta europea sobre el estatuto de los jueces estipula que “los jueces deben abstenerse de todo comportamiento, acción o expresión que afecte la confianza en su imparcialidad y su independencia”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup>TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, Registro 73966, Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, tomo XXIV, noviembre de 2006, p. 1017, con rubro: “ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE EXPEDIENTES JUDICIALES. SUS ALCANCES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)”. Amparo en revisión 35/2006.

<sup>25</sup> Sietske DIJKSTRA, “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR”.

<sup>26</sup> CIJ, *Guía para profesionales n.º 1: Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales.*, pp. 39-40.

## II. Casos de estudio

### TOMA DE PROTESTA DE MAGISTRADO "LGBT"

Hace dos años, cuando estaba en un litigio estratégico en materia de derechos políticos electorales, descubrió su identidad de género y ahora Ociel Baena Saucedo "es concebida primer magistrada de electoral no binarie" en América Latina.

El pasado 1 de octubre de 2022, junto a la bandera gay, rindió protesta en el Tribunal Electoral del Estado de Aguascalientes, en una designación que rompe paradigmas, no solo en el derecho electoral de la judicatura, sino, también, para las poblaciones "LGBT+".

Ociel Baena comenta que por discriminación salió de su casa y fue forjando un carácter que le hizo tener expresiones audaces mientras ejercía el cargo de "secretarie" general de acuerdos: usaba falda, lucía tacones y combinaba accesorios masculinos con femeninos.

"Y justamente esa fue mi segunda salida del clóset porque así es donde cambié mi expresión de género.

Cuando me asumo como persona no binarie, también me atrevo y rompo ese límite personal y utilizo prendas femeninas combinadas con masculinas, y justamente es cuando doy esa transición al género no binario y fueron las mismas personas del Tribunal quienes vivieron esta transición junto conmigo, entonces tengo un respaldo impresionante de las magistraturas y de todo el personal",

cuenta.

Agrega que al ser "reconocida como primer magistrada electoral no binarie" en América Latina, busca mandar el mensaje de que las poblaciones LGBT+ "podemos estar en todos los espacios, públicos y privados, y podemos empoderarnos y podemos ocuparlos".

Con doctorado en derecho electoral, "con todas las ganas de seguir adelante", tacones, maquillaje, faldas y accesorios masculinos, Ociel Baena se dice lista para desempeñarse como "magistrada" electoral en Aguascalientes.

"Dignidad, orgullo y resistencia. Desde donde estemos que se nos note lo LGBTIQ+", expresa en redes sociales<sup>27</sup>.

### JUEZA EN POSES INCÓMODAS

Vivian Polanía no pasa inadvertida en las redes sociales. Cuando cuelga su toga en el armario comienza a tomarse *selfies* y a grabar videos muy sugestivos, que luego publica en su cuenta de Instagram.

<sup>27</sup> [www.eluniversal.com.mx/nacion/ociel-baena-primera-magistrada-electoral-no-binaria-en-al-tacones-derecho-electoral-y-orgullo](http://www.eluniversal.com.mx/nacion/ociel-baena-primera-magistrada-electoral-no-binaria-en-al-tacones-derecho-electoral-y-orgullo)

“Antes de jueza soy persona”, le dijo a CNN desde su apartamento en Cúcuta, ciudad fronteriza con Venezuela. En el mundo digital –donde posa en traje de baño, minifaldas cortas y escotes profundos, además de realizando rutinas de ejercicios y entrenamientos en el gimnasio– llegó a tener más de ciento cincuenta mil seguidores en Instagram. Aunque ya en dos ocasiones le han pirateado sus cuentas, y ha perdido seguidores por esa razón, dice que no tiene problema en empezar de cero y seguir con sus controvertidas publicaciones para recuperarlos.

La magistrada de control de garantías está ahora en el centro del debate sobre los límites a la libertad de expresión de los funcionarios del Estado. Eso, después de una fuerte reprimenda del Consejo Superior de la Judicatura y de una investigación disciplinaria por parte de sus superiores.

Ella sostiene, sin embargo, que una cosa es su trabajo diario impartiendo justicia, y otra su derecho a publicar lo que quiera de su vida privada.

“Yo hay algo con lo que no estoy de acuerdo: ustedes ven mi Instagram y yo no hablo nada jurídico. Porque una red social es una red social, precisamente para conocer personas. No es lo mismo el derecho a la intimidad, privacidad, al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Porque la gente dice que yo he dicho que es mi intimidad, no. Mi intimidad no porque mi página es pública, la puede ver todo el mundo. Yo veré qué subo y qué no subo”,

afirma Vivian Polanía.

Esta funcionaria judicial tiene cuarenta años y treinta y siete tatuajes. Es apasionada de la práctica de ejercicios variados conocida como *crossfit*, y además levanta casi 159 kg. en las pesas. La jueza dice que hay personas que tienden a estigmatizar a otras por la forma como alguien se viste o por su apariencia personal. Y tiene razones para defender su argumento: ella es una abogada especializada en derecho constitucional y cursa una maestría en derechos humanos.

“Pues respecto a mi ropa y mi forma de vestir, eso es mi libre desarrollo de la personalidad. Y no estoy de acuerdo, porque no todos los funcionarios, personas y jueces son iguales. Y yo no puedo someter a una persona a lo que para mí es ética y para mí es moralmente bueno. Eso es lo que nos hace individuos a nosotros”,

le dijo la jueza a CNN.

#### LA CONTROVERSIA DE ESAS FOTOS CON EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Pero sus superiores no opinan lo mismo. El Consejo Superior de la Judicatura de Colombia le hizo un fuerte llamado de atención y le inició una

investigación disciplinaria por sus fotos y videos publicados en Instagram. A través de dos comunicados, los magistrados le han recordado que hay deberes y prohibiciones para los funcionarios de la rama judicial. Entre ellos, explican:

“realizar en el servicio o en la vida social actividades que puedan afectar la confianza del público u observar conducta que pueda comprometer la administración de justicia”.

El artículo 14 de la Ley Estatutaria de la Justicia en Colombia es muy claro al decir que los funcionarios de su nivel “deben cuidar de su presentación personal de acuerdo al decoro de su investidura”.

La profesional se mantiene en su postura y dice que está dispuesta a acudir a las instancias que sean necesarias para defender su derecho al que afirma, es el libre desarrollo de su personalidad<sup>28</sup>.

#### *ACUSADO POR MEDIO DE REDES SOCIALES*

El CJF informó que analiza las denuncias realizadas en medios de trabajadores del Juzgado Cuarto de Distrito en materia administrativa en Jalisco sobre actos de abuso y hostigamiento laboral por parte del juez Alejandro Castro Peña.

El juzgador fue exhibido en diversos videos difundidos en dichas aplicaciones en los que se le escucha amedrentando y gritándole a uno de los secretarios del juzgado.

“La función de garantizar los derechos humanos de todas las personas parte del reconocimiento irrestricto a su dignidad. El acoso laboral no nos define ni será tolerado en la justicia federal”,

señaló el CJF mediante un comunicado<sup>29</sup>.

#### *CESADA POR SUS RELACIONES PERSONALES*

Ante la decisión del máximo tribunal del país, la jueza Jacqueline Atala decidió enviar su caso a la CIDH, donde se declaró admisible la petición el año 2010, sometiendo el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por

<sup>28</sup> <https://cnnespanol.cnn.com/2020/10/14/la-jueza-colombiana-que-es-toda-una-celebridad-en-instagram-por-sus-fotos-sensuales/>

<sup>29</sup> [www.eluniversal.com.mx/nacion/cjf-analiza-denuncias-contra-juez-por-hostigamiento-laboral](http://www.eluniversal.com.mx/nacion/cjf-analiza-denuncias-contra-juez-por-hostigamiento-laboral)

“el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R”,

como dice el Informe de la CIDH.

El 24 de febrero de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado chileno en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. En el fallo, se destacó especialmente el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género como categorías protegidas por la Convención, declarando que para comprobar la existencia de una diferencia de trato en una decisión particular no es necesario basarla “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, sino que basta que en cierto grado se haya tenido en cuenta, ya sea de manera implícita o explícita. Además, indicó que, al tratarse de un acto de discriminación por orientación sexual, era necesario un test de análisis. Esto significa que la restricción de un derecho basado en una categoría sospechosa o prohibida de discriminación exige una fundamentación rigurosa y de tal peso que pueda invertir la carga de la prueba y otorgar a la autoridad la responsabilidad de demostrar que la decisión carecía de un propósito o un resultado discriminatorio<sup>30</sup>.

### RELACIONES “POLIAMOROSAS”

Un juzgado federal en México reconoció las relaciones “poliamorosas”, al considerar inconstitucional y discriminatorio negarles la posibilidad de concubinato y matrimonio.

Lo anterior, al resolver el juicio de amparo 1227/ 2020 en el Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla.

De acuerdo con la sentencia emitida en mayo de 2021 por el juez Pedro Arroyo Soto, el amparo se promovió tras una queja de una persona contra los artículos 294 y 297 del *Código Civil de Puebla* en los que se establece que el matrimonio o el concubinato solo pueden celebrarse entre dos personas.

Esto –arguyó el quejoso quien reside en la entidad poblana– excluía a las demás preferencias sexuales, entre ellas las relaciones compuestas por dos o más personas de forma simultánea, conocida como relaciones poliamorosas.

El afectado aseguró que tiene inclinación y preferencia a mantener relaciones amorosas y afectivas con varias personas de manera simultánea, con el consentimiento de todos los involucrados.

<sup>30</sup> <https://iguales.cl/incidencia-politica/fallo-atala/>

El árbitro justificó su decisión en la postura de la SCJN al señalar que se pueden impugnar normas “heteroaplicativas” en el ordenamiento jurídico, las cuales pueden ser estigmatizadoras y terminan por proyectar un mensaje discriminatorio.

Por tanto, afirmó que el negarle esta opción al quejoso contravenía al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual establece que está prohibida toda discriminación motivada por las preferencias sexuales de una persona.

Concluyó que los dos artículos mencionados del *Código Civil de Puebla* vulneran los principios de igualdad y no discriminación en perjuicio del quejoso, por lo que los consideró inconstitucionales.

Así, otorgó el amparo a la persona que lo promovió para poder contraer matrimonio o una relación de concubinato con todos sus beneficios legales entre más de dos personas que así lo consientan<sup>31</sup>.

#### OPINIONES PERSONALES DE UN JUZGADOR

La reciente STEDH de 1 de marzo de 2022 (caso Kozan vs. Turquía) declara que la sanción disciplinaria de amonestación impuesta a un magistrado por haber compartido en un grupo privado de Facebook un artículo de prensa escrito por un tercero en el que se criticaba la falta de independencia del CJP respecto al gobierno turco supone una infracción del derecho a la libertad de expresión reconocida por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Según el TEDH el artículo:

“expresaba juicios de valor según los cuales ciertas decisiones de la CJP podrían constituir un favor hecho al poder político en el sentido de que los magistrados que habían intervenido en el proceso del 17 al 25 de diciembre de 2013 al acusar a sospechosos pertenecientes a círculos cercanos al gobierno habían sido sancionados, mientras que los magistrados que habían absuelto a dichos sospechosos habían sido recompensados con la absolución de los procesos disciplinarios dirigidos contra ellos por las faltas disciplinarias que se les imputaban”.

La sentencia recuerda en primer lugar:

“[...] en una sociedad democrática, las cuestiones relativas a la separación de poderes y la necesidad de preservar la independencia del poder judicial pueden referirse a asuntos muy importantes que son de interés general (Morice c. France [GC], n.º 29369/10, § 128, TEDH 2015). Los debates

<sup>31</sup> JUZGADO OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA DE AMPARO CIVIL, ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO Y JUICIOS FEDERALES EN EL ESTADO DE PUEBLA, sentencia amparo 1227/ 2020.

sobre asuntos de interés general generalmente se benefician de un alto nivel de protección en virtud del artículo 10, combinado con un margen de apreciación particularmente restringido para las autoridades (ver *Morice*, citado anteriormente, §§ 125 y 153, *July and SARL Liberation v. France*, No. 20893/03, § 67, ECHR 2008 (extractos)). Incluso si una cuestión que da lugar a un debate sobre el poder judicial tiene implicaciones políticas, este simple hecho no es suficiente en sí mismo para impedir que un juez se pronuncie sobre el tema (*Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 67, CEDH 1999-VII”).

Luego afirma:

“45. Es cierto que la misión particular del poder judicial en la sociedad impone a los jueces un deber de discreción. Sin embargo, este último persigue un fin particular: la palabra del magistrado, a diferencia de la del abogado, se recibe como expresión de una valoración objetiva que compromete no sólo a quien se expresa sino también, a través de él, a toda la institución de Justicia (*Morice*, antes citado, §§ 128 y 168).

46. Por lo tanto, puede resultar necesario proteger la justicia contra ataques destructivos sin fundamento grave, especialmente cuando el deber de discreción prohíbe reaccionar a los magistrados interesados (*Prager y Oberschlick c. Austria*, 26 de abril de 1995, § 34, Serie A no 313, *Kudechkina contra Rusia*, n.º 29492/05, § 86, 26 de febrero de 2009, y *Di Giovanni contra Italia*, n. En particular, se puede esperar que los funcionarios judiciales usen su libertad de expresión con moderación siempre que la autoridad y la imparcialidad del poder judicial puedan ser cuestionadas (*Wille*, citado anteriormente, § 64) y, también, cuando expresen críticas a sus compañeros, funcionarios públicos, en particular otros jueces (*Eminağaoğlu*, antes citada, § 136)<sup>32</sup>.

Es evidente que las normas deontológicas de la judicatura sobre el uso de diversas plataformas, por jueces y magistrados le afectarán de ahora en adelante, no obstante, tal como se comentó, la hemeroteca y el acervo digital no es solo una herramienta que se usa contra los políticos, sino contra todo cargo público en general. Un buen momento para que los futuros jueces hagan una revisión crítica de su pasado digital y, también, lo adapten a una de las recomendaciones de la Comisión de Ética Judicial, que en su dictamen de 14 de enero de 2021 recomendaba:

“Las intervenciones de los jueces y juezas en entrevistas, coloquios, participaciones públicas y redes sociales deben ajustarse al concepto de neutralidad política que impregna los principios de imparcialidad, independencia e integridad”.

---

<sup>32</sup> *Kozan vs Turquía*, n.º 16695/19, TEDH 1/3/2022.



“Prudencia y moderación son las dos actitudes sobre las que pivota la libertad de expresión del Juez o Magistrada” señala la Comisión de Ética Judicial en su dictamen. En este mismo sentido las directrices no vinculantes sobre el uso de las variadas aplicaciones digitales por parte de los jueces, aprobadas en noviembre de 2018 en el marco de Naciones Unidas, señalan lo siguiente:

“Es importante que los jueces, tanto como ciudadanos, como en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, se involucren en las comunidades en las que sirven. En una era en que dicha participación incluye cada vez más actividades en línea, no se debe prohibir la participación adecuada de los jueces en las redes sociales. Sin embargo, el beneficio público de dicho involucramiento y participación virtual debe estar en equilibrio con la necesidad de mantener la confianza de la población en el Poder Judicial, el derecho a un juicio justo, así como la imparcialidad, integridad e independencia del sistema judicial en su conjunto”<sup>33</sup>.

#### UNA OPINIÓN SOBRE “MACHISMO” EN TIK TOK

La SCJ realizó un pedido de informes a la jueza especializada en “género”, Ada Siré, que quedó en suspenso debido a que la magistrada se tomó licencia médica. Finalmente, fue trasladada y no estará más dedicada a los casos de familia especializada.

Por otro lado, el máximo órgano del Poder Judicial separó del cargo e inició un sumario a Florencia Ferreyra, magistrada de paz de Treinta y Tres por sus publicaciones a favor del gobierno y la policía, según informó Informe Capital (TV Ciudad) y confirmaron a *El Observador* desde el Poder Judicial.

El Colegio de Abogados de Uruguay expresó en un comunicado el rechazo a “cualquier desvío o violación de parte de cualquier integrante de la Magistratura” a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y rectitud que rigen a esos funcionarios.

El uso de las redes sociales se ha generalizado en la sociedad actual. De hecho, casi un 60 % de los uruguayos considera que tiene una dependencia significativa o total a estas plataformas, según encuesta del Grupo Radar divulgado por *Búsqueda*. Por tal motivo, parece difícil que la sociedad se mantenga al margen de ellas. Y los jueces no son la excepción.

Ada Siré explicó que el video lo hizo con el objetivo de mostrar que los hombres generan violencia de género en sus charlas cotidianas. “Hice el video como ciudadana y no como jueza”, aclaró<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> [www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/social-media-use.html#:~:text=Las%20Directrices%20no%20vinculantes%20sobre%20el%20uso%20de%20las%20redes%20sociales%20por%20parte%20de%20los%20jueces%20%2C](http://www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/social-media-use.html#:~:text=Las%20Directrices%20no%20vinculantes%20sobre%20el%20uso%20de%20las%20redes%20sociales%20por%20parte%20de%20los%20jueces%20%2C)

<sup>34</sup> [www.elobservador.com.uy/nota/jueces-uruguayos-cuanto-pueden-usar-las-redes-sociales--20222517240](http://www.elobservador.com.uy/nota/jueces-uruguayos-cuanto-pueden-usar-las-redes-sociales--20222517240)

### UNA RESPUESTA “HOMÓFOBA”

Un tuit del representante del Poder Judicial, Carlos Viader Castro, se ha vuelto viral por la polémica que ha suscitado al responder al comentario “homófobo” de su propia tía. Subió varias fotografías de una boda a la que había asistido el domingo, cuando recibió un reproche de esta familiar.

En la foto en cuestión criticada por la tía aparecen nueve adultos y dos niños posando para inmortalizar el feliz momento de la boda. Una imagen que la mujer no ha dudado en censurar a su sobrino diciéndole que era “demasiado explícita”.

Según relata Carlos Viader, al no entender a qué se refería su tía con “demasiado explícita”, se aventuró a preguntarle por qué, sin esperarse la respuesta que le dio: “En la foto se puede adivinar que eres homosexual y que el chico de tu lado es tu pareja”.

Algo que el juez no ha dudado en denunciar a través de las redes sociales y ha contestado con el siguiente mensaje: “Vamos, que lo de ser marigueta mejor en secreto. Lo que tenemos que aguantar”<sup>35</sup>.

### III. Lineamientos para la comunicación de los jueces

“Las normas éticas pueden ser usadas también con esa función, pero en el “enjuiciamiento” ético no hay ninguna razón que pueda esgrimir el denunciado por una falta contra la ética que quede fuera de la deliberación; dicho de otra manera, un Tribunal de Ética puede aceptar razones que serían inaceptables si actuara como un tribunal jurídico”<sup>36</sup>.

Por no ser materia de este trabajo se propone una serie de lineamientos que calificarían si un juzgador debe ser responsable de las comunicaciones ejercidas por él o por un tercero a su nombre<sup>37</sup>; lineamientos para evaluar –por ejemplo– que no se guardó la debida secrecía, vulnerando los derechos de intimidad y privacidad, y que, por tanto, debe ser sometido a un juicio por un comité de ética. Estos lineamientos deberán señalar su objetivo, principios regentes, partes (derechos y obligaciones), acciones y defensas, medidas precautorias (destitución del titular del caso expuesto),

<sup>35</sup> [www.ondacero.es/noticias/sociedad/viral-respuesta-juez-comentario-homofobo-que-arrasa-redes-sociales\\_20211019616e727c46689800013f012d.html](http://www.ondacero.es/noticias/sociedad/viral-respuesta-juez-comentario-homofobo-que-arrasa-redes-sociales_20211019616e727c46689800013f012d.html)

<sup>36</sup> *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, p. 3.

<sup>37</sup> Jasmin MORAN, “Courting controversy: the problems caused by extrajudicial speech and writing”.

la integración y selección del Comité para juzgar posibles infracciones, las características de este proceso (legitimación, demanda, defensa, pruebas, conclusiones, resolución), el tipo de sanciones. Asimismo, informar a la parte actora sus derechos judiciales para la reparación del daño civil o administrativo en su caso<sup>38</sup>.

Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Los artículos 6.º y 7.º de la Constitución Federal Mexicana establecen el marco jurídico que, a la vez que consagra el derecho a la libre manifestación de las ideas y la libertad de imprenta, les impone límites consistentes en que la manifestación de las ideas no debe ejercerse en forma que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; la libertad de imprenta tiene por límite el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. Por su parte, el artículo 1.º de la Ley de Imprenta prevé lo que se considera como ataques a la vida privada, y en su fracción I establece que lo es toda manifestación o expresión hecha por la imprenta o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública donde se expone a una persona al odio, desprecio o ridículo y que pueda causarle demérito en su reputación e intereses. Como se advierte, en el supuesto de la fracción I resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera. Basta que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo. El decoro está integrado por: el honor, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación. Se basa en el principio de que, a toda persona, por el hecho de serlo, se le debe considerar honorable, merecedora de respeto. La conculcación de este bien se configura en sentido negativo, cuando el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social en que se desenvuelve y que es donde directamente repercute en su agravio. El honor es un bien objetivo que hace que la persona sea merecedora de confianza. Si una persona sufre una afectación en la consideración que de ella tienen los demás, se debe entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea, al trato con urbanidad y respeto que merece. El límite entre la libertad de expresión y la conducta ilegal del agente solo puede establecerse mediante la ponderación de los derechos en presencia, para determinar si la restricción que se impone al derecho de información y expresión está o no justificada por la limitación que sufriría el otro derecho a la intimidad. Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión entre ambos derechos, el de la información goza de una posición preferente, y las restricciones a ese derecho deben interpretarse de tal modo que su contenido esencial no resulte desnaturalizado. Tal valor preferente no es, sin embargo, absoluto. Si se le reconoce como garantía de la opinión pública. Solo puede legitimar intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, o sea, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública. Carecerá de protección cuando se ejercite de manera desmesurada a ese fin. TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, Registro 184669, novena época, tomo XVII, marzo de 2003, p. 1909, con epígrafe: "DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN". Amparo directo 1442/2002.

<sup>39</sup> UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, p. 45.

### LOS JUECES Y LAS REDES SOCIALES

Hay que considerar que la magistratura es una profesión que integra a un ciudadano y a un servidor público. Por lo anterior, existen tres esferas de actuación y, por tanto, de comportamiento, con sus respectivos derechos y obligaciones. Entonces, se presenta un espacio concéntrico, en que estas formas de actuación de los derechos civiles y políticos quedan reducidas por su cargo público, es decir, un impartidor de justicia debe ser imparcial, por lo mismo no podría ejercer como abogado privado o promover el voto de alguien, que estima es una buena oferta política. O bien, un magistrado vistiendo como *Drag Queen* en un bar, algunos dirían que es un ciudadano como cualquiera y que es su vida, y otros platicarían sobre el decoro y la buena imagen que debe proyectar; pero este acto, ¿afecta su honorabilidad?, ¿esto perturba su forma de conducir y resolver sus causas?, ¿su espacio privado debe ser juzgado? Otro escenario: una jueza subiendo fotos de ella semidesnuda ¿debería reprenderla el consejo de la magistratura y solicitarle una conducta más apropiada a la función jurisdiccional? ¿Un juez laboral puede o debería asistir a una reunión o fiesta de un sindicato? En todo esto sobresale un asunto: qué tipo de conducta debe realizar un juez, cuando no está juzgando.

Ya son varios los casos en los que la imparcialidad de quien detenta el cargo se ha visto cuestionada precisamente por el contenido, seguidores, amigos y comentarios vertidos en estas redes electrónicas. Son paradigmáticos, entre otros, los siguientes:

- i) la recusación de una profesional en lo penal en cuyo despacho se tramitaba un proceso por el delito de maltrato animal, por cuanto, según el perfil de Facebook de la funcionaria, se presentaba como una ferviente militante animalista;
- ii) la investigación disciplinaria a una colega que, además de su labor de administrar justicia, era una reconocida “influenciadora” del mundo *fitness* en Twitter;
- iii) Los videos en *Youtube* de un magistrado caribeño, predicando su fe religiosa, etcétera<sup>40</sup>.

Hace algunos años se publicó en *Chicago Tribune*<sup>41</sup> la noticia de que un servidor de la justicia de Louisville, Estado Unidos, realizó una publicación en Facebook mostrando a su indignación por el hecho de que un fiscal cuestionó su decisión para desestimar la conformación de un jurado. El juez (de

<sup>40</sup> [www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/penal/es-conveniente-que-los-jueces-tengan-redes-sociales#\\_ftn1](http://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/penal/es-conveniente-que-los-jueces-tengan-redes-sociales#_ftn1)

<sup>41</sup> [www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8685351-juez-de-eeuu-publica-comentarios-en-facebook-sobre-las-razas-story.html](http://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8685351-juez-de-eeuu-publica-comentarios-en-facebook-sobre-las-razas-story.html)

ascendencia afroamericana) había considerado que la conformación del jurado carecía de suficientes miembros de las minorías, lo que determinó que el fiscal del condado acudiera al tribunal supremo estatal para que revisara esa decisión, que desestimó la composición del jurado. Frente a esta situación, el administrador de justicia, Olu Stevens, arremetió contra el fiscal Tom Wine (quien es blanco), publicando en su página de Facebook que la conducta del fiscal equivalió a un intento de “proteger el derecho de enlistar un jurado donde todos sean blancos”.

En el caso de aplicaciones de internet, los administradores tienen reglas de adhesión que se aceptan al momento de inscribirse y al utilizarse las mismas y, con ello, se imponen condiciones de uso en cuanto al contenido que puede publicarse, habiendo sanciones en caso de infringir estos lineamientos. Ahora, en el caso de un juez y sus publicaciones, estas deben ser realizadas con cuidado, pues podría presentarse un problema personal, generar una mala imagen al Poder Judicial o ser criticado por el conglomerado social.

Ahora, se expondrá una clasificación de los diferentes tipos de control que existen en el tema de los jueces y las redes sociales.

### MODELOS DE VIGILANCIA

#### No interventor/autocensura<sup>42</sup>

En este tipo de vigilancia, el Poder Judicial no interviene de ninguna forma sobre las actividades privadas del juzgador. El trabajo jurisdiccional y la administración de su órgano judicial son los elementos que se utilizan para la calificación de su trabajo y conservación de su cargo. Sus actos personales no tienen repercusión en su calidad de autoridad; su estabilidad y permanencia están en relación exclusivamente con su desempeño como magistrado.

Este modelo es liberal en cuanto sus declaraciones, siendo responsable de su administración ante la judicatura, en materia penal por vulnerar algún bien tutelado o que sean demandados por daño en los tribunales del orden civil.

“Los ordenamientos jurídicos de las democracias actuales cuentan con un abanico legal o jurisprudencialmente asentado de reglas acerca de qué es y qué no es un equilibrio adecuado entre estos derechos a la luz de las previsiones constitucionales aplicables. Una de estas reglas, ampliamente consensuada en el ámbito del derecho comparado y del derecho interna-

<sup>42</sup> Jon ELSTER, *Constitutionalism and democracy*, pp. 1-18.

cional de los derechos humanos –precipitado de ejercicios reiterados de ponderación de derechos, incluidos los encaminados a examinar las ponderaciones vertidas por el legislador en normas generales– es aquella según la cual, frente a actuaciones de los medios de comunicación en ejercicio de los derechos a expresarse e informar, quienes desempeñan, han desempeñado o desean desempeñar responsabilidades públicas tienen pretensiones en términos de intimidad y respeto al honor con menos resistencia normativa general que los ciudadanos ordinarios. Ello es así por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades. Tratándose de la *intimidad* en ocasiones su condición puede dotar de interés público a la difusión y general conocimiento de datos que, pudiendo calificarse de privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones de juzgar adecuadamente su desempeño como servidores o titulares de cargos públicos. Con el *derecho al honor* sucede algo similar: las actividades desempeñadas por las personas con responsabilidades públicas interesan a la sociedad, y la posibilidad de crítica que esta última pueda legítimamente dirigirles debe entenderse con criterio amplio. Como ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones, porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad al asumir ciertas responsabilidades profesionales –lo que conlleva naturalmente mayores riesgos de sufrir afectaciones en su honor y porque su condición le permite tener mayor influencia social y acceder con facilidad a los medios de comunicación para dar explicaciones o reaccionar ante hechos que lo involucren. Las personas con responsabilidades públicas mantienen la protección derivada del *derecho al honor* incluso cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero las implicaciones de esta protección deben ser ponderadas con las que derivan del interés en un debate abierto sobre los asuntos públicos”<sup>43</sup>.

Por ejemplo, en México, los jueces deben garantizar el derecho a la información y también deben tutelar el derecho a la intimidad:

“Los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos recogen el *derecho a la intimidad* como una manifestación concreta de la separación entre el ámbito privado y el público. Así, el derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito privado que se

---

<sup>43</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 165820, novena época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 278, con rubro: “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”. Amparo directo en revisión 2044/2008.

encuentra reservado frente a la acción y conocimiento de los demás y tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, ya sea simples particulares o bien los Poderes del Estado; tal derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia; asimismo garantiza el derecho a poseer la intimidad a efecto de disponer del control sobre la publicidad de la información tanto de la persona como de su familia; lo que se traduce en el *derecho de la autodeterminación de la información* que supone la posibilidad de elegir qué información de la esfera privada de la persona puede ser conocida o cuál debe permanecer en secreto, así como designar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información. En este contexto, el *derecho a la intimidad* impone a los poderes públicos, como a los particulares, diversas obligaciones, a saber: no difundir información de carácter personal entre los que se encuentran los **datos personales**, confidenciales, el secreto bancario e industrial y en general en no entrometerse en la *vida privada* de las personas; asimismo, el Estado a través de sus órganos debe adoptar todas las medidas tendentes a hacer efectiva la protección de este derecho<sup>44</sup>.

Se podría decir que se cuenta con un choque de derechos, por un lado, la libertad de expresión del juzgador y, por el otro, el derecho a la información pública:

“El ejercicio de la libertad de expresión no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados<sup>45</sup>.”

<sup>44</sup> TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, Sala Superior, Registro 1000815, tercera época. Apéndice 1917 - septiembre 2011. VIII. Electoral Primera Parte - Vigentes, p. 223, con rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO”. Amparo en revisión 73/2008

<sup>45</sup> TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, Juicio de revisión constitucional electoral, SUP-JRC-288/2007.

Como ya se mencionó, debe existir un parámetro para controlar la libertad de expresión y de la información que realiza el juzgador, pero siempre procurando mantener la privacidad de los ciudadanos:

“La libertad de expresión y el derecho a la información operan en forma diversa tratándose de personajes públicos, quienes, como las personas privadas, se encuentran protegidos constitucionalmente en su intimidad o vida privada, por lo que podrán hacer valer su derecho a la intimidad frente a las opiniones, críticas o informaciones lesivas. La solución de este tipo de conflictos ameritará un ejercicio de ponderación entre los derechos controvertidos, a efecto de determinar cuál de ellos prevalecerá en cada caso. Así, el interés público que tengan los hechos o datos publicados, será el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad, en donde el derecho a la intimidad debe ceder a favor del derecho a comunicar y recibir información, o a la libertad de expresión cuando puedan tener relevancia pública, al ser un ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta en una sociedad. Por consiguiente, en la solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información, frente al derecho a la intimidad o a la vida privada, deberá considerarse el caso en concreto, a fin de verificar cuál de estos derechos debe prevalecer distinguiéndose, en el caso de personas públicas a la mayor o menor proyección de la persona, dada su propia posición en la comunidad, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada”<sup>46</sup>.

Para finalizar en el tema de los modelos comunicacionales, se puede establecer un conjunto de lineamientos que debe cuidar dicha autoridad al momento de hacer alguna declaración pública o usar los medios de comunicación masivos o electrónicos.

### Mirada invisible (vigilancia oficial y observación de los usuarios)

En este modelo existe un área del Consejo de la Judicatura que observa de forma pública y permanente las publicaciones en redes sociales de los jueces. Se utiliza un sistema de alerta, en caso de que algún *posteo* atente contra la conducta del juez, su imagen institucional o menoscabe el valor de su labor jurisdiccional. En este tipo, se puede solicitar al magistrado el retiro de su publicación (censurando, pero sin repercusiones) o se puede

---

<sup>46</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 164992, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 928, con rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”. Amparo directo 6/2009.



iniciar un proceso administrativo sancionador por atentar contra la ética del Poder Judicial.

Este modelo funciona como un panóptico<sup>47</sup>, la vigilancia y supervisión es conceptualizada de la siguiente manera: “la facultad de ver, con sólo una ojeada, todo lo que allí ocurre”<sup>48</sup>. Esto significa, que se ve poco y se siente mucho la observación de las publicaciones de los jueces, y se hace notable cuando un *posteo* u opinión agrede a otro usuario, genera molestia social, descalifica un bien público o denosta a una persona.

### Reglamentario

Este modelo establece un catálogo de los valores que deben tutelarse por los jueces con base en los principios éticos del Poder Judicial, el ejercicio del servicio público y una conducta privada acorde con la norma, la moral y las buenas costumbres. Con esto se construye y moldea un tipo de comportamiento institucional y personal, que limita las publicaciones y opiniones de los juzgadores. Al mismo tiempo, se debe producir un proceso para que los acusados puedan aducir y defender sus garantías, sus libertades, su privacidad y sus opiniones personales.

### Lineamientos públicos para uso privado

En este modelo se instaura por medio de una circular del Consejo de la Magistratura, en el que se indican ciertas directrices no vinculantes para el uso de plataformas. Esto no debe verse como recomendaciones a los servidores del Poder Judicial, sino como limitantes, sobre los bienes que hay que cuidar y observar, y que en caso de atentar contra la ética jurisdiccional o el Poder Judicial, sea el Consejo el responsable de imponer las sanciones que amerite el asunto en cuestión<sup>49</sup>.

Estos lineamientos pretenden orientar tanto a los jueces como a las autoridades judiciales (así como a otros titulares de cargos judiciales y al personal de los tribunales, según proceda, dado que su conducta también puede repercutir en la integridad judicial y en la confianza del público en el Poder Judicial), y delinear un marco más amplio sobre cómo orientar y formar a los jueces en el uso de las diferentes plataformas, en sintonía con las normas internacionales y regionales de conducta y ética judicial y los códigos de conducta existentes.

<sup>47</sup> Véase Jeremy BENTHAM, *El panóptico*.

<sup>48</sup> [www.terras.edu.ar/biblioteca/16/16TUT\\_Bentham\\_Unidad\\_2.pdf](http://www.terras.edu.ar/biblioteca/16/16TUT_Bentham_Unidad_2.pdf)

<sup>49</sup> [www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/non-binding\\_guidelines\\_on\\_the\\_use\\_of\\_social\\_media\\_by\\_judges.html?lng=en&match=social%20media%20guidelines](http://www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/non-binding_guidelines_on_the_use_of_social_media_by_judges.html?lng=en&match=social%20media%20guidelines)

## OBSERVACIONES

A continuación, se presentarán diversas ideas conexas con el tema en comentario, que resultan indispensables al realizar un análisis del tema del uso de redes sociales por los jueces.

## Responsabilidad personal

Hay que comprender el alcance de la responsabilidad del juez como usuario virtual. Esto implica que debe haber una administración diligente y apropiada, y que solo debe revisarse en caso de que haya un daño a su persona, a la institución o en la administración de justicia.

Se genera un sistema de panóptico, en el que la vigilancia es de todos por todos, pues es lo que garantiza la correcta administración y seguridad de los usuarios. El buen nombre de un juez debe ser una medida de su actuación y su impacto social. Asimismo, debe proteger su fama pública, pues su imagen y labor materializa al Poder Judicial, y esto conlleva a vivir y actuar bajo ciertos principios y parámetros que provocan un ánimo de confianza y que se legitima a través de sus sentencias. Pero no se debe asfixiar, censurar o ser tan aprehensivos con los jueces ni tampoco debe permitirse un libertinaje en el que no haya límites o sanciones ante casos como acoso, discriminación, violencia, entre otras perniciosas opiniones o informaciones que dañarían la efigie de un juzgador.

¿Existe una verdadera relación de amistad  
o empatía entre ciberamigos?

Este tema es muy subjetivo, pues no basta una aceptación, una conversación o un intercambio de opiniones para considerar que existe una relación personal o de amistad. Es imprescindible considerar que la amistad implica algo más que *likes*, colocar un par de opiniones coincidentes (o a modo) o intercambiar información. Sin embargo, es un tema muy subjetivo, pues hay quienes opinan que existen “amigos” de redes sociales, y esto implica otra categoría de fraternidad, una en que las personas no se conocen físicamente, y en el que las imágenes y las opiniones son los ejes que provocan un tipo de relación no personalizada. Aquí debe visualizarse estas relaciones como producto adicional de las nuevas tecnologías de comunicación. Y no parece correcto estimar si alguien le encanta tener un séquito de seguidores, que lo critiquen, que se exponga o que provoque a otras personas, mas debe observarse que el uso de estas aplicaciones pasa por un filtro de bondad o maldad en su utilización.

### ¿Se intima con los contactos de redes?

El tipo de relación que se genera entre personas que tienen en común por medio de redes sociales depende de los usuarios. En este asunto, se pasa a un escenario de inmediatez, que sustituye el tiempo, la interacción y el reconocimiento de la otra persona. El ser usuario afín y considerarlo un “amigo” dependerá de factores muy particulares, que tendrán un tipo de intimidad sesgada por sus intereses. No obstante, en el caso de los juzgadores si han iniciado una relación personal, hay que evaluar si ese contacto pudiera interferir con su profesionalismo, independencia e imparcialidad.

### Independencia, imparcialidad y objetividad con los amigos virtuales

Antes se presentaron diversos principios de la función jurisdiccional, que, sin duda, son los que permiten una eficiente y óptima administración de justicia. Sin duda, esta realidad virtual origina una relación entre los usuarios que, en el caso de las personas que son jueces, debe anteponerse la responsabilidad de su función. Lo anterior, pues si existe un conflicto de interés debe exponerse de mutuo propio o demostrarse que su relación con el asunto jurisdiccional se vería contaminado y resuelto con base en el contacto previo entre el juzgador y los justiciables. Así considerado este asunto, ¿en qué punto se podría solicitar o exigir que, por ser un amigo de alguna red social, no se deba conocer del asunto y, con ello, salvaguardar la impoluta, inmaculada y prístina impartición de justicia?

### Excusar o solicitar impedimento en caso de contacto en redes sociales

¿Realmente se vería afectada la relación de un juez en un asunto, en el que una de las partes es su contacto o amigo de una red social? No se puede dar una respuesta general, pues demeritaría el debate; lo que se considera correcto, es mejor no conocer ni resolver ese asunto para no generar dudas o sospechas que afecten la jurisdicción. No hay necesidad de exponerse, provocar un entuerto o crear un mal entendido, pues como decía un mentor: “los problemas llegan solos, no los busques”.

### Publicaciones en horario de trabajo

Se debe considerar que las publicaciones –en sí mismas consideradas– no constituyen una complicación, sino la clase de contenido o mensaje que podría afectar la imagen del juzgador, la del Poder Judicial o corromper su imparcialidad. Pero hay un tema que también debe revisarse: en qué

horarios se realizan estas publicaciones, pues se tendrá un inconveniente si ocurre en horarios de trabajo o si este *posteo* es hecho por medio de los computadores del órgano jurisdiccional; esto implicaría un mal uso de los ordenadores y un tipo de responsabilidad para el ejecutor.

### Sanciones

Otro punto que se desprende por un incorrecto uso, son las sanciones que amerita el juzgador, todo dependiendo el bien dañado. Las consecuencias administrativas pueden ser varias y van desde la amonestación, suspensión, el no pago de sus haberes o la inhabilitación en su función jurisdiccional. Estos dependen del caso, de las circunstancias y de la defensa que realice el procesado.

### Conclusiones

1. Los jueces son los responsables de la conservación del Estado social y democrático de derecho. Tienen el deber de reestablecer el imperio de la norma y hacer que la sociedad tenga certeza de que sus derechos serán respetados y protegidos.
2. El desarrollo de la actuación jurisdiccional deberá apegarse a un conjunto de principios, que dirigirán su actuación y con esto, impartir justicia. Entre ellos los más importantes son: autonomía, legalidad, imparcialidad, independencia, profesionalismo y publicidad.
3. Los tribunales están comprometidos con la legalidad y profesionalismo. Pues el derecho es solo un medio, y la justicia es un anhelo social. Pero no basta con tener normas, sino que el Poder Judicial debe estar en la misma calidad que los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo). Para ejercer sus funciones, necesita contar en primer plano con jurisdicción, y que ella cuente con el principio de independencia para que sus actos sean solamente hechos conforme la disposición legal aplicable.
4. Se puede deducir que la democracia y la independencia judicial son correspondientes, pues a mayor democracia mayor independencia y, en consecuencia, al garantizarse la justicia se legitima al Estado y, por tanto, el sistema político.
5. Las materias primas para un juicio imparcial son: la independencia, la legalidad y la estabilidad en su cargo del juez. Asimismo, este debe estar limitado por la legalidad y la publicidad para que se resuelva conforme a la norma y sean públicos sus juicios. Tam-

bién, debe actuar de manera objetiva y profesional para que las sentencias sean imparciales.

6. El derecho a la información es uno de los ejes rectores de la democracia, pues permite el libre intercambio de ideas. Pero en el caso de los juzgadores deben tenerse ciertas consideraciones para no afectar un caso o la imagen del Poder Judicial. Por lo que se propuso un régimen especial de comunicación que no vulnerara su derecho de expresión, pero que también garantizara la buena imagen de los magistrados y protegiera los derechos de las personas sometidas al imperio de la jurisdicción.
7. La información y la posibilidad de intercambiarla es un derecho fundamental en las democracias modernas:

“El derecho a la información contribuye notoriamente a la construcción de la realidad social o, más específicamente hablando, a esa forma de realidad social que es la sociedad democrática”<sup>50</sup>.

Esta prerrogativa permite exponer puntos de vista y conocer el de los demás. Sin embargo, este derecho a la información no es un derecho absoluto, sino que tiene algunas limitaciones como el derecho a la vida privada, la moral pública, etcétera<sup>51</sup>.

8. Es provechoso mencionar que la independencia judicial está también vislumbrada como un derecho humano. Por lo que se coloca a este principio institucional como fundamento para la tarea jurisdiccional y, consecuentemente, que los justiciables puedan contar con una eficaz y honesta administración de justicia<sup>52</sup>.
9. Hay que considerar que la independencia no es un derecho absoluto. En el caso de la comunicación de los jueces sobre el trabajo que realizan ellos o terceros, se debe salvaguardar un conjunto de derechos por medio de un paradigma ético que establezca las formas para ejercer o realizar una comunicación en el ejercicio de sus labores.
10. La corrupción no solo está atada a estrategias individuales y oportunidades, sino, también, por la aplicación de un sistema de valores y de normas legales persuasivas. El discurso anticorrupción debe girar alrededor de una moralidad. Combatir la corrupción

<sup>50</sup> Véase Estela MORALES CAMPOS, *Derecho a la información, bien público y bien privado: acceso comunitario y acceso individual*.

<sup>51</sup> Jacqueline PESCHARD, “La transparencia y el acceso a la información pública federal”, p. 129.

<sup>52</sup> Véase CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de la justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas*.

debe ser visto como un esfuerzo del gobierno, del sector privado y la sociedad civil para cambiar las instituciones; contar con nuevas leyes (eficaces), castigar a funcionarios deshonestos y apreciar la conciencia de ciudadanos.

11. Se pueden localizar dos modelos formales y dos informales de sistema de comunicación del Poder Judicial. En el primer escenario, el juez tiene plena libertad para expresarse sin cortapisa, pero asumiendo plena responsabilidad del manejo de la información revelada, salvaguardando información como datos personales o de protección de testigos, por ejemplo, y, en el segundo caso, el juzgador puede opinar, pero con límites establecidos en un código de ética o en la norma en cuanto sus facultades, para salvaguardar los derechos de terceros, garantizar la imparcialidad del negocio y la honorabilidad del Poder Judicial. En el caso de los informales, se tienen las audiencias privadas, en el que continúa el debate si debe concederse alguna entrevista a las partes, y en caso de realizarse, se lleve con la contraparte o quede un registro de esos actos. Otra manera en la que se otorga información es por medio de las filtraciones a los medios, que, si bien algunas autoridades las consideran ilegales, muchas personas creen que si es información pública debe divulgarse, como fue el caso de *Pentagon papers* en Estados Unidos.
12. Con lo expuesto, se puede decir que sería oportuno regular ciertos tipos de comunicación para cuidar la imagen del Poder Judicial, y con ellos tutelar su legitimidad social.
13. La libertad de expresión es un derecho humano que poseen todas las personas, pero no es absoluto. En el caso de los jueces, ellos no gozan de la misma manera de esta prerrogativa a diferencia de la ciudadanía, pues su encargo los sujeta a un orden especial (derecho de asociación, de reunión, de expresión, privacidad, entre otros). Su investidura y decisiones no deben dejar ninguna duda respecto de su independencia ni imparcialidad, que la legalidad es su principio regente, y que sus asuntos personales, no deben trascender más allá de su esfera privada. Su prudencia y buen juicio no solo debe ser parte de sus resoluciones, sino, también, parte de sus actos públicos.
14. Se debe meditar sobre el peso de sus publicaciones. Porque, ¿cuál es el impacto de las mismas, y cuándo debe realizarse un acto de censura, investigación y sanción por los administradores del Poder Judicial? Se debe colocar en primer lugar, que el juzgador debe tener una conducta apropiada a su encargo jurisdiccional, pues sus acciones son parte de su personalidad y, por tanto, sus

publicaciones deben mostrar una persona seria, responsable, profesional y con buena salud mental y emocional.

15. El decoro personal del juzgador debe ser clave no solo para sus publicaciones, sino como eje de vida en su ética personal. Y aquí se descubre un tema importante. ¿Es el juez una persona sujeta a su cargo las veinticuatro horas del día? La respuesta es afirmativa, ya que su responsabilidad no solo es en su encargo para impartir justicia, sino que su comportamiento debe mostrar una conducta que esté inmaculada, que no dé motivos para dudar del juzgador, por lo mismo, debe conducirse con la ética emitida del Poder Judicial.
16. La ciberconducta del magistrado es un tema poco explorado, pero que tiene sus antecedentes en la ética con la que debe actuar fuera de su órgano jurisdiccional, y esto es antiquísimo. Los principios contenidos en su actuación y en su comportamiento son las bases que legitiman a un juzgador profesional y responsable, la medida de sus actos no solo son la norma aplicada, sino el empare de sus actos con sus obras sociales.
17. Como se puede observar la responsabilidad personal no solo es por sus funciones judiciales, sino que se deben incluir sus actos exteriores. En el caso de las redes sociales, el juez es responsable de sus publicaciones y la clase de contenido que divulgue. Y no se está proponiendo la negación en el uso de las redes para ellos, sino que haya un control (propio o externo) que proteja al magistrado, la jurisdicción y al Poder Judicial.
18. La ética al utilizar estas plataformas virtuales debe ser la guía para el contenido de sus *posteos*. Esta ética jurisdiccional como se expuso, establece un tipo de conducción no solo institucional, sino personal. Por lo mismo, estos representan lo que estima e impone el Poder Judicial, son los lineamientos que deben poseer y realizar en todas sus actuaciones los integrantes de la magistratura.
19. Las sanciones al juzgador por publicidad no ética en ellas, es un asunto que usará como base los principios éticos del Poder Judicial. Estas resoluciones serán de forma secundaria, un tipo de falsa reglamentación al generar una deontología para su uso por los magistrados.
20. La imagen del Poder Judicial es un reflejo de su actuación y que es calificada por la sociedad. La ciudadanía espera tener instituciones que se administren adecuadamente, esto significa que se manejen de modo eficiente y profesional en el que la actuación de los servidores públicos será la medida para opinar y juzgar sobre sus gobiernos. En este caso, la representación física del Poder

Judicial es el personal que ahí labora, impartiendo justicia y que administra al Poder Judicial. Este grupo de profesionales deben ejercer sus encargos con base en la norma, la ética y los requerimientos administrativos que señale el Consejo de la Magistratura, con el fin de contar con un buen Poder Judicial.

21. La vigilancia *soft* es el mecanismo más utilizado por los poderes judiciales del mundo, para estar al pendiente de las publicaciones de los jueces. Esta supervisión parecería inocua, pero no lo es. Su objetivo es proteger los intereses de la magistratura, estando a la expectativa y poder sancionar al infractor, si fuera el caso. Aquí pre ocupa el tema de los recursos utilizados para esta supervisión no oficial, en el que la publicación es calificada y clasificada bajo el canon de la ética profesional y personal del juzgador.
22. El modelo panóptico permite que todos se vigilen, siendo los usuarios los primeros enterados de una publicación y, lógicamente, ellos conocerán y opinarán si hay un desatino, un reconocimiento, un posteo repudiable o cualquier acto que produzca un oprobio, una falta o un escándalo.
23. Esta investigación no es un intento por frenar la libertad de expresión de los juzgadores, imponer una mordaza o coartar el derecho de información de los jueces y la sociedad. Se trata de ejercer una comunicación con responsabilidad, que se plantee un lineamiento que dirija, controle y proteja al juzgador y, consecuentemente, beneficie a la jurisdicción y a los justiciables.
24. En julio de 2006, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó una resolución reconociendo a los Principios de Bangalore. Interesa el numeral 4.6:

“Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura”.

25. El uso actual de las redes sociales ha dado nacimiento a los jueces *influencers*, en cuya jurisdicción, opiniones, noticias, deferencias, actividades públicas y privadas son difundidas por medio de sus redes; pero hasta qué punto es esto conveniente, qué tipo de sobriedad y decoro deben guardar en sus publicaciones. Sin duda, un magistrado puede sostener una relación no cercana con sus amigos y contactos del ciberespacio, de esta forma se protege su independencia, imparcialidad y objetividad y, en su caso, excusarse



de conocer un asunto en el que tenga un conflicto por llevar un trato próximo con un contacto. Por lo que se espera una apropiada socialización con ellos y el debido decoro en sus publicaciones en internet; tutelando una conducta adecuada e imagen digna a su investidura profesional e institucional.

26. Hay un tema alrededor de este opúsculo: el ocupar por terceros la información propia de las redes sociales, o sea, en ocasiones, los empleadores investigan los perfiles de las redes de los aspirantes a una vacante para descubrir sus actividades, gustos, posiciones políticas, carácter, etc. Esto definitivamente influirá en la decisión de la empresa para la contratación de esa persona. En el caso de los servidores públicos no es muy distinto, pues buscan un individuo que corresponda a ciertas características, un sujeto institucional.

### Bibliografía

- ÁGUILA, Rafael, *Manual de ciencia política*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio, "Balance y perspectivas de la justicia electoral en México", en TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, México D.F., TEPJF, 2002.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia*, México D.F., Editorial Fontamara, 2007.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría general del proceso*, México D.F., Editorial Porrúa, 1992.
- BAUMGARTNER, Frank, *Lobbying and policy changes*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.
- BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Madrid, Editorial La Piqueta, 1976.
- BONILLA, Daniel, "La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes", en *Universitas*, No. 131, 2015.
- BRAVO GARCÍA, Ramiro "Las innovaciones al sistema de lo contencioso electoral", en *Revista Teoría y Praxis Administrativa*, vol. 3, número 3, 1987.
- CABO DE LA VEGA, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México D.F., Siglo Veintiuno Editores, 1987.
- CARPIZO, Jorge, *Concepto de democracia*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- CARRILLO, Manuel, Alonso LUJAMBIO, Carlos NAVARRO y Daniel ZOVATTO (coords.), *Dinero y contienda político-electoral*, México D.F., Fono de Cultura Económica, 2006.

- CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de la justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas*, San José, 2013.
- CIJ, *Guía para profesionales n.º 1: Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Disponible en [www.icj.org/es/guia-para-profesionales-no-1-principios-internacionales-sobre-la-independencia-y-responsabilidad-de-jueces-abogados-y-fiscales/](http://www.icj.org/es/guia-para-profesionales-no-1-principios-internacionales-sobre-la-independencia-y-responsabilidad-de-jueces-abogados-y-fiscales/) [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].
- COAGUILA VALDIVIA, Jaime, “Modelo de juez complejo y Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista de Investigación*, vol. 7, 2016.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial*. Disponible en [www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_mex\\_ane\\_57.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf) [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022].
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Justicia electoral*, Ciudad de México, ITAM, 2002.
- DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco, *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, Ciudad de México, Porrúa, 1987.
- DE LA PEZA, José Luis, “Notas sobre la justicia electoral en México”, en Mario MELGAR ADALID, *Justicia electoral*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.
- DIJKSTRA, Sietske, “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR”, in *Utrecht Law Review*, vol. 13, Issue 1, 2017.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas*, Barcelona, Editorial Ariel, 1970.
- ELSTER, Jon, *Constitutionalism and democracy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2018.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José Florencio, *Valores y principios de la justicia electoral*, Ciudad de México, TEPJF, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- GALVÁN RIVERA, Flavio, *derecho procesal electoral*, México D.F., Editorial Porrúa, 2006.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge, “Sistemas de justicia electoral en Centroamérica”, en Jesús OROZCO HENRÍQUEZ (coord.), *Sistemas de justicia electoral*, México D.F., TEPJF, 1999.
- GLOPPEN, Siri; Roberto GARGARELLA & Elin SKAAR, *Democratization and the judiciary*, London/Portland, Oregon, 2004.
- GOLDSTEIN, Kenneth M., *Interest groups, lobbying and participation in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- IFE, *Elecciones federales 2006*, Ciudad de México, IFE, 2006.
- KAYSER, Robert, *So damn, much money: The Triumph of Lobbying and the Corrosion of American Government*, New York, Vintage Books, 2010.
- KOBER-SMITH, Mark, *Lobbying*, London, Cavendish Publishing Limited, 2000.
- LOWENSTEIN, Carl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.

- MacCay, Wayne, "Judicial free speech and accountability. Should judges be seen but not heard?", in *National Journal of Constitutional Law*, No. 3, 1992.
- MILLER, Charles, *Practical techniques for effective lobbying*, London, Thorogood, 1998.
- MORALES CAMPOS, Estela, *Derecho a la información, bien público y bien privado: acceso comunitario y acceso individual*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- MORAN, Jasmin, "Courting controversy: the problems caused by extrajudicial speech and writing", in *Victoria University of Wellington LawReview*, No. 46, 2015.
- NOGUEIRA, Humberto, *El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos*, en *Ius et Praxis*, vol. 6, n.º 1, 2000.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación en materia jurídicas*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, "Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado", en *Sistemas de Justicia Electoral*, Ciudad de México, IFE, 1999.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, *Justicia Electoral y garantismo jurídico*, Ciudad de México, Porrúa, 2006.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, *A 10 años del derecho de acceso a la transparencia*, México D.F., INAI, 2015.
- PESCHARD, Jacqueline, "La transparencia y el acceso a la información pública federal", en Jacqueline PESCHARD, *Grandes problemas. Transparencias, promesas y desafíos*, Ciudad de México, Colegio de México, 2017.
- PINA, Rafael y José CASTILLO, *Instituciones de derecho procesal civil*, Ciudad de México, Porrúa, 1990.
- PONCE DE LEÓN, Armenta, Luis, *Derecho político electoral*, Ciudad de México, Porrúa, 1997.
- QUEZADA, Bianca Paola (coord.), *Derecho de acceso a la información pública en los Estados*, Ciudad de México, Universidad Iberoamericana, 2001.
- RAIGOSA, Luis, "Justicia electoral", en *Bien común y gobierno*, año 5, n.º 59, 1999.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, "Contencioso electoral" en Francisco J. DE ANDREA SÁNCHEZ, *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, Ciudad de México, Porrúa, 1987.
- SCJN, *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*, Ciudad de México, SCJN, 2004.
- SCJN, *Guía para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, así como de oposición al tratamiento de datos personales para solicitantes*, Ciudad de México, SCJN, 2019.
- SOTO FLORES, Armando, "Democracia y justicia electoral", en revista *Lex: Difusión y Análisis*, año III, n.º 23, 1997.
- SOTO GAMA, Daniel, *Principios Generales del Derecho a la Información*, Toluca de Lerdo, Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 2010.

- SOBRADO GONZÁLEZ, Luis, “Tendencias de la justicia electoral latinoamericana”, en *Revista de Ciencia Jurídica*, n.º 109, 2006.
- TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*, Ciudad de México, TEPJF, 2003.
- UNODC, *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, Nueva York, Naciones Unidas, 2013.
- VALADÉS, Diego, *Los Consejos de la Judicatura: desarrollo institucional y cambio cultural*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, *Consejo de la Judicatura Federal y modernidad de la impar-tición de justicia*, Ciudad de México, SCJN 2001.
- VEDEL, Georges, *Manual elementaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil de Sirey, 1949.
- WHITEHEAD, Laurence, *Democratization*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ZETTER, Lionel, *Lobbying. The art of political persuasion*, Petersfield, Hampshire, Harriman House Ltd., 2008.

#### JURISPRUDENCIA

- JUZGADO OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA DE AMPARO CIVIL, ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO Y JUICIOS FEDERALES EN EL ESTADO DE PUEBLA, sentencia amparo 1227/2020.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, Registro 191967, novena época, tomo XI, abril de 2000, p. 77, con rubro: “DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS”. Amparo en revisión 3137/98.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Registro 188844. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 1309, con rubro: “DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6O., 7O. Y 24 CONSTITUCIONALES”. Amparo directo 8633/99.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 2000233, Décima época, libro v, febrero de 2012, tomo 1, p. 655, con rubro: “INFORMACIÓN CONFIDENCIAL. LÍMITE AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL)”. Amparo en revisión 168/2011.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 165820, novena época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 278, con rubro: “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”. Amparo directo en revisión 2044/2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Registro 164992, novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 928, con rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A

- LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”. Amparo directo 6/2009.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, Juicio de revisión constitucional electoral, SUP-JRC-288/2007
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, Sala Superior, Registro 1000815, tercera época. Apéndice 1917 - septiembre 2011. VIII. Electoral Primera Parte - Vigentes, p. 223, con rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO”. Amparo en revisión 73/2008
- TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, Registro 73966, Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, tomo XXIV, noviembre de 2006, p. 1017, con rubro: “ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA TRATÁNDOSE DE EXPEDIENTES JUDICIALES. SUS ALCANCES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)”. Amparo en revisión 35/2006.
- TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, Registro 184669, novena época, tomo XVII, marzo de 2003, p. 1909, con epígrafe: “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”. Amparo directo 1442/2002.

#### PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44474-plantean-maxima-publicidad-a-sentencias-del-poder-judicial-para-evitar-opacidad.html> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022].
- <https://archivos.juridicos.unam.mx › www › bju › libros> [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2022]
- <https://cnnespanol.cnn.com/2020/10/14/la-jueza-colombiana-que-es-toda-una-celebridad-en-instagram-por-sus-fotos-sensuales/> [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2022]
- <https://iguales.cl/incidencia-politica/fallo-atala/> [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022]
- <https://judicature.duke.edu/articles/the-troubles-of-the-social-judge/> [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2022]
- [www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/penal/es-conveniente-que-los-jueces-tengan-redes-sociales#\\_ftn1](http://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/penal/es-conveniente-que-los-jueces-tengan-redes-sociales#_ftn1) [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].
- [www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp\\_solo/2022/january-february/ethical-risks-judicial-use-social-media/](http://www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gp_solo/2022/january-february/ethical-risks-judicial-use-social-media/) [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2022].
- [www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8685351-juez-de-eeuu-publica-comentarios-en-facebook-sobre-las-razas-story.html](http://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8685351-juez-de-eeuu-publica-comentarios-en-facebook-sobre-las-razas-story.html) [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].
- [www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/libertad-de-expresi%C3%B3n-de-jueces-y-redes-sociales-stedh-1-3-2022](http://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/libertad-de-expresi%C3%B3n-de-jueces-y-redes-sociales-stedh-1-3-2022) [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022].

- [www.elobservador.com.uy/nota/jueces-uruguayos-cuanto-pueden-usar-las-redes-sociales--202222517240](http://www.elobservador.com.uy/nota/jueces-uruguayos-cuanto-pueden-usar-las-redes-sociales--202222517240) [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022]
- [www.eluniversal.com.mx/nacion/cjf-analiza-denuncias-contrajuez-por-hostigamiento-laboral](http://www.eluniversal.com.mx/nacion/cjf-analiza-denuncias-contrajuez-por-hostigamiento-laboral) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2022].
- [www.eluniversal.com.mx/nacion/ociel-baena-primer-magistrade-electoral-no-binaria-en-al-tacones-derecho-electoral-y-orgullo](http://www.eluniversal.com.mx/nacion/ociel-baena-primer-magistrade-electoral-no-binaria-en-al-tacones-derecho-electoral-y-orgullo) [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2022].
- [www.law.ox.ac.uk/events/democracy-through-law-venice-commission-council-europe](http://www.law.ox.ac.uk/events/democracy-through-law-venice-commission-council-europe) [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022].
- [www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5\\_mex\\_ane\\_57.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf) [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2022].
- [www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx](http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx) [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022].
- [www.ondacero.es/noticias/sociedad/viral-respuesta-juez-comentario-homofobo-que-arrasa-redes-sociales\\_20211019616e727c46689800013f012d.html](http://www.ondacero.es/noticias/sociedad/viral-respuesta-juez-comentario-homofobo-que-arrasa-redes-sociales_20211019616e727c46689800013f012d.html) [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2022].
- [www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/) [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].
- [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Etica-Judicial/Comision-de-Etica-Judicial/Dictámenes/ Dictamen--Consulta-04-20---de-14-de-enero-de-2021--Participacion-en-foros-publicos--medios-de-comunicacion--redes-sociales--conferencias--etc---Posible-afectacion-a-la-imagen-de-independencia-e-imparcialidad--Limites-de-la-libertad-de-expresion-](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Etica-Judicial/Comision-de-Etica-Judicial/Dictámenes/Dictamen--Consulta-04-20---de-14-de-enero-de-2021--Participacion-en-foros-publicos--medios-de-comunicacion--redes-sociales--conferencias--etc---Posible-afectacion-a-la-imagen-de-independencia-e-imparcialidad--Limites-de-la-libertad-de-expresion-) [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022].
- [www.te.gob.mx/consultareforma2014/node/2629](http://www.te.gob.mx/consultareforma2014/node/2629) [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2022].
- [www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos\\_libros/Apuntes%20de%20derecho%20electoral.pdf](http://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/Apuntes%20de%20derecho%20electoral.pdf) [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2022].
- [www.terras.edu.ar/biblioteca/16/16TUT\\_Bentham\\_Unidad\\_2.pdf](http://www.terras.edu.ar/biblioteca/16/16TUT_Bentham_Unidad_2.pdf) [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2022].
- [www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/social-media-use.html#:~:text=Las%20Directrices%20no%20vinculantes%20sobre%20el%20uso%20de%20las%20redes%20sociales%20por%20parte%20de%20los%20jueces%20%2C](http://www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/social-media-use.html#:~:text=Las%20Directrices%20no%20vinculantes%20sobre%20el%20uso%20de%20las%20redes%20sociales%20por%20parte%20de%20los%20jueces%20%2C) [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].
- [www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/non-binding\\_guidelines\\_on\\_the\\_use\\_of\\_social\\_media\\_by\\_judges.html?lng=en&match=social%20media%20guidelines](http://www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/non-binding_guidelines_on_the_use_of_social_media_by_judges.html?lng=en&match=social%20media%20guidelines) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2022].
- [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_Presentation](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation) [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

## Siglas y abreviaturas

Art.	artículo
c.	con
CEDH	Corte Europea de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
CJF	Consejo de la Judicatura Federal
CJP	Consejo Superior de Jueces y Fiscales de Turquía
CNN	Cable News Network
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora
coords.	coordinadores
D.F.	Distrito Federal
etc.	etcétera
http	Hypertext Transfer Protocol
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
IFE	Instituto Federal Electoral
INAI	Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
ITAM	Instituto Tecnológico Autónomo de México
kg.	kilogramos
LGBT	Lesbianas, Gais, Bisexuales y Trans (transgénero, transexuales y travestis)
LGBTIQ+	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans, Queers y otras minorías
Ltd.	Limited
n.º <i>a veces</i> No., no	número
p.	página
pp.	páginas
SCJ	Suprema Corte de Justicia
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
TV	televisión
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
vol.	volumen
vs. <i>a veces</i> v.	versus
www	World Wide Web



# Historia y filosofía política

---



JOSEPH DE MAISTRE  
Y LA POLÍTICA ANTIMODERNA.  
LA ACTUALIDAD  
DE UN PENSADOR INACTUAL

JOSEPH DE MAISTRE  
AND ANTI-MODERN POLITICS.  
THE TOPICALITY  
OF AN OUT-OF-DATE THINKER

*Juan Fernando Segovia\**

*Resumen*

La política moderna, como de forma ejemplar se manifiesta en el constitucionalismo, es hija de un racionalismo mecanicista que, imaginando o inventando a los hombres como sean funcionales al mecanismo, conlleva la abolición de todo orden o de toda norma superior a la razón y la voluntad humanas. La lectura de las obras de Joseph de Maistre (1753-1821) permite comprender las causas de ese racionalismo mecanicista, advertir las consecuencias de su aplicación y descubrir unos fundamentos de la vida política y del derecho que harían del orden político-jurídico una institución más justa, por tanto, más estable y más conveniente al fin del hombre.

Palabras clave: Joseph de Maistre, Jean-Jacques Rousseau, racionalismo, Ilustración, Revolución francesa, providencialismo.

*Abstract*

Modern politics, as exemplarily manifested in constitutionalism, is the daughter of a mechanistic rationalism which, imagining or inventing men as functional to the mechanism, entails the abolition of all order or of any

---

\* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Investigador del CONICET (Argentina). Director del Centro de Estudios Históricos del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Correo electrónico: segojuan@gmail.com

Artículo recibido el 5 de agosto de 2023 y aceptado para su publicación el 1 de octubre de 2023.

norm superior to human reason and will. Reading the works of Joseph de Maistre (1753-1821) allows us to understand the causes of this mechanistic rationalism, to notice the consequences of its application, and to discover some foundations of political life and law that would make the political-legal order a more just institution, therefore more stable and more convenient to the end of man.

Keywords: Joseph de Maistre, Jean Jacques Rousseau, Rationalism, Enlightenment, French Revolution, Providentialism.

### *Presentación*

“Creo haber establecido de manera bastante sólida que ninguna institución es fuerte y duradera si se basa sólo en la fuerza humana; la historia y el razonamiento se unen para demostrar que las raíces de cualquier gran institución están fuera de este mundo”.

Joseph M. DE MAISTRE, *Réflexions sur le Protestantisme, dans ses rapports avec la Souveraineté*.

Hace dos años se cumplió el bicentenario de la muerte de Joseph De Maistre, ocasión propicia para revisar su pensamiento político y constitucional, que choca abiertamente con las ideas que sirven de guía a nuestras constituciones e instituciones políticas. ¿Por qué?

No pocos estudiosos han destacado su “mente teológica”, como apuntara Julio Irazusta<sup>1</sup>, que resultaría, según dice Irving Zeitlin, de su “providencialismo”<sup>2</sup>. Pero esto es tanto como poner el carro delante del caballo, porque la confianza del autor en un orden y un gobierno providenciales es la consecuencia de una comprensión teológica de la existencia humana y de las sociedades. La teología está primero. Por eso, Rubén Calderón Bouchet, en su estudio sobre *Nacionalismo y revolución*, pone al noble saboyardo entre “los primeros teólogos de la contrarrevolución”<sup>3</sup>. Y Alberto Falcionelli lo convalidó con el juicio de Charles Maurras, para quien es indiscutible que “su política no es tan sólo derivada de su teología, hace cuerpo con ella”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Julio IRAZUSTA, “Rivarol”, pp. 9-58.

<sup>2</sup> Irving ZEITLIN, *Ideología y teoría sociológica*, pp. 56-69.

<sup>3</sup> Rubén CALDERÓN BOUCHET, *Nacionalismo y revolución. En Francia, Italia y España*, pp. 43-57.

<sup>4</sup> Charles MAURRAS, *Dictionnaire politique et critique*, pp. 59-81.

Hay en Joseph De Maistre una perspectiva teológica de la historia<sup>5</sup>, dependiente de una cosmovisión religiosa de la vida humana. Pero no nos detendremos en este asunto, sino en relación con sus ideas políticas.

### *La revolución moderna*

La revolución moderna posee causas profundas que comienzan a manifestarse temprano, en el siglo XIV, cuando aparece la rebelión de los nominalistas contra el orden de la creación, al exaltar la omnipotencia divina, un Dios alejado e incomprensible, caprichoso y todopoderoso que es voluntad pura e ilimitada, y que rebaja lo creado a mera contingencia de lo singular. Esta idea está también en la base, y como trasfondo, de la Reforma protestante del siglo XVI que, frente a ese *Deus absconditus*, encuentra el refugio espiritual en la conciencia humana como habitación de la fe que justifica y salva con prescindencia de las obras<sup>6</sup>. Y de aquí pasa a la filosofía moderna<sup>7</sup>.

Entre las consecuencias de ello, notemos esta: un vacío se abre entre la religión íntima e interiorizada, de una parte; y la vida política, el Estado, de la otra. Si en nombre de la libertad de conciencia el gobierno no ha de inmiscuirse en la fe individual, en cambio, tiene a su libre disposición el reglar, incluso violentamente, todas las otras expresiones de la vida social de los hombres. Es así que este se vuelve un poder absoluto, tal como postularon Nicolás Maquiavelo, Jean Bodino y Thomas Hobbes, y que se ejerce sobre lo exterior a la conciencia de las personas.

---

<sup>5</sup> Véase el preciso y precioso escrito de Rafael GAMBRA, “Estudio preliminar. José de Maistre y la idea de comunidad”, pp. 9-59. Para el gran tradicionalista hispano, la concepción histórica del saboyardo proviene básicamente de su catolicismo no fideísta, está dirigida a la comprensión de su tiempo, se apoya en una concepción comunitaria de la política y en una teoría del conocimiento basada en la analogía de lo visible y lo invisible, de lo natural y lo sobrenatural, a través de una ley de continuidad que hace compatible –por convergentes– el gobierno de la Providencia y el libre albedrío humano. La hodierna especialista en Joseph De Maistre, Carolina ARMENTEROS, *La idea francesa de la historia. Joseph de Maistre y sus herederos*.

<sup>6</sup> Este es un tema que Joseph De Maistre conocía muy bien y del que no podemos ocuparnos. Lo trató en sus libros *Del Papa*, *De la Iglesia galicana*, *Cartas sobre la Inquisición española*, y en otros escritos menos conocidos, como las *Reflexiones sobre el protestantismo en sus relaciones con la soberanía* o la *Carta al Sr. Marqués M... sobre el estado del cristianismo en Europa*.

<sup>7</sup> El verdadero iluminismo, según Joseph De Maistre, es el filosofismo moderno injertado en el protestantismo, en el calvinismo, que es la secta predominante. Joseph DE MAISTRE, *Quatre chapitres sur la Russie*, p. 330: “Le véritable illuminisme est le philosophisme moderne greffé sur le protestantisme, c’est-à-dire sur le calvinisme; car on peut dire que le calvinisme a dévoré et assimilé à lui toutes les autres sectes”.

## *El Estado moderno*

El Estado moderno tiene, entonces, una justificación teológica negativa, deficiente: es lo que no pertenece a Dios, es lo librado al poder humano, es el “universo de la fuerza”, tanto en sus tendencias destructivas como constructivas. Es este un modo de entender y explicar el racionalismo moderno, que Joseph De Maistre criticará en todos sus escritos.

En efecto, si lo que representa el Estado es “lo extraño a Dios” y la religión, es campo libre a la voluntad humana, porque Dios, que no quiere reinar en este mundo, no nos ha dado ninguna forma de institución política. Estas son hijas de la libertad del hombre, de su voluntad. El racionalismo remata en el voluntarismo.

El racionalismo voluntarista cualifica esa intervención libre del hombre al afirmar que el Estado no es natural, no viene de la naturaleza, tiene que venir por necesidad, de una convención, de la voluntad de los hombres. Así lo dice Jean-Jacques Rousseau apenas comienza su *Contrato social*<sup>8</sup>, lo que significa mucho más de lo que expresan las solas palabras. Porque lo convencional, aquí y en otros modernos e ilustrados, no significa solamente “contractual” o “pacticio”. También quiere decir “hijo del hombre, no de Dios”, o sea: el Estado es una creación de la voluntad humana, es una máquina o artefacto, un producto artefactual, sin más límite ni contenido que su propio querer.

## *Joseph De Maistre*

Precisamente contra esta filosofía (más bien, antifilosofía) política se levanta Joseph De Maistre.

Nació en 1753 en la ciudad de Chambéry, en la alpina Saboya, ducado perteneciente al reino de Cerdeña<sup>9</sup>. Estudió derecho y entró en el Senado del reino cuando comenzaban los primeros amagos revolucionarios. Se exilió cuando las tropas francesas invadieron Saboya, en 1792, viviendo la mayor parte del tiempo en San Petersburgo, donde escribió buena parte de su obra. Regresó a su país tras dos décadas y la muerte lo halló en Turín el año de 1821.

Polemista extraordinario, aguerrido defensor del catolicismo, entre sus numerosas obras políticas destacan las *Consideraciones sobre Francia* (1796)

---

<sup>8</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes de droit politique*, p. 98: “Mais l’ordre social est un droit sacré qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions”.

<sup>9</sup> Más datos en la obra del Canónigo LECIGNE, *Joseph de Maistre*.

acerca de la Revolución francesa, los *Estudios sobre la soberanía* (1794) en los que critica la filosofía política de Jean-Jacques Rousseau, y el *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas* (1814), obra que constituye la suma política antimoderna.

Su punto de partida es opuesto al del racionalismo moderno, porque enfrenta las construcciones racionales (que él llama “teoría” o “filosofía”) apoyado en la experiencia que se nutre de la historia, que, a su vez, responde a las tradiciones nacionales. Este orden histórico tradicional en el que se inscribe el orden político aparece como representación del orden natural y, al igual que este, se sustenta en el orden creado por Dios.

### *Racionalismo y revolución*

El contexto particular que circunda sus ideas es la Revolución francesa cuya causa no se encuentra en factores nimios o circunstanciales, sino en la corrupción de la inteligencia. En su *Discurso a la señora Marquesa de Costa sobre la vida y la muerte de su hijo* (1794) denuncia que el deslizamiento criminal de los sucesos se debía a los “ridículos colegiales del filosofismo”, pues jamás se había visto “una prostitución tan indignante de la razón humana”, incubada por un orgullo que todo lo desquicia, enarbolando una doctrina que excita las pasiones descompuestas<sup>10</sup>.

Lo que está confrontando nuestro autor es la nueva ideología que todo lo somete a la deliberación, es decir, al juego especulativo de la razón que no se sustenta en la realidad –la herencia cartesiana–, sino en la vacía divagación del pensamiento que –montado sobre la máxima del *cogito* de René Descartes– pretende construir un orden soñado que acaba inevitablemente en la anarquía, porque examinando la historia no se ve nada, escribe Joseph De Maistre: “que favorezca este sistema quimérico de deliberación y de construcción política mediante razonamientos previos”<sup>11</sup>.

Podríamos decir, como se ha dicho de otros contrarrevolucionarios, que Joseph De Maistre tiene “horror a la abstracción”, porque en moral y en política no existe “lo general” separado de lo particular, es decir, de las circunstancias, desde que “las circunstancias lo hacen todo”<sup>12</sup>. Jean-Jacques

<sup>10</sup> Joseph DE MAISTRE, *Discours a Mme. la Marquise de Costa sur la vie et la morte de son fils...*, pp. 249-250.

<sup>11</sup> Joseph DE MAISTRE, “Consideraciones sobre Francia”, p. 85.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 70. Cfr. la carta que, desde Turín, le escribe al príncipe Korlowski en 1818, en la que le critica su concepción del deber como fórmula universal, abstracta. En Joseph DE MAISTRE, “Carta al Príncipe Korlowski”, pp. 141-145 (núm. 537).

Rousseau había escrito que en moral como en política había que dejar los hechos de lado<sup>13</sup>. Joseph De Maistre le responde: “Salgamos de las teorías y representémonos los hechos”<sup>14</sup>.

### *Ni irracionalista ni romántico*

Por frases como esta, y otras tantas, se ha acusado a Joseph De Maistre de irracionalismo, de haber despreciado la razón<sup>15</sup>. Injusta acusación, porque el saboyardo no es partidario de la irracionalidad, sino de una razón adherida a los hechos, nunca de un pensamiento que sustituye a lo real. Como afirma en *Del Papa* (1819), las máximas de los teóricos pueden ser bellas, pero ello no las hace válidas, pues tienen el defecto de no echar luz en el espíritu para que este se decida en las ocasiones difíciles. De hecho, es en estas en las que se muestran completamente inútiles<sup>16</sup>.

Este pasaje sirve, también, para aventar otra acusación que se le hiciera, la de romanticismo. No es un romántico, es un práctico, si se quiere, un hombre que juzga de las acciones conforme a las circunstancias y en estas la razón tiene su parte, pero no se sustituye a la voluntad ni a la imaginación. En *Las veladas de San Petersburgo* (1821) centra la acción humana en la inteligencia, que es, dice: “a la vez un resultado ternario y único, de una percepción que siente de una razón que afirma y de una voluntad que obra”<sup>17</sup>.

El concepto no es del todo correcto en términos aristotélicos o escolásticos, sin embargo, no deja de tener un eco clásico. Por otra parte, estas frases deben leerse en su contexto y enderezándolas, como él lo hacía, con-

<sup>13</sup> “Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question”, Jean Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, p. 213.

<sup>14</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 110.

<sup>15</sup> Véase una colección de diatribas en Isaiah BERLIN, “Joseph de Maistre y los orígenes del fascismo”, (c. 1960), capítulo V, pp. 119-216. Isaiah Berlin, luego de pasar revista a las ideas y tendencias que se imputan a nuestro autor, eleva la apuesta: Joseph De Maistre, brutal realista, no fue un retrógrado, sino un ultramoderno fuera de época, un tenebroso romántico, irracionalista, historicista y empirista, oscurantista y dogmático, fuente inspiradora de las doctrinas totalitarias, cultor de la violencia sanguinaria que hace pico en el fascismo. En sentido similar, véase el chocante escrito de Emil M. Cioran, “Ensayo sobre el pensamiento reaccionario. (A propósito de Joseph de Maistre)” (1957), pp. 11-66, autor que parece haber inspirado a Isaiah Berlin, salvo porque Emil Cioran juega con las paradojas y exagera hasta hacer de este autor un reaccionario revolucionario: “Maistre es el Maquiavelo de la teocracia”, escribe en p. 51.

<sup>16</sup> Joseph DE MAISTRE, *Du Pape*, II, II, p. 174.

<sup>17</sup> Joseph DE MAISTRE, *Las veladas de San Petersburgo*, velada segunda, p. 36.



tra las ensoñaciones de los filósofos revolucionarios. Para estos, escribe en las “Consideraciones sobre Francia” (1796), las constituciones son

“una pura abstracción, una obra de escuela ejercitada para fabricar la mente según una hipótesis ideal, y que debe ser remitida al *hombre* en los espacios imaginarios donde éste vive”<sup>18</sup>.

### *La política, ciencia experimental*

El “hombre” que se ha mentado, el hombre de los racionalistas, no es sino una idea de la razón, porque los ideólogos creen que pueden fabricar al hombre, imaginarlo como quieren que sea en lugar de tomarlo tal como es<sup>19</sup>. En contra de la observación aristotélica según la cual la política toma a los hombres de la naturaleza, no los hace; Jean-Jacques Rousseau, por caso, afirmaba que, si bien podemos tomar a los hombres como son, es mejor hacerlos como queremos que sean<sup>20</sup>.

Joseph De Maistre lo refuta cuando afirma que lo que interesa a la política no son los pensamientos que barrunta la razón humana, porque cuando esta, confiada en sí misma, trata de conocerlo todo por sí, fracasa, se vuelve absurda e impotente<sup>21</sup>. La razón debe admitir sus límites, pues: “la naturaleza de los seres, las operaciones de la inteligencia y los límites de lo posible” son casi desconocidos por el hombre; no comprendemos cabalmente el orden de las cosas y debemos atenernos a “las verdades prácticas”<sup>22</sup>.

Lo dicho puede ser tomado como un extenso proemio que nos pone en el terreno preferido de Joseph De Maistre: la política como ciencia experimental, no en el sentido de que sea laboratorio de prueba de la especulación (al modo del método de “ensayo y error” de la politología), sino en otro más primario y nada mecanicista. Si profundizamos en su pensamiento, ciencia experimental significa –para el saboyardo– valerse de la expe-

<sup>18</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, p. 42.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, VI, p. 75, esgrime: “La constitución de 1795, al igual que sus hermanas mayores, está hecha para el *hombre*. Pues bien, no existe el *hombre* en el mundo. He visto en mi vida a franceses, italianos, rusos, etc.; sé incluso, gracias a Montesquieu, ‘que se puede ser persa’; pero en lo que hace al *hombre*, declaro no habérmelo encontrado nunca en mi vida; si existe, por cierto que es a mis espaldas”.

<sup>20</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, p. 368: “S’il est bon de savoir employer les hommes tels qu’ils sont, il vaut beaucoup mieux encore les rendre tels qu’on a besoin qu’ils soient”.

<sup>21</sup> Joseph DE MAISTRE, *Estudio sobre la soberanía*, I, VII, p. 46.

<sup>22</sup> DE MAISTRE, *Discours a Mme...*, *op. cit.*, p. 274: “La nature des êtres, les opérations de l’intelligence et les bornes des possibles nous sont inconnues. Au lieu de nous dépiter follement contre un ordre de choses que nous ne comprenons pas, attachons-nous aux vérités pratiques”.

riencia, hacer la teoría partiendo de la experiencia. Mientras que dicha experiencia se adquiere en la historia, porque “la historia es la ciencia experimental”<sup>23</sup>.

Esta idea, que la historia sea la ciencia experimental, puede chocar a los oídos hodiernos, pero debemos entenderla en el sentido que Joseph De Maistre le da: en cuanto a las verdades prácticas de la política. Este conocimiento experimental que se gana recurriendo a la historia es el único cierto, es indubitable<sup>24</sup>.

Entonces: “La historia es la política experimental, es decir, la única buena”, lo que significa, según el filósofo, que “en la ciencia política ningún sistema puede ser admitido si no es el corolario más o menos probable de hechos bien establecidos”<sup>25</sup>. Por tanto, en política, contra los racionalismos de cualquier calaña, hay que proclamar: “Abrid la historia”<sup>26</sup>, que es tanto conocerla cuanto trabajar con ella.

Jean-Jacques Rousseau y los ideólogos revolucionarios equivocan el camino cuando inventan racionalmente al hombre, cerrándose a la experiencia, ciegos a la historia en la que se despliega su naturaleza. El método del saboyardo es el inverso:

“Toda cuestión sobre la naturaleza del hombre debe ser resuelta por medio de la historia. El filósofo que quiera probarnos, por medio de razonamiento a priori, lo que debe ser el hombre, no merece ser oído: substituye la experiencia por razones de conveniencia, y la voluntad del Creador por sus propias decisiones”<sup>27</sup>.

Es cierto que Joseph De Maistre compara la ciencia política con la ciencia física, pero se trata de una comparación a modo de analogía, no de una asimilación<sup>28</sup>. Porque lo que distingue es la causa material de cada uno de estos saberes: los cuerpos físicos se toman de la naturaleza y el hombre de

<sup>23</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, x, p. 145; Joseph DE MAISTRE, “Prefacio”, p. 207 y xxx, p. 240.

<sup>24</sup> DE MAISTRE, *Las veladas...*, *op. cit.*, velada séptima, pp. 167-168; Joseph DE MAISTRE, *Fragmentos sobre Francia*, I, p. 178; III, pp. 195-199.

<sup>25</sup> DE MAISTRE, *Estudio...*, *op. cit.*, II, II, p. 102.

<sup>26</sup> Joseph DE MAISTRE, “Carta al caballero de Rossi, San Petersburgo, 1804”, p. 192: “Je dis donc: Ouvrez l’histoire, et montrez-moi...”. Y en DE MAISTRE, *Fragmentos...*, *op. cit.* tome III, p. 199, impele: “Recorred la historia...”.

<sup>27</sup> DE MAISTRE, *Estudio...*, *op. cit.*, I, II, p. 14; GAMBRA, *op. cit.*, pp. 27-28, sostiene que hay en este pensador un experimentalismo histórico y cierto pragmatismo que lo hace “el defensor de la flexible, consuetudinaria y libre creación histórica de las constituciones naturales de los pueblos”.

<sup>28</sup> Además, la naturaleza no tiene leyes tan rígidas que los hombres no influyan sobre sus fenómenos, como afirma, por caso, en *Las veladas...*, *op. cit.*, velada cuarta, p. 91.

la historia. Y es que, aunque no lo diga, implícito a su concepto de la historia como ciencia experimental de la política, está la máxima de la sabiduría aristotélica según la cual “el obrar sigue al ser”. Por eso, lo que el hombre es, se despliega en la historia que es obra humana.

Entonces –y aquí la analogía concluye– si en la política como en la física podemos descubrir leyes, “porque nada marcha al azar”<sup>29</sup>, en la ciencia política hay que contar con la libertad humana, aunque esta no lo sea todo<sup>30</sup>.

Por ser el hombre libre, la certeza del saber político no es exacta, es conjetural o probable, y el conjunto de probabilidades que se adquiere en la experiencia histórica “equivale a la certeza”, afirma Joseph De Maistre<sup>31</sup>, aunque todavía “podemos abrazar una mera nube engañosa en vez de la verdad”<sup>32</sup>.

El mundo humano no responde acabadamente a reglas de la razón: es el mundo de lo contingente, en el que las circunstancias lo son todo, que la totalidad matizan. En política hay que desconfiar de los poderes de la razón, porque esta abstrae y la abstracción lleva a imaginarse a los hombres, a inventar hombres con una naturaleza que no es real, y a fundar una teoría política en esa invención racional.

### *El orden político y el orden divino*

Siendo el hombre un ser moral y religioso, la política no puede desconocer esa dimensión espiritual. Todavía más: para el noble saboyardo la política posee una misión religiosa. Y esto puede decirse en un doble sentido.

Psicológico primero, porque siendo el hombre una criatura débil, su alma solo puede potenciarse, fortalecerse, uniéndose al designio divino, al plan de Dios para la vida humana<sup>33</sup>. En esta unión espiritual, la religión muda y exalta el corazón del hombre<sup>34</sup>. Político después, porque el orden político se sostiene en el orden divino. En las “Consideraciones...” escribió:

<sup>29</sup> Joseph M. DE MAISTRE, *Lettres sur l'Inquisition Espagnole*, sexta carta, p. 394: “Rien ne marche au hasard, rien n'existe sans raison”.

<sup>30</sup> Joseph DE MAISTRE, “Carta al barón Vignet des Étoles, Lausana, 1794”, p. 78: “Le monde politique est aussi réglé que le monde physique; mais comme la liberté de l'homme y joue un certain rôle, nous finissons par croire qu'elle y fait tout”.

<sup>31</sup> DE MAISTRE, *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>32</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, II, II, p. 107.

<sup>33</sup> DE MAISTRE, *Las veladas...*, *op. cit.*, velada quinta, p. 115. Al comienzo de las “Consideraciones...”, *op. cit.*, I, p. 9, escribe: “Estamos atados al trono del Ser supremo con una cadena flexible que nos retiene sin esclavizarnos”.

<sup>34</sup> DE MAISTRE, *Du Pape...*, *op. cit.*, III, resumen y conclusión, p. 478: “sans le Pape, ce n'est plus qu'un système, une croyance humaine, incapable d'entrer dans les cœurs et de les modifier pour rendre l'homme susceptible d'un plus haut degré de science, de morale et de civilisation”.

“La política y la religión se funden una con otra: apenas se distingue al legislador del sacerdote; y sus instituciones públicas consisten principalmente en ceremonias y festividades religiosas”<sup>35</sup>.

El argumento puede parecer banal. Pero podemos emplearlo como puntapié para exponer cómo cree Joseph De Maistre que opera esta colaboración de lo divino y lo humano en la política. Él mismo sentenció:

“Todas las instituciones imaginables reposan sobre una idea religiosa, o son cosa pasajera. Son fuertes y durables en la medida que son divinizadas, si es lícito decir así”<sup>36</sup>.

Como hemos expresado, hay en Joseph De Maistre un marcado providencialismo: las cosas humanas están del todo, influidas por el plan que Dios tiene para con los hombres y solo progresan, mejoran, en la medida que aceptamos esa influencia divina. De aquí, al menos, tres corolarios: para comenzar, que Dios es el principio de todas las cosas, y que el hombre tiene una naturaleza caída, resentida por el pecado original; luego, que la política se ha de sujetar a la moral, no la racional de los ilustrados, sino la fundada en la religión<sup>37</sup>; por último, que en toda cuestión política anida una cuestión religiosa, porque lo político y lo religioso, hemos visto que están mutuamente implicados.

Ahora bien, Jean-Jacques Rousseau y otros ilustrados pregonaban la bondad humana, sea por su ciega confianza en la razón, sea por su fe en nobles pasiones que llamaban, según los casos, humanidad, amor de sí, benevolencia, etc. En cambio, el hombre, para Joseph De Maistre, es pecador y el más grave de los pecados es la soberbia, el orgullo, que conduce a negar que el hombre sea instrumento de Dios<sup>38</sup>.

Por lo tanto, es falsa la idea del hombre natural, como la imaginan los filósofos, tratando de justificar su supuesta bondad original. No solo no existe el buen salvaje<sup>39</sup>, sino que la maldad, la perversidad, son rasgos cons-

<sup>35</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, VI, p. 72.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, V, p. 59.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, X, p. 137, escribió contra Jean-Jacques Rousseau y los de su bando: “El poder de la soberanía es enteramente moral; manda en vano, si ese poder no está con ella...”. La soberanía no es efectividad ajena a la moralidad.

<sup>38</sup> Es en *Las veladas de San Petersburgo* donde está mejor expuesta su comprensión de la naturaleza humana: creada por Dios, cegada por el pecado original, pecadora, inclinada al vicio y débil en la razón, degradada, no es ajena a la maldad; pero es perfectible, encuentra en la religión la salvación de los sueños de la razón, y aspira a la retribución divina, porque sabe que Dios “a un mal temporal concede un bien eterno”, escribe Joseph DE MAISTRE en la velada cuarta, p. 93.

<sup>39</sup> Joseph DE MAISTRE, *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*, XXXIV, p. 243.

tantes de nuestra naturaleza<sup>40</sup>, que solo puede sanarse cuando aceptamos servir de instrumento divino. El hombre libre de verdad es aquel que permite reinar en él al espíritu de Dios<sup>41</sup>. Lo contrario, el orgullo humano es causa de la ceguera que lleva al ateísmo<sup>42</sup>. En efecto, la ideología revolucionaria iluminista busca poner al hombre en el lugar de Dios. En su raíz el racionalismo es una “teofobia”, pues “su objeto privilegiado, quiero decir único, era apartar al hombre de Dios”<sup>43</sup>.

Joseph De Maistre era providencialista; no lo vamos a negar, pero conviene precisar que él no cree que Dios actúe directamente en la historia, sino, más bien, de forma indirecta. En *Las veladas* pone en boca de uno de los personajes, el Conde lo siguiente:

“Habiendo querido Dios gobernar a los hombres, al menos exteriormente, ha concedido a los soberanos la eminente prerrogativa del castigo de los crímenes; y en esto es en lo que principalmente son sus representantes”<sup>44</sup>.

Buena filosofía en la que se contienen dos claras tesis tomista: el gobierno de la creación opera por las causas segundas y la naturaleza ministerial del gobierno político respecto de las órdenes divinas<sup>45</sup>. Porque el orden de las cosas humanas, al que pertenece la política, es imagen del orden divino: “El orden temporal es en este punto, como en otros muchos, imagen de un orden superior”, testimonia el Conde al comienzo de la Velada Cuarta<sup>46</sup>.

### *Sobre el principio originante de las constituciones políticas*

El poder viene de Dios, los gobernantes son sus ministros en cuanto causas segundas de su gobierno y el orden político se funda en el orden divino son

<sup>40</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, LXVII, pp. 273-274.

<sup>41</sup> DE MAISTRE, *Las veladas...*, *op. cit.*, velada sexta, pp. 133-134, brillante crítica de los desvaríos de John Locke y los suyos en torno a la libertad.

<sup>42</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, x, pp. 222-223; XXVI, p. 238 y XLVI, p. 255.

<sup>43</sup> DE MAISTRE, *Las veladas...*, *op. cit.*, velada quinta, p. 116.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, velada primera, p. 21.

<sup>45</sup> Lo que no significa que Joseph De Maistre haya sido un teócrata, como cree Bernard VALADE, “Les théocrates”, chapitre 14, pp. 286-309, confundiendo, a nuestro entender, su teología de la historia con un régimen de gobierno. Correcto es afirmar, en cambio, que hay en él una “metapolítica”, como hace el propio Bernard Valade en cierto lugar (p. 300), siempre que se entienda como una política teológica, fundada en la teología (“teopolítica”).

<sup>46</sup> DE MAISTRE, *Las veladas...*, *op. cit.*, velada cuarta, p. 81.

todas afirmaciones perfectamente ortodoxas, de claro catolicismo, que no son solo una profesión de fe de nuestro autor. Constituyen también los principios fundamentales que explican sus concepciones políticas contra los revolucionarios ilustrados.

Nos detendremos en exponer cómo encastran todos los elementos ya presentados con la versión del saboyardo de la política como ciencia experimental, valiéndonos para ello del *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas y de las demás instituciones humanas*, de 1814<sup>47</sup>.

El marco general está planteado en términos ya conocidos: enfrentar la experiencia a la teoría, subordinado esta, los principios racionales, “a las lecciones de la experiencia y de la moderación”<sup>48</sup>. Ya sabemos que esa experiencia se aprende en la historia, que es como el centro desde el cual juzgar del hombre, de su libertad y de sus derechos.

### *La constitución natural*

En el Prefacio del *Ensayo*, muestra que los derechos de los que goza un pueblo son no escritos, proceden de la concesión del soberano y, por ello, se pueden constatar en la historia; en tal sentido, la libertad es “una dádiva de los reyes”, lo que en buen romance quiere decir que es ordenada, porque “la influencia humana no va más allá del desarrollo de los derechos existentes”, derechos que se desprenden de la constitución de una nación<sup>49</sup>.

“No ha existido jamás una nación libre que no tuviera en su constitución natural simientes de libertad tan antiguas como ella, y nunca nación alguna intentó con buen éxito desarrollar con sus leyes fundamentales escritas otros derechos que no fuesen los que existían en su constitución natural”<sup>50</sup>.

Estamos en el corazón de la teoría política de Joseph De Maistre: la “Constitución Natural”<sup>51</sup>, que contrapone a la constitución racional de los ilustra-

---

<sup>47</sup> Debe admitirse que buena parte de las ideas del *Ensayo* están ya en las “Consideraciones...”, especialmente los capítulos VI y VII.

<sup>48</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, XXXV, p. 224, nota.

<sup>49</sup> Los “derechos” de los que aquí se habla no son abstractos ni naturales. Tampoco son necesariamente derechos de los individuos o ciudadanos. Son, antes bien, normas e instituciones, nunca prerrogativas contra las normas o las instituciones.

<sup>50</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, pp. 209-210.

<sup>51</sup> ‘Constitución’ es el término empleado por el pensador, pero no en el alcance restrictivo moderno: la norma fundamental, la “superley”, el ídolo jurídico racional; sino en uno más genérico: el gobierno, los gobernantes, las leyes, el espíritu público, las instituciones políticas; y todavía más: “el ser de una nación”, lo que la constituye como tal.

dos. Hay aquí dos aspectos a exponer: el primero y decisivo, su providencialismo, que dice del origen de toda constitución en las disposiciones de Dios, y que mitiga el segundo, el supuesto historicismo de la doctrina. Veamos.

Que la constitución se origina en la divina Providencia, no cabe duda, Joseph De Maistre lo dice muchas veces y en plural significado.

Para comenzar (a), quiere decir que es Dios por quien gobiernan los reyes de acuerdo con la Sabiduría (*Proverbios VIII, 15*)<sup>52</sup>.

Luego (b), importa aducir la inmediata e insensible acción divina en la formación de una nación:

“Uno de los grandes errores de un siglo que los sostuvo todos fue creer que una constitución política puede ser escrita y creada *a priori*, en tanto que la razón y la experiencia concuerdan en probar que una constitución es una obra divina...”<sup>53</sup>.

A renglón seguido (c), la naturaleza providencial del orden político se antepone a la tesis ilustrada de la soberanía del pueblo; la ley no puede ser el producto de la voluntad de todos porque su concepto “la supone emanada de una voluntad superior”<sup>54</sup>.

De donde se concluye (d) que el sostén de las constituciones no puede ser sino Dios mismo, que ellas deben apoyarse en Dios porque Dios corre a auxiliar la debilidad humana<sup>55</sup>. Podría, incluso, agregarse una nota

---

<sup>52</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, pp. 211-212. Y lo dice en forma que parece apoyar la doctrina de la “designación divina directa”, cuando escribe: “Los reyes, en particular, jefes de los Estados nacientes, son constantemente designados y casi *marcados* por el Cielo de alguna manera extraordinaria”, *op. cit.*, xxx, p. 241. Se abre entonces, a raíz de esta fórmula, una dificultad, que no podemos más que señalar, y es esta: si la doctrina de la designación divina directa del saboyardo se emparenta o no con el derecho divino de los reyes de estirpe anglicana protestante. Creemos que no, que más bien es resultado de su teopolítica, cuyo origen puede bien hallarse en Jacques-Bénigne Lignel Bossuet. Pero es harina de otro costal.

<sup>53</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, I, p. 215. Hay aquí una cuestión que soslayamos: la relación entre Dios autor de las constituciones, la revelación de su autoridad, la existencia del dogma que funda la fe y su resolución en el pueblo en un código de creencias. *Op. cit.*..., XIII a XVII, pp. 224-229.

<sup>54</sup> *Op. cit.*..., II, p. 216. “De ahí que el buen sentido primordial, felizmente anterior a los sofismas, haya buscado en todas partes la sanción de las leyes en un poder superior al hombre, ya reconociendo que la soberanía proviene de Dios, ya venerando determinadas leyes escritas como emanadas de Él”. *Op. cit.*..., II, pp. 216-217. La acción humana es ruidosa e impaciente, la de Dios insensible, como inadvertida: “*Non in commotione Dominus*”, escribe en *Quatre chapitres...*, *op. cit.*, p. 282. Es cita de *III Reyes XIX, 11*.

<sup>55</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*..., xxx, pp. 240-241. Hay aquí otra cuestión que no puede tratarse: la singular “teoría de los nombres”, que seguidamente expone (capítulo I en adelante) y que viene a cuento porque la base religiosa de las instituciones humanas debe expresarse

hierocrática, al sugerir Joseph De Maistre que el Papa debe ser la garantía del origen divino de la soberanía y del derecho divino de los pueblos<sup>56</sup>.

### *La ley natural*

La ley natural pareciera mediar entre Dios y la constitución natural. No es que Joseph De Maistre lo diga expresamente, pues no ha desenvuelto una exposición de talante iusnaturalista, pero de alguna manera puede afirmarse: primero, porque toda ley, hemos visto, reclama de una autoridad superior que le da su carácter inderogable<sup>57</sup> y, segundo, por su insistente diatriba contra las leyes escritas que, si algo valen, es porque han “recibido una sanción anterior y no escrita”<sup>58</sup>.

Aceptamos que esa ley superior, anterior, no escrita, puede que sea la ley divina, esto es, la ley eterna –en términos tomistas– que rige toda la creación y que, por no estar escrita, excluye la ley divina positiva. Aunque también debe inferirse, si seguimos a santo Tomás, que puede tratarse de la ley natural, porque ella es la participación de la ley divina en las criaturas racionales, una ley dada que el hombre conoce por ser inteligente. En todo caso, no es la naturaleza de los filósofos, que Joseph De Maistre desconoce con una ironía: “¿quién es esta señora?”<sup>59</sup>.

### *Contra la deliberación (y la escritura)*

Sea como fuere, lo que inquieta a Joseph De Maistre, al insistir en la autoridad de la ley no escrita, es oponer la constitución natural a las constitu-

---

en un nombre tomado de la lengua nacional, como exige en XLIX, p. 248. Esta lengua original explica “la vacuidad e incluso el ridículo” de la imitación en política (XLVIII, p. 257). Sobre la imitación, *op. cit.*, XL y XLI, pp. 248-251. La “lengua original” no es invención humana, afirma Joseph De Maistre, su origen es divino; y quienes creen que la lengua es una convención humana dicen lo mismo de las sociedades. Véase la segunda de *Las veladas de San Petersburgo*.

<sup>56</sup> DE MAISTRE, *Du Pape*, *op. cit.*, III, IV, p. 410.

<sup>57</sup> Es el argumento de DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, II, pp. 215-217, contra el convencionalismo de John Locke, que combate valiéndose de una cita del abate Nicolas BERGIER, *Traité historique et dogmatique de la religion*, voluminosa obra constante de diez tomos, cuya publicación comenzó en 1780, escrita para combatir el deísmo de los ilustrados. Es Nicolas Bergier quien emplea la expresión “ley natural”.

<sup>58</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, XXI, pp. 232-233.

<sup>59</sup> Joseph DE MAISTRE, *Les soirées de Saint-Petersbourg*, p. 133, nota v a la segunda velada (no está en la edición española que hemos seguido).



ciones racionalistas que viven de la escritura. El estar escrita, desnuda que se trata de leyes nacidas de la deliberación humana y no de la aceptación del orden providencial dispuesto por Dios. Cuando afirma categóricamente que “ninguna constitución es efecto de una deliberación”, lo hace para oponerse a la doctrina de los ilustrados: “Una asamblea cualquiera de hombres no puede dar una constitución a una nación”<sup>60</sup>.

Luego de haberse explayado sobre su doctrina de los nombres, se detiene en extraer su significado político, y lo hace con estas palabras:

“Si la base es meramente humana, el edificio no puede sostenerse; y cuantos más hombres hayan intervenido, cuantos más hayan empleado de deliberación, de ciencia, y *especialmente de escritura*, en una palabra, de recursos humanos de toda clase, más frágil será la institución”<sup>61</sup>.

Es muy probable que los críticos que han visto en Joseph De Maistre a un romántico irracionalista se escandalizaron ante este texto. Y es porque parten de un prejuicio racionalista, que es de hecho el que este filósofo combate; de aquí que, en lugar de entenderlo a él, se entienden y se repiten a sí mismos<sup>62</sup>.

Pero fuera de esto, lo interesante es que Joseph De Maistre sacó las consecuencias de su afirmación, para demostrar que no era gratuita, es decir, caprichosa. Si una institución política no es el fruto de la humana deliberación, entonces, en primer término, la soberanía no puede ser otorgada por los hombres, porque “el hombre no puede hacer soberanos”, es Dios quien los hace<sup>63</sup>.

En segundo lugar, como ya hemos dicho, el hombre solo puede ser causa segunda, instrumental, subordinada a la causa primera, principal y subordinante. El pasaje en el que lo dice merece ser citado porque es aplicación de una doctrina ya expuesta:

“Cuanto más se analice el juego de la acción humana en la formación de las constituciones políticas, mayor será la convicción de que sólo participa en ella de una manera infinitamente subordinada, o como simple instrumento...”<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, pp. 209-211.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, LVII, p. 266.

<sup>62</sup> Es el caso de BERLIN, *op. cit.*, p. 169, al escribir: “Su concepto de autoridad divina no sólo es profundamente antidemocrático, sino que se opone completamente a la libertad individual, a la igualdad social y económica, y a las implicaciones políticas de la fraternidad humana”. Y ni qué decir de CIORAN, *op. cit.*, Joseph De Maistre parece ser la excusa para decir lo que él piensa.

<sup>63</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, pp. 210-211.

<sup>64</sup> *Op. cit.*, IX, p. 221.

Luego, en tercer lugar, una institución humana no puede ser creada ni subsistir absolutamente por el hombre (sería soberbia), sino por la asistencia divina<sup>65</sup>; por lo tanto, debemos cuidarnos de las reformas e innovaciones que vienen de las teorías humanas<sup>66</sup>.

En último término, si algo puede instituir el hombre es en socio a Dios, con el auxilio divino y de acuerdo con el plan divino:

“El hombre en relación con su Creador es sublime, y su acción es creadora; por el contrario, en cuanto se separa de Dios y obra solo, no cesa de tener poder, porque es un privilegio de su naturaleza, pero su acción es negativa y sólo lleva a la destrucción”<sup>67</sup>.

Se ve ahora por qué la escritura de las instituciones humanas se presenta, a los ojos del teórico saboyano como un abominable error<sup>68</sup>. La escritura es lo opuesto a la palabra, preferir la primera a la segunda ha sido el error protestante<sup>69</sup>. El hombre escribe lo que él ha deliberado, lo que no tiene más fundamento que él mismo. Pero ese sostén es débil, imperfecto, y lo que uno escribió otro puede cambiarlo. Lo que escrito está es derogable, abolible. Una ley fundamental no debería ser abolida; sin embargo, “¿cómo habrá de estar por encima de *todos* –se pregunta–, si *alguien* la ha creado?”<sup>70</sup>.

Escribir la constitución, además, es inconveniente, porque las infinitas combinaciones del buen gobierno se manifiestan en su respuesta a las circunstancias (que son infinitas también<sup>71</sup>), obligando a un obrar prudente que no puede estrecharse con los márgenes de una norma escrita. Están ahí, como pruebas al canto, los ejemplos de la república romana y del gobierno inglés<sup>72</sup>.

En apariencia, Joseph De Maistre se contradice, porque si la constitución es obra del designio divino, ¿cómo puede ser hija de la circunstancia? Pero no hay tal contradicción. En primer lugar, respondemos, la constitución no es la norma racional suprema de los racionalistas, sino las instituciones variadas de gobierno y el espíritu que las anima. En segundo lugar, porque siendo instituciones de gobierno, su operación está sujeta al fin en conside-

<sup>65</sup> DE MAISTRE, Prefacio, *op. cit.*, XL, pp. 248-249.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, XLI, pp. 250-251.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, XLV, p. 255.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, XIII, p. 225; XIX, pp. 230-231; *passim*.

<sup>69</sup> Lo apunta con inteligencia VALADE, *op. cit.*, p. 299.

<sup>70</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, II, p. 215.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, XII, p. 224: “La constitución es producto de las circunstancias, y el número de esas circunstancias es infinito”.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, III a VII, pp. 217-220.

ración de las circunstancias, pues el gobierno es ejercicio de la razón práctica, diría un Aristóteles o un Aquinate, no de la especulativa.

En todo caso, la escritura es siempre posterior, como desarrollo de lo preexistente y no escrito; y lo más esencial de una constitución, sus raíces, jamás está escrito, nunca se exhibe, porque si se escribe se pone en peligro al Estado; por ello la escritura es signo de debilidad de la constitución<sup>73</sup>.

### *Constitución natural y tradición*

Han visto algunos, como contrapunto del providencialismo del saboyardo, un acusado historicismo fruto de su antirracionalismo. Pero si lo hay, no contradice el origen divino de las instituciones políticas y su marcha bajo el amparo de Dios, ya que la historia o la tradición arrancan en Dios y se mueven según los designios suyos.

Dios está como oculto en el entramado constitucional, haciéndolo crecer y desplegarse en el tiempo: *crescit occulto velut arbor aeo*, dice el verso de Horacio que Joseph De Maistre recuerda: “crece como un árbol en un tiempo oculto”, es decir, esconde la buena constitución su semilla originante y va creciendo de modo insensible, pues así ocurre con todas las cosas que duran<sup>74</sup>.

Lo que perdura, lo que se conserva estable y da frutos en el tiempo, tiene un origen que está fuera del tiempo. La verdadera tradición, como afirmara Edmund Burke y creía el propio Joseph De Maistre, tiene su origen más allá del tiempo<sup>75</sup>; principia en Dios y con ello se aventa un historicismo absoluto, es decir, relativista<sup>76</sup>. Es cierto que tiene su expresión en el tiempo<sup>77</sup>; y si así es, se debe a que la nación que se conserva temporalmente ha permanecido fiel a sus orígenes.

<sup>73</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, IX, pp. 221-222; xxviii, p. 239.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, xxiii, p. 234. Las palabras de Horacio están tomadas de *Carmina*, I, 12, 45. Según Jean-Paul CLÉMENT, “Chateaubriand et le Contre-Révolution ou la liberté sur le pavois”, p. 341, el rechazo a la abstracción por Joseph De Maistre tiene por corolario el misterio de los gobiernos, pues la duración cubre con un velo la oscuridad de sus orígenes. Una sociedad transparente lleva en sí el peligro de su disolución.

<sup>75</sup> Cfr. Steven BLACKMORE, *Burke and the fall of language. The French Revolution as linguistic event*, chapter. 2.

<sup>76</sup> DE MAISTRE, *Réflexions...*, *op. cit.*, p. 94: “Je crois avoir assez solidement établi qu’aucune institution n’est solide et durable si elle ne repose que sur la force humaine; l’histoire et le raisonnement se réunissent pour démontrer que les racines de toute grande institution sont placées hors de ce monde”.

<sup>77</sup> Como dice del “espíritu público” de los ingleses, DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, VII, p. 220

La fidelidad al origen, que es la perduración de la tradición, es clave del buen gobierno. Porque el tiempo es aliado del origen. Con gran belleza, escribe:

“En cuanto a la legitimidad, si en su principio pudo parecer ambigua, Dios se explica sin embargo por medio de su primer ministro en el departamento de este mundo, *el tiempo*”<sup>78</sup>.

El orden político-social no resulta de una hechura racional, sus orígenes están velados a los hombres, pues se confunden con los planes de la Providencia, que se despliegan en el tiempo y cobran la forma de un orden consuetudinario y tradicional, asociando en la historia la libertad humana y la acción de Dios<sup>79</sup>.

### *Constitución, religión y revolución*

La mente teológica de Joseph De Maistre no podía dejar de criticar el deísmo y el ateísmo político de los ilustrados. Las constituciones son religiosas, entiende el escritor, no porque declaren la adopción oficial de un culto, sino porque están constituidas por la religión y crecen dedicadas al culto divino<sup>80</sup>.

No se trata del “Estado confesional de los protestantes”, como la Holanda calvinista o la anglicana Inglaterra. No. Joseph De Maistre tiene presente que no se trata de una declaración formal, sino, más bien, de una práctica religiosa, por eso es constante en su decir y escribir el “culto divino” o “principio religioso”. No pueden durar las naciones si no renuevan ese culto. Si pretenden conservarse, deben conservar y renovar el principio religioso, dedicar todo a Dios<sup>81</sup>. Si se abandona ese principio sobreviene la destrucción<sup>82</sup>.

Además, y para poner fin a esta materia, sabiendo Joseph De Maistre que toda constitución es necesariamente imperfecta<sup>83</sup>, comprende, al

<sup>78</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, xxvii, p. 239.

<sup>79</sup> Sabiamente escribe GAMBRA, *op. cit.*, p. 18: “la reposición legitimista tendrá el sentido de un poder clave para la restauración de todo un mundo institucional que crearon el tiempo y las generaciones con la holgura, arraigo y sentido humano de lo que es obra de la naturaleza regida por la Providencia”.

<sup>80</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, xxxii, p. 242, con cita de JENOFONTE, *Memorabilia*, I, IV, 16.

<sup>81</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, lviii, p. 267.

<sup>82</sup> *Op. cit.*, LX, p. 268, escribe sobre la muerte de los Estados: “Como es el principio religioso el que ha creado todo, la ausencia de ese mismo principio es lo que ha destruido todo”.

<sup>83</sup> *Op. cit.*, xli, pp. 250-251.

mismo tiempo, que es Dios quien corrige esas imperfecciones, mediante –ahora sí– sus intervenciones providenciales, de las que la revolución es solo un ejemplo moderno, un escarmiento.

Haber olvidado el principio religioso raigal de sus instituciones, ha hecho del siglo XVIII el inicio de la decadencia humana: “Los hombres de este siglo han optado. *Se han jurado a sí mismos mirar siempre a tierra*”, acusa Joseph De Maistre tomando las palabras del rey David (*Salmos* XVI, 11). Invadidas sus mentes del orgullo, los hombres han olvidado su dependencia y se han hecho libres de toda atadura: “Porque el hombre obra, cree obrar solo –escribe con acento filosófico y moral–; y porque tiene conciencia de su libertad, olvida su dependencia”<sup>84</sup>.

He ahí el origen de la revolución. La Revolución francesa tiene un principio humano, ya que ha sido una guerra del siglo más impío contra Dios<sup>85</sup>. Pero tiene, además, un origen divino, pues Francia ha sido castigada por Dios con la Revolución:

“¿Cómo ha castigado Dios ese execrable delirio? Lo ha castigado tal como creó la luz, con una sola palabra. Él dijo: ¡HACÉDLO! Y el mundo político se derrumbó”.

Castigo que Dios inflige a los franceses para salvar a Francia<sup>86</sup>.

### *Final*

El principio religioso constitutivo de las instituciones políticas es, para Joseph De Maistre, la piedra angular que une a Dios con la historia de las comunidades políticas.

Decir “piedra angular” es mucho más que declarar la adopción de una creencia pública, es consagrar la nación y sus instituciones a Dios o, para decirlo con Pío XI, consagrarlas a “Cristo Rey”. Porque siendo Dios el que conserva, desde que es el origen de las naciones y las constituciones, Él mismo es quien da la duración:

“Ninguna institución humana puede durar –sentencia Joseph De Maistre– si no es sostenida por la mano que lo sostiene todo: es decir si no le

---

<sup>84</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, LXVII, p. 273 y X, p. 222. DE MAISTRE, *Estudio...*, *op. cit.*, II, II, p. 102: “Cuando se afirma que el hombre nació para la libertad, se dice una frase que no tiene sentido”.

<sup>85</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, XLI en adelante, p. 269 y ss.

<sup>86</sup> DE MAISTRE, “Consideraciones...”, *op. cit.*, II, p. 26.

está especialmente consagrada desde su origen. Cuanto más penetrada esté del principio divino, más duradera será”<sup>87</sup>.

Sin duda no carece de excentricidades y errores nuestro autor. Ciertos tradicionalistas lo han combatido por su pasado en la masonería racionalista “blanca” –que habría dejado huellas en sus ideas–, por ciertas concepciones estrafalarias que no se compadecen con la tradición, estableciendo así una rencilla entre los tradicionalistas puros e inmaculados y los que están manchados por ideas extrañas o heréticas.

No entraremos en disputas que parecen vanas, sobre todo cuando un tradicionalista insigne –como fuera Rafael Gamba– ha rescatado y ensalzado la figura y las ideas de Joseph De Maistre. Entendemos que se puede destacar a su favor –y no es poco– su constante combate contra el racionalismo iluminista especialmente en el campo de las doctrinas políticas, en el que elaboró una interpretación original sobre el saber político y el origen de las instituciones y constituciones. Solo eso ya es meritorio, así lo creemos.

Y más aún cuando su combate fue por la verdad católica, no por una teoría suya. Porque, como ha entendido Rubén Calderón Bouchet, fue Joseph De Maistre un defensor de la fe:

“De Maistre fue un apologista, no un filósofo. [...] Sus inclinaciones fideístas, irracionalistas o pragmáticas obedecen al espíritu espontáneo, rapsódico y casi pastoral de un verdadero *defensor fidei*”<sup>88</sup>.

La influencia de Joseph De Maistre fue grande en su tiempo, en particular por la defensa de la religión católica contra el protestantismo y el galicanismo, el ateísmo y el deísmo de los revolucionarios; y por la apología del orden político monárquico, asentado en la tradición y alimentado por la religión. Si se consideran esas ideas centrales en Joseph De Maistre, se entiende por qué hoy es un olvidado o un silenciado, sino un condenado: la monarquía no tiene cabida en tiempos democráticos; la tradición ha sido sepultada por el fantasma del progreso y el librepensamiento protestante y la religión ha sido privatizada. El Estado democrático y progresista profesa la indiferencia, el agnosticismo, la neutralidad y la tolerancia.

A la par, el racionalismo ha penetrado hasta la médula de la convivencia humana. Nuestras constituciones son obra de ingeniería racional. Nuestras leyes civiles no tienen otro horizonte que lo que dice el registro sociológico. Nuestras instituciones políticas y sociales marchan conforme a

<sup>87</sup> DE MAISTRE, *Ensayo...*, *op. cit.*, XLV, p. 255.

<sup>88</sup> CALDERÓN, *op. cit.*, p. 51. CIORAN, *op. cit.*, p. 63, lo llama “el último representante de la Contrarreforma”.

los designios de una máquina que se compone de fuerzas que se mueven, sin que importen en verdad sus causas<sup>89</sup>. El movimiento explica el movimiento, es la causa de su efecto; y el efecto, una vez producido, no necesita de su causa: la democracia explica la democracia, los derechos explican los derechos, las convenciones constituyentes explican las constituciones. Y solo eso basta.

Tal vez por esto mismo sea tan actual Joseph De Maistre.

### Bibliografía

- ARMENTEROS, Carolina, *La idea francesa de la historia. Joseph de Maistre y sus herederos* (2011), Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2018, carece de la penetración de Rafael Gamba.
- BERLIN, Isaiah, "Joseph de Maistre y los orígenes del fascismo", en Henry HARDY (ed.), *Árbol que crece torcido. Capítulos de historia de las ideas*, México, Vuelta/ La Reflexión, 1992.
- BLACKMORE, Steven, *Burke and the fall of language. The French Revolution as linguistic event*, Hanover & London, University Press of New England/Brown University Press, 1988.
- BONALD, Louis DE, *Législation primitive considérée par les lumières de la raison* (1821), en *Œuvres de M. de Bonald*, Paris, Librairie d'Adrien Le Clere et Cie., 1829, tome III.
- CALDERÓN BOUCHET, Rubén, *Nacionalismo y revolución. En Francia, Italia y España*, Buenos Aires, Huemul, 1983.
- CIORAN, Emil M., "Ensayo sobre el pensamiento reaccionario. (A propósito de Joseph de Maistre)", en *Ejercicios de admiración y otros textos*, 2ª ed., Barcelona, Tusquets, 1995.
- CLÉMENT, Jean-Paul, "Chateaubriand et le Contre-Révolution ou la liberté sur le pavois", en Jean TULARD (dir.), *La Contre-Révolution. Origins, histoire, postérité* (1990), Paris, Perrin, 2013.
- DE MAISTRE, Joseph, "Carta al barón Vignet des Étoles, Lausana, 1794", en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome IX.
- DE MAISTRE, Joseph, "Carta al caballero de Rossi, San Petersburgo, 1804", en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome IX.

---

<sup>89</sup> GAMBRA, *op. cit.*, p. 39-40, cita el siguiente pasaje que atribuye a Joseph De Maistre, pero que en verdad es de Louis de Bonald.: "En los Estados modernos la administración de las cosas se ha perfeccionado a costa de la de los hombres y la preocupación por lo material excede, con mucho, a la de lo moral. Se trata, sobre todo, de inventar máquinas para satisfacer la industria del hombre, más los hombres no serán sino máquinas". Cfr. Louis DE BONALD, *Législation primitive considérée par les lumières de la raison* (1821), I, II, c. XII, nota (a), p. 102

- DE MAISTRE, Joseph, “Carta al Príncipe Korlowski”, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome XIX.
- DE MAISTRE, Joseph, “Consideraciones sobre Francia”, en Joseph DE MAISTRE, *Consideraciones sobre Francia. Fragmentos sobre Francia. Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas y de las demás instituciones humanas*, Buenos Aires, Dictio, 1980, tomo VII.
- DE MAISTRE, Joseph, *Discours a Mme. la Marquise de Costa sur la vie et la morte de son fils...*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome VII.
- DE MAISTRE, Joseph, *Du Pape*, II, II, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome II.
- DE MAISTRE, Joseph, *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*, Buenos Aires, Dictio, 1980.
- DE MAISTRE, Joseph, *Estudio sobre la soberanía*, Buenos Aires, Dictio, 1978.
- DE MAISTRE, Joseph, *Fragmentos sobre Francia*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome III.
- DE MAISTRE, Joseph, *Las veladas de San Petersburgo*, 3ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1966.
- DE MAISTRE, Joseph, *Les soirées de Saint-Petersbourg*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome IV.
- DE MAISTRE, Joseph, *Lettres sur l’Inquisition Espagnole (1822)*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome III.
- DE MAISTRE, Joseph, *Quatre chapitres sur la Russie*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome VIII.
- DE MAISTRE, Joseph, “Prefacio”, en Joseph DE MAISTRE, *Ensayo sobre el principio generador de las constituciones políticas*, Buenos Aires, Dictio, 1980.
- DE MAISTRE, Joseph, *Réflexions sur le Protestantisme, dans ses rapports avec la Souveraineté (1798)*, en *Œuvres Complètes*, Lyon, Librairie Générale Catholique et Classique, 1884-1898, tome VIII.
- GAMBRA, Rafael, “Estudio preliminar. José de Maistre y la idea de comunidad”, en Joseph DE MAISTRE, *Consideraciones sobre Francia*, Madrid, Rialp, 1950.
- LECIGNE, Canónigo, *Joseph de Maistre*, Paris, P. Lethielleux, 1914.
- MAURRAS, Charles, *Dictionnaire politique et critique*, tome III, apud Alberto FALCIONELLI, “Joseph de Maistre”, *Revista de Estudios Franceses*, núm. 8, tomo II, 1952.
- IRAZUSTA, Julio, “Rivarol”, en *Revista de Estudios Franceses*, núm. 8, tomo II, 1952.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l’économie politique*, en *Œuvres de Jean Jacques Rousseau*, Paris, E. A. Lequien Librairie, 1821, tome IV.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes (1775)*, en *Œuvres de Jean Jacques Rousseau*, Paris, E. A. Lequien Librairie, 1821, tome IV.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes de droit politique*, I, 1, en *Œuvres de Jean Jacques Rousseau*, Paris, E. A. Lequien Librairie, 1821, tome V.



VALADE, Bernard, "Les théocrates", en Jean TULARD (dir.), *La Contre-Révolution. Origins, histoire, postérité* (1990), Paris, Perrin, 2013.

ZEITLIN, Irving, *Ideología y teoría sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.

### *Siglas y abreviaturas*

c.	circa
<i>Cfr.</i>	<i>Confer</i>
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
dir.	directeur
ed.	editor <i>a veces</i> edición
etc.	etcétera
núm.	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes



# NOTAS SOBRE LAS CAPITULACIONES DEL ALMIRANTE FERNANDO DE MAGALLANES

## NOTES ON THE CAPITULATIONS OF ADMIRAL FERNANDO DE MAGALLANES

*Eduardo Andrades Rivas\**

### *Resumen*

Se pretende destacar la organización jurídica de la expedición del almirante Hernando de Magallanes mediante el estudio de las capitulaciones que obtuvo del Emperador Carlos V y su comparación en relación a las capitulaciones que, con anterioridad, había celebrado la Monarquía Hispánica con otros expedicionarios y descubridores. Se procurará centrar el análisis en las particularidades que revestía el viaje de Magallanes en su carácter de expedición oficial, práctica muy singular y escasa dentro del amplio marco de las expediciones de descubrimiento.

Palabras clave: Hernando de Magallanes, Carlos V, estrecho de Magallanes, capitulación, Molucas.

### *Abstract*

It is intended to highlight the legal organization of the expedition of Admiral Hernando de Magallanes through the study of the capitulations that he obtained from Emperor Carlos V and its comparison in relation to the capitulations that, previously, the Hispanic Monarchy had celebrated with other expeditionaries and discoverers. An attempt will be made to focus the analysis on the peculiarities of Magellan's voyage as an official expedition, a very unique and rare practice within the broad framework of discovery expeditions.

---

\* Abogado. Doctor en Historia del Derecho, UNED, España. Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: eandrade@udd.cl

Artículo recibido el 17 de julio de 2023 y aceptado para su publicación el 2 de octubre de 2023.

Keywords: Magellan, Charles V, Strait of Magellan, Capitulation, Moluccas.

### *Introducción*

Las dimensiones épicas, tanto geográficas como humanas, de la hazaña del almirante Fernando de Magallanes (1480-1521) y el piloto Juan Sebastián Elcano (1486-1526), son de tal modo colosales que solemos olvidar que detrás de la expedición estuvo una política de gobierno inspirada por la monarquía hispánica del emperador Carlos V y unas instituciones jurídicas que habían sido creadas por sus augustos abuelos, los Reyes Católicos, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón.

En efecto, el viaje de Fernando de Magallanes supera en tal escala los precedentes viajes de Cristóbal Colón y Vasco da Gama que resulta explicable que la organización política estratégica y la existencia de las capitulaciones suscritas por el Almirante con los oficiales de Su Majestad Católica, Carlos de Habsburgo (1500-1516-1556-1558)<sup>1</sup> sean olvidadas para dar lustre a la dimensión humana de la empresa.

Pero sin las orientaciones estratégicas de la política imperial y las instituciones jurídicas de la capitulación el viaje simplemente no habría existido. Al respecto hemos de tener presente que hacia el término de la segunda década del siglo XVI, la atención preferente del Emperador radicaba en su reciente asunción a la dignidad imperial y a los problemas que surgían en el territorio alemán por la incipiente reforma protestante y la incómoda ambigüedad diplomática del papa León X (1513-1521) frente al programa de gobierno de don Carlos. A lo que debemos sumar la hostilidad vengativa de Francisco I de Francia (1494-1515-1547), que había sido desplazado de la elección imperial y, en el horizonte, ya se avizoraba la figura del futuro aliado de conveniencia de Francisco, en medio del gran escándalo en la cristiandad, el sultán turco Solimán I (1494-1520-1566).

Del mismo modo, consideremos los crecientes problemas que el Mediterráneo planteaba a la hegemonía hispánica en Europa. Eran tiempos en que los ataques berberiscos y turcos en las costas de Europa mediterránea se volvían endémicos, y poblaciones enteras de la cristiandad europea

---

<sup>1</sup> “Estamos, pues, una vez más, ante una gran victoria europea, muy apropiada para uno de los más grandes dirigentes europeos, el emperador Carlos V, más europeo de lo que habría gustado a sus súbditos españoles, flamencos o borgoñones”. Hugh THOMAS, *El imperio español, de Colón a Magallanes*, p. 593.

eran secuestradas y vendidas como esclavas en los mercados de Trípoli, Argel y El Cairo<sup>2</sup>.

Y como si fuera poco, se encontraban próximas a estallar las luchas civiles y militares en la propia España, la guerra de las Comunidades en Castilla (1520-1522) y las de las Germanías en Valencia (1519-1523). Sin duda, un panorama político y social de gran efervescencia y polémica.

Es en estas circunstancias que estudiaremos el proyecto que en 1518 presentaría a Su Majestad imperial y real el portugués Fernando de Magallanes<sup>3</sup> y su amigo y socio eventual, el bachiller y cosmógrafo Rui Falero<sup>4</sup>.

## *I. La estrategia imperial de la monarquía hispánica*

Tras el desembarco del joven archiduque Carlos de Flandes, en Tazones, el 19 de septiembre de 1517, se dio inicio a un vasto periodo de ampliación y consolidación de la monarquía hispánica fundada por sus abuelos maternos, Isabel I de Castilla y Fernando V de Aragón.

Pero las circunstancias en que el joven Carlos de Gante, como fue conocido en su juventud, iniciaba su largo reinado, eran complejas, todas desafiantes y de naturaleza tan variada que podrían fácilmente haber desembocado en una anarquía que habría destruido la magna obra de sus antepasados.

Podemos sintetizar los esfuerzos de la monarquía en los siguientes<sup>5</sup>:

- 1) La asunción de la herencia española. En este plano Carlos, un príncipe del norte que no hablaba una sola palabra de español, debía hacerse cargo de resolver los problemas de la sucesión de su madre, Juana de Castilla, encerrada por su demencia en Tordesillas. Los nobles y dignatarios de Castilla no veían con buenos ojos que el hijo flamenco de la Reina Propietaria encabezara el reino. A lo que se añadía el hecho de que todos los consejeros de confianza del nuevo gobernante eran flamencos y su actitud predatoria pronto los hizo odiosos a la población general del reino. Asimismo, Carlos debía enfrentar los múltiples y novedosos problemas que

<sup>2</sup> Fenómeno que se extendió hasta bien entrado el siglo XVIII.

<sup>3</sup> En este trabajo usamos siempre el nombre castellanizado del original luso Fernão de Magalhães.

<sup>4</sup> Rui Faleiro en portugués.

<sup>5</sup> Una descripción de estos desafíos, más o menos similar, puede verse en José CERVERA PERY, *La estrategia naval del imperio*, p. 70.

generaba la expansión castellana en las Américas que, aunque todavía se encontraba en su etapa inicial de poblamiento en las islas del Caribe, sin haber tomado posesión de la tierra firme del continente, ya se avizoraba como una empresa de proporciones sobrehumanas. Por último, la toma de posesión de la herencia aragonesa, siciliana e italiana<sup>6</sup> dejada por el Rey Católico, enfrentaba a Carlos con una sucesión trabada por la falta de apoyos en Aragón, la desconfianza de los nobles y ciudadanos y un partido formado en torno a la persona de su hermano, el infante y archiduque Fernando de Austria<sup>7</sup>. Los únicos apoyos locales que tenía el joven rey eran su abuelastra Germana de Foix, segunda mujer de Fernando el Católico y que se convertiría en un sólido sostén de Carlos, y el viejo cardenal Jiménez de Cisneros, que falleció muy poco después de llegar el Monarca a suelo español.

- 2) Como consecuencia inevitable de su herencia española, el Rey debió emplearse a fondo en contener la incesable actividad de los piratas mahometanos, berberiscos y a los marinos turcos, alianza islámica que dominaba toda la costa sur del Mediterráneo y que impedía casi toda la navegación pacífica entre los Estados cristianos del norte del mismo mar. Asimismo, la herencia austriaca y, en especial, la elección al trono imperial, pusieron a Carlos en la necesidad de enfrentar el poder turco en el centro oriente de Europa. Sería en su reinado cuando los turcos estuvieron en dos oportunidades a punto de conquistar Viena, el corazón de la cristiandad. Solo los esfuerzos desesperados del Emperador lograron contener a Solimán el Magnífico.
- 3) Francia, dominada por Francisco I de Valois fue, durante toda la vida de este, un constante peligro y amenaza a la hegemonía de la Casa de Austria en la cristiandad<sup>8</sup>. Carlos aspiraba como gran meta hereditaria a la restauración del Gran Ducado de Borgoña, la patria de sus antepasados, los grandes duques de Occidente, pero eso pasaba por desmembrar el territorio de Francia. Por su parte Francisco I, primo y, más tarde, cuñado de Carlos, no perdonaba haber perdido la corona del Sacro Imperio frente a su joven pariente. Aunque esta actitud vengativa le valió múltiples derrotas, la prisión por años luego de su fracaso en Pavía y las humillantes condiciones para su libe-

---

<sup>6</sup> CERVERA, *op. cit.*, p. 76 y ss.

<sup>7</sup> Salvador DE MADARIAGA Y ROJO, *Carlos V*, pp. 66-67.

<sup>8</sup> John Julius NORWICH, *Cuatro príncipes. Enrique VIII, Francisco I, Carlos V, Solimán el Magnífico y la forja de la Europa moderna*, p. 39.

ración, no cesó en enfrentar al Emperador hasta su muerte y para ello no vaciló en aliarse con Solimán de Turquía, en una actitud más propia de un político moderno que de un príncipe cristiano.

- 4) En último término, los enfrentamientos religiosos que se detonaron por la publicación de las *Tesis* de Lutero en 1517 en el corazón del Imperio y que se extendieron pronto en toda la cristiandad, devinieron en un conflicto político, económico y militar que consumió mucho de las energías del Emperador a lo largo de cuarenta años. El famoso enfrentamiento con Lutero en la Dieta de Worms de 1518 y el triunfo de Carlos en Mühlberg no fueron sino episodios en un largo conflicto que duraría doscientos años y que terminaría con la agonía del poder imperial y el declive de la monarquía hispánica.

## II. El apoyo a Fernando de Magallanes

Cuando, tras la negativa de su rey y señor natural, Manuel I de Portugal (1469-1495-1521)<sup>9</sup>, el joven soldado de origen noble<sup>10</sup>, Fernando de Magallanes, se trasladó a Sevilla junto a Ruy Falero (siglo xv-1523), cosmógrafo y bachiller portugués, no podía saber a ciencia cierta, si, en medio de tal cantidad de problemas, el Emperador tendría tiempo e interés en considerar su oferta.

El plan diseñado por Fernando de Magallanes y calculado matemáticamente por Ruy Falero, consistía en encontrar una vía o canal que permitiera navegar bordeando la costa americana desde el Atlántico al Mar del Sur<sup>11</sup>, según la terminología que había creado Vasco Núñez de Balboa. Así, continuando la travesía a través del nuevo océano se podría llegar a las islas donde se producían las especias en el lejano Oriente. De hecho, se las denominaba Islas de Especiería o del Maluco o Molucas<sup>12</sup>.

Fernando de Magallanes, firmemente convencido de la exactitud de los cálculos de Ruy Falero<sup>13</sup>, sostenía que las islas se encontraban en la zona

<sup>9</sup> Jorge MORGADO JORQUERA, *Herando de Magallanes*, pp. 19-22.

<sup>10</sup> Nacido en la Villa de Sabrosa o Sabrosa, distrito de Villa Real, cercano a Oporto, Fernando de Magallanes pertenecía a una familia de la baja nobleza lusa. Su padre fue Ruy Magalae, alcalde de mar de Aveiro y su abuelo, Pedro Alfonso, un funcionario de la Corona en su lugar de origen. Estos antecedentes le permitieron al joven Fernando ser admitido como paje de la reina Leonor en la corte portuguesa. THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 579 y Laurence BERGREEN, *Magallanes. Hasta los confines de la Tierra*, p. 33.

<sup>11</sup> CERVERA, *op. cit.*, p. 104.

<sup>12</sup> Nuestras actuales islas del archipiélago de Indonesia.

<sup>13</sup> Cálculos que, a la postre, se revelaron correctos.

castellana de la demarcación que había sido practicada por el Tratado de Tordesillas de 1494 entre Castilla y Portugal<sup>14</sup>, por la cual le había sido adjudicada a la primera, la zona occidental<sup>15</sup>. Siendo la tierra redonda era posible llegar a las islas situadas en el hemisferio oriental navegando siempre por la zona occidental castellana sin tocar las aguas portuguesas. Este mismo plan le fue presentado por Fernando de Magallanes a Manuel de Portugal, pero este lo había rechazado al ya tener una vía de comunicación abierta con Oriente a través de las costas africanas e indias. Por lo demás, navegar al Occidente, habría sido imposible para el rey luso, por impedirselo el mismo Tratado de Tordesillas.

Recordemos que en la época, el medir con exactitud la longitud geográfica era imposible. Los meridianos podrán ser calculados con precisión solo a partir del siglo XVIII, cuando se inventaron los cronómetros de precisión adaptados al movimiento del mar. En el siglo XVI solo era posible medir con exactitud la latitud, que era lo que había hecho Cristóbal Colón en sus viajes inaugurales de la “carrera de Indias”.

En contraposición a lo que podríamos imaginar, el joven emperador miró con gran interés el proyecto. Es cierto que Fernando de Magallanes había trabado amistad con Juan de Aranda, el factor a cargo de la dirección de la Casa de las Contrataciones de Sevilla<sup>16</sup>, pero la entrevista fundamental, conseguida gracias al obispo Juan Rodríguez de Fonseca, encargado de los asuntos de Indias, fue la que sostuvieron con Carlos I en 1518.

Carlos vio con entusiasmo una oportunidad de ampliar sus ya enormes territorios, pero sin la posibilidad de enfrentamientos con Portugal. Por ello, dio su autorización inicial muy favorable. Este apoyo del Monarca al futuro Almirante, con naturalización incluida, luego del abandono de su reino de origen<sup>17</sup>, fue determinante para llevar a buen puerto la expedición.

Poco tiempo después de firmados los acuerdos a que nos referiremos enseguida, se recibió en Castilla el reclamo de la corte portuguesa. Enterado Manuel de Portugal que Fernando de Magallanes había encontrado apoyo

---

<sup>14</sup> Siendo justos, la idea de la demarcación había sido originalmente establecida por el papa Alejandro VI de Borgia en 1493 en sus famosas *Bulas Intercaeteras*. BERGREEN, *op. cit.*, p. 23.

<sup>15</sup> Alfred KOHLER, *Carlos V, 1500-1558, una biografía*, pp. 244 s. Por su parte el Tratado de Tordesillas fue ratificado por el papa Julio II, véase BERGREEN, *op. cit.*, p. 25.

<sup>16</sup> THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 136. Y Mariano CUESTA DOMINGO, *Rumbo a lo desconocido, navegantes y descubridores*, p. 142.

<sup>17</sup> “Tampoco se concibe que, sin su consentimiento, ofreciera Castilla su apoyo al portugués Magallanes para su trascendental expedición, después de haber sido éste desamparado por su Gobierno”, Karl BRANDI, *Carlos V, vida y fortuna de una personalidad y de un imperio mundial*, p. 160.



oficial en España, protestaba muy airado en contra del llamado “traidor”<sup>18</sup>. El embajador luso ante el Emperador, Álvaro da Costa, hizo todo lo posible por entorpecer el viaje. Tarde comprendía el rey Manuel su imprudencia y premura en rechazar el proyecto de viaje de su antiguo servidor<sup>19</sup>. Carlos no solo no prestó atención al reclamo de su pariente, sino que otorgó a Fernando de Magallanes plenas cartas de naturalización y le creó caballero comendador de la Orden de Santiago.

Sin embargo, no pararían ahí los intentos de Portugal. Más adelante, mientras se alistaba la flota, un agente secreto de la corte de Lisboa, Sebastián Álvarez<sup>20</sup>, apareció en Sevilla a fin de desprestigiar a Fernando de Magallanes y promover un tumulto entre la población para que asaltaran las naves y las quemaran<sup>21</sup>. Por fortuna, los intentos de Sebastián Álvarez fueron frustrados por la gran paciencia y fortaleza de Fernando de Magallanes y la honestidad de los oficiales del Rey<sup>22</sup>.

### III. Las capitulaciones, una empresa típicamente hispánica

En el tiempo en que Magallanes presentaba su pretensión y planes a Carlos de España ya se había producido una serie de viajes castellanos previos a América, partiendo por los cuatro de Colón.

La fórmula jurídica de las expediciones, que databa de la Reina Católica, era la “capitulación”, a la que podemos definir como un contrato de naturaleza especial, regido por el derecho público, que da cuenta de un acto de autoridad, por el cual una de las partes llamada capitulante (la propia Corona o la Casa de Contratación en su nombre) confiere a otra, llamada capitulario, ciertos derechos y le impone ciertas cargas<sup>23</sup>.

Decimos que es un contrato especial por cuanto es clarísimo que la posición de ambas partes es desigual. Una de ellas (la corona capitulante)

---

<sup>18</sup> KOHLER, *op. cit.*, p. 245.

<sup>19</sup> Como ya hemos indicado, Fernando de Magallanes sirvió de niño y adolescente en la corte portuguesa como paje de la reina Leonor y del mismo don Manuel.

<sup>20</sup> MORGADO, *op. cit.*, pp. 35-43.

<sup>21</sup> CUESTA, *op. cit.*, p. 142.

<sup>22</sup> Sebastián Álvarez promovió un verdadero motín, acusando al malvado “cojo” de izar el estandarte portugués en las naves. La verdad es que era una bandera náutica y que Fernando de Magallanes era del todo fiel a su nuevo soberano. El mote de “cojo” le venía de una lesión que había sufrido peleando contra los moros en Azamor, Marruecos.

<sup>23</sup> Eduardo ANDRADES RIVAS, *Textos fundamentales para el estudio de la historia del derecho*, p. 364.

detenta mucho más poder decisorio que la otra (el explorador capitulario) siendo la naturaleza de la relación bastante precaria<sup>24</sup>. Está regida por el derecho público, institucional, lo que no es propio de las categorías contractuales, que son regidas por el derecho civil o privado. Dan cuenta de un acto de autoridad, pues el capitulante es la Corona, que establece un régimen oficial que debe obedecerse para llevar a cabo la empresa de descubrimiento y conquista. Las partes son dos, la Corona, que puede firmar directamente el instrumento, o hacerlo mediante los oficiales de la Casa de Contratación, y el capitulario o empresario privado que realizará la expedición por su cuenta y riesgo.

En cuanto a los derechos y deberes recíprocos, la Corona adquiere los territorios descubiertos a título de dueña y la soberanía política sobre los mismos y sus habitantes. Se reserva una parte de los metales preciosos obtenidos y las potestades judiciales. En cuanto a los deberes, ha de patrocinar las expediciones, pero este patrocinio no es auspicio, o sea, no aporta dineros para financiar los viajes. Concede al expedicionario potestades de gobierno, legislativas y dignidades nobiliarias, tan queridas para los hombres del siglo XVI. Los derechos del capitulario consistían en dirigir las empresas, gozar de un tiempo de la exclusividad de la ruta, obtener una parte de las riquezas logradas y de las tierras conquistadas y de las dignidades nobiliarias indicadas. Entre sus deberes estaban financiar las empresas, dotarlas de tripulaciones y costear todos los gastos. Además, transferir los territorios descubiertos al dominio real.

Los propósitos de la capitulación, múltiples y frecuentemente coexistentes, fueron el descubrimiento, la población de territorios y el comercio<sup>25</sup>.

La capitulación fue evolucionando desde los tiempos iniciales con Cristóbal Colón hasta fines del siglo XVI<sup>26</sup>.

#### IV. *Los precedentes*

La primera de estas capitulaciones fue la de Cristóbal Colón, firmada en Santa de Fe de Granada el 17 de abril de 1492. Este contrato fijó la pauta para los que vendrían después. Fue firmada por sus altezas los Reyes Cató-

---

<sup>24</sup> La vieja cuestión acerca de la naturaleza jurídica del régimen capitular por la cual se discutió su carácter contractual o de acto administrativo, ha sido ya superada. Milagros DEL VAS MINGO, *Las capitulaciones de Indias en el siglo XVI*, pp. 43-49.

<sup>25</sup> Milagros del Vas Mingo formula una muy acertada síntesis sobre el particular en su libro sobre las capitulaciones del siglo XVI. DEL VAS MINGO, *op. cit.*, pp. 55-61.

<sup>26</sup> Aparte de las capitulaciones de Cristóbal Colón y las del siglo XV, se firmaron setenta y cinco capitulaciones durante el siglo XVI, *op. cit.*, pp. 109-126.

licos y Cristóbal Colón, según lo acreditan las copias conservadas del documento<sup>27</sup>.

Establecía para Cristóbal Colón la condición hidalga al permitirle el uso de la preposición 'don' y de la partícula 'de' antes de su patronímico. Más la dignidad hereditaria de "Almirante de la Mar Océana" que todavía hoy ostentan sus descendientes los duques de Veragua, título poseído con Grandeza de España, por los Colón de Carvajal.

Sin embargo, el régimen capitular no fue bien ejercido por don Cristóbal y tras el fallecimiento de la Reina Católica en 1504 se iniciaron las formalidades para dejar sin efecto dichas capitulaciones. Fernando el Católico, que nunca confió demasiado en Cristóbal Colón, intentó promover un gobierno directo en las islas descubiertas, sin la intervención de Cristóbal Colón y su familia. En tiempos de Diego de Colón, hijo mayor del Almirante, se iniciaron los famosos pleitos colombinos que terminaron años más tarde en un avenimiento judicial que reconoció algunos de los derechos que habían sido concedidos al Almirante en un inicio.

En el caso de Fernando de Magallanes la capitulación ya se encontraba suficientemente asentada en la mentalidad y práctica de los oficiales reales y tenía una relativa tradición en cuanto a su redacción, ejercicio e interpretación. La de Fernando de Magallanes fue la undécima capitulación otorgada por la Corona en el siglo XVI, justo después de la firmada con Diego Velázquez para descubrir y conquistar Yucatán y Cozumel de 1518 y anterior a la del licenciado Antón Serrano para poblar la isla de Guadalupe de 1520.

### *V. La capitulación de Fernando de Magallanes y su modelo colombino*

El proyecto de viaje hacia las islas de la especiería fue presentado al Rey a inicios de 1518 y se tradujo en la suscripción de las capitulaciones en Valladolid el 22 de marzo del mismo año<sup>28</sup>. El original se encuentra depositado en el Archivo General de Indias, indiferente general 415, L. I., folios 14 vto. a 16<sup>29</sup>.

Lo primero que hemos de destacar es que se trata de una capitulación con cuatro suscriptores, los capitulantes son la reina propietaria Juana, y en

---

<sup>27</sup> ANDRADES, *op. cit.*, pp. 363-368.

<sup>28</sup> Las instrucciones definitivas fueron dadas por el Emperador estando la Corte en Barcelona. Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Carlos V, el César y el hombre*, p. 115 y s.

<sup>29</sup> DEL VAS MINGO, *op. cit.*, pp. 173-175.

su nombre, Carlos I. Por los capitularios se encuentran Fernando de Magallanes y Ruy Falero. Es preciso destacar que se trata de una capitulación doble. No siendo muy frecuente encontrar casos similares en el tiempo precedente<sup>30</sup>.

Luego, teniendo presente el modelo colombino, se describe la empresa encargada a los capitularios.

“Por cuanto vos, Fernando de Magallanes, caballero natural del Reino de Portugal, y el bachiller Ruy Falero, así mismo natural del dicho Reino, queriéndonos hacer señalado servicio, os obligáis de descubrir en los términos que nos pertenecen y son nuestros en el mar océano, dentro de los límites de nuestra demarcación, islas y tierras firmes [continentales], ricas especierías y otras cosas de que seremos muy servidos y estos nuestros Reinos muy aprovechados, mandamos asentar para ello con vosotros la capitulación siguiente”<sup>31</sup>.

El periodo por el cual los beneficiarios gozarían de la exclusividad de la ruta sería de diez años en lo que se aprecia una precaución de la Corona para no extender los lapsos de reserva a los empresarios por tiempo excesivo. Se ve con claridad, que la experiencia de los pleitos colombinos había calado hondo en la política real.

“Primeramente que vosotros, con la buena ventura, hayáis de ir y vayáis a descubrir a la parte del mar océano dentro de nuestros límites y demarcación. Y porque no sería razón que, yendo vosotros a hacer lo susodicho, se vos atravesasen otras personas a hacer lo mismo, y habiendo consideración a que vosotros toméis el trabajo de esta empresa, es mi merced y voluntad, y prometo, que por término de diez años primeros siguientes no daremos licencia a persona alguna que vaya a descubrir por el mismo camino y derrota que vosotros fuereis”<sup>32</sup>.

En segundo lugar, se hace una especial referencia a que la empresa de descubrimiento debería respetar rigurosamente la demarcación y zona atribuida a Portugal por el Tratado de Tordesillas. Es claro que el rey Carlos quería evitar todo conflicto con el rey luso atendida la tensión que había provocado su apoyo a Fernando de Magallanes y los intentos del rey Manuel de que la expedición no se realizara.

“El cual dicho descubrimiento habéis de hacer con tanto que no descubráis ni hagáis cosa en la demarcación y límites del serenísimo Rey de Por-

---

<sup>30</sup> Existen dos capitulaciones previas, ambas de 1508, otorgadas a dos capitularios al mismo tiempo.

<sup>31</sup> Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

<sup>32</sup> *Ibid.*

tugal, mi muy caro y muy amado tío y hermano, ni en perjuicio suyo, salvo dentro de los límites de nuestra demarcación”<sup>33</sup>.

En el tercer asiento se establece que la remuneración de los capitularios sería de la veintena parte del total de las riquezas obtenidas. Se aprecia cómo la Corona ha ido reduciendo las estimaciones de las recompensas económicas obtenidas por los beneficiarios, teniendo presente que en las Capitulaciones de Santa Fe se le había concedido a Cristóbal Colón la décima parte del producto de la expedición. De hecho, la política que se consolidaría en las expediciones posteriores a la de Fernando de Magallanes, se terminaría reemplazando este porcentaje de las ganancias por una remuneración fija, generosa y suficiente, pero limitada de lo obtenido. El caso más conocido es el de la capitulación otorgada en favor de Francisco Pizarro en 1529, donde la remuneración era una renta fija de setecientos veinticinco mil maravedís al año<sup>34</sup>. En compensación por la baja en las ganancias la Corona beneficiaba a Fernando Magallanes y Ruy Falero con el cargo de gobernadores y el título de Adelantados hereditarios.

“Y acatando la voluntad con que vos habéis movido a entender en el dicho descubrimiento por nos servir y el servicio que de ello Nos recibimos, y nuestra corona real es acrecentada, y por el trabajo y peligro que en ello habéis de pasar, en remuneración de ello, es nuestra merced y voluntad, y queremos, que en todas las tierras e islas que vosotros descubráis, vos haremos merced, y por la presente vos la hacemos, que de todo el provecho e interés que de todas las tales tierras e islas que así descubriéreis, así de renta como de derechos, como en otra cualquier cosa que a Nos se siguiere en cualquier manera sacadas y para todas cosas que de ello se hicieren, hayáis y llevéis la veintena parte, con título de nuestros adelantados y gobernadores de las dichas tierras e islas, vosotros y vuestros hijos y herederos, de juro para siempre jamás, con que quede para Nos y para los Reyes que después de Nos vinieren, la suprema, y siendo vuestros hijos y herederos naturales de nuestros Reinos y casados en ellos, y con que la dicha gobernación y título de adelantados, después de vuestros días, estos queden en un hijo o heredero. Y de ello vos mandaremos despachar vuestras cartas de privilegios en forma”<sup>35</sup>.

Otros beneficios y deberes son desarrollados en los demás seis asientos, siendo de especial importancia el que consta en el séptimo, donde se contempla el financiamiento directo de la Corona a la expedición<sup>36</sup>. Con

---

<sup>33</sup> Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *op. cit.*

<sup>34</sup> ANDRADES, *op. cit.*, p. 438.

<sup>35</sup> Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *op. cit.*

<sup>36</sup> THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 312. En el mismo sentido KOHLER, *op. cit.*, p. 245.

este compromiso el rey Carlos se apartaba notoriamente de las demás capitulaciones que, en efecto, permitían realizar las expediciones sin comprometer los escasos recursos fiscales. Ello demuestra el gran interés del Monarca en descubrir el paso a las Indias por Occidente y su deseo de acceder a las riquezas de las especias que, hasta ese momento, estaban en poder de los portugueses, a través de su comercio con la India.

“Y porque lo susodicho mejor lo podáis hacer, y haya en ello el recaudo que conviene, digo que yo vos mandaré armar cinco navíos, los dos de ciento y treinta toneladas cada uno, otros dos de a noventa, y otro de sesenta toneles, abastecidos de gente, mantenimientos y artillería, conviene a saber que vayan los dichos navíos abastecidos por dos años, y que vayan en ellos doscientas y treinta y cuatro personas para el gobierno de ellos, entre maestros, marineros, grumetes y toda la otra gente necesaria, conforme al memorial que está hecho para ello, y así lo mandaremos poner luego en obra a los nuestros oficiales que residen en la ciudad de Sevilla, en la Casa de la Contratación de las Indias”.

En relación con los costos debemos aclarar que las cifras oficiales fueron rebajadas de forma evidente para no provocar problemas con Portugal<sup>37</sup>.

La verdad es que los cinco barcos que compusieron la llamada, no sin cierta pompa, “armada de la especiería” eran cinco pontones<sup>38</sup> que estaban destinados a ser desguazados y que fueron alistados y reparados con prisa, para transportar a los doscientos treinta y siete miembros de la expedición<sup>39</sup>. Los barcos dirigidos por Fernando de Magallanes iniciaron su viaje desde Sevilla<sup>40</sup> el 10 de agosto de 1519<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> La contabilidad oficial consignó un aporte de un millón seiscientos mil maravedís de parte de Cristóbal de Haro. Pero ello se debe a que los dineros eran aportados por los Fugger, banqueros alemanes de don Carlos que del mismo modo, financiaban a los portugueses. Las cifras reales bordean los seis millones cuatrocientos mil maravedís aportados directamente por el Rey mediante un crédito reservado de los Fugger. El total fue de 8 751 125 maravedís. BERGREEN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>38</sup> Ninguno superaba las ciento veinte toneladas, que era el peso de la *San Antonio*. La *Victoria*, única que retornó tenía un peso de solo setenta y cinco. THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>39</sup> La tripulación constaba de dieciséis oficiales de la Armada, ciento treinta y seis tripulantes españoles, setenta y nueve extranjeros (fundamentalmente italianos como el cronista Antonio Pigafetta y portugueses y seis africanos o asiáticos. CUESTA, *op. cit.*, p. 143.

<sup>40</sup> Como era habitual en ese tiempo los trámites administrativos que debían cumplirse obligaron a la flota a pasar por mil requerimientos de la burocracia castellana, así que la flota pudo zarpar desde San Lúcar de Barrameda recién el 20 de septiembre de 1519. THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 580.

<sup>41</sup> La elección de don Carlos como emperador de Alemania se produjo el 28 de junio de 1519. Tuvo noticia de este hecho el 6 de julio del mismo año, a poco más de una semana de ocurrido, mientras estaba en Barcelona. Desde ese momento su titulación cambia desde

Finalmente, consignemos que Ruy Falero, segundo beneficiario y suscriptor de la capitulación, no realizaría el viaje. Diferencias con Fernando de Magallanes producto de cuestiones de protocolo, tan propias de la mentalidad de la época, y una notoria mala salud, movieron al Emperador a determinar que Ruy Falero viajaría en una segunda flota, que debería seguir a la de Fernando de Magallanes si este tenía éxito. Su lamentable fallecimiento ocurrió en 1523 sin poder nunca llegar a embarcarse. En la práctica Fernando de Magallanes tampoco pudo beneficiarse de los productos obtenidos en el viaje por su muerte en Filipinas<sup>42</sup>, pero su viuda recibió sus sueldos en su nombre.

### Conclusiones

1. La organización de la empresa magallánica se inscribe dentro de la política imperial de los descubrimientos y de la ampliación de la base territorial y social de la monarquía hispánica.
2. La capitulación suscrita por el almirante Fernando de Magallanes forma parte de la política de la Corona de patrocinar a expedicionarios privados, pero sometiéndolos a ciertas pautas relativamente uniformes que seguían el modelo de las Capitulaciones de Santa Fe, suscritas por Cristóbal Colón.
3. La capitulación de Fernando de Magallanes y Ruy Falero rebaja los periodos de vigencia de sus beneficios y de las ganancias que podrían obtener, en un proceso que se inicia con la capitulación colombina y se prolonga hasta las capitulaciones de Francisco Pizarro, Diego de Almagro y las posteriores.
4. La Corona de Carlos V determinó alterar las reglas sobre la financiación de la expedición al cubrir ellos mismos los gastos, lo que demuestra el gran interés del Monarca por concretar una vía de acceso a las islas de la especiería. Fue de las pocas expediciones financiadas de esta forma, por la monarquía hispánica.

### Bibliografía

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Textos fundamentales para el estudio de la historia del derecho*, Santiago, Editorial El Jurista, 2017.

---

el tratamiento de Alteza, común a todos los reyes de su tiempo al de Sacra Cesárea Católica Real Majestad, propia de la dignidad imperial. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 110.

<sup>42</sup> THOMAS, *El imperio español, de Colón...*, *op. cit.*, p. 493.

- BERGREEN, Laurence, *Magallanes. Hasta los confines de la Tierra*, traducción de Víctor Pozanco e Isabel Fuentes García, 4ª. ed., Barcelona, Ariel, 2020.
- Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en [https://sevilla.2019-2022.org/wp-content/uploads/2016/03/3.ICSevilla2019\\_Asiento-y-capitulaciones-con-Magallanes-y-Falero-o14.pdf](https://sevilla.2019-2022.org/wp-content/uploads/2016/03/3.ICSevilla2019_Asiento-y-capitulaciones-con-Magallanes-y-Falero-o14.pdf) [fecha de consulta: 23 de marzo de 2022].
- BRANDI, Karl, *Carlos V, vida y fortuna de una personalidad y de un imperio mundial*, Buenos Aires, Editorial Juventud Argentina, S.A., 1944.
- “Capitulación otorgada a Hernando de Magallanes y a Ruy Falero para el descubrimiento de la especiería”, en Martín FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, *Colección de viajes y descubrimientos*, Madrid, BAE, 1954, tomo II.
- CERVERA PERY, José, *La estrategia naval del imperio*, Madrid, Editorial San Martín, 1981.
- CUESTA DOMINGO, Mariano, *Rumbo a lo desconocido, navegantes y descubridores*, Milán, Anaya Editorial, 1992.
- DE MADARIAGA Y ROJO, Salvador, *Carlos V*, traducción de Ignacio Gaos, 3ª. ed., Barcelona, Grijalbo, 1982.
- DEL VAS MINGO, Milagros, *Las capitulaciones de Indias en el siglo XVI*, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1986.
- DÍAZ, Pablo C., “Rey y Poder en la monarquía visigoda”, en *IBERIA*, vol. 1, Logroño, 1998.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel, *Carlos V, el César y el hombre*, 9ª. ed., Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.
- KOHLER, Alfred, *Carlos V, 1500-1558, una biografía*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2000.
- MORGADO JORQUERA, Jorge, *Hernando de Magallanes*, Santiago, Editorial Universitaria, 1984.
- NORWICH, John Julius, *Cuatro príncipes. Enrique VIII, Francisco I, Carlos V, Solimán el Magnífico y la forja de la Europa moderna*, traducción de Joan Eloi Roca, Barcelona, Editorial Ático de los Libros, 2020.
- THOMAS, Hugh, *El imperio español de Carlos V*, traducción de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Cuéllar, Barcelona, Planeta, 2018.
- THOMAS, Hugh, *El imperio español, de Colón a Magallanes*, traducción de Víctor Pozanco, Barcelona, Planeta, 2020.

### Siglas y abreviaturas

BAE	Biblioteca de Autores Españoles
ed.	edición
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>



<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
s.	siguiente
S.A.	sociedad anónima
ss.	siguientes
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
vol.	volumen
vto.	vuelto



# Comentarios de Jurisprudencia

---

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 23 | 2023



# DERECHO DISCIPLINARIO E INFIDELIDAD MATRIMONIAL (COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N.º 17.750-2019)

*Cristian Román Cordero\**

## *Presentación*

En este trabajo comentaremos la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 17.750-2019 que acogió (con cuatro votos a favor y uno en contra) el recurso de protección deducido por un teniente 2.º de la Armada, soltero, en contra de un decreto de la Subsecretaría para las FFAA que lo sancionó con retiro absoluto por haber mantenido una relación sentimental con la cónyuge de otro miembro de esa institución castrense<sup>1</sup>.

## *I. La sentencia*

### *A. HECHOS*

LGK, teniente 2.º de la Armada, soltero, fue sancionado (mediante decreto de la Subsecretaría para las FF.AA.<sup>2</sup>) con retiro absoluto por haber mantenido una relación sentimental con la cónyuge de FMM, igualmente teniente 2.º de la Armada.

### *B. EL RECURSO*

LGK dedujo un recurso de protección en contra de dicho acto administrativo. Al efecto, planteó (sobre la base de lo previsto en el artículo 19, números 2, 3, 16 y 26, de la Constitución):

1. Que no fue oído en el “procedimiento de justicia” y que no pudo impugnar dicho acto administrativo y

---

\* Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Chile. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

<sup>1</sup> Cabe destacar que esta materia ha adquirido cierta importancia en los medios de prensa. Por todos, véase [www.elmostrador.cl/noticias/sin-editar/2023/04/27/carabineros-gasta-recursos-en-investigar-infidelidades-de-sus-funcionarios/](http://www.elmostrador.cl/noticias/sin-editar/2023/04/27/carabineros-gasta-recursos-en-investigar-infidelidades-de-sus-funcionarios/)

<sup>2</sup> Decreto TRA n.º 118406/307/2018, 05/10/2018.

2. Que la conducta típica no se configuraría puesto que, antes de iniciar la relación sentimental con la cónyuge de FMM, estos ya se habían separado de hecho, con lo cual se puso fin al deber de fidelidad entre ellos.

### C. MARCO NORMATIVO

La sentencia estableció el marco normativo que rige este caso, que estaría conformado por las siguientes disposiciones:

- El artículo 206 del Reglamento de Disciplina de la Armada establece que las faltas gravísimas son:

“aquellas acciones u omisiones que, sin llegar a constituir delito, provocan serio quebranto a la disciplina, eficiencia, seguridad o prestigio de la Institución y que deben ser sancionadas con severidad y energía para prevenir consecuencias inmediatas o posteriores”.

- El artículo 308 del Reglamento de Disciplina de la Armada establece:

“La naturaleza y efectos de las sanciones detalladas en el artículo 306, son los siguientes: [...]”.

8.- Separación o licenciamiento del servicio: La separación del servicio se aplicará al personal de nombramiento supremo y se dispondrá por decreto supremo.

El licenciamiento del servicio se aplicará al resto del personal y se dispondrá por resolución del Director General del Personal de la Armada.

Para resolver la separación o licenciamiento del servicio por falta gravísima, cuando no se instruye investigación sumaria administrativa por ser los hechos evidentes, deberá elevarse a la Dirección General del Personal de la Armada un informe de la Comandancia, acompañado de los descargos o certificado de conformidad del afectado. El informe mencionado deberá ser tramitado a través de la respectiva Comandancia en Jefe, autoridad que emitirá su opinión”.

- El artículo 6.º, letra a), de la directiva n.º 003/D, de la Dirección General de Personal de la Armada, dispone:

“En el ámbito de las situaciones familiares, serán consideradas como faltas gravísimas a la disciplina las siguientes conductas sexuales o sentimentales:

- a.- Mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos”.

### D. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La sentencia acogió el recurso (por cuatro votos a favor y un voto en contra), ordenando la reincorporación inmediata de LGK en sus funciones, fundada en dos razones:

#### 1. No se verifica en la especie la conducta típica

Destacando que LGK era soltero, observó que precisamente por ello:

“no ha podido incurrir en la infracción disciplinaria de carácter gravísimo que se le imputa, puesto que la misma sanciona la existencia de relaciones extramaritales del personal de la Armada, vale decir, castiga al funcionario de esa entidad que, encontrándose ligado por un vínculo matrimonial, sostenga una relación paralela ‘con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos’, como se lee en la letra a. del N° 6 de la Directiva N° 003/D, de la Dirección General de Personal de la Armada”.

De esta forma, agregó:

“es posible concluir que el acto recurrido es ilegal. En efecto, [...] el actor no se encuentra en situación de incurrir en la infracción que se le reprocha, desde que no cumple la condición fundamental e insoslayable establecida en la disposición en que la recurrida basa el castigo de que se trata, pues no se encuentra casado. Por la inversa, mediante la decisión objetada en autos la recurrida sanciona, de manera indirecta, el proceder de la mujer con quien el actor mantiene una relación sentimental, proceder a todas luces impropio, puesto que las facultades represivas que en este ámbito se le han otorgado se encuentran limitadas al personal que forma parte de la misma institución y no se extienden, de manera alguna, a quienes no la integran, salvo que el legislador, de manera expresa, disponga lo contrario”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Esta línea jurisprudencial se observa, del mismo modo, en la sentencia rol n.° 4.174-2022 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, confirmada por la Corte Suprema (sentencia rol n.° 161.572-2022). Esta sentencia acogió un recurso de protección deducido por la cónyuge de un carabinero que fue citada a declarar como testigo en el procedimiento disciplinario seguido en contra de un funcionario de la institución, iniciado por la denuncia de su cónyuge (quien encontró la gorra del denunciado en la vivienda en común, sin haber razón aparente para ello). Dicha magistratura razonó como si la recurrente fuese perseguida en el marco de tal procedimiento disciplinario. Bajo ese entendido, al acoger, sostuvo: “*Tercero*: Que en la especie la actora, persona que no es funcionaria de Carabineros, denuncia haber sido sujeto de una investigación por parte de la institución, iniciada a instancia de su cónyuge, quien a la fecha detentaba el grado de Teniente Coronel de Carabineros, para determinar la existencia de una infidelidad de su parte con otro funcionario de Carabineros. *Cuarto*: Que, en términos generales, la materia investigada excede de las competencias institucionales de Carabineros de Chile, no siendo procedente la investigación de la vida personal e íntima y sus vinculaciones afectivas, con fines disciplinarios, siendo dicha cir-

Asimismo, planteó:

“el acto impugnado resulta, además, arbitrario, desde que la falta gravísima que sirve de sustento al retiro absoluto allí dispuesto no ha quedado establecida de manera alguna, puesto que, como resultó asentado más arriba, la soltería del actor impide que éste incurra en una conducta ilícita cuya ocurrencia exige, perentoriamente, que el sujeto activo falte al deber de fidelidad propio del vínculo matrimonial”.

## 2. Desigualdad de la sanción disciplinaria aplicada, en comparación a casos análogos

Al respecto destacó:

“como lo muestra el cuadro acompañado por el actor ante esta Corte, denominado ‘Estadística de sanciones por relaciones extramaritales’, entre los años 2014 y 2018 han sido sancionados un total de diez funcionarios de la Armada por incurrir en conductas de esta clase, ocho de los cuales fueron castigados con diversas clases de ‘Amonestaciones’, uno fue licenciado del servicio y sólo uno debió sufrir la pena de ‘Separación del servicio’”.

De lo que concluyó:

“la decisión recurrida establece un tratamiento distinto entre aquellos funcionarios que, formando parte del personal de la Armada, han sido objeto de sanciones de menor entidad por infracciones de la misma naturaleza de aquella que es materia de autos, y el actor, quien, pese a encontrarse en la misma condición, ha visto transgredido ese derecho al ser alejado definitivamente de la institución de la que formaba parte”.

### E. EL VOTO DISIDENTE

El voto disidente (de la ministra Sandoval) destacó los precisos fundamentos del recurso de protección deducido. En cuanto a que el recurrente no fue oído en el marco del “procedimiento de justicia”, señaló que sí lo fue; y en cuanto a la separación de hecho entre el teniente 2.º FMM y su cónyuge, señaló: “no hacen sino confirmar lo antes aseverado por él (por LGK –nota nuestra–), en cuanto a que inició una relación con ella, sin que la separación aludida se hubiera concretado”.

Y agregó:

“5) La sanción por la falta en que incurrió el recurrente, se fundamenta, según expone la recurrida, en el deber de lealtad consagrado en los artícu-

---

cunstancia competencia a los tribunales ordinarios respectivos cuando den origen a procedimientos vinculados a procesos de familia, penales o de carácter civil, en su caso”.



los 165 y 169 de la Ordenanza de la Armada, aprobada por Decreto Supremo N° 487/1988. En el inciso 5° del referido artículo 169, se establece que la deslealtad deliberada, quebranta la disciplina, estableciendo que ésta es un valor de triple acción: hacia los superiores, los subordinados y sus iguales. (/) A este respecto cabe considerar que el artículo 101 de la Constitución Política de la República, dispone que las Fuerzas Armadas son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, en tanto el artículo 173 de la Ordenanza de la Armada establece que la disciplina es una ordenación de deberes que tienden al bien común. (/) En el desempeño de las funciones de quienes pertenecen a las Fuerzas Armadas, la lealtad recíproca es una cuestión esencial, para que estos servidores públicos puedan desempeñar sus funciones con confianza en sus compañeros de armas, en términos tales que un quebrantamiento a este deber de lealtad, constituye un quebranto a la disciplina de acuerdo a la normativa vigente, no impugnada en estos autos, el que sólo cabría ser sancionado como una falta gravísima, con la separación del servicio”.

## *II. Comentario*

Este comentario lo haremos distinguiendo las dos razones tomadas en consideración por la sentencia de la Corte Suprema, conforme señalamos precedentemente.

### *I. NO SE VERIFICA EN LA ESPECIE LA CONDUCTA TÍPICA*

#### *A. La insuficiente motivación del acto administrativo impugnado y su incidencia en la sentencia*

##### *i. Distintas “varas”*

Destacaremos que la sentencia y el voto disidente establecieron distintas interpretaciones respecto de cuál fue el deber cuya contravención configuró la conducta típica y la norma que sirvió de fundamento.

En efecto, mientras la sentencia señala que dicho deber se hallaba en los artículos 206 y 308 del Reglamento de Disciplina de la Armada, en relación con el artículo n.° 6, letra a), de la directiva emitida por la Dirección General de Personal de la Armada n.° 003/D, y consistiría en “Mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos”; el voto disidente plantea que se hallaba en los artículos 165 y 169 de la Ordenanza de la Armada (decreto supremo n.° 487/1988), y consistiría en infringir el deber de lealtad entre pares, sobre el cual el último de estos preceptos dispone:

“la deslealtad deliberada quebranta la disciplina, estableciendo que ésta es un valor de triple acción: hacia los superiores, los subordinados y sus iguales”.

Pues bien, esas distintas interpretaciones se tradujeron, en definitiva, en distintas “varas” a través de las cuales se “midió” el actuar de la Administración a fin de determinar su conformidad o no con el principio de tipicidad; lo que explica, en parte, las decisiones contradictorias a las que arribaron la sentencia y el voto disidente.

## ii. La insuficiente motivación del acto administrativo impugnado

Lo anterior, estimamos, se debió a que el acto administrativo a través del cual se le impuso la sanción disciplinaria a LGK estaba insuficientemente motivado.

En efecto, dicho acto administrativo se contenía en tan solo una plana, con una parte considerativa de siete líneas, y que no se refería ni al deber –cuya contravención configuró la conducta típica– ni a la norma que le sirvió de fundamento (tampoco en el “vistos”); a lo sumo, citó genéricamente una serie de actos: trámite, informes, oficios y memorandos. En efecto, el acto administrativo en lo medular señaló:

“VISTOS: la Ley N° 18.948, de 1990 (Arts. 7° y 54° letra c); el DFL (G) N° 1, de 1997 (Art. 246°); el DS (SEGPRES) N° 19, de 2001; las Resoluciones N° 10 y N° 18, de 2017, ambas de la Contraloría General de la República; y

CONSIDERANDO: el oficio del Comandante en Jefe de la Armada de Chile RES. N° 16000/3699, de fecha 30. NOV.2017; lo propuesto por el Comandante en Jefe de la Armada en su oficio RES N° 1600/5229, de fecha 07. DIC.2017, que formulan la proposición de sanción Separación del Servicio; el oficio del Comandante en Jefe de la Armada RES N° 1600/1937, de fecha 14. MAY.2018; el memorándum N° 045, de fecha 17. AGO.2018, del asesor del Gabinete de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas; y que la conducta demostrada por el Teniente 2° LGK, constituye una falta gravísima a la disciplina.

Decreto:

Dispónese el retiro absoluto de: [...]”.

Así, estimamos necesario concluir que los jueces, respecto al deber cuya contravención configuró la conducta típica (y a la norma que le sirvió de fundamento), razonaron sobre la base de lo señalado acerca del particular tanto en el recurso de protección como en los informes de los órganos de la Administración recurridos (Subsecretaría para las FF.AA. y la Armada

de Chile); mas no en el acto administrativo impugnado. En efecto, a modo ejemplar, el voto disidente señaló: “La sanción por la falta en que incurrió el recurrente, se fundamenta –según expone la recurrida–, en el deber de lealtad [...]” (y obsérvese: “según expone la recurrida” –en su informe–, y no “según expone el acto administrativo impugnado”).

iii. Exigencia de motivación del acto administrativo  
a través del cual se adjudica una sanción disciplinaria

Esta exigencia se justifica en:

1. *Teoría del acto administrativo.* Pues todo acto administrativo precisa de motivación, y en especial, una desfavorable como lo es aquella que adjudica una sanción disciplinaria<sup>4</sup>. Exigencia que no puede entenderse satisfecha con la genérica cita de que el acto administrativo realice actos del tipo: trámite, informes, oficios y memorandos, toda vez que: “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”<sup>5</sup>.
2. *Teoría del derecho disciplinario.* Ello por al menos tres razones:
  - *La singularidad de la tipicidad en el derecho disciplinario.* Este, que tiene por finalidad:

“la disciplina de quienes cumplen una determinada función pública y quedan por ello sujetos a especiales obligaciones cuyo cumplimiento resulta necesario para el buen funcionamiento de un órgano del Estado, todo ello en base a sus respectivos estatutos”<sup>6</sup>,

se singulariza por el hecho de que las conductas disciplinadas no son tipificadas al modo penal, esto es, sobre la base de un catálogo de tipos, sino que se estructuran sobre la base de deberes que asume quien se ha incorporado a la Administración (y en general, a cualquier organización), y cuya contravención configura la conducta típica. En palabras de la Contraloría General de la República:

“el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración no se expresa a través de un listado de conductas ilícitas, sino que por medio de un catálogo de deberes, prohibiciones y obligaciones”<sup>7</sup>;

<sup>4</sup> Artículo 11 de la Ley n.º 19880, de Bases de los Procedimientos Administrativos.

<sup>5</sup> Artículo 41, inciso final, de la Ley n.º 19880, de Bases de los Procedimientos Administrativos.

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol n.º 747.

<sup>7</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 19.653-2013.

de suerte tal que al disciplinado se le atribuye “un incumplimiento de esos imperativos”<sup>8</sup>.

De ello, se sigue que cualquier sanción disciplinaria precisa de una motivación en cuanto a la determinación de la conducta típica o, si se quiere, en cuanto al deber cuya contravención se atribuye al disciplinado, así como también de la norma que le sirve de fundamento.

- *La excepcionalidad de las sanciones disciplinarias por conductas ejecutadas fuera de la Administración.* Conforme hemos observado, la potestad disciplinaria está enfocada en los deberes asumidos por quien se ha incorporado a la Administración y, por ello, en principio, en las conductas ejecutadas dentro de ella. Con todo, lo anterior no impide que pueda disciplinar conductas ejecutadas fuera de ella, y que por ello, en principio, se hallan insertas en la vida privada de aquel, siempre que esto sea *excepcionalísimo*; debiendo, al efecto, satisfacer algunos precisos requisitos, y entre los cuales se cuenta la motivación del acto administrativo que la adjudique, tanto respecto del deber (fuera de la Administración) cuya vulneración configure la conducta típica, así como de la norma que le sirve de fundamento.
- *Sanción disciplinaria de carácter expulsivo.* La exigencia de motivación del acto administrativo que adjudica una sanción disciplinaria, es aún más perentoria cuando ella es la más gravosa que permite el derecho disciplinario, esto es, de carácter expulsivo (por ejemplo, la sanción expulsiva de retiro absoluto)<sup>9</sup>.

iv. En suma: en el caso en cuestión,  
el acto administrativo impugnado  
no contaba con suficiente motivación

Y por ese solo hecho, era patente su ilegalidad (y, por ende, su arbitrariedad). Así, nos parece que los jueces no debieron considerar la motivación efectuada *ex post* a través de los informes de los órganos de la Administración recurridos, pues la motivación, en tanto requisito formal del acto

<sup>8</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 19.653-2013.

<sup>9</sup> Este criterio lo consideró el pleno de la Corte Suprema (mayor sanción, mayor estándar), entre otros, en los casos de la *remoción* requerida respecto de un fiscal regional de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins Emiliano Arias (CORTE SUPREMA, sentencia AD 1.658-2019) y la Defensora de los Derechos de la Niñez Patricia Muñoz (CORTE SUPREMA, sentencia AD 1.063-2020). En el mismo sentido, véase CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol n.º 644-2016.

administrativo, debe necesariamente contenerse en este. Lo contrario, admitir esta motivación *ex post*, a lo menos, dificulta, a las personas, la impugnación de los actos de la Administración y, a su vez, a los tribunales, su control. Asimismo, permite a la Administración beneficiarse de su propia torpeza, contraviniendo con ello el aforismo jurídico *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

#### B. La tipicidad en el caso en cuestión

##### i. El control judicial del acto administrativo que adjudica una sanción disciplinaria, en cuanto a la tipicidad

El control de la tipicidad de esta clase de actos administrativos por parte de los tribunales debe hacerse en relación con el deber, cuya contravención configuró la conducta típica, y a las normas que le sirvieron de fundamento, a la luz de lo que en él se señale. Esto, exige dos cuestiones:

- i. Determinar si el deber cuya contravención configuró la conducta típica, tiene o no como fundamento la norma referida al efecto en el acto administrativo impugnado. Recordemos que esto no siempre es del todo claro en el derecho disciplinario, pues, conforme hemos destacado, este se estructura sobre la base de un conjunto de deberes que asume quien se incorpora a la Administración. Así, es muy habitual la existencia de dudas en cuanto a cuáles son tales deberes, a la relación entre ellos (en especial, si son distintos o están comprendidos unos en otros), a la determinación de la sanción que corresponde y a la norma que le sirve de fundamento.
- ii. Luego, determinar si la conducta concreta se subsume en dicha conducta típica.

Ahora bien, si la motivación del acto administrativo impugnado es inexistente o insuficiente, tal control no puede operar, debiendo el respectivo tribunal declarar la ilegalidad –y la consecuente arbitrariedad– que ello importa.

Proseguir en ese control, soslayando aquello, implica trastocar su eje. En efecto, el control ya no se centrará en el acto administrativo impugnado –y su motivación–, sino en determinar si el órgano de la Administración podía o no sancionar la conducta disciplinada. Para ello, determinará:

- i. El marco normativo del caso, y en específico la conducta típica (en lo que se asemeja a una sentencia declarativa de mera certeza).
- ii. La observancia o no de dicho marco normativo por la Administración en el caso, y en específico, si la conducta disciplinada se sub-

sume en esa conducta típica. Así, como esta forma de control del acto administrativo impugnado no se centra en este, sino que actúa por la “periferia”, lo denominamos *control oblicuo*. Y, en efecto, así es como la Corte Suprema procedió en esta sentencia.

## ii. La sentencia

En efecto, esta, por una parte, determina el marco normativo aplicable, y concluye que este permite a la Administración sancionar disciplinariamente a los funcionarios de la Armada por: “Mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos” (citando al efecto el artículo n.º 6, letra a), de la directiva emitida por la Dirección General de Personal de la Armada n.º 003/D) y, por otra, determina que la conducta concreta ejecutada por el recurrente no se incluye en esa conducta típica (pues LGK no había contraído matrimonio).

Ahora bien, nos parece que la Corte Suprema incurre en un error (propiciado, por cierto, por la insuficiente motivación del acto impugnado y por el *control oblicuo* que efectúa), pues pareciera que, en rigor estricto, tal disposición (artículo n.º 6, letra a), de la directiva emitida por la Dirección General de Personal de la Armada n.º 003/D) no establece un deber (de los funcionarios de la Armada) cuya vulneración configura una conducta típica, sino que un criterio de graduación de la sanción disciplinaria (y así ella está más vinculada a la proporcionalidad que a la tipicidad). Ello salta a la vista al reparar en su encabezado:

“En el ámbito de las situaciones familiares, serán consideradas como faltas gravísimas a la disciplina las siguientes conductas sexuales o sentimentales: (/) a.- Mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos”.

Destacaremos que la adjudicación de sanciones (administrativas y disciplinarias) reconoce cuatro fases: la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación. Y la graduación se singulariza por cuanto, mediante ella:

“siguiendo las pautas legales denominadas ‘criterios de graduación’, procede clasificar la infracción y la consiguiente sanción, en el grado mínimo, medio o máximo que corresponda motivadamente”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Juan Manuel SÁNCHEZ-TERÁN, *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, p. 29. Este autor agrega, con cita a Loedegario FERNÁNDEZ MARCOS, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (salud laboral)*: “Los criterios legales de graduación que se consignan [...] son circunstancias que rodean la infracción y condicionan el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, al aplicar la sanción en cualquiera de sus grados”, p. 238.

Esta confusión entre el criterio de graduación de la sanción disciplinaria y el deber cuya vulneración configura la conducta típica, es patente en el siguiente párrafo de la sentencia:

“el acto impugnado resulta, además, arbitrario, desde que la falta gravísima que sirve de sustento al retiro absoluto allí dispuesto no ha quedado establecida de manera alguna, puesto que, como resultó asentado más arriba, la soltería del actor impide que éste incurra en una conducta ilícita cuya ocurrencia exige, perentoriamente, que el sujeto activo falte al deber de fidelidad propio del vínculo matrimonial”.

En efecto, en él la Corte Suprema razona en términos tales que el “faltar al deber de fidelidad propio del vínculo matrimonial” es, a la vez, un criterio de graduación (en la primera parte) y un elemento de la conducta típica (en la segunda parte).

Mencionaremos, además, que, confundir un criterio de graduación de la sanción disciplinaria con el deber cuya contravención configura la conducta típica, comprende al menos infringir los principios de tipicidad y *non bis in idem*. El primero, porque así bien puede disciplinarse una conducta que no es típica, lo que acontece, por ejemplo, si el criterio de graduación no guarda correspondencia con el deber cuya vulneración configura la conducta típica o, bien, guardándolo, prescinde de un elemento propio de este último, por ejemplo, la culpabilidad (en efecto, los criterios de graduación están establecidos de forma objetiva, y según costumbre a título de inobservancia, en tanto que las conductas típicas disciplinarias precisan, expresamente o no, de culpabilidad). Y el segundo, porque consideraría dos veces lo mismo: tanto para determinar la conducta cuya vulneración configura la conducta típica como para graduar la sanción disciplinaria a aplicar.

### iii. El voto disidente

Ahora bien, el voto disidente, a diferencia de la sentencia, distingue con claridad entre el deber cuya inobservancia configura la conducta típica y el criterio de graduación (aunque, conforme destacamos, sobre la base de otras normas).

En efecto, en lo medular, sostuvo que el deber cuya contravención configura la conducta típica es el deber de lealtad entre pares (que extrae de los artículos 165 y 169 de la Ordenanza de la Armada, aprobada por decreto supremo n.º 487/1988). En sus palabras:

“En el inciso 5º del referido artículo 169, se establece que la deslealtad deliberada, quebranta la disciplina, estableciendo que ésta es un valor de triple acción: hacia los superiores, los subordinados y sus iguales”.

A lo que agregó:

“En el desempeño de las funciones de quienes pertenecen a las Fuerzas Armadas, la lealtad recíproca es una cuestión esencial, para que estos servidores públicos puedan desempeñar sus funciones con confianza en sus compañeros de armas, en términos tales que un quebrantamiento a este deber de lealtad, constituye un quebranto a la disciplina de acuerdo a la normativa vigente, no impugnada en estos autos, el que sólo cabría ser sancionado como una falta gravísima, con la separación del servicio”.

Observemos, por tanto, cómo el voto disidente distingue con claridad el deber cuya contravención configura la conducta típica (el deber de lealtad entre pares<sup>11</sup>) del criterio de graduación que le permite calificar a la conducta ejecutada por el recurrente como “una falta gravísima” y que:

“sólo cabría ser sancionado [...] con la separación del servicio (–ya que– la lealtad recíproca es una cuestión esencial, para que estos servidores públicos puedan desempeñar sus funciones”).

En suma, a nuestro juicio, la gran diferencia en esta materia, entre la sentencia y el voto disidente, radica en que la primera confundió un criterio de graduación de la sanción disciplinaria con el deber cuya vulneración configura la conducta típica, en tanto que la segunda, no. Por el contrario, distinguió con precisión lo uno y lo otro (aunque, conforme se destacó, sobre la base de otras normas).

La importancia de distinguir entre el deber, cuya vulneración configura la conducta típica, y el criterio de graduación de la sanción disciplinaria, radica en que si, por ejemplo, el primero es el deber de lealtad (tal como razona el voto disidente), en tanto que el segundo, que autoriza la sanción disciplinaria de retiro absoluto, es el: “mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos”, bien podríamos concluir que el funcionario de la Armada, soltero, que mantiene una relación sentimental con la cónyuge de otro funcionario de esa institución castrense, en principio, sí incurre en la conducta típica, y que por ello debe ser sancionado, mas al no verificarse ese criterio de graduación –ya que es soltero–; no con el retiro absoluto. Y no como concluye la sentencia, el confundir el criterio de graduación con la conducta típica: que no puede ser sancionado en ninguna hipótesis, pues esta última no se verificaría.

---

<sup>11</sup> Añadamos que lo anterior se halla en armonía con lo que acontece con el funcionario público regido por el Estatuto Administrativo en relación con su deber de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo, que permite a la Administración disciplinarlo, incluso por conductas llevadas a cabo fuera de ella (esto es, dentro de su vida privada), a condición de que importen, entre otros, deslealtad con su superioridad, pares o comunidad (conforme veremos más adelante).



Ahora bien, otra cosa es que la Administración pueda o deba sancionar esta clase de conductas (referidas a relaciones sentimentales de sus funcionarios), lo que analizaremos a continuación.

C. ¿Puede o debe la Administración  
sancionar disciplinariamente a un funcionario  
que incurra –o participe– en una infidelidad matrimonial?

La sentencia, implícitamente, entiende que sí (por lo pronto, acoge el recurso por otras razones). Por su parte, el voto disidente establece que sí de manera expresa –en tanto infracción del deber de lealtad –entre colegas de armas– e, incluso, la califica como gravísima y estima correcta la aplicación de la sanción expulsiva de retiro absoluto.

Ahora, en lo personal, creemos que no<sup>12</sup>. Ello por cuanto si pudiera hacerlo, derivaría en lo siguiente:-

i. Excedería las finalidades del derecho disciplinario

En efecto, no se observa cómo la infidelidad matrimonial en la que incurra –o participe– un funcionario público pueda tener incidencia en la gestión administrativa interna de esta.

El derecho disciplinario se singulariza por la existencia de una organización a la que una persona se incorpora voluntariamente, conformándose así entre ambas un estrecho vínculo. En ese contexto, dicha persona debe conformar su actuar a las normas, estatutos, órdenes o postulados de la organización, lo que permite o facilita a esta el logro de sus fines específicos (así como también el resguardo de su prestigio institucional); y si así no lo hace, bien puede esta imponerle sanciones disciplinarias para –valga la redundancia– disciplinarlo<sup>13</sup>. De ahí que en el derecho disciplinario la mayor sanción sea la expulsión de la organización.

Así planteado, lo importante en el derecho disciplinario es, en verdad, el resguardo de la organización, y no la contención del derecho de punir, en cuyo caso tendría un carácter marcadamente garantista como acontece con el derecho penal y, en menor grado, con el derecho administrativo sancionador. Por tanto, se trata, en puridad, de un mecanismo de gestión administrativa interna de la organización. En este sentido, en una sentencia del Tribunal Constitucional (inaplicabilidad), relacionada con el régimen

<sup>12</sup> Cristian ROMÁN CORDERO, “Funcionario público infiel: ¿puede ser sancionado por la Administración”.

<sup>13</sup> Cristian ROMÁN CORDERO, “Derecho administrativo sancionador en Chile: ‘ubicación’ y ‘límites’ ”, pp. 167-168.

disciplinario de bomberos, el ministro Domingo Hernández Emparanza, en una prevención, sostuvo:

“En estos casos, puede discutirse que se trate del ejercicio del genuino *ius puniendi*, ya que más bien se ejerce la gestión administrativa interna de una institución o servicio público, no obstante lo cual cabe la aplicación de algunos principios y normas generales sancionatorias, fundamentalmente por razones garantistas de derechos fundamentales en vez que como consecuencia del estatuto de un verdadero derecho a castigar”<sup>14</sup>.

Así es posible colegir que, siendo el fundamento y el fin del derecho disciplinario, la organización, y en específico, la gestión administrativa interna de esta (lo que comprende el resguardo del prestigio institucional), este solo puede extenderse a las conductas de la persona que a ella se ha incorporado y que a dicha gestión estén vinculadas. Es decir, solo estas conductas pueden ser disciplinadas, y no otras.

- ii. En el caso del funcionario público en general:  
importaría dar una interpretación extensiva al deber de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo

Y tan extensiva que alcanzaría, incluso, un ámbito tan privado y reservado de la persona humana como son sus relaciones sentimentales.

Este deber de los funcionarios públicos, consultado en el artículo 61, letra i), de la Ley n.º 18834, sobre Estatuto Administrativo, ha permitido fundar la tesis conforme a la cual aquellos lo serían “24/7”, y de lo que se seguiría que la Administración bien podría sancionarlos por sus conductas fuera del servicio, esto es, en su vida privada<sup>15</sup>. De esta forma, el deber funcionario de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo se constituiría en una suerte de “caballo de Troya” en el que, siendo Troya la vida privada de aquellos, se introduciría a esta, ocultamente, la potestad disciplinaria de la Administración.

Eso, por cierto, es inaceptable, y preciso es establecer límites. Y así lo ha entendido la propia Contraloría General de la República, en tanto ha señalado que tal deber

“afecta al comportamiento privado (del funcionario público –nota nuestra–) en tanto pudiere significar, entre otros efectos, desprestigio del servicio o faltar a la lealtad debida a sus jefaturas, a sus compañeros y a la comunidad”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Prevención del ministro Domingo Hernández Emparanza en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol n.º 2.627.

<sup>15</sup> Cristian ROMÁN CORDERO, “El prestigio de la Administración del Estado”.

<sup>16</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 10.086-2000, jurisprudencia que igualmente observamos en dictámenes anteriores (n.ºs 6.398-1983, 11.279-1986 y

Asimismo, ha precisado que tal desprestigio debe ser real, no hipotético, vale decir, que la conducta en la que haya incurrido el funcionario público trascienda a la comunidad<sup>17</sup>.

Así es posible colegir que el deber del funcionario público de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo, si bien, en principio, permite a la Administración sancionar su “comportamiento privado”, ello es solo en tanto y en cuanto este importe desprestigio para la Administración o deslealtad (respecto de su jefatura, sus compañeros y la comunidad); lo que, en todo caso, debe interpretarse en forma restringida, vale decir, debe estar referida con estricta observancia a la función pública, y no a otras cuestiones como, por ejemplo, las relaciones sentimentales de los funcionarios públicos.

### iii. El derecho al “respeto y protección de la vida privada”

A los argumentos anteriores, sumamos otro: la Constitución. En efecto, el problema en estudio no puede ser analizado solo a la luz de la ley, sino que, también, de la Constitución, habida consideración de que esta está dotada de fuerza normativa que irradia a todo el ordenamiento jurídico. Así, adquiere relevancia su artículo 19, n.º 4, en cuanto asegura a “todas las personas” “el respeto y protección a la vida privada” y que aplica, sin duda alguna, a todos los funcionarios públicos.

Y, si bien esto último, antaño, podría haberse discutido por estar ellos vinculados a la Administración bajo una “relación de sujeción especial”, categoría de la cual parte de la doctrina concluía, o la privación o la minoración de sus derechos fundamentales, tal consecuencia hoy, enhorabuena, transversalmente, no es admitida, a tal punto que por esta razón se habla ya de “el desmantelamiento de la relación especial de sujeción”<sup>18</sup>.

Así es posible colegir que el ejercicio que la Administración haga de su potestad disciplinaria, fundada en el deber funcionario de observar una vida social acorde con la dignidad del cargo, en caso alguno puede contravenir la Constitución, y en lo que nos convoca, el derecho a “el respeto y protección a la vida privada” que esta asegura a “todas las personas”, incluidos los funcionarios públicos, todos los funcionarios públicos<sup>19</sup>.

---

36.021.1999) y posteriores (n.ºs 42.372-2010, 3.259-2012, 77.441-2013, 26.411-2017 y 41.172-2017).

<sup>17</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictámenes n.ºs 25.021-2012 y 98.033-2014.

<sup>18</sup> Hartmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 190.

<sup>19</sup> Y así lo ha resuelto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú. En efecto, ha señalado que no es admisible sancionar disciplinariamente a un funcionario público por

## 2. DESIGUALDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA APLICADA, EN COMPARACIÓN A CASOS ANÁLOGOS

### A. La nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema: la “proporcionalidad-igualitaria”

Últimamente, es posible observar una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que sostiene que, al momento de resolver un reclamo de ilegalidad deducido en contra de una sanción aplicada por la Administración, fundado en su desproporción, ha de considerarse al efecto la práctica pasada de esta última, esto es, las sanciones que ha aplicado a “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables”. Y dado que combina los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, la hemos denominado “proporcionalidad-igualitaria”<sup>20</sup>.

#### i. Ejemplos

Veamos algunos ejemplos en esta línea jurisprudencial.

- *Sentencia de la Corte Suprema rol n.º 83.664-2020*. Trata sobre un reclamo de ilegalidad (Ley n.º 18410) deducido por una empresa de distribución eléctrica en contra de la sanción de multa aplicada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles por la interrupción del suministro.

La Corte Suprema analizó la proporcionalidad de dicha sanción en relación con “eventos semejantes” o “situaciones de simi-

---

haber incurrido en una infidelidad matrimonial, pues tal conducta: “no guarda una relación estrecha con la idoneidad moral que deben tener los recurrentes para el ejercicio de sus cargos” y, en caso de admitirse, importaría “una intervención grave en el espacio reservado para su intimidad”. Y, en lo medular, sostuvo: “Es por ello que, algunos datos relativos a la vida privada de los funcionarios públicos o de aspirantes a serlo resultan relevantes en el ámbito público, y respecto de ellos puede quedar autorizado su conocimiento y difusión. La relación que aquí se establece entre la vida privada del funcionario o aspirante a serlo y el interés público viene dado por la capacidad que tienen ciertos aspectos de la vida privada de brindar datos sobre la idoneidad o capacidad moral de la persona para el desempeño de la función pública y, por ende, sobre su aptitud para generar o mantener la confianza necesaria que la ciudadanía debe tener en el funcionario público. [...] En consecuencia, teniendo en cuenta que la falta por la cual se abrió procedimiento disciplinario en contra de los recurrentes (doble relación sentimental o infidelidad) no guarda una relación estrecha con la idoneidad moral que deben tener los recurrentes para el ejercicio de sus cargos como fiscales, y, más bien, supone una intervención grave en el espacio reservado para su intimidad, la instauración del procedimiento disciplinario en su contra resulta inconstitucional”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia expediente 03485-2012-PA/TC.

<sup>20</sup> Cristian ROMÁN CORDERO, “La proporcionalidad-igualitaria en el derecho administrativo sancionador”.

lar entidad”. Así, constatando la “evidente incongruencia que se advierte en el actuar del ente fiscalizador”, la declaró desproporcionada. En efecto, en lo medular, señaló:

“Décimo segundo: [...] En otras palabras, si bien la falta de diligencia que se reprocha a la reclamante amerita, desde luego, una sanción, *no constituye, sin embargo, una conducta de tal gravedad que justifique la aplicación de un castigo desproporcionado, desigual o extremo, considerando las actuaciones previas de la misma autoridad, que, ante eventos semejantes, ha aplicado penas inferiores a la actual*, proceder que se ve agravado si se considera que la autoridad reclamada *no expuso razonamiento alguno que permita comprender cuáles serían las motivaciones que condujeron a su parte a fijar una sanción considerablemente más alta que otras aplicadas, con anterioridad, ante situaciones de similar entidad*.

Décimo cuarto: [...] Así las cosas, los sentenciadores *no han podido obviar la evidente incongruencia que se advierte en el actuar del ente fiscalizador, el que, en lugar de imponer, fundadamente, una sanción que castigara la infracción de que se trata en atención a la gravedad de los hechos y que considerara, además, sus propias decisiones previas, resguardando con ello la coherencia de sus actuaciones y, además, el principio de igualdad ante la ley que la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas, aplicó una multa que resulta desproporcionada y discordante con su actuación anterior, discrepancia que, como surge con nitidez, constituye un vicio de ilegalidad que esta Corte debe reparar*, pues, como se dijo más arriba, esta sede procesal tiene por finalidad, precisamente, revisar la actividad administrativa sancionadora sectorial eléctrica mediante un mecanismo de derecho estricto que tiene por objeto examinar la juridicidad de la decisión, tanto adjetiva como sustantiva, del actuar de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Décimo quinto: Que, por consiguiente, y dado que, en las anotadas condiciones, *el castigo impuesto aparece como excesivo, infringiendo el principio de proporcionalidad que debe regir en materia administrativa, pues, por su intermedio, la autoridad ha tratado a la recurrente de un modo desigual que le causa perjuicio, en relación a otras concesionarias que, afectadas por una sanción administrativa, tienen la posibilidad de obtener una ponderación de la autoridad respecto de todas las particularidades que rodean su situación funcionaria y a las que, por ende, se han aplicado sanciones que se condicen con una actuación mínimamente coherente de la autoridad sectorial, forzoso es concluir que la apelación en análisis debe ser acogida para el sólo fin de subsanar el vicio descrito en lo que precede*”.

- Sentencia de la Corte Suprema rol n.º 38.165-2021. Análogo al caso anterior.

En esta sentencia, la Corte Suprema sostuvo que la sanción aplicada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles no ha sido desproporcionada, porque ella está dentro del rango

promedio de sanciones aplicadas a los “precedentes asimilables”, recopilados por dicha Magistratura “en el baremo de sanciones impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ordenado confeccionar para estos efectos”. En efecto, en lo medular, señaló:

“Quinto: [...] Finalmente, abona a lo dicho que *el castigo que en estos autos se cuestiona se encuentra dentro del rango promedio de los 21 precedentes asimilables, recopilados por esta Corte Suprema en el baremo de sanciones impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ordenado confeccionar para estos efectos*”.

## ii. Efectos

Esta línea jurisprudencial, en caso de consolidarse, producirá estos efectos:

- i. *Para la Administración.* Esta, al momento de determinar la sanción a aplicar en un caso concreto, no solo deberá considerar las reglas dispuestas al efecto por la ley, sino que, también, su práctica pasada, esto es, las sanciones que ha aplicado con anterioridad a “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables”. E, incluso, idealmente, dispondrá para ese fin de un “baremo de sanciones”, elaborado sobre la base de dicha información. En suma, al adjudicar una sanción, deberá hacerlo no solo dentro del rango que la ley establezca, sino que, además, dentro de aquel que de esta forma se determine. Y si lo excede, vale decir, si aplica una sanción sobre él, deberá motivar con adecuada suficiencia el porqué de ello en el respectivo acto administrativo.
- ii. *Para los sancionados y los tribunales.* Los sancionados dispondrán de un nuevo fundamento para reclamar judicialmente, en contra de las sanciones administrativas, y los segundos, de una nueva “vara” para controlarlas: la “proporcionalidad-igualitaria”. De esta forma, en la práctica, tales reclamos judiciales darán cuenta, en forma detallada, de las sanciones administrativas aplicadas con anterioridad por el órgano de la Administración reclamado respecto de “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables”. Y, por su parte, los tribunales empezarán a conformar “baremos de sanciones”, sobre la base de la información allegada por los reclamantes y por los respectivos órganos de la Administración reclamados o, bien, obtenida de primera fuente por sus unidades de estudios.

### iii. Comentarios

Desde un punto de vista teórico, esta línea jurisprudencial nos parece muy interesante, pues en ella, como fundamento, convergen los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley (de ahí que la llamemos “proporcionalidad-igualitaria”), aunque también otros principios o institutos tales como, por ejemplo: la interdicción de la arbitrariedad, la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), la teoría del precedente administrativo, el principio de protección de la confianza legítima del administrado, la motivación de los actos administrativos, etcétera.

Con todo, creemos que su aplicación práctica tiene un obstáculo difícil de sortear: determinar cuáles son los “eventos semejantes”, las “situaciones de similar entidad” o los “precedentes asimilables”.

En efecto, esta línea jurisprudencial establece que al efecto deben considerarse las conductas infraccionales, en cuanto a su gravedad (“situaciones de similar entidad”), dando, por supuesto, que la sanción a adjudicar por el respectivo órgano de la Administración debe ser igual o similar a aquellas iguales o similares. Así, sería relativamente sencillo reconocer tales conductas infraccionales y, en consecuencia, exigir la adjudicación de sanciones iguales o similares (y, asimismo, sencilla, la operatividad de la “proporcionalidad-igualitaria”).

Pero lo cierto es que en el derecho administrativo sancionador (y en el derecho disciplinario) bien puede acontecer lo contrario (y lo normal es que así sea), esto es, que no obstante tratarse de conductas infraccionales, en cuanto a su gravedad, iguales o similares, la sanción aplicada por el respectivo órgano de la Administración, dentro del rango establecido por la ley, no sea igual ni similar, sino en esencia, distinta.

Ello se debe a que la Administración, al efecto de determinar la sanción a adjudicar, no solo lo hace en función de la conducta infraccional, en cuanto a su gravedad, sino que, también, en función de la concurrencia de los criterios de graduación que la ley determina. Y estos presentan un marcado carácter subjetivo, vale decir, consideran aspectos propios de cada individuo infractor tales como, por ejemplo, su intencionalidad, su capacidad económica, el beneficio económico que ha obtenido con la infracción, su conducta anterior, el grado de participación, el cumplimiento de ciertos programas, la colaboración que este ha prestado al respectivo órgano de la Administración (antes o durante la investigación que determinó la sanción), etcétera.

En suma, no es solo ese tipo de conducta, en cuanto a su gravedad, lo que determina la sanción que la Administración adjudica, sino que, junto con ello, los criterios de graduación concurrentes, de marcado carácter subjetivo, conforme hemos indicado. Por tanto, para que sea acertada la aplicación

de la “proporcionalidad-igualitaria”, en la determinación de los “eventos semejantes”, las “situaciones de similar entidad” o los “precedentes asimilables”, no solo debe considerarse la conducta infraccional, en cuanto a su gravedad, sino que, también, los criterios de graduación concurrentes.

Esto último, por cierto, dificulta el reconocer “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables”, y con ello, la operatividad de la “proporcionalidad-igualitaria”. Mas aplicarla en función solo de la conducta mencionada, en cuanto a su gravedad, desatendiendo los criterios de graduación concurrentes, podría importar, en los hechos, mezclar, no *manzanas con manzanas*, supuesto necesario para que opere satisfactoriamente, sino que *peras con manzanas*.

#### B. La “proporcionalidad-igualitaria” en el caso en cuestión

Conforme se consigna en la sentencia, el recurrente acompañó un cuadro en el cual recogió la práctica de la Administración en esta materia, esto es, las sanciones disciplinarias aplicadas respecto a “conductas de esta clase”, y que denominó “Estadísticas de sanciones por relaciones extramaritales”. Sobre la base de ella, la Corte Suprema aplicó la “proporcionalidad-igualitaria”, aun cuando, a su juicio, la conducta concreta no se subsumía en la conducta típica.

En efecto, planteó que en la especie no se configuraba la conducta típica, conforme se ha señalado. Y, además, que respecto a “conductas de esta clase”, en el periodo comprendido entre los años 2014 y 2018, la sanción disciplinaria habitual fue la amonestación, por lo que, al aplicársele otra, del todo distinta, y más grave, como el retiro absoluto, se infringía el principio de igualdad ante la ley (vale decir, la “proporcionalidad-igualitaria”). En efecto, en lo medular, señaló:

“la actuación impugnada vulnera el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues, como lo muestra el cuadro acompañado por el actor ante esta Corte, denominado ‘Estadística de sanciones por relaciones extramaritales’, entre los años 2014 y 2018 han sido sancionados un total de diez funcionarios de la Armada por incurrir en conductas de esta clase, ocho de los cuales fueron castigados con diversas clases de ‘Amonestaciones’, uno fue licenciado del servicio y sólo uno debió sufrir la pena de ‘Separación del servicio’”;

concluyendo:

“la decisión recurrida establece un tratamiento distinto entre aquellos funcionarios que, formando parte del personal de la Armada, han sido objeto



de sanciones de menor entidad por infracciones de la misma naturaleza de aquella que es materia de autos, y el actor, quien, pese a encontrarse en la misma condición, ha visto transgredido ese derecho al ser alejado definitivamente de la institución de la que formaba parte, razón por la que el recurso de protección debe ser acogido, en los términos que se dirán en lo resolutivo”.

Lo llamativo de esta sentencia es que, para la Corte Suprema, la sanción aplicada no procedía por cuanto el sancionado no incurrió en la conducta típica. Sumado a esto, al aplicar la “proporcionalidad-igualitaria”, lo hace en función de las “conductas de esta clase”, en específico casos en los que sí se verificó la conducta típica. O sea, al efecto, consideró como “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables” los que no podían ser tales, porque en ellos sí se había configurado la conducta típica, mas no así en el caso que motivó el recurso.

### Conclusiones

A modo de conclusiones, podemos señalar:

1. La sentencia incurre en un error (propiciado por la insuficiente motivación del acto impugnado y por el *control oblicuo* que efectúa), pues confunde el criterio de graduación de la sanción disciplinaria con el deber cuya vulneración configura la conducta típica. En efecto, pareciera que el artículo n.º 6, letra a), de la directiva emitida por la Dirección General de Personal de la Armada n.º 003/D, no establece un deber (de los funcionarios de la Armada) cuya vulneración configura una conducta típica, sino que un criterio de graduación de la sanción disciplinaria. Ello infringe:
  - i. el principio de tipicidad, porque así bien puede disciplinarse una conducta que no es típica, lo que acontece, por ejemplo, si el criterio de graduación no guarda correspondencia con el deber cuya vulneración configura la conducta típica o, aunque lo guarde, prescinde de un elemento propio de este último, por ejemplo, la culpabilidad y
  - ii. el principio *non bis in idem*, porque consideraría dos veces lo mismo: tanto para determinar la conducta cuya vulneración configura la conducta típica como para graduar la sanción disciplinaria a aplicar.
2. Últimamente, una línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha establecido que, al momento de resolver un reclamo de ilegalidad deducido en contra de una sanción aplicada por la Administra-

ción, fundado en su desproporción, ha de considerarse al efecto la práctica pasada de esta última, esto es, las sanciones que ha aplicado a “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables”. Esto es lo que hemos denominado “proporcionalidad-igualitaria”. Este criterio es aplicado en esta sentencia. Lo llamativo es que, para la Corte Suprema, por una parte, la sanción aplicada no procedía por cuanto el sancionado no incurrió en la conducta típica y, por otra, al aplicar la “proporcionalidad-igualitaria”, lo hace en función de las “conductas de esta clase”, en específico casos en los que sí se verificó la conducta típica. O sea, al efecto, consideró como “eventos semejantes”, “situaciones de similar entidad” o “precedentes asimilables” los que no podían ser tales, porque en ellos sí se había configurado la conducta típica, mas no así en el caso que motivó el recurso. En suma, se realizó una comparación equivocada.

*Anexo:*

*Sentencia de la Corte Suprema rol n.º 17.750-2019*

“Santiago, dieciséis de enero de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos tercero y cuarto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que LGK interpuso recurso de protección en contra del Ministerio de Defensa y de la Armada de Chile por haber dictado el Decreto TRA N° 118406/ 307/2018, de 5 de octubre de 2018, que dispuso su retiro absoluto de la institución, en la que servía como Teniente 2°, habiéndose tomado razón del mismo el 6 de marzo de este año. Explica que en marzo de 2017 comenzó una relación sentimental con quien a la sazón era la cónyuge de un oficial de marina, de quien, sin embargo, se encontraba separada de hecho y que, actualmente, está en proceso de divorcio. Añade que al inicio de la relación su pareja vivía en Viña del Mar y que sólo después de un tiempo, en enero de 2018, su actual pareja, junto al hijo de ella, se trasladaron a vivir al domicilio del actor.

Indica que, como consecuencia de estos hechos, durante el año 2017 fue sometido a un ‘procedimiento de justicia’, en el que se le formuló un cargo por cuyo intermedio se le reprochó ‘mantener una relación sentimental con la cónyuge de un miembro de la Armada’; agrega que dicho proceso fue derivado hasta el Comandante en Jefe de la Armada, quien,

según acusa el actor, prescindiendo de la bilateralidad de la audiencia que debe regir en todo procedimiento administrativo, propuso al Ministerio de Defensa un proyecto de decreto de retiro del recurrente, sin haber oído a este último ni tampoco haberle entregado la posibilidad de recurrir en contra de la decisión adoptada, como lo establecen las normas de la Armada, aplicables al caso, contexto en el que el citado decreto fue, efectivamente, expedido.

Sobre este particular acusa que el acto impugnado no sólo desoyó el mandato contenido en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en cuanto dispone que antes de sancionar una falta el afectado tiene que ser oído, sino que, además, el acto materia del recurso tampoco contiene las motivaciones que permitirían justificar la determinación allí adoptada, con lo que se han infringido las normas del debido proceso, desde que no se permitió a su parte formular descargos ni hacer alegaciones.

Aduce que, si bien se le acusa de mantener una relación sentimental con la cónyuge de otro oficial de la Armada, la infracción en comento no se configura, puesto que la separación de hecho de los cónyuges pone fin al deber de fidelidad que recae sobre ambos, que es lo que sucedió en la especie.

Finalmente sostiene que el acto recurrido vulnera las garantías consagradas en los números 2, 3, 16 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y solicita que se deje sin efecto el decreto impugnado y se disponga su reintegro a la Armada de Chile.

Segundo: Que al informar la recurrida pide el rechazo de la acción intentada, para lo cual aduce, en primer lugar, la extemporaneidad del recurso de protección, toda vez que el decreto que dispuso su retiro absoluto fue notificado al actor mediante carta certificada, misma que fue despachada el 7 de marzo de 2019, de modo que, conforme a lo establecido en el inciso 2° del artículo 46 de la Ley N° 19.880, tal notificación debe entenderse practicada al tercer día siguiente al de la recepción de la carta en la oficina de correos y, por ende, la presentación del recurso el 11 de abril de 2019 se verificó una vez vencido el plazo previsto al efecto, toda vez que expiró el 10 de abril. Añade que reafirma lo dicho lo expuesto por el recurrente, en cuanto indica que la notificación de que se trata fue realizada el 11 de marzo de 2019. A continuación, y en cuanto al fondo del asunto debatido, niega que se haya producido un acto ilegal o arbitrario, puesto que la relación extramatrimonial que el actor mantenía con la cónyuge del Teniente 2° FMM constituye, de acuerdo al Reglamento de Disciplina de la Armada, una falta gravísima, considerando que a la fecha en que fueron sorprendidos por este último el vínculo matrimonial entre FMM y su mujer aún no se había disuelto. Agrega que el recurrente formuló descargos ante cada uno de sus superiores que conoció de estos hechos, vale decir, ante el Director de la Academia Politécnica, ante el Director de Educación de la Armada, ante el Director General del Personal de la Armada y, finalmente, ante el Comandante en Jefe de la Armada. Arguye, por último, que la sanción impuesta al recurrente está prevista en el Re-

glamento de Disciplina de la Armada, específicamente en sus artículos 206 y 306, en relación al artículo N° 6 letra a) de la Directiva emitida por la Dirección General de Personal de la Armada N° 003/D, de modo que, según afirma la recurrida, habría actuado dentro del ámbito de sus atribuciones, mediante una resolución fundada.

Tercero: Que al informar la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas expuso que el Decreto TRA 118406/307/23018, que dispuso el retiro absoluto del actor, fue expedido en el marco de la potestad que confiere el artículo 54 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, conforme al cual uno de los casos de retiro absoluto comprende a quienes sean separados o suspendidos con motivo de sanciones disciplinarias. Añade que, en la especie, por oficio de 30 de noviembre de 2017 el Comandante en Jefe de la Armada propuso imponer la sanción de separación del servicio al recurrente, quien se encuentra en la hipótesis que prevé el artículo 206, en relación al artículo 308 numeral 8, ambos del Reglamento de Disciplina de la Armada. En tal sentido explica que constituyen faltas gravísimas aquellas acciones que provocan serio quebranto a la disciplina, eficiencia, seguridad o prestigio de la institución, a la vez que destaca que el acto impugnado fue dictado en virtud de los antecedentes acompañados por la Armada, con los cuales se acreditó la existencia de una relación extramarital del recurrente con la cónyuge de un compañero de armas, situación que ha sido reconocida expresamente por el actor, de modo que no se divisa acto arbitrario o ilegal alguno.

Cuarto: Que al iniciar el examen del recurso interpuesto corresponde examinar la alegación de extemporaneidad formulada por la recurrida.

Al respecto cabe consignar que, a diferencia de lo sostenido por la defensa de la Armada, el actor fue notificado de la resolución impugnada en estos autos con fecha 12 de marzo de 2019, de manera que el plazo previsto para deducir la acción cautelar de marras venció el 11 de abril de este año, fecha en la que, precisamente, LGK presentó su recurso.

En efecto, al evacuar su informe la recurrida sostiene que notificó al actor por carta certificada depositada en la oficina de Correos con fecha 7 de marzo de 2019, como consta de la Guía de Correos N° 1180583790112. Tenido a la vista, a su turno, el “Seguimiento en línea” de dicha carta se advierte que la misma fue entregada a su destinatario el día 12 de marzo del año en curso, que coincide con el tercer día hábil contado desde la recepción de la misiva en la oficina de correos respectiva, de lo que se sigue que el término para deducir el recurso de protección materia de autos venció el 11 de abril pasado, misma fecha en que el actor presentó el que es materia de estos autos.

Así las cosas, no cabe sino desestimar la defensa de que se trata.

Quinto: Que, en lo que atañe al fondo del asunto en litigio, es del caso consignar que el artículo 138 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, que contiene el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, prescribe que: ‘El personal estará sujeto a los deberes y restricciones inherentes a la profesión militar contenidos en la Ley N° 18.948, Orgánica Consti-

tucional de las Fuerzas Armadas, en el presente Estatuto, en el Código de Justicia Militar, en el Reglamento de Disciplina respectivo y en la Ordenanza de la Armada, según corresponda. Igualmente, el personal estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas para los empleados de la Administración Civil del Estado en la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, en cuanto fuere procedente’.

A su turno, el artículo 206 del Decreto Supremo N° 1232, de 1986, Reglamento de Disciplina de la Armada, establece que las faltas gravísimas son ‘aquellas acciones u omisiones que, sin llegar a constituir delito, provocan serio quebranto a la disciplina, eficiencia, seguridad o prestigio de la Institución y que deben ser sancionadas con severidad y energía para prevenir consecuencias inmediatas o posteriores’.

El artículo 308 del citado Decreto Supremo N° 1232 previene, a su vez, que: ‘La naturaleza y efectos de las sanciones detalladas en el artículo 306, son los siguientes:

[...]

8. Separación o licenciamiento del servicio: La separación del servicio se aplicará al personal de nombramiento supremo y se dispondrá por decreto supremo.

El licenciamiento del servicio se aplicará al resto del personal y se dispondrá por resolución del Director General del Personal de la Armada.

Para resolver la separación o licenciamiento del servicio por falta gravísima, cuando no se instruye investigación sumaria administrativa por ser los hechos evidentes, deberá elevarse a la Dirección General del Personal de la Armada un informe de la Comandancia, acompañado de los descargos o certificado de conformidad del afectado. El informe mencionado deberá ser tramitado a través de la respectiva Comandancia en Jefe, autoridad que emitirá su opinión’.

Finalmente, la directiva N° 003/D, de la Dirección General de Personal de la Armada, dispone en la letra a.- del N° 6 que: ‘En el ámbito de las situaciones familiares, serán consideradas como faltas gravísimas a la disciplina las siguientes conductas sexuales o sentimentales:

a.- Mantener relaciones extramaritales con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos’.

Sexto: Que, como ha quedado dicho, la recurrida asentó la decisión de disponer el retiro absoluto del actor en que éste habría incurrido en una falta gravísima consistente en mantener una relación extramarital con la cónyuge de otro servidor de esa institución.

Séptimo: Que examinadas las normas invocadas por la recurrida para justificar su determinación, se advierte que todas ellas regulan los deberes del personal de dicha institución, esto es, de los funcionarios que forman parte del personal de la Armada de Chile.

En efecto, el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas prescribe que el personal que se encuentra afecto a dicho cuerpo legal está conformado por: ‘a) El personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como oficial, cuadro permanente o gente de mar, tropa

profesional, o empleado civil; b) El personal a contrata; c) El personal de reserva llamado al servicio activo'. Asimismo, precisa que las normas de dicho Estatuto rigen también a 'los alumnos de las escuelas institucionales, al personal a jornal y al contingente del servicio militar obligatorio, en aquellas materias que les sean aplicables'.

A su vez, el artículo 104 del Decreto Supremo N° 1232, de 1986, preceptúa que están sometidos a ese Reglamento de Disciplina las siguientes categorías de personas: 'a) El personal de planta; b) El personal a contrata; c) El personal de Reserva llamado al servicio activo; d) Los conscriptos; e) Los guardiamarinas, cadetes y grumetes; f) Los profesores civiles; g) El personal a jornal; h) Las personas ajenas a la Institución que viajen en buques de la Armada; i) Toda persona que en campaña o en estado de guerra, de hecho se integre a la Armada y j) Los prisioneros de guerra'.

Por último, la Directiva N° 003/D, de la Dirección General de Personal de la Armada, estatuye en su N° 1 que: 'La presente Directiva tiene por objeto establecer procedimientos a adoptar por los mandos ante conductas personales que la Institución exige a todos sus integrantes, referidas a situaciones de consumo de drogas, acoso sexual y situaciones familiares', mientras que su N° 3 previene que: 'Todo integrante de la Armada de Chile debe observar una vida social acorde con la dignidad de miembro de las Fuerzas Armadas', a la vez que su N° 4 establece que: 'constituye una obligación de todo integrante de la Institución' la que describe.

Octavo: Que, como se observa de las normas transcritas en lo que antecede, ninguna de ellas regula, ni tampoco podría hacerlo, la conducta de personas ajenas a la Armada de Chile. Ello es evidente, puesto que su ámbito de aplicación debe entenderse restringido a las personas que integran dicha institución y a las demás a quienes, por excepción, el legislador ha extendido su cobertura, de manera que entre los obligados por las disposiciones referidas no se cuentan los familiares ni los cónyuges del personal de la Marina, salvo que ellos mismos formen parte de la mencionada institución.

Noveno: Que, por otra parte, resulta necesario dejar asentado explícitamente que las partes no han controvertido que el estado civil del recurrente es soltero.

Décimo: Que así las cosas, y como resulta evidente, el actor, LGK, no ha podido incurrir en la infracción disciplinaria de carácter gravísimo que se le imputa, puesto que la misma sanciona la existencia de relaciones extramaritales del personal de la Armada, vale decir, castiga al funcionario de esa entidad que, encontrándose ligado por un vínculo matrimonial, sostenga una relación paralela 'con personal de la Institución o con el cónyuge de éstos', como se lee en la letra a. del N° 6 de la Directiva N° 003/D, de la Dirección General de Personal de la Armada.

En la especie, sin embargo, el actor es soltero, mientras que la mujer con quien ha mantenido una relación sentimental no forma parte de la Armada de Chile.

En las anotadas condiciones, no se advierte de qué manera se podría entender configurada la infracción en comento, si la persona que ha sido

sindicada como sujeto activo de la misma no reúne la calidad mínima exigida por la norma para que la misma le pueda ser aplicada.

En otras palabras, si la normativa invocada por la recurrida castiga la conducta extramatrimonial de los funcionarios de esa institución, no es posible aseverar que un oficial de la Armada haya incurrido en el proceder ilícito de que se trata si él no se encuentra ligado por vínculo matrimonial con otra persona.

Décimo primero: Que, de acuerdo a lo que se viene razonando y a la luz de la normativa detallada en los motivos que anteceden, es posible concluir que el acto recurrido es ilegal. En efecto, como se dijo precedentemente, el actor no se encuentra en situación de incurrir en la infracción que se le reprocha, desde que no cumple la condición fundamental e insoslayable establecida en la disposición en que la recurrida basa el castigo de que se trata, pues no se encuentra casado. Por la inversa, mediante la decisión objetada en autos la recurrida sanciona, de manera indirecta, el proceder de la mujer con quien el actor mantiene una relación sentimental, proceder a todas luces impropio, puesto que las facultades represivas que en este ámbito se le han otorgado se encuentran limitadas al personal que forma parte de la misma institución y no se extienden, de manera alguna, a quienes no la integran, salvo que el legislador, de manera expresa, disponga lo contrario.

Décimo segundo: Que el acto impugnado resulta, además, arbitrario, desde que la falta gravísima que sirve de sustento al retiro absoluto allí dispuesto no ha quedado establecida de manera alguna, puesto que, como resultó asentado más arriba, la soltería del actor impide que éste incurra en una conducta ilícita cuya ocurrencia exige, perentoriamente, que el sujeto activo falte al deber de fidelidad propio del vínculo matrimonial.

Décimo tercero: Que establecido lo anterior cabe consignar, además, que la actuación impugnada vulnera el derecho de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues, como lo muestra el cuadro acompañado por el actor ante esta Corte, denominado 'Estadística de sanciones por relaciones extramaritales', entre los años 2014 y 2018 han sido sancionados un total de diez funcionarios de la Armada por incurrir en conductas de esta clase, ocho de los cuales fueron castigados con diversas clases de 'Amonestaciones', uno fue licenciado del servicio y sólo uno debió sufrir la pena de 'Separación del servicio'.

Como se advierte de lo relacionado, la decisión recurrida establece un tratamiento distinto entre aquellos funcionarios que, formando parte del personal de la Armada, han sido objeto de sanciones de menor entidad por infracciones de la misma naturaleza de aquella que es materia de autos, y el actor, quien, pese a encontrarse en la misma condición, ha visto transgredido ese derecho al ser alejado definitivamente de la institución de la que formaba parte, razón por la que el recurso de protección debe ser acogido, en los términos que se dirán en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de dieciocho

de junio del presente año, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y, en su lugar, se decide que la alegación de extemporaneidad del recurso de protección deducido en autos queda rechazada; que se acoge la acción cautelar intentada por LGK en contra del Ministerio de Defensa y de la Armada de Chile; que se deja sin efecto el Decreto TRA N° 118406/307/2018, de 5 de octubre de 2018, que dispuso el retiro absoluto del recurrente de la Armada, y que éste deberá ser reincorporado a sus funciones inmediatamente.

Acordada con el voto en contra de la ministra señora Sandoval, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada y, en consecuencia, rechazar el recurso de protección, teniendo en consideración que:

- 1) En la apelación entablada por el recurrente se expresa que ‘el cuestionamiento que se hace al acto administrativo impugnado no es respecto de la oportunidad, mérito o conveniencia de la decisión adoptada por el Ministro de Defensa por medio del Decreto TRA N° 118406/307/2018 (a través del cual dispuso el retiro absoluto de mi representado) sino que lo que impugna es el procedimiento que se aplicó a su respecto, el cual vulneró normas legales, reglamentarias e internas aplicables a los miembros de la Armada’.
- 2) Se aduce por el apelante que las autoridades que participaron en el proceso disciplinario no cumplieron presupuestos básicos para acreditar que se ha cometido la falta.

Niega que el recurrente hubiera admitido su participación en los hechos, indicando que lo señalado por él, es que la relación sentimental con la cónyuge de su compañero de armas se inició con posterioridad a la separación de hecho del matrimonio.

- 3) Al contrario de lo afirmado en cuanto al hecho de no estar acreditada la falta, es del caso mencionar que constan en autos los descargos del recurrente de fecha 12 de junio de 2017, en que reconoce haber tomado conocimiento de la proposición de separación del servicio por parte del Director de la Academia Politécnica Naval al Director de Educación de la Armada, el 8 de junio durante audiencia de justicia.

Agrega en los descargos, que asume el error cometido establecido en los reglamentos institucionales.

El 23 de junio de 2017, en nuevo escrito de descargos, da cuenta que el día 20 de ese mes y año, en audiencia de justicia toma conocimiento de la proposición de la sanción antes señalada del Director General de la Armada al Director General del Personal de esa institución.

Reitera lo antes señalado en cuanto a que en lo que respecta a la falta cometida, asume el error incurrido y establecido en los reglamentos institucionales.

En una tercera presentación de descargos, en esta oportunidad al Comandante en Jefe de la Armada, con posterioridad a la audiencia del día 10 de julio de 2017, el día 17, asevera que respecto



a la falta cometida el 2 de abril de ese año, oportunidad en que fue sorprendido por el Teniente FMM con su cónyuge, ella le habría comunicado una semana antes su decisión de no querer continuar con su matrimonio y que cada uno de ellos continuaría con su vida personal de la forma más conveniente, entendiéndolo, que se trataba de una separación de hecho. Agrega que a pesar de ello, asumió la responsabilidad por la falta cometida puesto que la separación no era legalmente válida, pero la intención de no continuar el matrimonio existía.

- 4) Se colige de lo expuesto, que el recurrente tuvo audiencias con cada una de las autoridades de la Armada, mencionadas, ante las cuales presentó descargos y que en éstos, reconoció la falta cometida.

Sus alegaciones en el último descargo, respecto a la separación de hecho del matrimonio de la cónyuge del Teniente FMM, no hacen sino confirmar lo antes aseverado por él, en cuanto a que inició una relación con ella, sin que la separación aludida se hubiera concretado.

- 5) La sanción por la falta en que incurrió el recurrente, se fundamenta, según expone la recurrida, en el deber de lealtad consagrado en los artículos 165 y 169 de la Ordenanza de la Armada, aprobada por Decreto Supremo N°487/1988. En el inciso 5° del referido artículo 169, se establece que la deslealtad deliberada, quebranta la disciplina, estableciendo que ésta es un valor de triple acción: hacia los superiores, los subordinados y sus iguales.

A este respecto cabe considerar que el artículo 101 de la Constitución Política de la República, dispone que las Fuerzas Armadas son profesionales, jerarquizadas y disciplinadas, en tanto el artículo 173 de la Ordenanza de la Armada establece que la disciplina es una ordenación de deberes que tienden al bien común.

En el desempeño de las funciones de quienes pertenecen a las Fuerzas Armadas, la lealtad recíproca es una cuestión esencial, para que estos servidores públicos puedan desempeñar sus funciones con confianza en sus compañeros de armas, en términos tales que un quebrantamiento a este deber de lealtad, constituye un quebranto a la disciplina de acuerdo a la normativa vigente, no impugnada en estos autos, el que sólo cabría ser sancionado como una falta gravísima, con la separación del servicio.

- 6) Esta disidente ha tenido en consideración para fundamentar su voto, la circunstancia que el recurrente asumió el error cometido establecido en los reglamentos institucionales, según lo explicitado anteriormente, sin que hiciera objeción alguna a dichas normas.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval.

Rol N° 17.750-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sra. Ángela Vivanco M., el Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P. y el Abogado Integrante Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Vivanco por estar con feriado legal y el Abogado Integrante señor Pallavicini por estar ausente. Santiago, 16 de enero de 2020”.

### Bibliografía

- FERNÁNDEZ MARCOS, Loedegario, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (salud laboral)*, Madrid, Dykinson 1996.
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, Verlag C. H. Beck. 2011.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “¿Compensación por el hecho de otro? El caso de la interrupción o suspensión no autorizada del suministro eléctrico”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 19, 2014. Disponible en <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/4438/4112> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, *Curso de Derecho Administrativo. 4ª parte: Los sujetos en el derecho administrativo*, 2023 (inédito).
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Derecho administrativo sancionador en Chile: ‘ubicación’ y ‘límites’ ”, en *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 54, tomo I, 2020. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/22412> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2023].
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2022): “El prestigio de la Administración del Estado”, en *Diario Constitucional*, 2 de septiembre de 2022. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-prestigio-de-la-administracion-del-estado/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-prestigio-de-la-administracion-del-estado/) [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Funcionario público infiel: ¿puede ser sancionado por la Administración”, en *Diario Constitucional*, 21 de octubre de 2022. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulos/funcionario-publico-infiel-puede-ser-sancionado-por-la-administracion/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/funcionario-publico-infiel-puede-ser-sancionado-por-la-administracion/) [fecha de consulta: 7 de junio de 2023].
- ROMÁN CORDERO, Cristian. “La proporcionalidad-igualitaria en el derecho administrativo sancionador”, en *Diario Constitucional*, 29 de abril de 2023. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-proporcionalidad-igualitaria-en-el-derecho-administrativo-sancionador/](http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-proporcionalidad-igualitaria-en-el-derecho-administrativo-sancionador/) [fecha de consulta: 3 de agosto de 2023].
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “La sanción administrativa y las fronteras del derecho administrativo sancionador”, en *Ius Publicum*, n.º 40, 2018. Disponible en [www.ust.cl/wp-content/uploads/sites/6/2017/12/39397-IUS-PUBLICUM-40.pdf](http://www.ust.cl/wp-content/uploads/sites/6/2017/12/39397-IUS-PUBLICUM-40.pdf) [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2023].

SÁNCHEZ-TERÁN, Juan Manuel, *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007.

## *Jurisprudencia*

### Administrativa

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 6.398-1983.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 11.279-1986.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 36.021.1999.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 10.086-2000.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 42.372-2010.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 3.259-2012.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 25.021-2012.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 19.653-2013.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 77.441-2013.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 98.033-2014.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 26.411-2017.  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen n.º 41.172-2017.

### Comparada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia expediente 03485-2012-PA/TC.

### Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol n.º 747.  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol n.º 2.627.  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol n.º 2.922.

### Judicial

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, sentencia rol n.º 4174-2022.  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol n.º 644-2016.  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol n.º 26.804-2016.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º 17.750-2019.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º AD 1.658-2019.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º AD 1.063-2020.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º 83.664-2020.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º 38.165-2021.  
CORTE SUPREMA, sentencia rol n.º 161.572-2022.

### *Siglas y abreviaturas*

AGO	agosto
art.	artículo
arts.	artículos
DFL	decreto con fuerza de ley
DIC	diciembre
DS	decreto supremo
FF.AA.	Fuerzas Armadas
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
MAY	mayo
n.º a veces Nº	número
n.ºs	números
NOV.	noviembre
p.	página
pp.	páginas
RES.	resolución
SEGPRES	Secretaría General de la Presidencia
Sr.	señor
Sra.	señora
www	World Wide Web (red informática mundial)

# Recensiones

---

Derecho Público Iberoamericano  
Universidad del Desarrollo  
N.º 23 | 2023



ESTANISLAO CANTERO, *EL REALISMO JURÍDICO DE JUAN VALLET DE GOYTISOLO*, MADRID/BARCELONA, MARCIAL PONS 2023

*Julio Alvear Téllez\**

Marcial Pons, en su colección *Prudentia iuris*, acaba de estampar al español la obra que reseñamos, publicada el año 2011 por la prestigiosa editorial italiana, las Edizioni Scientifiche Italiane de Nápoles.

El autor es un reconocido jurista e historiador del derecho, que en lo que respecta a nuestro tema, se ha destacado por analizar, con erudición enciclopédica, el aporte del pensamiento jurídico español del último siglo a la concepción realista del derecho, midiendo con amplitud de matices a los distintos autores y corrientes. Su *Concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998)* o su *Panorama del derecho natural en España* son de referencia. Ha connotado la existencia de una auténtica “Escuela Hispánica del Derecho Natural”, mucho más consistente, aunque mucho menos difundida que la “New Natural Law Theory”, que acoge a nombres tan famosos como Germain Grisez o John Finnis.

El presente libro ofrece una visión de conjunto de la obra jurídica de Juan Vallet de Goytisoló, uno de los máximos representantes de aquella Escuela Hispánica del Derecho Natural. No necesita presentación. Desde la aparición de sus *Estudios de derecho sucesorio* y del *Panorama del derecho civil*, se convirtió en uno de los referentes del derecho privado en España, sobre todo en lo que toca al ámbito de los principios y al detenido desarrollo de aquel ámbito del derecho civil. Tampoco requiere presentación por sus aportes únicos a la metodología del derecho. En cambio, en el área de la filosofía del derecho, en general, y del derecho natural en particular, era absolutamente necesaria una obra que acoplara y coordinara,

---

\* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

a manera de sistema, su ingente publicación, repartida en infinidad de escritos mayores y menores, con una generosidad temática que abruma.

El trabajo de Estanislao Cantero logra el cometido, obteniendo un difícil equilibrio: por un lado, la síntesis, la visión de conjunto de las tesis de Juan Vallet, por otro, la atención a los detalles que nunca se pierden de vista, sea para profundizar, para ilustrar o para problematizar. Pues, en gran parte, es lo que hace el derecho, en particular lo que la tradición denomina “derecho natural”: problematiza el derecho positivo moderno, cuando este se muestra incapaz de ofrecer una solución que salde todas las variables del conflicto jurídico.

El libro en comento se divide en seis capítulos. En el primero se formula una aproximación general a la obra del autor, a quien se recuerda con una sustanciosa biografía destacando, su continuidad con la tradición y la originalidad de sus planteamientos.

En el segundo capítulo se estudia un concepto caro a la reflexión griega, romana y cristiana: el “orden natural”. Describe cómo se manifiesta a la sociedad humana y de qué manera se logra un conocimiento racional y argumentado de sus componentes basales. Especial significación tiene el análisis de la noción de naturaleza, la que se aborda desde una perspectiva analógica, integrando la categoría de “naturaleza de las cosas”, que permite vincular aquella, sin mayor problema, a la practicidad del derecho. El capítulo se detiene en un arsenal de conceptos correlacionados. En lo que se refiere a la persona humana: dignidad, conciencia, acción, libertad, desorden moral, vicios del entendimiento. En lo relacionado con el acontecer que rodea a la persona y a la naturaleza de las cosas: historia y tradición, necesidad del método para conocer acertadamente lo jurídico.

El capítulo tercero aborda la realidad del derecho. Estanislao Cantero destaca que Juan Vallet se decanta por la noción analógica, separándose de forma nítida de todo reductivismo normativista o subjetivista. Al igual que los clásicos, el derecho es primordialmente “lo justo”. A partir de ahí, por movimientos traslaticios, se alcanza la noción de derecho subjetivo, de norma (ley) y de arte (del derecho), que en el autor estudiado adopta una importancia especialísima, pues es la dimensión que permite comprender el derecho como realidad operativa y concreta, inserta en la historia, sin embargo, fundada en el orden natural. En este capítulo se estudia, asimismo, el problema de los derechos humanos, de la justicia y de la igualdad, separando la paja del trigo.

El cuarto capítulo se detiene en el derecho natural, en el que reluce la originalidad del autor, particularmente en la actualización de la doctrina de santo Tomás, sin merma de sus presupuestos filosóficos más entrañables. Entre los aportes fundamentales figuran la distinción entre ley natural y



derecho natural (donde tanta confusión existió en los viejos tratados del siglo XIX), la criteriología del primero y la operatividad del segundo, la conexión comparativa entre positividad, derecho natural y ley natural, y, en fin, la necesidad del método para comprender bien el papel del derecho natural al interior del derecho vigente.

En conexión con este último punto, el capítulo siguiente trata de las fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico como pluralidad de órdenes jurídicos. Una visión mucho más realista de la materia que el dogmático esquema kelseniano de la pirámide normativa.

Por último, el capítulo sexto nos deleita con “la determinación del derecho”. Cuando se habla de derecho natural, la cultura jurídica contemporánea, casi de forma instintiva, tiende a ubicar la problemática en el área etérea de lo que le parece ser la filosofía. Grave fallo de perspectiva. El derecho natural solo se comprende como derecho vigente. Es precisamente lo que aporta esta parte de la obra cuando aborda los saberes jurídicos y sus distintas metodologías, el sentido instrumental de las normas jurídicas, la absurda concepción de “un único derecho”, el papel de la interpretación, la equidad y la aplicación práctica.

Como Marcial Pons nos tiene acostumbrado, se trata de una edición muy bien cuidada para un libro que no solo es imprescindible conocer, sino, también, estudiar en profundidad.



# Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 23 | 2023



## INSTRUCCIONES 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 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”.

### *1. 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.

## *2. 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.

## *3. 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.

## *4. 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 considerarán originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los estudios o artículos científicos 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 entre tres y cinco palabras clave, 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 el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece y correo electrónico. 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. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

## *5. 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.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); rol, considerando o párrafo citado.

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 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.

3. 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 (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *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: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *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: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “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 (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), “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), año. Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican 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) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*

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.* 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 y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

## 6. Envío autores

Para el envío adecuado de los trabajos, deberá registrarse como autor en nuestra página web. Para ello, siga el siguiente enlace: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/about/submissions>

Una vez realizada la suscripción, el sistema le indicará los pasos a seguir para subir su contribución intelectual. Ante cualquier duda respecto del proceso, favor de escribir a los siguientes correos electrónicos: [rdpi@udd.cl](mailto:rdpi@udd.cl) o [jalvear@udd.cl](mailto:jalvear@udd.cl)

## 7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe



favorable de pares evaluadores externos. 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.

2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá enviar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.



Este número, de quinientos ejemplares,  
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2023  
por Versión Producciones Gráficas  
Santiago de Chile

