



**Magister en Derecho Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales de Chile**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca**

EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

**Alumno: José Luis Gutiérrez Fernández
Profesor Guía: Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo**

**Santiago
Agosto 2023**

Índice

I. Introducción.....	3
II. La dignidad humana como reconocimiento.....	7
III. El principio de reparación integral.....	18
IV. La construcción del principio de reparación integral como norma de ius cogens.....	46
V. El principio de reparación integral en la jurisprudencia.....	65
VI. Conclusiones.....	82
VII. Bibliografía.....	87

I. Introducción.

Actualmente estamos viviendo un proceso de cambio constitucional que ha estado marcado por la polémica en torno a su forma final. Como se sabe, durante el año 2022¹ se gestó un proceso constituyente que culminó con el rechazo de una nueva constitución, dando paso a otro proceso constituyente durante el año 2023².

Todo este proceso ha estado precedido por una abierta degradación del debate público, cuestión que ha servido de contexto para la imposición de un sinnúmero de condiciones de elaboración normativa en el proceso que actualmente se lleva a cabo. Así hemos sido testigos, en los últimos meses, de cómo algunas autoridades han relativizado las violaciones a los derechos humanos cometidas tanto en la dictadura cívico-militar que azotó al país entre los años 1973 y 1990³, como aquellas cometidas en el contexto del llamado “Estallido Social” ocurrido en el año 2019⁴.

Todavía más, hemos podido leer a *intelectuales* instando públicamente a “cerrar el duelo”, ya que, a juicio de estos, lo contrario implica que “[q]uieren negarnos a que estudiemos la historia, quieren negarnos a que escuchemos todas las versiones de lo ocurrido antes de la tragedia de 1973, quieren negarnos a que nos sentemos a conversar con nuestros ayer enemigos y hoy adversarios, quieren condenarnos a un relato oficial, a una verdad única. Es decir, quieren condenarnos a una dictadura tan feroz —pero de signo opuesto— a la que ellos mismos padecieron”⁵.

Más allá de la ostensible insensatez del mensaje, es importante tratar de entender lo que hay detrás de esta suerte de conminación pública a sentir una especie de pudor en reivindicar la memoria de los atropellos a los derechos humanos vividos en la dictadura⁶. Banalizar el debate en este sentido solo permite la entrada a ideas

¹ Ley N.º 21.200.

² Ley N.º 21.533.

³ Por ejemplo, uno de los actuales Consejeros Constitucionales declaró su admiración por el dictador Augusto Pinochet, destacando su calidad de “estadista” (<https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/05/31/consejero-luis-silva-declara-admiracion-por-pinochet-fue-un-hombre-que-supo-conducir-el-estado/>).

⁴ Por ejemplo, una alcaldesa de una comuna de la Región Metropolitana sostuvo que “si hubo violaciones a los DD.HH. [durante el “Estallido Social”] fue porque [Carabineros de Chile] no tenían cómo defenderse”.

⁵ <https://www.pauta.cl/actualidad/2023/07/08/carta-abierta-al-presidente-gabriel-boric.html>.

⁶ El sitio web mhd.pjud.cl, Memoria Histórica Digital, del Poder Judicial, reúne las estadísticas más relevantes sobre causas de derechos humanos en el período comprendido entre el año 2002 y 2023. Al revisar las estadísticas correspondientes al número de sentencias definitivas dictadas por la Corte

políticas que fueron precisamente las responsables de innumerables muertes, desapariciones y torturas en sus más diversos grados, ya que establece falsos dilemas y sugiere algo más peligroso todavía, que es implicar que las violaciones a los derechos humanos pueden ser justificadas en virtud de algún suceso anterior.

Esto ha sido estudiado a partir de la mentira fascista. Como señala FINCHELSTEIN, “[d]istorsionar la verdad con el pretexto de promover una realidad alternativa es un fenómeno común en la historia fascista”⁷, agregando que “[l]os fascistas de todo el mundo compartían una idea de verdad fundada en lo sagrado. Esa verdad, que no necesitaba corroboración empírica y se solapaba con la idea de una justicia divina, reducía la legalidad a un problema irrelevante. Para los fascistas chilenos, la violencia no podía detenerse por ‘formalidades jurídicas’ y era una respuesta preventiva ‘lícita’ a la violencia de izquierda”⁸.

El discurso seguido en torno a la relativización de las violaciones a los derechos humanos y a una supuesta *necesidad* de cerrar duelos corresponde, precisamente, a instalar una especie de *posverdad* que debería preocuparnos, ya que si se intenta convertir por fuerza la mentira en sentido común, ¿qué sentido tendría buscar la verdad y reparar esas violaciones graves a los derechos humanos?

Al principio de esta introducción se mencionaron los intentos constituyentes llevados a cabo en nuestro país entre el 2002 y el 2022 porque parte importante de este debate se ha vivido durante el transcurso de estos procesos. La propuesta constitucional del año 2022 realizó un esfuerzo por zanjar ciertos tópicos que durante mucho tiempo habían sido problemáticos en nuestro país a este respecto, como por ejemplo la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así, su artículo 15 disponía que tanto los tratados como los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho internacional consuetudinario formaban parte del bloque de constitucionalidad.

Suprema, entre el 01 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2022, se puede observar que la Segunda Sala dictó un total de 640 sentencias en materia criminal y civil por hechos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990 (<https://mhd.pjud.cl/ddhh/pdf/resumen.pdf>. Última visita: 04 de agosto de 2023). Un ejercicio simple de búsqueda de información permite contrastar esa estadística con lo informado en el sitio web del Programa de Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), <https://pdh.minjusticia.gob.cl/memoria/>, en que se informa que la cifra total de víctimas oficialmente reconocidas por las distintas comisiones levantas al efecto es de 40.175 (incluye ejecutados políticos, detenidos desaparecidos y víctimas de prisión política y tortura). Poner en perspectiva estos datos permite apreciar con más fuerza el carácter totalmente inapropiado del llamado a “cerrar el duelo”.

⁷ FINCHELSTEIN, Federico (2022), *Breve historia de la mentira fascista*, Santiago, Taurus, p. 27.

⁸ *Ibid.*, p. 49.

Asimismo, y más importante todavía, en su artículo 24 contemplaba ciertos derechos específicamente destinados a las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos. Este comprendía el derecho al esclarecimiento y conocimiento de la verdad sobre estas violaciones, estableciendo como derecho fundamental la **reparación integral** de los daños y el derecho a la memoria.

Por el contrario, la propuesta constitucional del año 2023 (el anteproyecto elaborado por la “Comisión Experta”), en su artículo 5.1, dispone una incorporación del derecho internacional estructuralmente similar a la disposición actualmente vigente en la Constitución Política de la República y no contempla ninguna norma similar a la propuesta del año anterior en materia de memoria, verdad y reparación. Además, en el último tiempo se ha podido conocer el conjunto de enmiendas propuestas por quienes ostentan la mayoría del Consejo Constitucional⁹, las que revelan un franco retroceso en diversas materias esenciales para nuestra sociedad, tanto en la jerarquía y amplitud de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰ como en distintos derechos fundamentales¹¹.

En consecuencia, el debate pendular en que nos hemos movido durante los últimos años y actualmente dominado por una tendencia conservadora ha desdibujado y tergiversado el sentido de distintas instituciones, pretendiendo que muchas de estas obtengan rango constitucional, lo que va en armonía con el discurso público de un sector que busca precisamente banalizar el respeto por los derechos humanos y las diversas luchas que se han llevado a cabo por la verdad y la memoria de todas las víctimas.

La memoria, al decir de TRAVERSO, corresponde a *“las representaciones colectivas del pasado tal y como se forjan en el presente — estructura las identidades sociales inscribiéndolas en una continuidad histórica y las dota de sentido, es decir, de un contenido y de una dirección”*¹², cuestión que es esencial para el proceso de reparación social que sigue

⁹ El boletín de enmiendas está disponible en <https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/07/BOLETIN-DE-ENMIENDAS-CONSEJO-CONSTITUCIONAL-20.07.pdf>. (Última visita: 04 de agosto de 2023).

¹⁰ Por ejemplo, la propuesta de enmienda 29, que busca limitar la interpretación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, desnaturalizando así la labor hermenéutica que exige una interacción cada vez mayor entre distintos instrumentos internacionales.

¹¹ Por ejemplo, las distintas propuestas de enmiendas al artículo 16 del anteproyecto. En particular la 2, que habla de la *“vida del ser humano que está por nacer”*, y la 3, que habla de la proyección de *“la vida del niño que está por nacer”*, así como las propuestas 193 y siguientes, sobre las distintas formas de neutralizar la libertad sindical y el derecho a huelga.

¹² TRAVERSO, Enzo (2007), *El pasado. Instrucciones de uso*, Madrid, Marcial Pons, p. 16.

de un momento tan traumático como lo es una dictadura que utilizó la masacre como estrategia política. El derecho a la memoria, visto políticamente, se encuentra en directa relación con el proceso general de sanación y, por lo tanto, es bueno para asegurar las garantías de no repetición¹³, así como para asentar correctamente el sentido de la reparación.

Dicho lo anterior, este trabajo busca examinar este último punto, es decir, estudiar el principio de reparación vinculado a las causas sobre violaciones graves a los derechos humanos cometidas en dictadura. Se considera de especial relevancia el estudio del principio de reparación integral ya que apunta a una cuestión fundamental en este proceso general de sanación, que busca no solo investigar y sancionar a los responsables de estas graves violaciones, sino que también busca compensar, en la medida en que esto es posible dada la naturaleza del daño ocasionado, a las víctimas y sus familiares, reivindicando y reconociendo, como efecto secundario, el dolor sufrido como consecuencia de estos hechos. Siendo una parte fundamental de la responsabilidad que le cabe al Estado frente a la ocurrencia de esta clase de hechos, resulta imprescindible entender su evolución jurisprudencial en el último tiempo, ya que a partir del razonamiento judicial se han definido sus principales características y su alcance dentro de nuestro ordenamiento.

La pregunta principal de investigación que guía este trabajo es la siguiente: ¿cómo la Segunda Sala (Penal) de la Corte Suprema ha ido incorporando en su jurisprudencia entre los años 2020 y 2023, como norma de *ius cogens*, el principio de reparación integral del daño causado por violaciones graves a los derechos humanos?

La hipótesis de trabajo frente a esta pregunta es que la Segunda Sala de la Corte Suprema, en la evolución de su jurisprudencia en el periodo antes indicado, se ha mostrado receptiva a un entendimiento del principio de reparación integral de las consecuencias lesivas de las violaciones graves a los derechos humanos, como una norma de *ius cogens*, aun cuando no se desarrolla en profundidad su contenido, pero sí es enunciada como tal.

El objetivo general del trabajo es examinar este principio como una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) a través de la interpretación que ha

¹³ DAVID, Lea (2023), *The “duty to remember” and the “right to memory”*, en TIROSH, Noam y READING, Anna, *The right to memory. History, media, law and ethics*, Nueva York, Berghahn Books, p. 54.

hecho de este la Segunda Sala de la Corte Suprema, siendo sus objetivos específicos los siguientes:

- a) Examinar la concepción, estructura y contenido de las normas de *ius cogens* y la posible calificación del principio de reparación integral como tal.
- b) Analizar críticamente el rol que juega la Corte Suprema en la construcción del principio y su invocación como norma de *ius cogens*.

La metodología utilizada en este trabajo contempla dos aspectos. Uno corresponde a la investigación bibliográfica (método dogmático jurídico) a fin de contextualizar correctamente el problema que se busca estudiar, iniciando con el estudio del principio más fundamental, es decir, el de la dignidad humana como sustento de los derechos, para luego abordar las categorías jurídicas involucradas en el estudio, que corresponden al principio de reparación integral y cómo este puede ser vinculado a la categoría de normas de *ius cogens* de acuerdo a distintos planteamientos doctrinarios. El otro corresponde al análisis jurisprudencial (método de casos) a partir del cual se buscará identificar las claves bajo las cuales la Corte Suprema ha desarrollado este principio en relación con los fines que busca proteger, así como las colisiones de normas que se busca superar.

II. La dignidad humana como reconocimiento.

Dado que el presente trabajo busca examinar el rol que ha jugado el principio de reparación integral en la jurisprudencia sobre acciones encaminadas a obtener una indemnización por las violaciones a derechos humanos¹⁴ durante la dictadura cívico-

¹⁴ Para estos efectos, seguiremos una idea muy breve pero elemental de lo que significan los derechos humanos dada por ROJAS, Hugo y SHAFTOE, Miriam (2022), *Human Rights and transitional justice in Chile*, Suiza, Palgrave Macmillan, p. 2: “*Human rights are the rights we have simply because we exist as human beings, and which are inherent to every person, regardless of race, sex, nationality, ethnicity, language, religion, or any other status. These rights have now become a universally espoused and legally enforceable set of norms, values, and principles*”. Por su parte, NASH, Claudio (2021), *Infranqueables. Lecciones sobre la protección de derechos humanos en tiempos autoritarios, T. I*, Santiago, Ed. Universitaria, p. 21: “*Hoy, en el siglo XXI, los derechos humanos representan un acuerdo ético, político y jurídico, y constituyen una de las grandes conquistas históricas de la humanidad. Se fundamentan en la dignidad del ser humano y tienen por objetivo establecer límites al poder del Estado para que esa dignidad sea respetada y garantizada universalmente en todo tiempo y lugar. A través de esta especial categoría de derechos se asegura que las personas puedan desarrollar sus planes de vida en condiciones de libertad e igualdad*”.

militar en Chile, es importante iniciar con una breve nota sobre la dignidad humana y la manera en que dichas violaciones representan un intento por anularla.

Cuando hablamos de violaciones a los derechos humanos, como ocurrieron en Chile durante la dictadura, aludimos a conceptos que, si bien tienen una consecuencia jurídica, resultan también interesantes desde la perspectiva histórica y sociológica. En este último sentido, GUERRERO¹⁵ puntualiza:

“La palabra masacre, antes que un significado de tipo jurídico, tiene un origen histórico y sociopolítico. Surgió en Europa en torno al año 1.100 a propósito de los mataderos en que se asesinaban grandes cantidades de animales no humanos. Derivado del latín vulgar matteuca, masacre proviene de mattea, que tiene el sentido de “carnicería”. En el siglo XII se acuñó masacre como sinónimo de la muerte masiva de individuos, sin especificar alguna característica particular de ellos”.

Esta descripción alcanza un desarrollo histórico para situarse como un concepto político vinculado a la matanza de grupos de individuos¹⁶. En un modo coincidente, BURUCÚA y KWIATKOWSKI¹⁷, cuando se refieren a la *masacre histórica*, lo definen como *“el asesinato masivo de individuos usualmente desarmados y sin posibilidad de defenderse, para el que se utilizan métodos de homicidio excepcionalmente crueles, en tanto que las víctimas, vivas o muertas, son tratadas con gran desprecio”*. Estas dos descripciones, por la forma directa y explícita en que resumen el problema en cuestión, resultan de particular importancia cuando hablamos de su correlato jurídico, a saber, el deber del Estado de reparar los daños producidos como consecuencia de actos de esta entidad.

Siguiendo la tipología dada por Jacques Sémelin, GUERRERO¹⁸ examina las distintas variaciones que puede tener el fenómeno de la masacre. Así, existen masacres *de proximidad* (cara a cara) y *a distancia*; masacres *bilaterales* o *unilaterales*, siendo esta última *“la que puede perpetrar un Estado contra su propio pueblo; masacres masivas y a escala menor*, estableciendo también un esquema de quienes participan en dichas masacres, sea como perseguidor, víctima y testigo.

¹⁵ GUERRERO, Manuel (2023), *Sociología de la masacre*, Santiago, Ed. Planeta Chilena S.A., p. 47.

¹⁶ Agrega GUERRERO que el concepto original del término, asociado a la matanza de animales no humanos *“se perdió con el tiempo, produciéndose una traslación en la base de comprensión del fenómeno de la masacre como algo propio que ocurre de humanos hacia humanos, es decir, intraespecie”*, en ob. Cit., p. 49.

¹⁷ BURUCÚA, José Emilio, y KWIATKOWSKI (2015), *“Cómo sucedieron estas cosas”*. Representar masacres y genocidios, 1.^a Reimp., Buenos Aires, Katz Editores, p. 11.

¹⁸ Ob. Cit., pp. 50-51.

En cuanto a los medios con que se despliega la masacre, cuando hablamos de su modo unilateral, GUERRERO¹⁹ señala que:

“La masacre implica una destrucción unilateral, más amplia que un asesinato, pues puede incluir prácticas de demolición, incendio de viviendas u otras, así como procedimientos de deshumanización de las víctimas previos a su eliminación. La unilateralidad de la masacre refiere a que es un tipo de acción colectiva de destrucción que se caracteriza por una relación significativamente asimétrica entre agresores y víctimas, individuales o colectivas, que no están en condiciones de defenderse.

Para conseguir estos propósitos, las masacres se valen habitualmente de la instauración, a través del uso de técnicas de ingeniería social, de un clima de terror, que debe situarse en el contexto más general de un objetivo estratégico de remodelamiento o reestructuración total de la sociedad, para lo cual se vale de la aniquilación de población civil. En su caso extremo, la masacre puede adoptar la dinámica de acabamiento o erradicación de un grupo en cuanto tal, cuya meta, por tanto, ya no es someterlo o la sumisión, sino la eliminación de una colectividad de un territorio”.

Esta exposición del fenómeno de la masacre lleva a distinguir entre la violencia *eliminacionista* y la violencia *disuasoria*, según los fines que persigue la instalación de dicha violencia. En el caso chileno, las prácticas de los órganos represivos montados durante la dictadura, precisamente con la finalidad tanto de eliminar a sectores como de someter y moldear el comportamiento de otros, puede ser también entendida a partir de las formas históricas que ha adoptado la masacre. En efecto, siguiendo a BURUCÚA y KWIATKOWSKI, una de las formas en que se ha entendido desde la antigüedad este concepto es a través de la figura de la *cacería*²⁰, lo que permite vislumbrar una etapa previa de deshumanización de las víctimas del ejercicio desmedido de la violencia, en cualquiera de las dos modalidades antes descritas²¹.

¹⁹ Ob. Cit., p. 52.

²⁰ BURUCÚA y KWIATKOWSKI, ob. Cit., pp. 49-50: *“Sin embargo, en la modernidad temprana es evidente la dependencia de muchas representaciones de masacres respecto de las escenas de cacería, sobre todo pero no solo en la ilustración de las atrocidades ocurridas en el contexto de las guerras religiosas y de conquista (...) En las matanzas de los siglos XIX y XX, del colonialismo europeo en África al genocidio ruandés, los discursos de los perpetradores empujaron la animalización de sus presas más allá de todo límite conocido hasta entonces, y transformaron a las víctimas en alimañas, insectos, bacterias e incluso virus, cuya eliminación pretendían justificar para proteger una raza míticamente pura y saludable”.*

²¹ Siendo su manifestación más extrema el *genocidio*, concepto acuñado por Raphael Lemkin como *“un plan coordinado dirigido a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales, de modo que estos grupos se marchiten y mueran como plantas que han padecido una plaga”*, y cuya construcción

Es importante notar que, en este proceso de deshumanización del otro se verifica un proceso de expulsión de la comunidad moral, para luego terminar en un proceso de sobrevalorización de la víctima, proceso social y psicológico que permite justificar la aplicación de la violencia sobre grupos²².

Esta introducción sobre la idea de masacre parece adecuada para contrastarla con aquel atributo de las personas que se ve directamente enfrentado cuando se despliega una violencia de tales características: la dignidad humana. Dado que el objetivo de este trabajo es analizar de forma crítica la aplicación del principio de reparación integral cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, específicamente aquellas ocurridas durante la dictadura militar (1973 – 1990), como se indicó al principio, resulta particularmente útil articular la idea con aquellas nociones que, en su base, se ven involucradas cuando se razona en torno a qué y cuánto es lo que debe ser reparado. Por lo mismo, la dignidad humana como idea central que no solo permite fundar los derechos²³, sino que también fija la manera en que este tipo de violencia, en la forma que se ha reseñado, representa una anulación efectiva de aquella.

El principio de dignidad, a pesar de estar profusamente tratado en distintas obras, e incluso servir como punto de partida en distintos instrumentos normativos, ofrece

proviene de la voz griega “genos” (tribu, clan) con el sufijo latín “cidium” (matanza), según explica GUERRERO, en ob. Cit., pp. 55-56.

²² Ibid., pp. 63-64. Del mismo modo, BURUCÚA y KWIATKOWSKI, ob. Cit., p. 65: “Aunque los perpetradores intentan animalizar a las víctimas para justificar su destrucción, la fórmula está cargada de sentidos que llevan a un efecto aparentemente paradójico, pues como hemos visto algunos brutos eran considerados víctimas inocentes de sus cazadores, de modo que la inhumanidad y la crueldad revierten sobre estos. En suma, quizá podríamos referirnos a dos tipos de animalización: la primera y más corriente, condenatoria de la crueldad atribuida a las bestias feroces; la segunda, más sutil y moderada, redentora del animal, siempre y en todo caso inocente. La distinción no procedería de las diferencias de carácter entre el bruto salvaje y el doméstico, sino que pondría el acento en la superioridad aplastante de los recursos humanos para matar animales, vale decir que, desde tal perspectiva, toda cacería o sacrificio se ajustan en última instancia a nuestra definición de masacre”, en lo que denominan la fórmula cinegética.

²³ Contra esta idea, WALDRON, Jeremy (2019), *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *passim*. Waldron ofrece un concepto de dignidad como un rango o estatus a partir del cual los derechos se manifiestan.

dificultades en su comprensión²⁴. Por ejemplo, MANIACI²⁵, al criticar el paternalismo jurídico, realiza una reseña más o menos clara de los problemas que podría acarrear el término, agrupando el principio conjuntamente con la idea de *sacralidad de la vida y bien común* como un conjunto de argumentos insuficientes por ser “*ampliamente controvertidos o extremadamente vagos*”. Es interesante aquí notar que el argumento parte con que “*prácticamente todos los autores están de acuerdo en que se trata de un concepto que tiene un grado de indeterminación muy alto, indeterminación manifestada, a su vez, en las formas más diversas y, a menudo, sin rigor analítico*”, siendo “*un concepto moral y jurídico que no tendría sinónimos dada la variabilidad de sus confines, un concepto impalpable por su capacidad para contener innumerables e indefinidos contenidos*”²⁶.

Sin entregar una definición clara del principio, apunta a su funcionalidad como “*argumento knock-down*”, es decir, como un elemento discursivo que permite paralizar cualquier discusión, o como él sostiene, un “*conversation stopper*” que lo pondría como una razón excluyente y un “*argumento mítico*”.

Desde otro punto de vista, lo acusado por Maniaci cae en la categoría de *imponderables*. En efecto, para este autor el principio de dignidad no sería deseable, como parte de cualquier argumentación, por corresponde a un principio que escapa de los límites de la ponderación entre principios. A esta hipótesis RUIZ²⁷ las denomina “*tensiones irresolubles*”, entendiendo por tales “*un conflicto de principios que no es posible resolver mediante la generación de una regla relativamente estable*”, implicando que cualquier ponderación desemboca en reglas relativamente estables. Como un ejemplo de principios imponderables se encuentra el principio de la dignidad, exponiéndolo como un principio en conexión con los derechos fundamentales (en el caso de la Constitución Española) en el sentido de que estos tienen como fundamento aquél ya que corresponden a concreciones específicas en clave propiamente regulatoria²⁸. Extrapolando al caso chileno, y al igual como ocurre

²⁴ HABERMAS, Jürgen (2010), *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, Diánoia, vol. LV, N.º 64, p. 5: “*Vale la pena resaltar el hecho de que la dignidad humana, como concepto filosófico que ya existía en la Antigüedad y que adquirió su expresión canónica actual con Kant, sólo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Únicamente durante las últimas décadas la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional*”.

²⁵ MANIACI, Giorgio (2020), *Contra el paternalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, p. 148.

²⁶ *Ibid.*, p. 152.

²⁷ RUIZ MANERO, Juan (2018), “*Rule of law y ponderación*”. *Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar*, en RUIZ MANERO, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios* (Juan Pablo Alonso, coord.), Buenos Aires, Astrea, p. 31.

²⁸ *Ibid.*, p. 38.

con el caso alemán²⁹, la instauración de la dignidad humana como piedra fundamental del sistema está en el capítulo referido a las Bases de la Institucionalidad, y no en el capítulo referido a los derechos fundamentales, pero estos últimos encuentran su fundamento más esencial en dicho principio³⁰. En ese sentido, y como señala Ruiz, “la dignidad de la persona opera en el nivel justificativo más alto de nuestros sistemas jurídicos, en un nivel justificativo superior al de los diversos derechos fundamentales”³¹ reconociendo, eso sí, que el principio en sí no resulta justiciable de forma directa en el ordenamiento español ya que, como ocurre en el caso chileno a propósito de la tutela desplegada en el artículo 20 de la Constitución, no existe un mecanismo de tutela que ampare frente a una violación de la dignidad humana *tout court*, sino que opera como un elemento que puede sostener el razonamiento en torno a la vulneración de las garantías consagradas como derechos fundamentales, en lo que Ruiz denomina la “*virtualidad normativa*” del principio en cuestión. Aquí resulta interesante la distinción, a propósito de la operatividad del principio en el entendido de su *virtualidad*, que realiza entre los principios que incorpora un sistema jurídico, visualizando aquellos que tilda como conceptos valorativos *ligeros*, en contraposición a los *densos*³². La dignidad podría estar catalogada como un concepto *ligero*, ya que sería un concepto más bien evaluativo, mientras que los segundos incorporan una faceta descriptiva, o dicho en otros términos, permiten concretar al concepto ligero.

Dentro del bloque de constitucionalidad chileno, tenemos que existen normas que permiten articular teóricamente esta distinción, considerando que la dignidad soporta las bases de la institucionalidad pero, asimismo, se incorpora directamente en las decisiones judiciales como un elemento constitutivo de los derechos fundamentales. Cuando hablamos de violaciones a los derechos fundamentales o humanos, en consecuencia, hacemos visible de modo indirecto la violación al principio de dignidad humana. Para configurar este panorama, no solo es posible recurrir al artículo 1 de la Constitución, sino que, y de manera muy relevante, a su artículo 5 y la discusión que genera en torno al lugar que les corresponde a los

²⁹ Su artículo 1 señala: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

³⁰ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 154 N.º 3, establecido como una de las bases institucionales que debe ser incorporada en la propuesta de nueva constitución de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley N.º 21.533 (publicada en el Diario Oficial el 17 de enero de 2023).

³¹ RUIZ, ob. Cit., p. 40.

³² Ibid., p. 42.

instrumentos internacionales para efectos de limitar la soberanía, interacción que será abordada más adelante.

Por su parte, Jeremy WALDRON sostiene un concepto de la dignidad como estatus, lo que parece apuntar a una idea última de jerarquía en donde la humanidad toda gozaría del más alto rango posible, en una *igualación* hacia arriba³³, analizando a partir de esta idea cuatro clase de ataques a la dignidad: i) la bestialización; ii) la instrumentalización; iii) la infantilización; y iv) la demonización. De estas, resulta interesante la última, orientada a la prohibición de someter a las personas a tratos inhumanos y degradantes³⁴, discutiendo si esta calificación puede apoyarse en un estándar objetivo y razonable o bien en la posición de la víctima, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto³⁵.

Contra esta posición, se encuentra Manuel ATIENZA, quien considera que el núcleo de la postura analizada descuida la posibilidad de que la dignidad, además de tener una dimensión de estatus, otra de valor³⁶. Luego de analizar diversas corrientes acerca del principio, una de sus conclusiones preliminares sobre la dignidad, en un plano normativo, es que, en efecto, si se le considera fundamento último de los derechos, nos enfrentamos a la hipótesis de *tensión irresoluble* descrita por Ruiz, pero debiendo hacer una pequeña distinción: los derechos basados en la dignidad sí pueden ser ponderados³⁷.

Luego de analizar las perspectivas liberales y kantianas del principio, a propósito del derecho sobre el propio cuerpo, Atienza lanza un primer esbozo de la dignidad humana en los siguientes términos:

“Pues bien, aun a riesgo de simplificar (o de no precisar lo suficiente), yo diría que el núcleo de ese principio (el núcleo de la ética) reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; pero de ahí no se

³³ MANIACI, Ob. Cit., p. 176.

³⁴ En un mismo sentido, una de las reglas dadas por Ernesto Garzón Valdés, citadas por ATIENZA, Manuel (2022), *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Ed. Trotta, p. 28, cuando trata las reglas que formaban parte de su explicación sobre la dignidad: “R3: ‘Lesiona la dignidad de otro (ser humano vivo) de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien: a) lo humilla; b) lo trata como un mero medio; c) lo degrada a la categoría de objeto o animal’”.

³⁵ WALDRON, Ob. Cit., p. 179: “El Tribunal ha considerado que un trato es degradante si este despierta en su víctima ‘sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, sentimientos que tienen la capacidad de humillarla y rebajarla’”.

³⁶ ATIENZA, ob. Cit., p. 121.

³⁷ Ibid., p. 39.

sigue que cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo”³⁸.

En esta definición se entiende que los otros dos grandes principios de la moral, a su juicio, son la igualdad y la autonomía. Resulta particularmente interesante el enfoque con que examina las condiciones para entender los enunciados constitucionales referidos a la dignidad. Así, hace una distinción entre reglas de acción y de fin, según la obligación que sigue a una hipótesis de hecho, y principios, entendidos como “*pautas de conducta abiertas*”, lo que implica que “*ofrecen razones que deben ser confrontadas con otras (ponderadas) para establecer cuáles son las que priman, dadas las circunstancias del caso que se trata de resolver*”³⁹ y, operación que a su vez conlleva transformar los principios en reglas. En cuanto al contenido de la dignidad, luego de este examen en torno a cómo debemos entenderlo en el contexto constitucional, Atienza distingue, en resumen, dos contenidos básicos del principio:

“(…) en cuanto principio de acción, la dignidad prohíbe (u ordena) cierto tipo de trato; y en cuanto principio dirigido a alcanzar cierto estado de cosas, la dignidad supone que todas las personas (los seres dotados de dignidad) deben tener cubiertas sus necesidades básicas”⁴⁰.

Una de las conclusiones evidentes, a partir de las diferentes posturas examinadas hasta ahora, es que el concepto de dignidad humana no tiene una definición que permita cerrar el debate, aun cuando está presente de manera progresiva en los instrumentos internacionales y también en las constituciones nacionales⁴¹. No obstante esto, es importante resaltar, como lo hacen DE PAULA BUENO y DA SILVA, que el hecho de que no exista una definición estricta del principio representa al mismo tiempo su mayor fortaleza, pues permite adaptarlo a circunstancias cambiantes. En el contexto internacional, el principio de la dignidad humana ha jugado un rol que cada vez se acentúa con mayor nitidez como el sustrato último de los derechos humanos y, aun cuando no se haya logrado un consenso en torno a una definición precisa del principio, sí ha sido relevante a la hora de articular métodos

³⁸ Ibid., p. 65.

³⁹ Ibid., p. 70.

⁴⁰ Ibid., p. 77, y de manera similar en p. 127.

⁴¹ En ese sentido, DE PAULA BUENO, Elen y DA SILVA, Emílio Mendocça (2021), *An international legal perspective on human dignity: The extrinsic recognition or fan intrinsic condition*, The Canadian Yearbook of International Law, vol. 59, p. 318, y en un sentido similar, SCARFFE, Eric (2022), *Toward a Dignity-Based account of International Law*, Jus Cogens, vol. 4, p. 207.

de interpretación de los derechos⁴². En una lógica similar, SCARFFE ha situado el principio de dignidad como fundamento del derecho internacional en el sentido de trasladar la existencia misma de la disciplina desde la idea tradicional de *consentimiento estatal* hacia el respeto a la dignidad humana⁴³.

Si bien el principio de reparación integral, objeto del presente trabajo, será tratado con mayor detalle más adelante, es importante tener en cuenta que la formulación del principio de dignidad humana, en tanto fundamento de los derechos⁴⁴ así como principio de acción, al decir de Atienza, nos muestra hacia dónde está dirigido cuando nos referimos a violaciones graves a los derechos humanos. A diferencia de los casos que involucran netamente disposiciones patrimoniales, cuando hablamos de reparación *integral* en vulneraciones a derechos humanos nos estamos refiriendo a un tipo de reparación que pasa por recomponer la dignidad que le ha sido dañada a una persona. La interacción entre la noción social de la masacre y la dignidad humana permiten conceptualizar el principio de reparación en el marco de una

⁴² DE PAULA BUENO y DA SILVA, ob. Cit., p. 320. Asimismo, agregan como elementos propios del principio, siguiendo a Christopher McCrudden, los siguientes: i) el valor intrínseco de todos los seres humanos; ii) el reconocimiento y respeto de este valor intrínseco por parte de los otros; y iii) el deber de los estados de proteger los derechos humanos.

⁴³ Así, en ob. Cit., pp. 213-214: "*Importantly, the proposal in this article does not suggest state consent is an unimportant feature of international law and international law making —such a proposal would be a non-starter for any theory that seeks to explain the practice of international law. Rather, my proposal entails that we shift our understanding of how we identify the existence or international law from a consent-based approach, to a dignity-based one: where an international law exists if and only if it is consistent with respecting dignity*". Algunos de los elementos que permiten sustentar esta tesis serían, de acuerdo con este autor (pp. 214-220), el lenguaje en que se expresa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en donde la dignidad resulta ser un principio mínimo en los instrumentos internacionales; la misma estructura del *ius cogens*, más armónica con la idea aquí sostenida, en el entendido de que el *ius cogens* tiene una naturaleza *no consensual* y que permite visibilizar el hecho de que existe *algo más* que el consentimiento estatal como fuente de obligaciones a nivel internacional; y que la concepción tradicional basada en el consentimiento estatal es mejor entendida bajo un concepto más amplio de derecho internacional basado en el respeto a la dignidad humana, que no solo reconoce su existencia sino que también permite ampliar la mirada hacia el derecho consuetudinario y derecho que no es elaborado por actores estatales (derecho *transnacional*).

⁴⁴ En ese sentido, y sin perjuicio de la crítica que formula al concepto en una dimensión más sustantiva, SANTOS considera que los derechos humanos son el *lenguaje hegemónico de la dignidad humana*, en el entendido de que se sobreponen (producto de diversos procesos históricos) a otras gramáticas de la dignidad humana. Así, SANTOS, Boaventura de Sousa (2014), *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 15-16; (2019), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Ciudad de México, Ediciones Akal, *passim*, especialmente pp. 7-8; 35. En el mismo sentido, HABERMAS, en ob. Cit., p. 6, quien califica a la dignidad humana como "*la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento*", existiendo un *vínculo conceptual* entre la dignidad y los derechos humanos.

exigencia mayor de *redignificar* al dañado en un contexto en donde lo más elemental que podemos reconocer al otro es violentado⁴⁵.

Así, nos podemos aproximar al concepto de *reconocimiento*, en el entendido de que los mecanismos reparatorios, en el contexto en que lo tratamos, responde a una necesidad de restablecer un vínculo de interacción quebrado en términos que son esenciales para la convivencia.

HONNETH, discutiendo los aportes de G. H. Mead a partir de la filosofía hegeliana, sintetiza un aspecto fundamental de la vida en comunidad al establecer, como condición necesaria y previa, el que exista un reconocimiento recíproco. De este modo, señala que:

“(…) la reproducción de la vida social se cumple bajo el imperativo de un reconocimiento recíproco, ya que los sujetos sólo pueden acceder a una autorrelación práctica si aprenden a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus compañeros de interacción, en tanto que sus destinatarios sociales”⁴⁶.

La tesis aquí descrita permite tensionar la relación entre este necesario reconocimiento con aquellos puntos en donde este se rompe en virtud de una

⁴⁵ En un contexto, siguiendo la expresión utilizada por Jankélévitch, de “*indecible horror*”. JANKÉLÉVITCH, Vladimir (1999), *El perdón*, Barcelona, Seix Barral, p. 54.

⁴⁶ HONNETH, Axel (1997), *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Ed. Crítica, p. 114. Por su parte, IKÄHEIMO, Heikki (2022), *Recognition and the human life-form*, Nueva York, Routledge, pp. 11 y ss., hace un recuento del concepto a partir del sentido en la tradición anglosajona y germánica. Así, el concepto de *recognition* admite al menos tres sentidos: i) como sinónimo de *identificación*, es decir, la manera en que uno podría identificar algo o a alguien bajo ciertas categorías; ii) como sinónimo de *aceptación* u *admisión* (o bajo el término *acknowledge*), que se orienta a entidades evaluativas y normativas, en el sentido de aceptar, admitir o *reconocer* valores, normas, principios, reglas, razones, etc.; y iii) una categoría específicamente orientada a las personas, individual o colectivamente. El término alemán para el reconocimiento es *Anerkennung*, y abarcaría solo los dos últimos sentidos del término inglés. La segunda forma de entender la idea de reconocimiento, de acuerdo con Ikäheimo, podría tener similitud con la noción de *aspecto interno* de las reglas definido por Hart, en un contexto en donde las normas se van entendiendo en un contexto de interacción social, de la misma forma que ocurre con el reconocimiento como supuesto previo de la reproducción de la vida social que señala Honneth. Ver HART, H.L.A. (2009), *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 70-71. Desde una perspectiva netamente comunicativa, PETERS, John Durham (2014), *Hablar al aire. Una historia de la idea de comunicación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, p. 149, explica en síntesis la idea hegeliana de reconocimiento del siguiente modo: “*De ahí que el concepto de ‘comunicación’ siempre será más que el vaivén de las cosas mentales. Es la fundación de un mundo. Para Hegel, la comunicación no es una tarea psicológica de poner dos mentes en rapport, sino un problema político e histórico de establecer las condiciones bajo las cuales es posible el reconocimiento mutuo de los individuos conscientes de sí mismos. El asunto es conciliar los sujetos en su relación encarnada con el mundo, con ellos mismos y con los demás*”.

violación a los derechos humanos, entendiendo este como un *lenguaje* de la dignidad humana, apreciándose con mayor claridad hacia dónde nos movemos cuando se constatan dichas violaciones y de qué manera estas lesiones pueden repararse no solo en una dimensión individual, sino que también como una reparación de la comunidad que se ve lesionada como reflejo de estos actos⁴⁷. Una de las consecuencias de aceptar el principio de dignidad como tal, es *reconocer* su carácter inherente al ser humano; es decir, partimos de la idea de que la dignidad es algo que podemos predicar de todas las personas sin excepción. Esta dimensión de la dignidad, que es consistente con la lógica propia de los derechos humanos, permite entender de mejor manera este ideal de reconocimiento como presupuesto de la *reproducción* de la vida en sociedad⁴⁸ entendida como el producto de una constante lucha “*moralmente motivada de grupos sociales, el intento colectivo de proporcionar la implantación de formas ampliadas de reconocimiento recíproco institucional y cultural*”⁴⁹.

Visto así, una violación a los derechos humanos se presenta como un quiebre en este continuo histórico hacia el reconocimiento recíproco, entendiendo como parte de este concepto la manifestación exterior de un atributo inherente, como es la dignidad humana. El desconocimiento de la dignidad del otro es lo que posibilita, como se ha visto, el despliegue de estrategias de expulsión de la comunidad moral, para posteriormente terminar abriendo paso a estrategias de eliminación. Este lado opuesto del reconocimiento es descrito por Honneth como *invisibilidad*; es decir, un comportamiento deliberado en orden a minimizar al otro:

“*La expresión que el lenguaje familiar tiene preparada para tales formas activas de la invisibilización es la de ‘mirar a través’, looking through: disponemos de la*

⁴⁷ NASH, ob. Cit., p. 41: “*La violación de derechos humanos se configura como un acto antijurídico complejo que consiste en el incumplimiento de una obligación constitucional, legal o internacional respecto de un derecho o libertad inherente al ser humano por parte de un agente del Estado, que tiene como consecuencias la obligación de cesar dicho incumplimiento y la reparación integral del daño producido*”.

⁴⁸ DE PAULA BUENO y DA SILVA, ob. Cit., p. 324: “*(...) as a basic assumption to be followed by specific normatization, human dignity operates as a legal principle. This, based on the idea of inherence, the international legal order aspires to the universalization of human dignity (...) Nevertheless, if the postulate of inherence is embodied in the positive international legal order, it must be considered to have positive legal content. The idea of inherence does not set aside the perception that rights are, historically speaking, achievements. The idea of inherence is subject to secularization, as with any other aspect of human rights. Extending the feature of dignity to human beings in every social group, culture o nationality must be considered a historical achievement per se. Yet it also means that the international legal order has reached some level of consensus that is conducive to universal recognition. Such a finding is underlined by the fact that, as we have seen, the idea of inherence is present in the most important international legal instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights*”.

⁴⁹ HONNETH, ob. Cit., p. 115.

capacidad de demostrar nuestro desprecio a personas presentes mediante el hecho de comportarnos frente a ella como si no figurara físicamente en el mismo espacio. En este sentido, el 'ver a través' tiene enteramente un aspecto performativo, porque exige gestos o modos de comportamiento que dejen claro que los demás no solo no son vistos accidentalmente, sino que no son vistos intencionalmente"⁵⁰.

Si bien la exposición anterior es metafórica, y sirve para presentar la diferencia entre *conocer*, en tanto acto privado, y *reconocer*, como una actitud de carácter externo, es posible usarla para aproximarnos al objetivo de este trabajo, que es el análisis del principio de reparación integral en una situación específica, como se ha dicho, y que se refiere a las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado chileno en la dictadura cívico-militar.

La manera en que los derechos humanos fueron vulnerados implican un total desconocimiento y aniquilación de la dignidad de las víctimas, por lo que el principio de reparación integral cumple no solo una función de equiparar una relación patrimonial quebrantada, como ocurre en el derecho privado, sino que nos permite reivindicar esta lucha constante por situar a la dignidad como fundamento de los derechos humanos, por medio del reconocimiento de esa vulneración y el deber del Estado de impedir la impunidad frente a ese desconocimiento, además de servir en cada caso como un hito particular para la no repetición de actos como los ocurridos durante ese periodo.

III. El principio de reparación integral.

Una vez estudiado el principio de dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, y visto también que las violaciones a estos derechos constituyen una lesión directa a la dignidad que, de manera ideal, debemos *reconocernos*, es posible entender el principio de reparación integral bajo la lógica del derecho internacional, como un mecanismo de restauración o de reivindicación de esta dignidad desconocida.

Para iniciar el estudio de este principio, no obstante, nos parece relevante recurrir a su desarrollo dogmático desde el derecho privado, para luego entenderlo en conexión con las ideas planteadas en el capítulo anterior. Si bien la fisonomía de la

⁵⁰ HONNETH, Axel (2011), *La sociedad del desprecio*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 166-167.

responsabilidad civil en términos privados es en parte distinta de la responsabilidad que le cabe al Estado, es importante analizar los elementos nucleares de la disciplina en orden a rescatar aquellos que pueden destacarse para explicar la importancia del principio de reparación integral y la manera en que este permite articular una dimensión *comunicativa* cuando hablamos de violaciones a los derechos humanos.

La responsabilidad, en tanto concepto, es difícil de abordar. Luego de examinar la profunda amplitud del concepto, FIGUEROA analiza un elemento fundamental de distinción entre la responsabilidad bajo un prisma moral y bajo uno institucional. Así, señala que *“la responsabilidad jurídica depende de la existencia de instituciones mientras que la responsabilidad moral no”*⁵¹, constatación que nos vuelve sobre la dificultad de sostener la construcción de un sistema de atribución de responsabilidad, por una parte, y de reparación, por el otro, que, en clave institucional, puedan dar una respuesta adecuada a vulneraciones de derechos humanos, que consisten en mayor medida en transgresiones que pueden ser mejor graficadas en términos morales. A partir de un ejemplo práctico, siguiendo a Hart, este autor muestra cuatro sentidos posibles de las expresiones “responsabilidad”, “responsable” y “responsable por”:

- i. Responsabilidad-rol, con una dimensión propiamente institucional, en donde los deberes y responsabilidades provienen de su relación interna o con otras personas, derivadas del contexto institucional en que se producen⁵².
- ii. Responsabilidad-sujeción, cuyo sentido está orientado a las condiciones bajo las cuales uno puede atribuir una cierta incorrección a alguien para que, a su vez, pueda quedar sujeto a la reacción normativa que es consecuencia de esa incorrección⁵³.
- iii. Responsabilidad-capacidad, vinculado al concepto de *agencia*, es decir, como su nombre lo indica, la capacidad en condiciones normales para su interacción o, en palabras de FIGUEROA, *“(…) considerarlos agentes, incorporándolos dentro de la normalidad de las prácticas intersubjetivas en donde los participantes son tratados como individuos capaces de realizar acciones”*⁵⁴.

⁵¹ FIGUEROA, Sebastián (2019), *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons, p. 31.

⁵² *Ibid.*, p. 42.

⁵³ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 46.

- iv. Responsabilidad-causa, cuyo eje articulador es la causalidad entendida como la posibilidad de atribuir la ocurrencia de un evento a la ocurrencia de un evento anterior⁵⁵.

Para los efectos de este trabajo resulta particularmente interesante la distinción que hace MCKENNA, a partir del trabajo de P. F. STRAWSON⁵⁶, entre las teorías *intrapersonales* de la responsabilidad, y las *interpersonales*. Las teorías intrapersonales no llevan consigo una construcción *interpersonal* de la agencia, mientras que las interpersonales explican la agencia a partir de las relaciones que subyacen a la naturaleza de esa agencia⁵⁷, siendo las teorías de carácter intrapersonal las dominantes en la modernidad⁵⁸.

Previo al estudio de una construcción interpersonal de la responsabilidad, el planteamiento de Strawson puede ser vinculado a otra manera de establecer la responsabilidad de una persona frente a un hecho determinado, lo que nos invita a una reflexión más profunda sobre las acciones reprochables. Nos referimos al argumento que Harry FRANKFURT ofrece contra el denominado “principio de la posibilidad alternativa”, según el cual una persona es moralmente responsable solo si esta pudo haber actuado de manera distinta⁵⁹. Una parte central de su discusión versa sobre la tensión entre la coerción y la responsabilidad moral, en el entendido de que la primera impide sostener la segunda. Una persona que está constreñida, digamos, bajo amenaza, bajo el principio de la posibilidad alternativa, no podría ser moralmente responsable de sus actos. Este argumento, aunque convincente, no resulta satisfactorio para Frankfurt, quien a partir de ejemplos grafica la insuficiencia

⁵⁵ Ibid., p. 47.

⁵⁶ STRAWSON, P. F. (1995), *Libertad y Resentimiento. Y otros ensayos*, Barcelona, Ediciones Paidós. Partiendo de la discusión en torno al determinismo, el autor analiza la existencia de ciertas nociones relacionales para rechazar una idea determinista en la cual pierde sentido hablar de responsabilidad moral, la que supone la existencia de un cierto grado de libertad. En ese sentido, es destacable el punto de partida que da a esta línea de análisis al decir que “[e]llugar común central en el que quiero insistir es la gran importancia que damos a las actitudes e intenciones que adoptan hacia nosotros otros seres humanos y la gran medida en que nuestros sentimientos y reacciones personales dependen de, o involucran, nuestras creencias acerca de estas actitudes e intenciones” (pp. 41-42), en el que es posible apreciar el carácter eminentemente social de los supuestos bajos los cuales es posible atribuir responsabilidad por un determinado comportamiento.

⁵⁷ MCKENNA, Michael (2012), *Conversation and Responsibility*, Nueva York, Oxford University Press, p. 45. También citado por FIGUEROA, ob. Cit., p. 78.

⁵⁸ FIGUEROA, ob. Cit., p. 78.

⁵⁹ FRANKFURT, Harry (2006), *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, en WIDERKER, David y MCKENNA, Michael (eds.), *Michael, Moral Responsibility and Alternative Possibilities*, Inglaterra, Ashgate Publishing Limited, p. 17.

del parámetro para responder adecuadamente al *porqué* de ciertas acciones. En sus palabras:

“The fact that a person could not have avoided doing something is a sufficient condition of his having done it. But, as some of my examples show, this fact may play no role whatever in the explanation of why he did it. (...) Now if someone had no alternative to performing a certain action but did not perform it because he was unable to do otherwise, then he would have performed exactly the same action even if he could have done otherwise. The circumstances that made it impossible for him to do otherwise could have been subtracted from the situation without affecting what happened or why it happened in any way”⁶⁰.

Esta objeción es relevante porque nos traslada no solo al aspecto volitivo de ciertas acciones, sino que también al tema tratado previamente, a propósito de la producción social de la violencia en contextos de genocidio o masacre dirigida a ciertos grupos de la población. Por lo mismo, la elusión de responsabilidad no puede pasar por la posibilidad de argüir un supuesto hipotético alternativo, sino que debe ser examinada en un contexto propiamente *comunicativo*; es decir, la construcción de la responsabilidad, para luego generar institucionalmente las instancias reparatorias, debe necesariamente enfocarse de un modo interpersonal, según se ha visto, puesto que solo así se puede reflejar en toda su extensión la entidad del daño y la reparación que esta merece. En efecto, en el contexto de una violencia desatada institucionalmente no es posible admitir supuestos de irresponsabilidad basados en el principio de la posibilidad alternativa, que se traduce en el argumento de la *ruedecilla*, en palabras de ARENDT⁶¹. El punto de vista de esta reflexión es particularmente interesante, ya que permite contextualizar la magnitud del daño ocasionado en el cumplimiento de decisiones amparadas en una maquinaria instalada con el propósito declarado de eliminar a ciertos grupos de personas en función de factores ideológicos y étnicos. Es posible contrastar la célebre fórmula de la *banalidad del mal*⁶² con el argumento bajo el cual se excluye la posibilidad de recoger con éxito el principio de la posibilidad alternativa, en el entendido de que

⁶⁰ Ibid., pp. 22-23.

⁶¹ ARENDT, Hannah (2021), *Eichmann en Jerusalén*, 9.ª Reimp., Bogotá, Debolsillo, p. 420.

⁶² Ibid., pp. 368 y 418. Cuando Arendt refiere esta noción, lo hace a propósito del retrato que pudo hacer sobre Adolf Eichmann durante su juicio: “No, Eichmann no era estúpido. Únicamente la pura y simple irreflexión —que en modo alguno podemos equiparar a la estupidez— fue lo que le predispuso a convertirse en el mayor criminal de su tiempo. Y si bien esto merece ser clasificado como ‘banalidad’, e incluso puede parecer cómico, y ni siquiera con la mejor voluntad cabe atribuir a Eichmann diabólica profundidad, también es cierto que tampoco podemos decir que sea algo normal o común”.

este argumento no es admisible no solo desde un punto de vista jurídico, sino que del sistema institucional en su totalidad, cuando se debe atribuir responsabilidad⁶³. Todo esto puede ser complementado, desde la psicología social, en la mirada de Philip ZIMBARDO, quien sostiene una mirada *situacional* de la maldad, es decir, a partir de los factores que posibilitan el obrar mal. Así, señala que:

“La maldad consiste en obrar deliberadamente de una forma que dañe, maltrate, humille, deshumanice o destruya a personas inocentes, o en hacer uso de la propia autoridad y del poder sistémico para alentar o permitir que otros obren así en nuestro nombre”⁶⁴.

Desde esta perspectiva es relevante la idea de *poder situacional*, es decir, los factores que permiten la producción de maldad, o la producción de violencia en los términos de Manuel Guerrero, en un plano no estrictamente individual, sino que también a partir de los incentivos que las interacciones o intercambios sociales entregan a la amplificación y distorsión de situaciones de poder. Volviendo sobre lo estudiado en el capítulo anterior, bajo estas premisas se introducen nuevas formas de entender la maldad como un fenómeno puramente social, en el que el sentido de la dignidad humana se ve diluido en procesos psicológicos que buscan deshumanizar al otro y, en consecuencia, desconocer este elemento tan fundamental que nos permite vernos como iguales. Uno de estos mecanismos, además de lo ya tratado anteriormente,

⁶³ Ibid, p. 420. Respecto a esta idea, es interesante tener en consideración la forma en que Arendt resume los elementos en conflicto cuando ponderamos el grado de responsabilidad que le cabe a una persona por hechos que, presumiblemente, fueron cometidos en el entendido de ser parte de una maquinaria en la que no cabe ningún poder decisivo en sentido contrario: *“Por mi parte, a ninguna de las dos teorías di mayor importancia que la que les otorgaron los jueces, por cuando la teoría de la ruedecilla carece de trascendencia jurídica, y, en consecuencia, poco importa determinar la magnitud de la función atribuida a la rueda Eichmann. El tribunal reconoció, como es lógico, en su sentencia que el delito juzgado únicamente podía ser cometido mediante el empleo de una gigantesca organización burocrática que se sirviera de recursos gubernamentales. Pero en tanto en cuanto las actividades en cuestión constituían un delito —lo cual, como es lógico, era una premisa indispensable a la celebración del juicio— todas las ruedas de la máquina, por insignificantes que fueran, se transformaban, desde el punto de vista del tribunal, en autores, es decir, en seres humanos. Si el acusado se ampara en el hecho de que no actuó como tal hombre, sino como un funcionario cuyas funciones hubieran podido ser llevadas a cabo por cualquier otra persona, ello equivale a la actitud del delincuente que, amparándose en las estadísticas de criminalidad —que señalan que en tal o cual lugar se cometen tantos o cuantos delitos al día—, declararse que él tan solo hizo lo que estaba ya estadísticamente previsto, y que tenía carácter meramente accidental que fuese él quien lo hubiese hecho, y no cualquier otro, por cuanto, a fin de cuentas, alguien tenía que hacerlo”.*

⁶⁴ ZIMBARDO, Philip (2022), *El efecto lucifer*, 4.^a Reimp., Ciudad de México, Paidós, p. 26.

corresponde al anonimato⁶⁵, lo que lleva finalmente a la deshumanización⁶⁶. Sin querer reiterar todo lo señalado en el capítulo relativo a la dignidad humana, corresponde reseñar someramente estas ideas preliminares a fin de articular esta forma de entender la maldad, a partir del poder situacional⁶⁷, con el concepto mismo de responsabilidad que es, a fin de cuentas, la contracara de las actuaciones desviadas en términos de vulneración a todo orden de normas.

A partir de las ideas planteadas por Strawson, FIGUEROA⁶⁸ elabora una postura interpersonal de la responsabilidad, la cual adquiere sentido dentro de las relaciones sociales. Este espacio compartido en donde interactuamos ordinariamente es el contexto en donde los actos de uno generan reacciones de otro, y en base a esta dinámica es que la atribución de responsabilidad se hace evidente. Distinguiendo aquellos *lugares comunes* a los que se refiere Strawson⁶⁹, va tejiendo una idea más clara de la formulación interpersonal de la responsabilidad a través de la interacción entre expectativas y actitudes reactivas. De este modo:

⁶⁵ Ibid., p. 399: “El anonimato se puede otorgar a una persona no sólo con máscaras, sino también por la forma de tratarla en una situación dada. Cuando los demás no nos tratan como la persona que somos sino como un ‘otro’ indiferenciado que es procesado por el Sistema, o si nuestra existencia se ignora, nos sentimos anónimos. La sensación de carecer de identidad también puede desembocar en una conducta antisocial”.

⁶⁶ Ibid., p. 404: “La deshumanización es el concepto o constructo esencial en nuestro intento de entender la ‘inhumanidad del hombre con el hombre’. La deshumanización aparece siempre que un ser humano considera que se debe excluir a otro ser humano de la categoría moral de ser persona. Los objetos de este proceso psicológico pierden su condición humana a los ojos de quienes los deshumanizan. Cuando se considera que ciertas personas o grupos están fuera de la esfera de la humanidad, los agentes deshumanizadores suspenden la moralidad que normalmente regiría sus actos hacia sus congéneres”.

⁶⁷ Ibid., p. 552, en donde queda clara la tendencia a extraer el análisis desde lo intrapersonal: “En un plano conceptual, he propuesto que demos a los procesos situacionales y sistémicos más peso del que normalmente solemos darles al intentar explicar conductas aberrantes y aparentes cambios de personalidad. La conducta humana siempre está sujeta a fuerzas situacionales. Este contexto se engloba dentro de otro contexto macroscópico más amplio que casi siempre es un sistema de poder diseñado para sustentarse a sí mismo. Los análisis que normalmente lleva a cabo la mayoría de la gente, incluyendo la que pertenece a instituciones legales, religiosas o médicas, se centran en la persona como único agente causal. En consecuencia, minimizan o pasan por algo el impacto de las variables situacionales y los factores sistémicos que conforman las conductas y transforman a las personas”.

⁶⁸ FIGUEROA, ob. Cit., p. 127.

⁶⁹ Ibid., p. 131: “i) la gran importancia que damos a las acciones y actitudes de otros hacia nosotros y hacia los demás y la medida en que nuestros sentimientos y reacciones personales dependen de, o involucran, nuestras creencias acerca de dichas acciones y actitudes; ii) la importancia que damos a que dichas acciones reflejen tanto actitudes de buena voluntad, afecto, estima, como de desprecio, indignación o malevolencia y que; iii) la forma e intensidad de las acciones y actitudes que adoptamos para con otros varían según las diferencias entre las relaciones interpersonales en que surjan, considerando que estamos día a día, envueltos en una gran variedad de relaciones con otros”.

“En el contexto de la atribución de responsabilidad, una actitud reactiva es detonada por un evento que defrauda una expectativa. La frustración de una expectativa, junto con una explicación de dicha frustración que resulta en atribuir un evento a una persona y las actitudes que se puedan adoptar por dicha frustración y/o atribución, generan precisamente el permiso para llamar a responder por dicho evento. De esta forma, si bien toda atribución de responsabilidad supone la defraudación de una expectativa, no toda defraudación de una expectativa supone la posibilidad de responsabilizar, pues no todo evento relevante en términos de la frustración de una expectativa puede ser atribuido a una persona”⁷⁰.

Esta forma de entender la responsabilidad, como la articulación de expectativas y reacciones, es consistente con una idea basada en el reconocimiento como elemento clave para entender la manera en que una violación de derechos humanos se debe traducir en una respuesta jurídica orientada a reparar un desequilibrio en este ejercicio constante de reconocimiento.

Dicho lo anterior, cuando tratamos la dimensión *comunicativa* en relación con la responsabilidad extracontractual, lo hacemos asumiendo que el derecho de daños se ocupa, precisamente, de restablecer una situación que se despliega en una interacción entre dos personas, lo que no significa, por supuesto, que esta relación no tenga, a su vez, una dimensión pública. Es ilustrativo, en este sentido, lo señalado por CANE, cuando analiza la estructura básica del derecho de daños como *“un conjunto complejo de principios éticos de responsabilidad (y libertad) personal, referido al modo en que las personas pueden, deben o no deben comportarse en sus relaciones con otros”⁷¹*, y que este marco de análisis se puede entender bajo el concepto de *correlatividad*, es decir, del hecho evidente de que toda relación posible en términos de reparación implica una relación bilateral⁷². Esta idea se encierra en lo que el autor considera las funciones *intrínsecas* del derecho de daños.

La relevancia social del principio de reparación integral, de acuerdo con las ideas desarrolladas anteriormente, exigen adoptar una posición *instrumentalista* del derecho de daños. Siguiendo a KEREN-PAZ, esta visión implica considerar al derecho *“como un medio para el logro de objetivos sociales”⁷³*, posición que se enfrenta a un

⁷⁰ Ibid., p. 142.

⁷¹ CANE, Peter (2011), *Anatomía del derecho de daños*, Santiago, Ed. Flandes Indiano, p. 51.

⁷² Ibid., pp. 36 y ss.

⁷³ KEREN-PAZ, Tsachi (2016), *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, p. 32. PAPAYANNIS, Diego (2014), *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, p. 34, explica que la corriente del Análisis Económico del Derecho rompe con una

enfoque más bien formalista de las normas. A su vez, esta idea instrumentalista se divide en una mirada monista y otra pluralista, según la cantidad de objetivos perseguidos. Considerando que el enfoque pluralista debe moverse entre distintos objetivos a alcanzar, el problema reside en cómo articular ese conjunto de objetivos en un determinado caso, resultando particularmente interesante el análisis *contextual* que propone el autor aquí señalado:

“La teoría pluralista podría buscar avanzar en una combinación constante para todas las circunstancias, o una combinación cambiante en distintos contextos. La segunda opción rechaza a priori una concreta combinación de objetivos, e insiste —en cambio— en una evaluación contextual, según la cual la promoción de ciertos objetivos podría no resultar deseable en ciertas circunstancias, pero resultar imperativa en otras. Más aún, dos o más situaciones que llaman a la promoción de exactamente los mismos objetivos pueden diferir en cuanto al peso relativo que debería darse a los objetivos en cuestión al momento de equilibrarlos unos con otros. Por ejemplo, en ciertas situaciones —como cuando la actividad negligente de una potencial demanda podría ponerla en riesgo a ella misma o a los miembros de su familia— debería darse menos importancia al rol disuasivo del derecho de daños, dado que el demandante tiene ya otros incentivos de peso para ser cuidadoso. En la misma línea, el enfoque contextual otorga peso variable al objetivo de promover la agenda igualitaria a través de la responsabilidad extracontractual. El tipo puntual de ilícito civil de que se trate, la identidad de los litigantes tipo, el contexto social de cada cultura y las normas jurídicas aplicables en cada jurisdicción —todos estos factores son relevantes para el análisis de la regla de responsabilidad extracontractual deseada—”⁷⁴.

Este elemento contextual permite visualizar de mejor forma los objetivos de la responsabilidad para casos en donde el derecho no solo debe reparar un daño patrimonial, sino que, principalmente, una lesión en lo más profundo de la dignidad humana.

Como explica PAPAYANNIS⁷⁵, la responsabilidad extracontractual ha transitado, en la segunda mitad del siglo XX, desde un paradigma sancionador hacia uno reparador.

concepción privada de las interacciones dañosas, volviendo el foco hacia las externalidades como un problema social.

⁷⁴ Ibid., pp. 33-34.

⁷⁵ PAPAYANNIS, ob. Cit., p. 122. Sin perjuicio de eso, el autor considera insuficiente este modelo, así como el modelo sancionador, dado que ambos responden a una lógica unilateral. Así, en p. 129 señala: “Los dos modelos analizados hasta aquí, en sus versiones más plausibles, adolecen de problemas

Así, “[e]n el modelo sancionador, se entendía que la víctima sufría un daño injusto solo si fue causado con culpa; pero esto resulta insuficiente para protegerla frente a la multiplicidad de riesgos provenientes de actividades lícitas. En el nuevo paradigma, en cambio, un daño puede ser injustamente sufrido porque fue injustamente causado o porque es injusto que lo soporte la víctima”, refiriendo así una mayor amplitud que la sola consideración sancionadora de la responsabilidad extracontractual, ya que no está centrado en la culpa sino que en el daño, lo que centra la situación en la víctima y la expectativa de reparación de un daño injustamente causado, en donde se reconfigura el eje de evaluación de la responsabilidad debido a que “[l]a ilicitud es relegada a un segundo plano, porque al sumarse a otros factores que tienen igual importancia pasa a integrar un sistema de responsabilidad plural”⁷⁶.

Moviéndose a una explicación más amplia de los fines que cumple, o que se espera que cumpla, la responsabilidad extracontractual, y habida consideración de las limitaciones de una u otra manera de enfocarlo, PAPAYANNIS hace hincapié en el carácter *relacional* de la disciplina. En sus términos, “[e]l remedio bilateral funciona en la medida en que sea capaz de subsanar un defecto en la interacción que también es bilateral. De esta forma, la reparación del daño en la responsabilidad extracontractual subsana o rectifica una interacción que fue injusta tanto respecto de la víctima como por parte del agente dañador”⁷⁷. Una tesis en términos bilaterales, como la expuesta por el autor, puede explicar mejor la naturaleza de la responsabilidad extracontractual cuando la traducimos en clave de reconocimiento. A lo largo de este trabajo se ha intentado explicar, bajo distintas miradas, cómo es posible entender el lenguaje de la dignidad como una práctica de reconocimiento mutuo. En ese sentido, el derecho de daños permite consolidar un mecanismo reparatorio que, más que enfocado en la justicia correctiva de una pérdida patrimonial⁷⁸, se centre en la restauración de una

similares. Ambos se centran en una de las partes. En el modelo sancionador, la atención y el fundamento de la compensación se ubican en el castigo por la acción incorrecta realizada por el agente. El modelo reparador, a su turno, sitúa la fuerza de la responsabilidad extracontractual en la necesidad de eliminar la pérdida injusta de la víctima. Además de los problemas que he señalado en los dos apartados anteriores, ambas tesis enfrentan una dificultad mucho más grave: son incapaces de dar cuenta del carácter relacional o bilateral del derecho de daños”.

⁷⁶ Ibid., p. 126.

⁷⁷ Ibid., p. 130.

⁷⁸ En un sentido similar, MARTÍNEZ, María Guadalupe (2020), *Tort remedies as meaningful responses to wrongdoing*, en MILLER, Paul y OBERDIEK, John (eds.), *Civil wrongs and justice in private law*, Nueva York, Oxford University Press, p. 232.

interacción que desconoce este elemento clave del reconocimiento, que es la dignidad⁷⁹.

Una vez analizados los elementos que conforman la estructura de la responsabilidad extracontractual, Papayannis llega a la conclusión de que esta está compuesta de “*un conjunto de derechos y deberes primarios y secundarios*”. Esta estructura implica los siguientes aspectos:

“Los derechos primarios confieren a sus titulares la pretensión de no ser dañados de determinadas maneras, como las conductas negligentes, imprudentes, dolosas o, en ciertas actividades, por exposición al riesgo. Estos derechos encuentran su correlato en el deber de no dañar de esas mismas maneras. Por otra parte, una vez que los derechos y deberes primarios son vulnerados, porque el agente dañador causó un perjuicio a la víctima obrando por culpa, por ejemplo, nace el derecho a ser indemnizado, correlativo con una obligación de compensar a cargo del agente dañador”⁸⁰.

Aquí ya se empieza a vislumbrar no solo el elemento general, es decir, un derecho de no ser dañado, sino que también la consecuencia que se extrae de una vulneración a ese derecho, que corresponde a la compensación. A partir de todo lo dicho, PAPAYANNIS⁸¹ traslada la discusión desde lo privado, es decir, desde una discusión que versa sobre la justicia correctiva de las relaciones, hacia lo público, en el entendido de que las consideraciones propias de la justicia distributiva son

⁷⁹ Una discusión interesante, desde un punto de vista lógico, es la concreción del principio *alterum non laedere* como una norma implícita. A partir del trabajo de CERUTTI, María del Carmen (2011), *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 184, PAPAYANNIS va construyendo la estructura del derecho de daños a partir de la existencia de este principio como algo general en la práctica, en ob. Cit., pp. 144 y ss. La manera en que este autor, a partir de la propuesta de Cerutti, construye el deber de no dañar a otro, es asimilable en cierto grado al inferencialismo material que, de acuerdo con BRANDON, Robert (2002), *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, Madrid, Siglo XXI, p. 65, siguiendo a Sellars, corresponde a “*la clase de inferencia cuya corrección determina el contenido conceptual de sus premisas y conclusiones*”. Cuando Brandon examina la función expresiva del vocabulario normativo, basa su tesis en el entendido de que este tipo de vocabulario “*hace explícito el respaldo (atribuido o reconocido) de la corrección material del razonamiento práctico*”, lo que permite hacer más clara la operación lógica llevada a cabo por Papayannis para extraer el deber general de no dañar. Esta conclusión también puede ser articulada sobre la forma en que la dignidad humana se traduce en un deber de reconocimiento mutuo, contexto en el cual la obligación de no dañar asume un carácter más profundo.

⁸⁰ PAPAYANNIS, ob. Cit., p. 174.

⁸¹ PAPAYANNIS, Diego (2016), *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 203.

necesarias para un mejor entendimiento de la estructura general del derecho de daños como una cuestión eminentemente relacional, ya que su sentido último es subsanar interacciones injustas. Por supuesto, toda la dinámica en la que se pueden producir daños corresponden a contextos o situaciones en donde los compromisos compartidos en esos contextos o situaciones permiten medir la intensidad de un daño como algo merecedor de una restauración, lo que viene a ratificar el sitio del reconocimiento como algo esencial en una sociedad⁸².

Una mirada distinta sostiene GARCÍA AMADO, quien considera que la función del derecho de daños es amparar el orden social, *“impidiendo que los individuos puedan tomarse por su cuenta el poder de alterar las distribuciones vigentes, cualesquiera que estas sean, enmendando así los mecanismos operantes para la asignación de bienes entre las personas”*⁸³, considerando que cualquier otra concepción implicaría permitir que uno (el dañado) altere un determinado orden distributivo contra otro (el agente dañador). En otros términos, lo que busca el derecho de daños no es ningún tipo de justicia implicado en la interacción, sino que solamente la indemnidad de la regla de distribución que se encuentre vigente. Sin embargo, esta posición no explica adecuadamente la dimensión simbólica de la restauración de una interacción injusta, instancia en la que el principio de reparación integral adquiere relevancia. Por otra parte, cuando el autor señala que aquellas reglas de distribución vigentes son las únicas que cobran relevancia al hablar del derecho de daños, no define cuáles reglas, ya que corresponden a cualquiera que esté vigente en un momento determinado. Esta postura no se hace cargo de aquellas situaciones que, por motivos puramente de justicia, escapan del orden convencional de justicia correctiva y se traslada a un plano de justicia distributiva al convertir un problema de responsabilidad en una cuestión pública. Por ejemplo, ¿qué ocurre, bajo esta premisa, cuando nos

⁸² Ibid., pp. 211-212: *“En este sentido, afirmo que los derechos y deberes primarios, aquellos que regulan las interacciones privadas, pertenecen al mundo de la justicia distributiva. Si estuviésemos solos en el mundo, no tendríamos que preocuparnos por los daños que causamos a terceros, ni por la posibilidad de ser dañados. En un mundo compartido, en cambio, la libertad de acción y la seguridad personal son un problema que debe abordarse colectivamente. La libertad de acción es un recurso que debe ser limitado razonablemente, puesto que su uso excesivo agota otro recurso igualmente valioso, como es la seguridad personal. De alguna manera, las reglas de interacción y de responsabilidad distribuyen equitativamente el uso de este recurso y, correlativamente, garantizan una cuota equitativa de seguridad personal”*. Visto así, la idea de reconocimiento planteada reiteradamente a lo largo de este trabajo opera como una expresión, implícita o inferida, si se quiere, del mundo compartido que exige ciertas limitaciones a fin de hacer válidos los deberes de no dañar y, consecuentemente, de compensar.

⁸³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2020), *El fundamento del derecho de daños. Una propuesta*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores, p. 27.

enfrentamos a la necesidad de reparar *integralmente* un daño por violaciones a los derechos humanos cuando tenemos instituciones como la prescripción? Tal vez la prescripción no cabría en una definición estricta de norma de distribución; sin embargo, es una norma que se ha entendido de manera transversal como un elemento clave para la seguridad jurídica y la consolidación de ciertas situaciones con la finalidad de contribuir a la paz social. Una derivación forzada de esto, si se quiere, son las leyes de amnistía que pretendieron pacificar a la sociedad posterior a algunas dictaduras en América Latina. Al ser reglas de “consolidación”, bien podría predicarse de ellas un carácter distributivo, ya que vienen a sustraer de cualquier posibilidad de discusión un orden de cosas ya establecido. Por lo mismo, el derecho de daños no podría tocar estas abstracciones una vez logradas, si se asume la postura del profesor García Amado. En los hechos, esta tesis no responde a necesidades de verdad y reparación básicas, porque el principio de reparación integral tiene dimensiones más profundas que solo ajustar inconvenientes propios de la justicia correctiva, sino que tiene un componente público que es más relevante todavía y que involucra no solamente un examen a nuestro sistema jurídico contra sus limitaciones intrínsecas, sino que también implica una conversación con elementos supraconstitucionales.

Toda la discusión anterior sobre la naturaleza y la función de la responsabilidad extracontractual nos abre la puerta a una discusión secundaria sobre su función, la cual también puede ser extrapolada a situaciones que contienen elementos propios de la justicia transicional en países que, como en el nuestro, deben adecuar sus respuestas jurídicas frente a daños que trascienden la esfera relacional convencional en la que se desenvuelve el derecho de daños en la práctica, dado que se trata de daños ocasionados en contextos de violaciones masivas a los derechos humanos.

La primera de estas reflexiones es la de HERSHOVITZ, quien reseña la función de la responsabilidad a partir de la idea de esta como un sustituto para la venganza⁸⁴. Bajo esta premisa, la práctica del derecho de daños estaría orientada más bien a un intercambio económico con la finalidad de evitar que el demandante obtenga una satisfacción por otros medios. Esta sería una de las formas, de acuerdo con este

⁸⁴ HERSHOVITZ, Scott (2014), *Tort as a substitute for revenge*, en OBERDIEK, John (ed.), *Philosophical foundations of the law of torts*, Oxford, Oxford University Press, p. 87. El caso que motiva la reflexión corresponde a *Alcorn v Mitchell*, de 1872, que enfrentó a dos personas en distintos momentos. El primero, en el que Alcorn demandó a Mitchell por una intrusión en su propiedad (*trespass*) sin éxito. Luego, al terminar ese juicio, y en presencia de los jueces de la corte, Alcorn escupió en la cara a Mitchell, por lo que este lo demandó por agresión (*battery*), obteniendo una indemnización de USD 1.000.- de la época.

autor, de imaginar el derecho de daños como un sustituto. Otra forma corresponde a entender que la demanda por daños *es* una suerte de venganza. Finalmente, una manera adicional corresponde a considerar que las demandas son un sustituto a la venganza porque estas pueden ser utilizadas para el mismo propósito⁸⁵.

Este último aspecto está relacionado con la idea de que el derecho de daños sirve como un desincentivo, del mismo modo que la regulación y los delitos lo son. También analiza el derecho de daños y la venganza como elementos mediante los cuales es posible obtener justicia correctiva. La justicia correctiva, como hemos visto anteriormente, permite subsanar relaciones particulares en términos básicamente aritméticos, por lo que en una situación que no implique reubicar ciertos bienes, o retrotraer ciertas transacciones, una visión desde este tipo de justicia no es capaz de dar una respuesta adecuada sobre la naturaleza del derecho de daños. De acuerdo con Hertshovitz, parte del problema reside en que el agente dañador no siempre obtiene una ganancia con su hecho que sea equiparable a una pérdida del dañado⁸⁶. Esto nos vuelve sobre el problema apuntado antes, sobre la insuficiencia de la óptica netamente correctiva para lidiar con situaciones en donde corresponde observar la interacción injusta que da origen a un daño. En palabras de Hershovitz, y apuntando a un elemento central en el entendimiento del daño:

“The Aristotelian picture holds a false promise. It makes it seem like we can get back where we started; we just have to rejigger the line. But we can never get back where we started. When one person wrongs another, the wrong is part of our history, indelibly, and the challenge is to figure out how to go on, not how to go back”.

Dado que la responsabilidad extracontractual no puede hacerse cargo de restablecer una línea temporal suprimiendo un hecho, lo que es necesario es establecer las condiciones bajo las cuales puede *reparar* un daño que será, como señala este autor, parte de la historia. En este orden de ideas, la sola idea de justicia correctiva no puede entregar toda la respuesta⁸⁷. Se hace necesario indagar un poco más en la función pública de la responsabilidad.

⁸⁵ Ibid., p. 88.

⁸⁶ Ibid., p. 90.

⁸⁷ Aun cuando Hershovitz considera que lo ocurrido se enmarca específicamente dentro del concepto de justicia correctiva, lo que ocurre con el caso planteado corresponde también a una especie de performance, un mensaje público que sustituye la venganza pero que se expresa en términos comunicativos. Este mensaje estaría dado en la compensación, la que tiene un propósito precisamente comunicativo. Como sostiene en conclusión (p. 102): *“Tort is structured to do corrective justice. But its capacity to do corrective justice is not just a function of its structure. Justice is not just about who has what,*

Un elemento central en la venganza, y derivado de este afán correctivo, es la *igualdad*⁸⁸. Como indica MENKE, en una segunda parte de la reflexión antes apuntada:

*“La venganza es justicia, puesto que alcanza a quien la merece. Sigue la ley de la igualdad; se paga de manera vengativa con la misma moneda (...) La venganza es justa, porque es justificada. La venganza no es una primera acción, sin fundamento, sino una segunda; es la respuesta a una infracción, una respuesta que debe ocurrir (y por ello es considerada como enviada por los dioses) porque, o cuando, la infracción es una transgresión desmedida del orden justo”*⁸⁹.

La idea, en cierto modo, se asemeja a la planteada antes, pero a diferencia de ella, el derecho no se erige aquí como un *sustituto* para la venganza, sino que una forma de neutralizar la violencia que esta encierra en su propia operación. Tanto Hershovitz como Menke ven en la venganza una forma de violencia; sin embargo, Menke predica esta misma violencia del derecho que absorbe a la venganza en virtud de la justicia⁹⁰, agregando un componente de reconocimiento a la interacción entre dos partes que trasciende la frontera de un intercambio privado, que sería lo propio de la venganza. Por lo tanto, el tránsito de la justicia que ofrece la venganza a la justicia que ofrece el derecho pasa por una consideración que, tal como se ha tratado en este trabajo, obedece a criterios relacionales:

“La ruptura con la justicia de la venganza y el ingreso en la justicia del derecho exige de los adversarios que se vean a sí mismos como partes. Esto significa dos cosas: exige de ellos reconocer a la otra [parte] y al otro. Exige de ellos verse a sí mismos como una parte y a la otra también como una, como una segunda parte, y que ambas sean oídas

and courts do not do justice just because they move money around in response to wrongdoing. They do justice, when they do, through the messages that they send about our relations to one another”.

⁸⁸ HERSHOVITZ, ob. Cit., p. 95.

⁸⁹ MENKE, Christoph (2020), *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*, Buenos Aires, Siglo XXI, p. 68.

⁹⁰ Ibid., p. 111: *“El derecho es violencia también de acuerdo con su propio concepto. En sus fallos, y sobre todo en sus castigos, el derecho vulnera al vulnerador. Esta (contra) vulneración es la definición común a la justicia de la venganza y del derecho. De acuerdo con su propio concepto, el derecho está justificado a actuar de esta manera, incluso comprometido a ello, en tanto juzga y castiga en nombre de un universal que es lo propio del condenado y el castigado. El derecho juzga y castiga en nombre de la justicia, no como estado del mundo (en contra de cuya alteración se dirigen la venganza y el sacrificio por medio de acciones desmesuradas), sino como igualdad de los ciudadanos”.* Vinculado a esto, es sumamente interesante el desarrollo de la noción de *“destitución del derecho”*, a partir de Walter Benjamin, como una etapa de ruptura del derecho, de liberación de su violencia originaria (p. 129), proceso que solo puede ser alcanzado mediante un la autorreflexión del derecho, es decir, la educación que lo despoja de su incapacidad de ver y acoger lo no-jurídico, para poder absorber esa *“otredad”* (pp. 133-135).

*por igual. Y exige también de ellos verse a sí y al otro como partes que en su litigio son incapaces de ofrecer un juicio justo, y que solo pueden recibirlo de alguien más: de otro, que no solo es otro más, otra parte, sino que es categorialmente distinto a ellos; otro que no es una parte: el otro*⁹¹.

La estructura descrita aquí es consistente con una idea relacional del derecho de daños, orientada a restaurar interacciones injustas, y obliga también a pensar ciertos aspectos particulares del derecho de daños frente a situaciones que escapan a lo convencional, como ocurre con las violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Por lo mismo, parece relevante ocuparse de un aspecto muy fundamental de la respuesta jurídica frente a las agresiones contra la dignidad humana, que es el principio de reparación integral. Una vez analizado el contexto general del sistema de responsabilidad extracontractual, y entendido también cómo este opera como un mínimo civilizatorio frente a la violencia que engendra la venganza, es necesario reflexionar acerca de cómo puede articularse una solución que dé cuenta de la dimensión histórica de la falta y que también permita posicionar el reconocimiento mutuo de cara al futuro. Para entrar al estudio del principio en cuestión, se debe tener en cuenta, de acuerdo con ROJAS y SHAFTOE, que el concepto de *justicia transicional* engloba todos los elementos, políticos y jurídicos y, dentro de estos, judiciales y extrajudiciales, con los cuales una sociedad hace frente a las atrocidades del pasado⁹².

Para hablar de reparación integral, debemos volver sobre la estructura entregada por Papayannis acerca de la conjunción entre derechos y deberes primarios y secundarios. A partir de esta interacción podemos ver, en una primera etapa, que todos gozamos de una prerrogativa de indemnidad, por decirlo de algún modo, vinculada al necesario reconocimiento que nos debemos en tanto miembros de una comunidad. De aquí fluye el principio, o norma implícita, de *no dañar a otro*. Cuando hablamos de la reparación, entonces nos situamos en el extremo opuesto, ya que

⁹¹ Ibid., p. 76.

⁹² ROJAS y SHAFTOE, ob. Cit., p. 9. Si bien existe una idea asentada sobre la inconmensurabilidad del daño que producen las violaciones a los derechos humanos, estos autores hacen presente la dimensión simbólica que puede alcanzar la categoría de reparaciones (que se sitúa junto a otros elementos, como la verdad, la memoria, la justicia y las garantías de no repetición), p. 16: “*These measures are palliative and can never repair completely the farreaching impacts of human rights abuses. Part of their value is that, through reparations, the state is officially recognizing victims and committing through public policies to repair, to the extent possible, the damage caused. The difficult part of reparations policies is not merely implementing them but creating policies which victims perceive as compensatory for the harms caused. Victims want to see at the very least that society has tried to repair the damage done. It is therefore crucial that victims and civil society play a role in the design of reparations programs*”.

presuponemos la ocurrencia de un hecho que ha quebrantado este reconocimiento mutuo. Por lo tanto, surge un derecho y obligación de carácter secundario, que sería el derecho a ser indemnizado, y su correlato en la obligación del agente dañador de compensar.

En consecuencia, es necesario entender los límites de la reparación para poder establecer una respuesta satisfactoria frente al daño. Estos límites son lo que se trata, normalmente, como reparación *integral*, y que parece definir en su totalidad la finalidad perseguida por el derecho de daños. Desde un punto de vista propiamente civil, se ha contextualizado de la siguiente manera:

“Éste es el principio esencial que en derecho francés domina la materia, presentado bajo expresiones diversas, que varían en función de los autores. Se habla en ocasiones del ‘principio de equivalencia entre daño y reparación’, del ‘principio de reparación adecuada al perjuicio’ o aun del ‘principio de equivalencia cuantitativa’ entre el perjuicio sufrido y la reparación concedida. Sobre estos diferentes vocablos prevalece una idea: reparar íntegramente es, ante todo, conceder a la víctima la indemnización de todos los tipos de perjuicios sufridos cuya reparación se exige, sin tener en consideración la gravedad de la falta de la que tales perjuicios derivan. Es igualmente, aunque se olide en ocasiones, no ofrecer a la víctima más que la compensación del perjuicio: la reparación no puede exceder del perjuicio efectivamente sufrido y excluye, en consecuencia, los daños e intereses punitivos. Reparar íntegramente es reparar todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio”⁹³.

La definición entregada anteriormente, si bien sigue una idea intuitiva de lo que debe ser la reparación, no parece responder satisfactoriamente a la pregunta sobre los límites que debe tener, o si estos límites deben ser igualmente aplicables a todo tipo de reparación. El mismo autor fija ciertas líneas para fijar el ámbito de la reparación en una perspectiva más bien correctiva, al decir que:

“La aplicación del principio de reparación integral plantea, sin embargo, algunas dificultades. En primer término, desde una perspectiva semántica deben ser trazados los contornos de la reparación, a fin de comprender qué ha de entenderse exactamente por tal principio. Estamos convencidos de la necesidad de adoptar una acepción estricta, que permita distinguir la reparación de algunas nociones vecinas, como la prevención, la cesación de la situación ilícita o la punición. Reparar no es castigar, no

⁹³ CLERC-RENAUD, Laurence (2019), *El principio de reparación integral confrontado con las funciones de la responsabilidad civil: origen, fundamento y valor constitucional*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 66.

es hacer cesar una situación contraria a derecho que está en el origen del daño ni es prevenir su producción. Sin embargo, la evolución contemporánea de la responsabilidad, a través de las proposiciones doctrinales, parece revisitar ciertas funciones de la responsabilidad civil, difuminadas por la función principal de la reparación; concretamente, la función de prevención y la función de punición, que debemos confrontar con el principio de reparación integral”⁹⁴.

DOMÍNGUEZ⁹⁵, por su parte, puntualiza que, debido a la evolución de los derechos de la persona, existe una zona que es todavía imposible de cuantificar bajo esta fórmula estricta: la de los daños extrapatrimoniales. Para explicar esta insuficiencia, vuelve sobre el concepto mismo de reparación, el que ha sido entendido en una noción clásica como una reparación por equivalencia, lo que supone una traducción de todo daño en una suma de dinero. El centro de su argumento está en darle un entendimiento más amplio a la idea de reparación, asumiendo desde un principio la incapacidad para reflejar o contener *todo* el daño causado por una acción determinada⁹⁶. Este espacio de indeterminación, por muy pequeño que sea, nos muestra precisamente que las condiciones normales en las que se mueve el derecho de daños bajo una lógica de justicia correctiva no entrega las herramientas metodológicas necesarias para sustentar la finalidad que esta misma reclama⁹⁷. Es

⁹⁴ Ibid., p. 67.

⁹⁵ DOMÍNGUEZ, Carmen (2019), *Contenido del principio de reparación integral del daño: algunas consecuencias, en especial para el daño moral*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 104.

⁹⁶ Ibid., p. 111: *“La reparación, entonces, debe ser tomada como el esfuerzo que el derecho hace por otorgar la mejor compensación posible, aunque sin que ello garantice hacer desaparecer de modo absoluto el daño. Ello, sea que se trate de daño material o moral, porque la noción es única, lo que permite dar unidad al concepto, permitiendo que la responsabilidad civil pueda cumplir con su función. Es a lo que apunta precisamente el principio de reparación integral”*.

⁹⁷ Siguiendo a LUHMANN, Niklas (2005), *El derecho de la sociedad*, 2.^a Ed., México, Herder, p. 68, cuando dice que “[e]sto lleva directamente a afirmar: el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no”. El proceso que, en los términos de Menke podría verse reflejado en la autorreflexión del derecho, aquí se muestra como una operación intra-sistema en la que la lógica propia del derecho es la que va determinando la forma en que, a partir de la autorreferencia, se reproduce en orden a proporcionar una determinada solución. Esta cualidad, o *clausura operativa* del sistema es la que permite distinguir al sistema de su entorno (p. 99-100): *“Primero, pues, se hace necesario aclarar qué es lo que debe observarse (aunque se pretenda investigar las interdependencia entre sistema y entorno). Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo, para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno”*. Esta reflexión es importante

decir, al hablar de reparación *integral* estamos sumando una dimensión extrapatrimonial que elude la definición clásica de equivalencia patrimonial, lo que nos obliga a asumir una perspectiva argumentativa más amplia que nos provea de herramientas que puedan recoger esta dimensión no patrimonial del daño. Lo contrario implicaría dejar interacciones sociales desalojadas de un correlato jurídico que imponga ajustes en términos distributivos, lo que en definitiva impediría que el concepto de reparación se construya en plenitud.

La mutación del concepto nos permite vincular el principio de reparación integral a la misma idea de reconocimiento. En este sentido, el esfuerzo implica introducir y darle un sentido más consistente a la idea de daño, de manera que la reparación *integral* sea precisamente coherente y *responsiva* a él.

Esta posibilidad de autorreflexión y mutación normativa (*autopoiesis*) encuentra límites estrechos cuando lo observamos desde la convencionalidad propia del Derecho Civil. Domínguez, por ejemplo, parte de la base de la existencia de una prelación en cuanto a las finalidades propias del derecho de daños, al decir que “*lo que la responsabilidad civil impone es un deber de reparación que se cumple, en primer lugar, por la reparación específica o in natura y, sólo ante la inexistencia de mecanismos resarcitorios que así lo permitan, procede la reparación por equivalente, esto es, la acción indemnizatoria*”⁹⁸. Esta ambición parece sostener una idea de daño que siempre es identificable y cuantificable, y se basa en una noción del derecho de daños que busca retrotraer situaciones dañosas, cuando la realidad muestra que existe una serie de hipótesis bajo las cuales no hay ninguna posibilidad de retrotraer lesiones a determinadas reglas de comportamiento, sean estas implícitas o explícitas para determinadas situaciones. Como dice PAPAYANNIS:

en el sentido de que expone, en clave sistémica, la manera en que el derecho logra reproducir ciertas operaciones mediante la autoobservación. Esta forma de observación o autorreferencia posibilita el cambio de estado en el sistema, lo que podría extrapolarse a la forma en que el principio de reparación transita desde el momento en que observa sus propias limitantes para responder al problema de sus límites de comprensión bajo una fórmula estricta de justicia correctiva, para producir un cambio en el cual el principio se torna más comprensivo.

⁹⁸ DOMÍNGUEZ, Carmen (2019), *Campo de aplicación de la reparación integral: situación en el derecho chileno*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 476. Más adelante, al tratar los matices al principio de apreciación prudencial del año, la autora explica que “*no admitiéndose abiertamente entre nosotros ni el uso punitivo ni el simbólico de la condena pecuniaria, el monto fijado debe guardar estricta dependencia con la pérdida concreta que se requiere reparar*” (p. 478). Esta afirmación no permite entender qué se refiere cuando alude a *la pérdida concreta*, pero parece suponer que en cada caso existirá una manera de determinarla.

“El pasado no puede ser alterado y, por tanto, tampoco puede el daño ser eliminado o borrado de nuestro historial personal de causación y sufrimiento. El ideal de dejar a la víctima en la posición que se encontraría de no haberse producido el daño solo puede ser fuente de frustraciones. El daño, la falta de respeto o el dolor causados en las interacciones injustas no pueden ser completamente erradicados del mundo. Más humano es reconocer estas limitaciones y aspirar a un remedio siempre imperfecto, el mejor posible asumiendo que el futuro siempre estará encauzado por los acontecimientos que le preceden”⁹⁹.

Esta aproximación parece más adecuada para enfrentar, en los hechos, la existencia de interacciones dañosas en las que el daño se produce no sobre bienes materiales sino que en la dignidad humana y, por ende, no es posible articular ninguna explicación aritmética que permita *retrotraer* situación alguna, sino que simplemente llevar la discusión a una dimensión reparatoria que dé cuenta de la obligación de reconocimiento implícito que lleva.

Asumiendo esta imposibilidad de demostrar el dolor, tanto para el que lo padece como para quien lo niega, Papayannis concluye que tenemos una *autoridad epistémica* exclusiva sobre el dolor propio. Esto significa, en sus palabras, que *“todo lo que parece ser dolor es dolor”¹⁰⁰*. El dolor se representa como la consecuencia de una alteración de

⁹⁹ PAPAYANNIS, Diego (2020), *Responsabilidad por el dolor causado y sufrido*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores, pp. 134-135. Complementando esta visión, desde los efectos psicológicos del daño, pueden citarse a KRESNER, Daniel (2017), *Las consecuencias psicosociales de la impunidad para los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos*, en GUEVARA, José Antonio y CHÁVEZ, Lucía (coords.), *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos. Lecciones de América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, p. 72: *“Un tercer nivel de acción de la ley es el de reparador simbólico: si bien la ley y la justicia no devuelven las cosas al estado anterior al delito y al perjuicio que este ocasionó —sobre todo en los casos de delitos graves—, determina qué es lo que sucedió, quién fue el afectado y quién el agresor, sancionando a este último e inscribiendo todo esto en el registro histórico social, esto es en el conocimiento y en la memoria de la comunidad, a través de declaraciones, documentos y actos concretos. Este reconocimiento de la realidad, con la complejidad señalada, constituye una reparación simbólica para los afectados. Esta reparación tiene efectos terapéuticos”*; ROJAS, Paz (2009), *La interminable ausencia. Estudio médico, psicológico y político de la desaparición forzada de personas*, Santiago, Lom Ediciones, *passim*; y CIENFUEGOS, Ana Julia y RAMÍREZ, María José (2017), *Daño psicológico de la represión política en el individuo*, en LIRA, Elizabeth (ed.), *Lecturas de psicología y política. Crisis política y daño psicológico*, Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 128 y ss.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 148.

ciertas normas de interacción, en donde el carácter *injusto* del sufrimiento es lo que justifica su reparación¹⁰¹.

Dada la dificultad para cuantificar el sufrimiento, existen diversas alternativas de reparación que permiten exhibir, en primer lugar, esta esencia recíproca en las interacciones que resulta lesionada y, luego, establecer formas de compensación de dicha interacción injusta. Cuando hablamos de justicia transicional, es posible encontrar diversas formas de reparación que contribuyen a reafirmar la dignidad humana¹⁰². En Chile, a partir de 1990, se desarrollaron diversas instancias con una finalidad reparatoria que, no obstante esa finalidad, no han evitado que la dimensión *integral* de la reparación sea nuevamente discutida en sede judicial¹⁰³.

¹⁰¹ Ibid., p. 165. El autor puntualiza que, no obstante aquello, no todo sufrimiento causado injustamente cae es resarcible. Para ello, plantea dos tipos de objeciones, una práctica, relativa a lo poco apropiado que sería dejar que el ámbito de la responsabilidad alcance todos los aspectos de la vida en sociedad, y otro de justicia, relacionado a lo poco deseable que sería permitir que la responsabilidad fuera, en cierto modo, eterna, y además es la víctima quien mejor puede gestionar las consecuencias remotas de esta interacción lesiva.

¹⁰² En este tipo de situaciones, que abarcan no una interacción en particular, sino que una serie de actos dirigidos por agentes del Estado, se introduce el concepto de *reconciliación* como parte de las metas de cualquier política de transición. Las dificultades para conceptualizarla son apuntadas por VAN DER MERWE, Hugo (2023), *Una perspectiva global de la investigación sobre la reconciliación: reflexiones desde el ámbito de la justicia transicional*, en RETTBERG, Angelika y UGARRIZA, Juan Esteban (comp.), *Reconciliación. Experiencias en Colombia y el mundo*, Bogotá, Ediciones Uniandes, p. 8, en la que menciona 6 desafíos para darle un significado al concepto: “1. La reconciliación significa cosas diferentes para cada persona. La relación ideal hacia la que debería trabajar una comunidad o sociedad suele ser definida de forma muy diferente por las distintas partes interesadas. (...) 2. La naturaleza del conflicto (especialmente después de un acuerdo de paz) puede cambiar drásticamente y crear nuevas formas de compromiso entre los grupos y nuevas tensiones entre las partes interesadas que no existían anteriormente. La introducción de formas de gobierno democráticas puede, por ejemplo, hacer que el conflicto deje de centrarse en las tensiones entre grupos y pase a centrarse en la relación entre un grupo concreto y el Estado. Lo que parece una reconciliación a un nivel puede ser simplemente una mutación del conflicto en otra forma de división política. 3. Los conflictos a gran escala y la violencia sistémica destruyen una serie de vínculos sociales dentro de la sociedad, incluyendo los vínculos interpersonales, comunitarios, laborales, políticos, etc. (...) 4. El conflicto confunde el paisaje imaginario de lo posible. (...) 5. La reconciliación es un término muy cargado moralmente que invoca respuestas normativas dominantes en un contexto de profunda contención normativa, de confusión y de flujo. (...) 6. Confiar en la opinión y no en el comportamiento real para medir la reconciliación puede ser bastante engañoso. Este es el caso, en particular, de las cuestiones emocionales que se ven afectadas por el miedo y la desinformación”.

¹⁰³ Mediante el Decreto Supremo N.º 355 de 1990, del Ministerio de Justicia, se creó la Comisión de Verdad y Reconciliación, de la que surgió el denominado “Informe Rettig” en 1991; a su vez, la Ley N.º 19.123 de 1992 creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la que generó un informe publicado en el año 1996; posteriormente, mediante el Decreto Supremo N.º 1.040 de 2003, del Ministerio del Interior, se creó la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), que publicó sus respectivos informes en los años 2004 y 2011. Una reseña de la cronología

Sobre esto, y en contra de la opinión predominante en la dogmática civil, VARGAS alude al surgimiento de un *derecho fundamental a la reparación*, producto de la conversación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁴. En este contexto, la reparación se entiende como una categoría mutable que permite responder frente a los daños de un modo más adecuado a los problemas que plantean situaciones como las violaciones a los derechos humanos:

“Así, se prefiere aludir a la ‘reparación’ como un género que abarca tanto a las especies pecuniarias, particularmente la indemnización, como a las no pecuniarias, de las que

de la manera en que se dieron los esfuerzos para alcanzar un cierto nivel de verdad en Chile, y algunos problemas que han dificultado lograr realmente una situación de *reconciliación*, en GARCÉS, Magdalena (2017), *Investigación, procesamiento y castigo de la desaparición forzada de personas en Chile: Avances, dificultades y desafíos*, en GUEVARA, José Antonio y CHÁVEZ, Lucía (coords.), *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos. Lecciones de América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, pp. 177 y ss. Una crítica acertada sobre la forma discursiva utilizada en la creación de la primera comisión en PÉREZ, Carlos José (2009), *El Genocidio en Chile: La construcción sociodiscursiva de la verdad*, en FEIERSTEIN, Daniel (coord.), *Terrorismo de estado y genocidio en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, pp. 186 y ss. El autor sostiene que “[s]i bien no le es posible igualar las prácticas de resistencia política con las actividades represivas del régimen, en lo que hace a sus efectos en el conflicto social desatado tras el golpe, este discurso produce una homología a nivel de las categorías de clasificación jurídica al subsumirlas bajo una misma tipificación: violaciones a los derechos humanos. La única distinción que establece es la de haber sido cometidas por agentes del Estado o a su servicio —como los miembros del Movimiento Nacional Patria y Libertad: organización paramilitar de corte fascista—, o por particulares bajo pretextos políticos. Cabría preguntarse: ¿por qué no considerar para su tratamiento legal las prácticas de las organizaciones armadas de izquierda contra el régimen golpista como delitos comunes?”, lo que vendría a reproducir las categorías propias de la doctrina de la Seguridad Nacional y que, en cierto modo, desvirtúa la finalidad *reparatoria* de dichos instrumentos. Por otra parte, LIRA, Elizabeth (2008), *La política de reparación por violaciones a los derechos humanos en Chile*, en DÍAZ, Catalina (ed.), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*, Colombia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, p. 72, al dar cuenta de las distintas formas de reparación desplegadas por las iniciativas mencionadas, señala como una modalidad de reparación la generada a partir de las demandas contra el Estado, haciendo presente que “no se ha zanjado la discusión legal acerca de la incompatibilidad entre esta modalidad y los programas de reparación. En fallos recientes, la Corte Suprema se ha pronunciado en contra de alguna indemnización por la vía de dichas demandas, considerando que las víctimas habían sido debidamente reparadas por los programas existentes”, lo que nos enfrenta nuevamente a la cuestión sobre la extensión de la reparación cuando debemos entenderla con una finalidad *integral*, lo que será abordado a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema más adelante.

¹⁰⁴ VARGAS, Alexander (2020), *Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el Derecho privado*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores, p. 60.

hacen parte las llamadas medidas de satisfacción, garantías de no repetición, rehabilitación y restitución”¹⁰⁵.

Esta forma de entender el concepto de reparación permite dar cuenta también de un enfoque *autopoiético*, en la forma establecida por Luhmann, en el sentido de que la institución logra reproducir una variante de acuerdo a ciertas vertientes interpretativas. Si bien el autor aquí citado discute estas tensiones bajo un prisma de derecho privado, es importante tener en cuenta que los límites de las posibilidades interpretativas surgen, precisamente, cuando nos aproximamos a situaciones inconmensurables. Cuando trata el asunto bajo los posibles remedios, VARGAS señala las deficiencias al plantear una supuesta equivalencia con el daño que se pretende subsanar:

“No obstante lo anterior, habría que considerar ciertas dificultades que tiene afirmar que el remedio está limitado por el derecho infringido, particularmente, porque existen casos en los que la determinación del derecho resulta especialmente difícil —si no imposible— y que por tanto problematizan que la medida del remedio se predique como ajustada a la medida de lo que fue dañado, dado que lo dañado resulta muy complejo de evaluar cualitativa o cuantitativamente. Estas dificultades aparecen con claridad en el caso de los daños o perjuicios morales, o en general en el caso de los daños extrapatrimoniales”¹⁰⁶.

Esta afirmación deja ver un alto nivel de honestidad frente a lo inefable del daño, lo que contrasta de lleno con la postura típicamente civilista según la cual la fórmula *reparación integral* debe explicarse a sí misma, incluso en los límites que la dogmática no logra sistematizar, recurriendo al argumento de equivalencia aritmética entre una situación (daño) y su consecuencia (remedio).

Sin perjuicio de que el análisis de jurisprudencia que interesa a este trabajo se refiere a la Corte Suprema, es importante introducir en este punto el contraste entre una postura más bien retrógrada frente a la problemática anunciada por Vargas, versus una interpretación que busca hacerse cargo de esta interacción entre distintos niveles interpretativos que exigen un ejercicio autorreflexivo destinado precisamente a identificar, por una parte, qué es lo que *debería* formar parte del derecho aplicable y, por otra, a aplicarlo específicamente en casos en donde confluyen distintas

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., p. 66.

instituciones jurídicas que enturbian el carácter integral de la reparación. Para ello, se citarán dos fallos.

El primero de ellos es el recaído en el rol C-9920-2020 del 24.º Juzgado Civil de Santiago, caratulado “González con Fisco”¹⁰⁷. De acuerdo con los hechos de la causa, el demandante acciona contra el Estado por una suma de \$500.000.000.- por concepto de daño moral derivado de hechos cometidos por agentes del Estado en su contra. Relata haber sido víctima de una detención arbitraria y de distintas vejaciones el año 1973, a la edad de 17 años. No es necesario reproducir los detalles del caso, ya que el solo hecho de la edad al momento de su detención muestra el carácter inhumano de los actos cometidos durante la dictadura cívico militar y nos permite también volver sobre las reflexiones anteriores acerca de la naturaleza del mal causado por agentes estatales. La defensa fiscal, como suele ocurrir en este tipo de causas, opuso excepción de reparación integral, dando cuenta de todos los programas que indica como parte de la *justicia transicional*, aludiendo a una supuesta incompatibilidad de estas con la pretensión indemnizatoria del demandante. En adición, opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción, sustentándola en las normas que rigen la materia en el Código Civil.

El tribunal, al relacionar la prueba rendida, da por acreditado el carácter de prisionero político del demandante en los términos de la demanda deducida, así como también el hecho de que este ha sido beneficiado con este paquete de medidas de justicia transicional a las que aludió la defensa fiscal. Al abordar este primer punto, el tribunal cita el artículo 2 de la Ley N.º 19.123 que, al tratar las funciones de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, dispone en su numeral 1:

“Promover la reparación del daño moral de las víctimas a que se refiere el artículo 18 y otorgar la asistencia social y legal que requieran los familiares de éstas para acceder a los beneficios contemplados en esta ley”.

De esta redacción el tribunal desprende como algo *evidente* que el objeto de ellas es precisamente reparar el daño moral, clausurando toda posibilidad de debate al respecto. Así, acoge la excepción de reparación integral agregando un argumento adicional:

“DÉCIMO TERCERO: Que conforme a lo asentado precedentemente y lo reconocido por el acto en el proceso, debe tenerse por efectiva la reparación integral que ha efectuado el Estado del daño moral sufrido por aquel, con motivo de las torturas

¹⁰⁷ Sentencia de fecha 10 de junio de 2022.

y prisión política que padeció de parte de agentes del Gobierno Militar en Dictadura, reparación que de acuerdo a las circunstancias y la capacidad económica del Estado de Chile, debe estimarse suficiente, considerando, por una parte, que las torturas y dolor infringido al demandante, jamás podrían ser reparadas con suma alguna, pero también por otro lado, que el Estado también ha sido víctima de un gobierno de facto, que alteró la institucionalidad, precisamente, por los órganos llamados a defender al Estado y a las personas que lo componen, no pudiendo, entonces, responsabilizarse en forma exclusiva al Estado de Derecho de tales actos, quien de la misma forma estaba impedido de defender los derechos de sus ciudadanos y demás miembros del pueblo que lo conforman”.

Este curioso argumento aglutina distintas cuestiones. El primer punto que se debe tomar en cuenta es que el tribunal, haciendo suya la tesis fiscal, argumenta a partir de las “*circunstancias y capacidad económica del Estado de Chile*”, cuestión que nos hace presumir que, a juicio de este, la protección a los derechos fundamentales está restringida únicamente a posibilidades materiales determinadas. Incluso si compartiéramos esta visión, el tribunal no entrega ningún elemento para definir cómo llegó a la convicción de que el Estado había extremado esas capacidades, lo cual debilita la conclusión sobre que, en virtud de aquello, debería estimarse suficientemente reparado el demandante. En segundo lugar, hace presente que, en efecto, existen situaciones como las que motivaron la demanda, las que apuntan a daños en un sentido inconmensurable, de manera que, como sostiene, “*jamás podrían ser reparados con suma alguna*”, pero luego, en un giro argumentativo radical, diluye la responsabilidad del Estado disociando el daño producido por agentes del Estado que, en el ejercicio abusivo del poder, también estaban dañando al Estado. Es decir, a juicio del tribunal, el Estado también fue *víctima*, de modo que, al desplegar una violencia organizada y sistemática en contra de un grupo bien definido de personas, estaba siendo a su vez lesionado, de manera que la responsabilidad debe matizarse dada esta abstracción, cuestión que implica que la única víctima de la causa, a saber, el demandante, debe en cierto modo soportar el daño con el mismo Estado.

Luego de relativizar el daño acusado por el demandante mediante este ejercicio argumentativo, y teniendo en cuenta los diversos programas que mostrarían una intención reparadora del Estado, el tribunal concluye que la reparación ya ha logrado alcanzar un nivel tal que pueda ser calificada como *integral*, siendo este el principal motivo de rechazo de la demanda.

A continuación, el fallo discurre sobre el carácter de *institución universal de orden público* de la prescripción, “puesto que cuando la ley estima que determinada relación jurídica amerita no extinguirse a través de la prescripción liberatoria, lo señala expresamente, como en la acción de reclamación de estado civil, la acción de partición, etc.” (Cons. 18.º), para luego articular el siguiente razonamiento:

“VIGÉSIMO SEGUNDO: *Que dicho lo anterior, la verdad es que a contrario de lo postulado por la parte demandante, no existe norma alguna dentro de nuestro ordenamiento jurídico que establezca la imprescriptibilidad de las acciones civiles emanadas de hechos que puedan revestir responsabilidades civiles, y en particular, no existe norma alguna que establezca que la acción de reparación por la responsabilidad objetiva del estado, por la intervención de los órganos que lo conforman, o específicamente, por delitos de tortura y prisión política, sea imprescriptible. A mayor abundamiento, ninguno de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por nuestro país, establecen que una acción civil sea imprescriptible. Lo único de carácter imprescriptible, que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico es la persecución de delitos de lesa humanidad, que como ya se ha dicho, se refieren solamente a la persecución penal de tales delitos, pero no a las indemnizaciones de carácter civil, que de ellas pudieran emanar”.*

Dicho eso, acoge la excepción de prescripción, no si antes hacer una última reflexión sobre la entidad del daño moral, que a juicio del tribunal no se encontró debidamente acreditado, al hacer presente que incluso si “se hubiera acreditado el daño moral reclamado en su totalidad, aun así, no podría haberse accedido al monto demandado, ya que la cifra pretendida, resulta evidentemente desproporcionada y carente de objetividad, probablemente influenciado por el carácter de prisionero político que tuvo el acto y porque, además, hubiera implicado un enriquecimiento sin causa” (Cons. 35.º).

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago, al conocer de la apelación deducida¹⁰⁸, reordena los argumentos, haciéndose cargo primero de la excepción de prescripción y luego la de reparación integral. Respecto a la primera, fija el problema en la necesidad de dilucidar “si corresponde o no afirmar un estatuto de imprescriptibilidad integral aplicable no sólo en el ámbito de la responsabilidad penal, sino también en el ámbito civil de las indemnizaciones en materia de crímenes de lesa humanidad o, si por el contrario, incumbe restringir la imprescriptibilidad sólo a las acciones penales, debiendo en consecuencia aplicarse a las acciones civiles la prescripción conforme la regula el derecho privado” (Cons. 2.º). Luego de introducir el problema, es posible notar que la

¹⁰⁸ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 10.161-2022. Sentencia de fecha 20 de octubre de 2022.

Corte de Apelaciones expande el espacio en donde se debe razonar en torno a la acción reparatoria, ya que esta deriva de un contexto de violación a los derechos humanos por la comisión de delitos de lesa humanidad. Al estar estos regulados principalmente por instrumentos internacionales, corresponde elevar el estándar con el cual se evalúa la demanda. Es interesante destacar que, como principio metodológico de asignación de responsabilidad al Estado, la Corte de Apelaciones realiza la siguiente afirmación:

“La fuente de la obligación de reparación del Estado se funda no sólo en la Constitución Política de la República, sino también en los principios generales del Derecho Humanitario recogidos en diversos Tratados Internacionales suscritos por Chile, los que deben primar por sobre el Código Civil” (Cons. 2.º).

Siendo, entonces, reconducida la controversia hacia el bloque de convencionalidad, el razonamiento seguido por la Corte de Apelaciones borra las limitaciones hermenéuticas a las que se sujetó el tribunal a quo para excluir cualquier aplicación de normas o principios de orden internacional. Asimismo, la Corte de Apelaciones, a diferencia del tribunal a quo, pondera las instituciones en juego en torno a la finalidad que ambas cumplen, situando el problema en el derecho público. Luego de reseñar el origen y desarrollo de la Corte Penal Internacional (que permitiría entender por qué no corresponde hacer la distinción entre asuntos civiles o penales para efectos de determinar la imprescriptibilidad de las acciones), niega que la prescripción sea una institución *absoluta y universal*, ya que cuando se trata de violaciones de derechos humanos se habla de un bien jurídico que *“está en un plano superior”*, siendo este la dignidad humana.

Al tratar la reparación integral, la Corte de Apelaciones efectúa una primera distinción entre la responsabilidad civil y los mecanismos indemnizatorios que han sido establecidos normativamente, que en el caso de la Ley N.º 19.123, no sería un instrumento indemnizatorio propiamente tal, sino que más bien un instrumento de carácter asistencial o previsional. No reuniendo las características que la identifican como una indemnización, queda por resolver el aspecto integral de la reparación que se demanda, para lo cual la Corte de Apelaciones tiene como probada la existencia de un daño físico y moral a partir de los antecedentes médicos que se acompañaron en el procedimiento, fijando en consecuencia, de manera prudencial, el monto indemnizatorio.

Las dos sentencias permiten graficar las tensiones que se han expuesto a lo largo de todo este capítulo cuando se trata de establecer a qué nos referimos cuando

hablamos del principio de reparación integral. Por una parte, el tribunal a quo, siguiendo un discurso anclado en las instituciones más convencionales del derecho privado produce un efecto de total desconocimiento del sufrimiento del otro, mientras que, por otra parte, la Corte de Apelaciones introduce distintas variables a la operación del sistema con la finalidad de hacerlo evolucionar en función de la protección de la dignidad humana¹⁰⁹, logrando así un efectivo reconocimiento en torno a una interacción injusta. Para esto, se vuelve imperativo dejar un espacio abierto a la interacción entre los distintos niveles del sistema o, dicho de otro modo, es necesario contrastar los conceptos en conflicto a nivel interno con su dimensión externa¹¹⁰. Esta forma de entender el problema y la evolución que supone la

¹⁰⁹ Volviendo a LUHMANN (2005), ob. Cit., p. 304, se produce un proceso evolutivo del derecho. En tanto sistema, la capacidad de reproducirse en base a sus propias reglas es intrínseca al Derecho. Sin embargo, existen instancias en las que se producen cambios estructurales que es compatible con la estructura misma: *“Por consiguiente, la evolución se efectúa cuando se cumplen diferentes condiciones y cuando éstas se acoplan entre sí de manera condicional (= no necesaria), a saber: 1) La variación de un elemento autopoietico respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes. 2) La selección de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones. 3) La estabilización del sistema, en el sentido de mantenerlo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoietica de la forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutación”*.

¹¹⁰ En un modo análogo a la distinción entre *semantic internalism* y *semantic externalism* a propósito de las formas que adopta la interpretación según dónde se entienda el sentido de los signos. Al tratar el problema del uso de jurisprudencia extranjera por los tribunales, MATCZAK, Marcin (2022), *The semantics of openness. Why references to foreign judicial decisions do not infringe the sovereignty of national legal systems*, en KJAER, Anne y LAM, Joanna, *Language and legal interpretation in International Law*, Nueva York, Oxford University Press, p. 67: *“As conceived in semantic externalism, meaning consists in the relatively stable relation which comes to exist between linguistic signs and states of affairs — situations and events. That relation is visible in the instances of use of a given sign: the instances of use create a historical chain, beginning from the moment of the first use and extending through time. Each further use of that linguistic sign is a repetition of that previous relation. As semantic externalists emphasize, ‘The meaning of a human language consists of an intricate relation M between utterance events and other aspects of objective reality, a relation entirely determined by the way the linguistic community uses the language’*”, lo que supone la existencia de una comunidad que comparte cierto sentido en un determinado momento. Ver también GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2023), *Argumentación Jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 159, que alude a esta idea de comunicación como supuesto de *hacer* sociedad y sus implicaciones para la argumentación. Asimismo, todo esto se puede relacionar, nuevamente, a partir de la posición de los tribunales en LUHMANN (2005), ob. Cit., pp. 370-371, cuando problematiza la decisión (la necesidad de decidir) como rol distintivo de los jueces dentro del sistema y cómo la decisión *“presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones”*, en el entendido de que el proceso de decisión implica también una forma en la que el sistema Derecho interactúa con el sistema social en el que está inserto y debe responder en cierto modo a esa sintonía a pesar de ser un sistema que posee una clausura operativa.

interacción entre los distintos niveles del sistema será abordada posteriormente, a propósito de la construcción del principio de reparación integral como norma de *ius cogens*.

Volviendo sobre el argumento desarrollado por VARGAS, es importante reiterar, a propósito de los ejemplos jurisprudenciales expuestos antes, que cuando entramos en el terreno de los daños extrapatrimoniales nos encontramos frente a un horizonte de sucesos que ya está dado en un cierto sentido, por lo que, retomando el argumento de Luhmann, el rol decisorio del juez debe necesariamente hacerse cargo de esta invariabilidad del pasado. Es así como la función de la indemnización toma una profundidad distinta de una hipótesis de mero restablecimiento de circunstancias. De acuerdo con este autor, se despliegan aquí dos posibles entendimientos:

“En este orden, se ha planteado que las indemnizaciones que versan sobre el perjuicio extrapatrimonial pueden cumplir dos funciones diferentes al ideal de equivalencia antes señalado. La primera sería una función satisfactoria en virtud de la cual se afirma que el dinero que se entrega solo pretende algo de alivio o mitigación de ciertos sentimientos para la víctima, como lo defiende Gardner, sin tener la pretensión de ponerla en el estado en que se encontraba. (...) La segunda tesis que se destaca sobre la función de la indemnización del daño moral, o su naturaleza, afirma que este tipo de indemnización tiene un carácter sancionador, esto es, que pretende hacer pagar al infractor por la afectación a este tipo de intereses personales de la víctima, a manera de reproche por su conducta y la importancia de los bienes afectados. Esta última tesis cuenta con pocos adeptos en la tradición continental, principalmente porque se ve en ella una función ajena al sentido reparador del remedio y un enriquecimiento injustificado por parte de la víctima”¹¹¹.

Este último sentido de la reparación puede verse en las ideas más convencionales sobre la reparación, como se explicó a partir de Domínguez, y también puede implicarse a partir de la lectura del fallo de primera instancia reseñado anteriormente.

Concluyendo el análisis, VARGAS explora la posibilidad de considerar las medidas no pecuniarias de reparación como un acto de reconocimiento, lo que permite

¹¹¹ VARGAS, ob. Cit., p. 69. Como indica más adelante, en cualquiera de estos casos “se parte de la premisa de una falta de equivalencia entre el objeto dañado (u objeto del derecho del demandante) y lo dado por el demandado en forma de remedio” (p. 70), cuestión que, como se ha dicho, viene a transparentar el debate sobre el sentido real de la reparación *integral*.

entender en toda su amplitud la idea de que detrás de la responsabilidad extracontractual existe una ruptura injusta de una interacción, lo que se manifiesta con mayor claridad en situaciones como las violaciones a derechos humanos, en donde esta ruptura lesiona directamente la dignidad humana. Lo que está detrás de este tipo de medidas es “*el reconocimiento del otro y el respeto que se le debe como persona, en su posición normativa individual como un igual dentro de una comunidad*”¹¹², que vendría a ser una forma simbólica de restauración que el dinero no logra transmitir adecuadamente. Aquí cabrían medidas como las disculpas, aquellas destinadas a garantizar la no repetición y, en particular en el caso de violaciones graves a los derechos humanos, la memoria como forma de reconstruir las interacciones, requiriendo este un mayor grado de compromiso político¹¹³.

Dicho todo lo anterior, es posible avanzar hacia la comprensión del principio de reparación integral desde una perspectiva más amplia que la propiamente iusprivatista. Una perspectiva que se vuelve operativa a partir del uso de herramientas interpretativas más abiertas y predisuestas a la incorporación de principios y reglas propias del derecho internacional de los derechos humanos.

IV. La construcción del principio de reparación integral como norma de *ius cogens*.

Para vincular el principio en estudio a las normas de *ius cogens*, es necesario exponer de manera breve qué rol le cabe a los principios en el Derecho Internacional, por un lado, y qué significa la categoría de *ius cogens*, y cómo ambos comparten un horizonte común de aplicación.

En el orden internacional, los principios han sido considerados como un elemento no solo integradores, sino que también como un elemento que dota de coherencia al sistema. ANDENAS y CHIUSI sostienen que el derecho consuetudinario y los tratados

¹¹² Ibid., p. 99.

¹¹³ Por la cantidad de aspectos que se entrelazan al construir la memoria de una comunidad luego de sucesos traumáticos. En ese sentido, JEAN, Joannie (2023), *Battles for memory and justice in Chile. Struggles for remembrance, legitimacy and accountability*, Suiza, Springer, p. 21. Citando a Jean-Clément Martin, señala que “*the word memory brings together all the practices of remembrance whose common objective is to revive the past, whether individual or collective, whether through narrative, monument or ritual*”, agregando que se trata todas las formas del pasado que aseguran la identidad del grupo, contribuyendo a la legitimidad del orden actual (p. 22).

son los principales mecanismos generadores de normas en el sistema legal internacional¹¹⁴, siendo la naturaleza flexible de la costumbre la que permite la adaptación a circunstancias cambiantes. La crítica que formulan estos autores, a partir del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹¹⁵ es la tendencia a *domesticar* la costumbre internacional en favor de un cada vez mayor formalismo, mientras que, no obstante la importancia del derecho internacional convencional, su naturaleza necesariamente consensual es su propia limitación estructural.

Frente a ello, se reivindica el rol de los principios como un dispositivo que permite la completitud de los sistemas legales. En términos ya expuestos anteriormente, permitirían la realización misma de la clausura operativa del sistema, ya que provee elementos que permiten reproducir adecuadamente las reglas (autopoiesis) de operación del sistema. De acuerdo con estos autores:

“General principles of law perform mainly — though not only — a gap-filling function. Rather than leaving a decision-making in a ‘state of compulsory blindness’, non liquet can be avoided and legal gaps filled consistently with the existing rules. Completeness is a key feature for the proper functioning of any legal system. In international law (as in other systems), there is not always a ‘clear and specific rule readily applicable to every international situation but [...] every international situation is capable of being determined as a matter of law’. The gap-filling function

¹¹⁴ ANDENAS, Mads y CHIUSSI, Ludovica (2019), *cohesión, convergencia y coherencia del Derecho Internacional*, en ANDENAS, Mads; FITZMAURICE, Malgosia; TANZI, Attila y WOUTERS, Jan (eds.), *General principles and the coherence of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 13.

¹¹⁵ “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen”.

performed by general principles therefore reinforces and protects the 'systemic fabric' of international law"¹¹⁶.

Una segunda dimensión de los principios generales estaría dada por su condición de facilitadores en la convergencia de los sistemas legales particulares de cada país a pesar de su fragmentación¹¹⁷. En este aspecto, la función de los tribunales permite la consolidación y, mediante una operación comunicativa, difusión de los principios. Así, los principios generales permitirían adaptar el sistema en su totalidad al permitir la reproducción de normas o la evolución del sistema, al incorporar reglas como parte del derecho aplicable frente a nuevas situaciones. Visto de otro modo, cumple una función *unificadora*¹¹⁸.

Los principios generales, como parte del Derecho Internacional *general*, comparten una cierta pertenencia de origen con el *ius cogens*, aun cuando su intensidad obligatoria los diferencia. Al respecto, DÍAZ precisa una doble distinción para ubicar cada institución en el lugar que le corresponde. La primera es entre derecho *general* y *particular* cuando nos referimos al Derecho Internacional, diferencia que se realiza en función de quiénes resultan obligados por él. Mientras que el derecho particular se relaciona con las normas que son válidas solo para algunos Estados, normalmente

¹¹⁶ Ibid., p. 14. En otros términos, GARCÍA AMADO (2023), p. 442, quien trata las denominadas "reglas interpretativas de principio", indicando que son "las que funcionan como reglas interpretativas de cierre dentro de una disciplina jurídica o sector de ella (...) Que sean reglas interpretativas de cierre significa que juegan en caso de duda entre interpretaciones posibles y que ofrecen entonces una pauta de decisión ligadas a los principios inspiradores o fundantes de ese sector de lo jurídico". En un sentido similar, POSCHER, Ralf (2011), *Acierto, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios*, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, pp. 85-86, al tratar la ubicación de la teoría principialista en la argumentación jurídica.

¹¹⁷ ANDENAS y CHIUSI, ob. Cit., p. 16. Como señala STAUBACH, Peter (2018), *The rule of unwritten International Law. Customary law, general principles, and world order*, Nueva York, Routledge, p. 203: "The great virtue of unwritten international law, as it has been portrayed in this study, is that it is able to combine the authority of tradition with a degree of flexibility and adaptability to the unpredictable exigencies of an ever-precarious world order. Some states may have played a greater or a lesser role in their formation, but it is precisely the fact that the unwritten rules and principles of international legal system have not been made in the sense that laws or treaties are made which they belong to all. And the frequently lamented fact that rules of customary international law do not have a fixed beginning or end in time, and that it is often impossible to indicate the exact moment when a mere usage became a binding rule of law, or when such rule ceases to exist, also has a positive side, as it urges the states to exercise caution and constraint in the twilight zones of unsettled law".

¹¹⁸ KOLB, Robert (2019), *General principles of law, jus cogens and the unity of the international legal order*, en ANDENAS, Mads; FITZMAURICE, Malgosia; TANZI, Attila y WOUTERS, Jan (eds.), *General principles and the coherence of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 60.

los que han contribuido a su generación, el derecho general se refiere a las normas que son válidas para toda la comunidad internacional¹¹⁹. Dentro de este último, de origen consuetudinario, encontramos el *ius cogens*:

“(...) se debe indicar que aun cuando todas las normas de ius cogens son normas de derecho internacional general, no ocurre a la inversa, es decir, no todas las normas de derecho internacional general tienen carácter de ius cogens, pues no es la forma de regla general de DI la que le da el carácter especial de ius cogens, sino la naturaleza de su materia o contenido. En otras palabras, la distinción crucial entre una norma de ius cogens y otras normas de DI general es su sustancia o fundamento tras la norma. Por esto, es deseable que al referir al ius cogens no sólo se le enmarque o circunscriba en el ámbito del derecho internacional general a secas, sino que además se enfatice que se trata de normas perentorias o imperativas del derecho internacional general, tal cual la nomenclatura utilizada en la CVDT: normas imperativas de derecho internacional general”¹²⁰.

A su vez, KOLB distingue la naturaleza del *ius cogens* del *ius dispositivum* según si es posible derogarlas o no. De este modo, lo que caracteriza a esta categoría normativa es que no es derogable bajo ningún concepto¹²¹. Como parte de las normas

¹¹⁹ Sin perjuicio de que existe una interacción para efectos interpretativos y de aplicación. DÍAZ, Regina (2015), *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 92.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 92-93; también DÍAZ, Regina (2022), *Derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Especial referencia a su aplicación en Chile*, Santiago, Der Ediciones, p. 136. La sigla CVDT alude a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que fue promulgada en Chile mediante el Decreto Supremo N.º 381 de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es importante tener en cuenta la definición que este instrumento contempla para esta categoría en su artículo 53: “Es nulo todo tratado que, al momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. A su vez, el artículo 64 establece: “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”, mientras que el artículo 71 regula la hipótesis de nulidad de un tratado por estar en oposición con una norma imperativa, sea en el caso del artículo 53 como en el del artículo 64. GÓMEZ, Antonio (2003), *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México D.F., UNAM, p. 65 recoge las críticas que ha despertado la noción de *ius cogens* aquí recogida.

¹²¹ KOLB, Robert (2015), *Peremptory international law – Jus Cogens. A general inventory*, Oxford, Hart Publishing, p. 2: “In other words, jus cogens is defined by a particular quality of the norm at stake, that is, the legal fact that it does not allow derogation”. De este modo, y para efectos interpretativos, el mayor efecto que generan las normas de *ius cogens* es el de excluir la posibilidad de usar el método de ley especial para resolver alguna situación concreta.

fundamentales, se agrega a esta también las obligaciones *erga omnes*, cuya distinción con las normas de *ius cogens* radica en las consecuencias que se le atribuyen. Según KADELBACH, las obligaciones *erga omnes* son más bien un concepto propio de la responsabilidad del Estado¹²², refiriendo un tipo de obligación que cada Estado debe a la comunidad internacional¹²³. Como indica WEATHERALL, la doctrina de las obligaciones *erga omnes* surge en el año 1970, en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. España)¹²⁴ y, en cualquier caso, comparten un núcleo común con las normas de *ius cogens*, entendiéndose que las obligaciones *erga omnes* se derivan de aquellas.

Sin perjuicio de que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no alude a ninguna condición específica de fondo de las normas de *ius cogens*¹²⁵, la doctrina ha tendido a vincularla a la protección de valores fundamentales en el orden internacional, siendo los más importantes, como indica GALVÃO, la dignidad humana, la autodeterminación de los pueblos y la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales¹²⁶:

¹²² KADELBACH, Stefan (2006), *Just cogens, obligations erga omnes and other rules. The identification of fundamental norms*, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, p. 26.

¹²³ WEATHERALL, Thomas (2015), *Jus cogens. International law and social contract*, Reino Unido, Cambridge University Press, p. 8.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 9. Gómez, ob. Cit., p. 166: "(...) la Corte habla de 'distinción esencial que debe establecerse entre las obligaciones de los estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado. De las primeras dice la corte que son obligaciones erga omnes'".

¹²⁵ Situación que explica la dispersión en la categorización de una norma como *ius cogens*. LINDERFALK, Ulf (2020), *Understangind Jus cogens in international law and international legal discourse*, Reino Unido, Edward Elgar, p.10.

¹²⁶ GALVÃO, Patricia (2021), *Peremptory norms of general international law (jus cogens) and the fundamental values of the international community*, en TLADI, Dire (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens). Disquisitions and disputations*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 47. La autora refiere al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (ILC, por sus siglas en inglés). Respecto de esta labor, es importante destacar dos instrumentos. El primero corresponde al cuarto informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (presentado por Dire Tladi, Relator Especial), del año 2019 (disponible en https://digitallibrary.un.org/record/3798216/files/A_CN.4_727-ES.pdf. Última visita: 18 de julio de 2023), en la que existe una interesante discusión sobre la naturaleza de las normas de *ius cogens* y la posibilidad de que exista un *ius cogens regional*, en p. 17 (párrafo 30): "Esa duda sobre la capacidad de los regímenes convencionales regionales para establecer *ius cogens regional* no excluye la posibilidad de que esas normas convencionales regionales acaben convirtiéndose en normas de *ius cogens* propiamente dichas. Cabe argumentar (...) que la prohibición de la desaparición forzada, que indudablemente tiene su origen en la región de las Américas, es un ejemplo de cómo un tratado o una norma consuetudinaria regionales pueden evolucionar hasta convertirse en una norma de *ius cogens*", revelando así el carácter abierto en cuanto a

“These three fundamental and foundational values are the basis of the core rules that have been most widely considered as having the status of jus cogens: the prohibition of aggression; the prohibition of genocide; the prohibition of crimes against humanity; the basic rules of international humanitarian law; the prohibition of racial discrimination and apartheid; the prohibition of slavery; the prohibition of torture; and the right of self-determination”.

A partir de esta premisa, y de acuerdo con cierto consenso doctrinario, la autora concluye que el vínculo entre los valores fundamentales y las normas de *ius cogens* (como muestra de la *consciencia de sí misma* de la comunidad internacional, al decir de Cançado¹²⁷) nos permiten idear una constitución mundial, lo que nos lleva a una reflexión adicional sobre la capacidad del sistema-derecho de hacer operar sus subsistemas y de reproducir ciertas normas bajo la clausura operativa.

Previo al estudio de estas ideas, resulta interesante la postura crítica asumida por KOLB frente al carácter sustantivo de las normas de *ius cogens* como se ha descrito hasta aquí. Para este autor, la tesis sustantiva es la idea de que existen una serie de normas de derecho internacional que obtienen una jerarquía superior derivadas del supuesto de que reflejan ciertos valores fundamentales, de modo que este contenido es el que determina su rango en el ámbito internacional¹²⁸. Complementariamente, propone entender las normas de *ius cogens* como una técnica legal basada en tres aspectos: i) iniciar el análisis ya no desde los valores fundamentales y la idea de jerarquía que lo acompaña, sino que aplicar el principio de ley especial modificado en torno a las normas de *ius cogens*, por lo que implicarían el efecto opuesto (*lex*

su capacidad de reproducir normas con una finalidad determinada, lo que da cuenta de que el desarrollo de las normas imperativas de derecho internacional general también puede tener un trasfondo histórico regional que evolucione hasta lograr una identificación universal. El segundo instrumento es el Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción, del año 2022 (disponible en <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/spanish/chp4.pdf>. Última visita: 18 de julio de 2023). Este proyecto de conclusiones aborda la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general. La conclusión 2 vincula directamente la idea de valores fundamentales como núcleo sustancial de las normas de *ius cogens*. La conclusión 4 otorga los criterios para la identificación, mientras que la conclusión 5 señala que la base más común de las normas de *ius cogens* es el derecho internacional consuetudinario. De las conclusiones 7, 8 y 9 puede desprenderse el carácter mutable y adaptable de las normas imperativas aquí señaladas, las que permiten un espacio de interacción en distintos niveles a fin de desarrollarlas hasta alcanzar un nivel necesario para que sean consideradas como *ius cogens* propiamente tal.

¹²⁷ Citado por GALVÃO, ob. Cit., p. 50.

¹²⁸ KOLB, Robert (2021), *Peremptory norms as a legal technique rather than substantive super-norms*, en TLADI, Dire (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens). Disquisitions and disputations*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 22.

generalis cogentis derogat legi speciali)¹²⁹; ii) una idea fragmentaria de la imperatividad de las normas, habida consideración de la existencia de tres tipos de *ius cogens*: a) *ius cogens* de orden público; b) *ius cogens* de utilidad pública; c) *ius cogens* lógico. Cada una de estas facetas del *ius cogens* implica un nivel distinto de imperatividad, el que se ve reflejado en el efecto que generan en el ordenamiento internacional¹³⁰; y iii) la historia y práctica anterior de esta perspectiva del *ius cogens* como técnica jurídica¹³¹.

Si entendemos que el principio de reparación integral surge como una consecuencia de una interacción injusta, de acuerdo con los modelos analizados anteriormente, y si a ello agregamos, además, el componente vulneratorio específico que encierran las violaciones graves a los derechos humanos, tenemos que concluir necesariamente que una mirada expresiva de ciertos valores fundamentales es la que se corresponde de mejor forma con la construcción del principio de reparación integral como una norma de *ius cogens*. Dicho de otro modo, se necesita entender como una finalidad propia de las normas de *ius cogens* el de servir de vehículo discursivo de un núcleo de valores fundamentales¹³², ya que la protección de esos valores responde, en último término, al resguardo de la dignidad humana. El valor discursivo de las normas de *ius cogens* permitiría, en consecuencia, concretar una suerte de reparación simbólica de esta interacción, lo que podría considerarse como un acto de reconocimiento.

Todo lo anterior nos lleva a analizar la incorporación de esta clase de razonamientos en la jurisprudencia bajo otros marcos teóricos. En nuestro país, la discusión en torno al diálogo entre el derecho internacional y el derecho interno nos dirige al artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución¹³³. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha experimentado una evolución que ha tendido a abarcar cada vez más aspectos de protección de la dignidad humana cuando se trata de violaciones graves a los derechos humanos. Como expone Galdámez, existen precedentes que han

¹²⁹ Ibid., p. 35.

¹³⁰ Ibid., p. 37.

¹³¹ Ibid., p. 40.

¹³² Sobre la función declarativa de los valores fundamentales de las normas de *ius cogens*, ver SHELTON, Dinah (2021), *Jus Cogens*, Reino Unido, Oxford University Press, p. 104.

¹³³ Para una cronología del surgimiento de este inciso a partir del año 1989, GALDÁMEZ, Liliana (2011), *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos*, Santiago, Librotecnia, pp. 79 y ss.; GARCÍA, Gonzalo (2020), *¿Cómo compatibilizar el orden convencional y constitucional de derechos? Relectura del artículo 5º de la Constitución*, en CONTRERAS, Pablo y GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Santiago, Der Ediciones, pp. 70 y ss.

restringido el ámbito reparatorio bajo la misma lógica analizada anteriormente¹³⁴. Sin embargo, se ha dado una apertura al Derecho Internacional que reconoce la supremacía de los tratados y las normas de *ius cogens* en casos en que se discute la posibilidad de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

A nivel comparado se ha hablado de la doctrina de los tratados *autoejecutables*¹³⁵ (o “de aplicación directa”) para designar aquellos instrumentos internacionales que pueden ser aplicados directamente sin requerir alguna medida previa. Para distinguir qué tratados pertenecen a esta categoría, el aspecto principal es que exista una declaración positiva de las partes involucradas, lo que implica en definitiva examinar las disposiciones particulares del tratado de que se trate¹³⁶. Sin embargo, la evolución jurisprudencial en la materia de que trata este trabajo hace que la distinción no sea necesaria, ya que la forma en que ha sido abordado el control de convencionalidad, a partir del caso *Almonacid Arellano*¹³⁷, considerado doctrinariamente “la puerta de entrada”, a pesar de contar con una Constitución *insular*, ya que no define la jerarquía, los criterios de interpretación ni norma alguna de incorporación de derechos implícitos¹³⁸ ha llevado a nuestros tribunales superiores a ensayar interpretaciones más abiertas a las influencias tanto del derecho internacional como de los principios de derecho internacional, lo que ha empujado la construcción progresiva del principio de reparación integral *como* una norma de *ius cogens*.

Volviendo sobre el carácter de las normas imperativas de derecho internacional general, han surgido también posiciones doctrinarias que han visto en la evolución

¹³⁴ GALDÁMEZ, ob. Cit., pp. 196-198. En cuanto al rol del Tribunal Constitucional en la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ver GARCÍA, Gonzalo (2020), *La consideración de los estándares sobre derechos fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional*, en CONTRERAS, Pablo y GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Santiago, Der Ediciones, pp. 16 y ss.

¹³⁵ IWASAWA, Yuji (2023), *Domestic application of international law. Focusing on direct applicability*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 50, siendo esta una doctrina de origen estadounidense. El autor amplía la idea de “aplicación directa” en pp. 143 y ss.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 167, sin perjuicio de que existen situaciones en donde se han utilizado criterios subjetivos para definir la aplicabilidad del tratado, como las intenciones de las partes, del Ejecutivo y el Legislativo. En pp. 34 y ss., el autor analiza el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su origen interpretativo como un tratado sin aplicación directa, así como la participación de Chile en la definición de la disposición.

¹³⁷ Sentencia CIDH de 26 de septiembre de 2006.

¹³⁸ HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2019), *Control de convencionalidad en Chile*, en HENRÍQUEZ, Miriam y MORALES, Mariela (coords.), *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, Der Ediciones, p. 380.

de la jurisprudencia una suerte de trascendencia hacia un *transconstitucionalismo* o un *meta-constitucionalismo*.

La idea de *transconstitucionalismo* supone la articulación de distintos presupuestos teóricos. Desde la sociología, el sistema jurídico de la sociedad mundial queda evidenciado, entre otras cosas, por la atención que reciben las violaciones a los derechos humanos¹³⁹. NEVES incorpora a este análisis, también desde la sociología, el concepto de “acoplamiento estructural”. La interacción a nivel del lenguaje permitiría construir así una racionalidad transversal entre los distintos sistemas autónomos¹⁴⁰. El acoplamiento estructural permite la interacción entre sistemas políticos y jurídicos en donde la Constitución representa el eje articulador hacia ambos sistemas, manteniendo la clausura operativa de ambos. A esta idea de *transconstitucionalismo*, la existencia de distintos ordenamientos no implica un aislamiento, dado que hay mecanismos de interacción entre los distintos sistemas con el orden internacional¹⁴¹, siendo uno de ellos el diálogo entre jueces y la experiencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁴².

Por su parte, la noción de *meta-constitucionalismo* se elabora a partir de la idea más general de la “constitucionalización del Derecho Internacional” y las exigencias

¹³⁹ LUHMANN, ob. Cit. (2005), pp. 648-652.

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo (2009), *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Editora WMF Martins Fortes, p. 38.

¹⁴¹ Ibid., p. 116: “As relações de input/output e de interpenetração entre elas não são algo novo. No que concerne à conexão entre direito internacional clássico e direito estatal, nos termos do Tratado de Westfália (1648), a incorporação de normas internacionais no direito interno realiza-se mediante o instituto da ratificação, assim como a reprodução da ordem jurídica internacional depende da presença de representantes estatais legitimados por essa própria ordem. Também na relação entre ordens jurídicas estatais, complexos mecanismos de re-entry foram desenvolvidos nos termos clássicos do direito internacional privado. O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal”.

¹⁴² Ibid., p. 144: “Um outro caso relevante de transconstitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal vem-se desenvolvendo na relação entre o ‘Sistema Interamericano de Direitos Humanos’, instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e as ordens constitucionais dos respectivos Estados signatários que a ratificaram. Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VII (arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de diálogo em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos”. Del mismo modo, existen diversas formas de *transconstitucionalismo* según se trate de la interacción entre ordenamientos estatales con organizaciones internacionales, o de sistemas supranacionales con el Derecho Internacional, entre otros. En todo este esquema, de acuerdo con este autor, los derechos humanos están en la frontera del sistema jurídico (p. 255).

propias de la globalización¹⁴³. FINKELSTEIN, a partir de Neil WALKER,¹⁴⁴ desarrolla la idea de *meta-constitucionalismo* en un sentido similar al propuesto por el de *transconstitucionalismo*, es decir, la interacción entre sistemas, pero con un foco en las nuevas formas de “meta-Estado” que suponen instituciones como la Eurozona, en el que se despliega un entramado caracterizado por la flexibilidad y la multidimensionalidad del Derecho público¹⁴⁵. Siguiendo a Cançado Trindade, las normas de *ius cogens* cumplen un rol fundamental en tanto reúnen en sí ciertos principios de orden natural, abordando el “contenido expansivo” de estas normas. Este contenido expansivo se manifiesta en dos direcciones: una horizontal, que entiende las normas de *ius cogens* como un parámetro de responsabilidad internacional de los Estados, y otra vertical, que presenta un mayor interés en la línea de lo expuesto hasta ahora. De acuerdo con este autor:

“(...) o jus cogens também está se expandido em uma ‘dimensão vertical’, da interação entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais no domínio atual de proteção. O efeito do jus cogens, neste segundo nível (vertical), tem sido no sentido de invalidar todo e qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial, ao nível do direito interno dos Estados contrários ao jus cogens, como as leis que toleram a tortura, como aquelas de autoanistia”¹⁴⁶.

Esta dimensión secundaria o de segundo nivel, como señala Finkelstein, nos sitúa en la problemática del presente trabajo, que busca dar cuenta de la manera en que nuestro máximo tribunal ha perfilado un entendimiento del principio de reparación integral en el que se puede apreciar un entendimiento más cercano a estos términos; es decir, a términos más flexibles o más proclives al diálogo con instancias

¹⁴³ FINKELSTEIN, Cláudio (2013), *Hierarquia das normas no direito internacional. Jus cogens e metaconstitucionalismo*, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 166: “A constitucionalização do direito internacional tem sido objeto de amplo debate. Estudos recentes denotam que tal movimento adota a postura de explicar os atuais desenvolvimentos do direito internacional em termos ‘emprestados’ do direito constitucional doméstico, visando aprofundar uma agenda normativa de integração regional e control jurídico de políticas internacionais”.

¹⁴⁴ WALKER, Neil (2000), *Flexibility within a metaconstitutional frame*, en DE BÚRCA, Gráinne y SCOTT, Joanne (eds.), *Constitutional change in the EU. From uniformity to flexibility?* Oregon, Hart Publishing, p. 15: “This excavation involves developing a new way of framing non-domestic law of the public sphere, a new legal discourse which I will call metaconstitucionalism. Semantically, the prefix ‘meta’ stands in relation to the activity denoted by the concept prefixed as ‘a higher science of the same nature but dealing with ulterior problems’. Metaconstitucionalism relates to constitutionalism, therefore, as a metaphysics does to physics or as metaethics does to ethics. Metaconstitutional rules —or norms or axioms— are rules about constitutional rules. Their subject-matter is ultimately the same but they claim within their own authoritative terms a higher or deeper constitutional authority than constitutional rules”.

¹⁴⁵ FINKELSTEIN, ob. Cit., p. 170.

¹⁴⁶ Ob. Cit., p. 209.

internacionales a efectos de determinar la entidad del principio y su caracterización como una norma que reúne la aptitud suficiente como para ser considerada imperativa de derecho general internacional. Esto nos lleva a problematizar la forma en que los tribunales construyen su legitimidad desde el punto de vista discursivo. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido destacado precisamente en ese sentido como un referente desde el cual se ha ido elaborando un acervo jurídico común a través del control de convencionalidad¹⁴⁷, cuestión que reafirma su legitimidad como “*órgano de cierre de la jurisdicción interamericana*”¹⁴⁸.

Sobre el discurso de legitimidad con que se aborda a la Corte IDH, TORRES resume las dos principales corrientes que la abordan. La primera de ellas, denominada

¹⁴⁷ Aquí confluyen dos elementos teóricos que deben tenerse en consideración. El primero de ellos es el concepto mayor de *Ius Constitutionale Commune latinoamericano*. Según VON BOGDANDY, Armin (2017), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, challenges, and perspectives*, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER, Eduardo; MORALES, Mariela y PIOVESAN, Flávia (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America*, Reino Unido, Oxford University Press, p. 28: “*denotes a transformative approach, aimed at changing political and social realities of Latin America in order to create the general framework for the full realization of democracy, the rule of law, and human rights. In conceptual terms, Ius Constitutionale Commune en América Latina refers, like many legal terms (constitutional law, international law, family law, and not least the early modern European Ius Commune), to positive laws, as well as to the legal discourse connected to it*”. Siguiendo con esta idea, lo que justifica la denominación es la necesidad de apertura de los ordenamientos nacionales al derecho internacional común, específicamente para este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la elaboración de un discurso comparativo común. El segundo elemento es la técnica del control de convencionalidad como articulador del diálogo jurisprudencial. Como señala FERRER, Eduardo (2017), *The conventionality control as a core mechanism of the Ius Constitutionale Commune*, en VON BOGDANDY et. al., ob cit., p. 321: “*The conventionality control has become one of the most important engines for the construction of a Ius Constitutionale Commune in Latin America. As a legal institute that strengthens jurisprudential dialogue between domestic institutions and the Inter-American Court, it promotes the creation of a common human rights standard in the state parties to the Convention. Moreover, conventionality control has become a ‘tool’ for national authorities to apply the inter-American corpus iuris –including the jurisprudence of the Inter-American Court– as a normative standard in domestic cases involving the protection of constitutional human rights*”.

¹⁴⁸ ASTUDILLO, César (2022), *El dilema de la última palabra. Mandato, autoridad y funcionamiento de las altas cortes de derechos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, p. 22. El autor se refiere a la legitimidad institucional de la Corte IDH, siendo “*una autoridad convencional porque su mandato y legitimidad se encuentran convencionalizados*”. La institución, por tanto, nació como un órgano que monopolizó tanto la interpretación como el control de la declaratoria de inconvencionalidad en la región (p. 23). Puntualiza el autor, a continuación, que esto implica reconocer “*el paulatino deslizamiento del poder interpretativo que con posterioridad a la segunda posguerra se reconoció a los tribunales constitucionales, y que en la última década ha generado una disputa interpretativa de los derechos, que de ninguna manera puede afrontarse en términos de desplazamiento o supremacía, sino que debe entenderse, más bien, como la exigencia de una leal colaboración entre jurisdicciones*” (pp. 25-26).

“perspectiva constitucional”¹⁴⁹, corresponde a aquella que la considera la poseedora de la última palabra en la protección de los derechos humanos derivada de su posición jerárquica, en donde el diálogo de jueces es el elemento articulador entre los niveles decisorios, de lo que fluye necesariamente el *ius commune*, como se expuso anteriormente. Bajo esta visión, las nociones de jerarquía ceden ante el diálogo jurisprudencial que permite la flexibilidad necesaria para evitar cualquier tipo de colisión, ya que lo relevante aquí es más bien la finalidad que se busca, que es lograr la más plena protección posible a los derechos humanos¹⁵⁰, con todas las implicancias que eso conlleva a nivel democrático. La segunda corriente es la denominada “estado-céntrica”, en la que se veía una suerte de resistencia de los órdenes nacionales hacia la actividad de la Corte IDH, introduciendo el concepto de “margen de apreciación” como alternativa para moderarla¹⁵¹. La autora, a través de distintos autores, va desarrollando las principales críticas que se formulan al movimiento denominado “neo-constitucionalista”, principalmente referidas a la necesidad de medir todas estas iniciativas bajo parámetros democráticos o a la debilidad del diálogo jurisprudencial, en el que no se evidencia una plena igualdad de las partes dialogantes (tribunales locales – Corte IDH)¹⁵². Esta postura toma como algo central el principio de subsidiariedad a fin de delimitar la interacción entre los distintos niveles jurisdiccionales¹⁵³.

BELOV, acerca de los problemas de legitimidad democrática de los tribunales internacionales y supranacionales, hace presente que, en efecto, esta no puede derivarse directamente desde parámetros democráticos:

“It stems out of systemic reasons related to rule of law and is based on universal values and systemic justification of technocratic governance. International and supranational courts cannot possess majoritarian legitimacy grounded on Westphalian type sovereignist national democracy. This, their legitimacy is derived

¹⁴⁹ TORRES, Natalia (2023), *The Inter American Court of Human Rights. The legitimacy of international courts and tribunals*, Nueva York, Routledge, p. 95.

¹⁵⁰ Ibid., p. 103.

¹⁵¹ Ibid., p. 114.

¹⁵² Ibid., pp. 115-116.

¹⁵³ La autora toma como referencia la posición de CONTESSÉ, Jorge (2016), *Contestation and deference in the Inter-American human rights system*, Law and Contemporary Problems, vol. 79, pp. 125-126, quien distingue entre una teoría normativa y otra descriptiva de la subsidiariedad, según si existe una marcada preferencia por lo local o no.

from reasons related to human rights protection, defense of efficiency and coherence of law and 'ordering of constitutional orders'”¹⁵⁴.

Esta reflexión resulta interesante en el sentido de que visualiza una realidad concreta, a saber, la necesidad de consagrar el mayor grado de protección de derechos que sea posible, y este, en sí mismo considerado, es el argumento que dota de legitimidad al sistema más allá que otras consideraciones democráticas, siendo esta legitimidad institucional un elemento estructural necesario a fin de sortear situaciones contradictorias entre ejercicios democráticos y la protección de derechos, como ocurre en casos como Gelman¹⁵⁵.

Adicionalmente, es importante considerar otras perspectivas doctrinarias sobre la relación entre tribunales de orden nacional y la Corte IDH en un contexto de mayor dispersión de producción normativa. Una de ellas es la señalada por AUBY, quien, al abordar una teoría del constitucionalismo global, constata la existencia de un *nuevo desorden* en el sistema de producción y organización del derecho en el nivel internacional¹⁵⁶. En esta propuesta es importante rescatar cómo se entiende el problema de las jerarquías normativas bajo un supuesto de dispersión en la producción normativa. Ya hemos visto la manera en que los discursos sobre la legitimidad de la Corte IDH han adoptado diversos enfoques según si se ve en el sistema interamericano una posibilidad de operación armónica o si existe alguna especie de rechazo hacia el excesivo activismo de la Corte IDH. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que, en efecto, y siguiendo la postura de Astudillo, la Corte IDH es un órgano institucionalmente diseñado para tener la última palabra, por lo que su desarrollo jurisprudencial puede servir para entregarle una nueva dimensión en el discurso sobre su legitimidad. Si bien existen distintos puntos de análisis, como la interacción entre órdenes estatales e internacionales o aquellos y reguladores no estatales, es interesante lo indicado por este autor sobre la interacción entre ordenamientos:

“It is true that, as Santi Romano has shown, the links between legal orders are variable and cannot be reduced to the most ordinary figure of recognition and domination:

¹⁵⁴ BELOV, Martin (2019), *Global rule of law instead of global democracy? Legitimacy of global judicial empire on the edge between Westphalian and post-westphalian constitutionalism*, en Belov, Martin (ed.), *The role of courts in contemporary legal orders*, La Haya, Eleven International Publishing, p. 99.

¹⁵⁵ Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011.

¹⁵⁶ AUBY, Jean-Bernard (2018), *Global constitutionalism and normative hierarchies*, en BELOV, Martin (ed.), *Global constitutionalism and its challenges to westphalian constitutional law*, Oxford, Hart Publishing, p. 3.

legal order B is instituted by A, and hence its existence depends on A. In fact, and the observation of legal globalization clearly shows it, the links between legal orders are more varied: for example, they may relate to the distribution of roles, in the sense that order B assumes a different function (this may be the judicial sanction of the norms laid down in system A) or both orders apply only partially in the same material domains. Thus, the instruments through which the constitutionalisation of the global order is carried out can be imaginative as to the figures of relation between legal orders”¹⁵⁷.

Lo que Podemos concluir, a partir del párrafo aquí citado es que existe una forma amplia de lidiar con los distintos sistemas normativos, cuestión de la que se ha dado cuenta también al estudiar las distintas posturas que se han mostrado sobre estas interacciones. Bajo esta perspectiva, tanto la Corte IDH como la Corte Suprema, en el caso de nuestro país, tienen un marcado rol de tutela de los derechos humanos, y la interacción que se evidencia en el ejercicio del control de convencionalidad podría permitir concluir que la Corte Suprema reconoce la ascendencia o la autoridad interpretativa no tanto por motivos institucionales, sino que también, y en mayor medida, porque esta interpretación resulta mejor desde un punto de vista de la expansión de protección de los derechos humanos.

Finalizando este capítulo, podemos exponer una última manera de ver las tensiones e interacciones que exhiben los conceptos de subsidiariedad y el diálogo jurisprudencial que posibilita el control de convencionalidad, si lo trasladamos al plano puramente discursivo y cómo estos discursos buscan un objetivo común en la protección de los derechos humanos, a partir de la teoría del *poder en el sistema* de Luhmann¹⁵⁸. Esta concepción parte de la crítica a las premisas *clásicas* del poder que presentan serias limitaciones cuando se despliegan en el contexto de un sistema¹⁵⁹, ya que la causalidad ignora las alternativas, reduciendo la complejidad del poder,

¹⁵⁷ Ibid., p. 7.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas (2022), *Poder en el sistema*, Ciudad de México, Herder.

¹⁵⁹ Ibid., p. 37, en donde sintetiza las principales características de estas premisas clásicas: “Las premisas, declaradas o no declaradas, de estas definiciones, cuya lista podría ser alargada indefinidamente, las vemos (1) en la suposición de una relación causal que (2) se constataría en positivo y en negativo y que sería predecible, (3) en la presuposición de determinadas necesidades, (4) en la orientación a una situación de conflicto, (5) en la comprensión del poder como un bien que se posee y (6) en las precondiciones completamente ocultas de un sistema cerrado en el que (a) la suma de poder permanece constante y (b) las relaciones de poder están ordenadas de manera transitiva, es decir, jerárquicamente. Estos supuestos se condicionan y apoyan mutuamente. Su relación fundamenta la unidad y clausura de la teoría clásica del poder”.

de modo que la indagación del poder debe llevar a una búsqueda de procesos selectivos:

“Por ello, en la cuestión de que una acción de A tiene como efecto una acción de B, es la selectividad lo interesante, esto es, la reducción de las posibilidades de A y de las posibilidades de B a una determinada realidad, y no algo así como ‘la fuerza’ de A para determinar a B las ‘propiedades’ de A o la cualidad de su relación con B —todos conceptos que presuponen rendimientos selectivos en vez de transformarlos en problema—.

La cuestión de la influencia tiene que ser reformulada, así, en términos de una comunicación en tanto selección de las alternativas de A que implica una selección de las alternativas de B. Y el problema reside en encontrar las condiciones sistémicas que regulan una tal selección selectivamente condicionada”¹⁶⁰.

Aquí parece encontrarse el núcleo de la descripción del poder en el sistema, en donde el concepto de influencia es la que posibilita esta *selección selectivamente condicionada* entre A y B, de manera que B elija una alternativa determinada. La influencia, así vista, corresponde a un rendimiento selectivo, y debe ser generalizada en razón del aumento en la complejidad del sistema, lo que supone una constelación de alternativas de las que B tiene consciencia¹⁶¹. A partir de esto, se identifican tres dimensiones de la generalización: i) temporal (*poder*); ii) objetual (*autoridad*); y iii) social (*liderazgo*)¹⁶². Todos estos intercambios, la selectividad, solo puede ocurrir mediante la comunicación, ya que en el sistema se comparte todo un esquema de mundo. De acuerdo con esto, las formas de generalización de la influencia puede adoptar distintas formas según se enfoque situacionalmente (temporalmente) o *institucionalmente*, es decir, en base a una competencia. La relación jerárquica entre tribunales puede graficarse bajo estas premisas, en el entendido de que la recepción local de la jurisprudencia internacional tiene como soporte último un condicionamiento institucionalizado que, no obstante, ofrece distintas posibilidades de acción. Así, el dilema de la *última palabra* permite reconocer la autoridad del sistema interamericano bajo las consecuencias de no admitir la influencia de su

¹⁶⁰ Ibid., pp. 61-62.

¹⁶¹ Ibid., p. 72. Agrega este autor, en p. 73: “La generalización de la influencia se basa sobre todo en el hecho de que hay distintas alternativas que están, por lo regular, estabilizadas y, por esto, estructuran procesos de selección. Éstas pueden ser valores, normas o fines sostenidos en común, los cuales legitiman decisiones que para los involucrados de ninguna manera significan lo mismo y, precisamente por esto, producen influencia en el sistema”.

¹⁶² Ibid., p. 74.

órgano de clausura. De esta interacción surge también la generalización de la influencia en clave social, es decir, en el ahorro y reforzamiento del sistema. En la interacción de estas dimensiones es fundamental el consenso, más que la amenaza latente de violencia¹⁶³. El concepto que sigue a la generalización de la influencia es el de *decisión* que, en contexto sistémico se refiere al “*aspecto procesual (por diferencia del aspecto estructural) de la reducción de complejidad*”¹⁶⁴. La decisión, más que un acto específico, refleja un proceso cooperativo que opera en el contexto organizativo del sistema y que se mantiene a pesar de su complejidad. Otro aspecto fundamental de la operación del sistema y la decisión como un proceso de influencia es la reflexividad, que apunta a la aplicación del poder al poder y que en contextos de comunidad permite una ejecución no solo de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba, sino que también en formas de comunicación horizontales¹⁶⁵.

Este último punto se puede acoplar con la metáfora del *diálogo* entendido como una instancia de interacción tanto descendente como ascendente, en donde el poder (autoridad, o liderazgo) del discurso elaborado por la Corte IDH se legitima de manera progresiva, más allá del anclaje institucional, en la forma en que orienta o generaliza su influencia en el discurso desarrollado a nivel interno¹⁶⁶. La práctica de la citación entre tribunales¹⁶⁷ es la clara muestra del ejercicio de la influencia de un discurso sobre otro, y todo esto en función de otorgar la solución más próxima a una plena protección de los derechos humanos en cada caso puntual.

Este proceso de diálogo, o de selección selectivamente condicionada, nos permite entender el contexto en el cual el principio de reparación integral va perfilándose como una norma de *ius cogens*. Si bien el tratamiento dado en tribunales internacionales responde, más bien, a una fisonomía más propia de un principio de derecho internacional¹⁶⁸ ya que, como señala Bolaños, “*evidencia una obligación del*

¹⁶³ Ibid., pp. 80-81, en la manera en que se visualiza una organización y la forma en que el poder se articula en su interior.

¹⁶⁴ Ibid., p. 89.

¹⁶⁵ Ibid., p. 100.

¹⁶⁶ Al respecto, LAW, David y TUSHNET, Mark (2023), *The politics of judicial dialogue*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper N.º 2023-54, p. 3, quien distingue distintas formas de diálogo, entre individuos, instituciones o alguna combinación, surgiendo así interacciones juez-a-juez (“J2J”) y corte-a-corte (“C2C”).

¹⁶⁷ Ibid., p. 6, con referencia a la interacción entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte IDH.

¹⁶⁸ Ver especialmente BOLAÑOS, Tania (2022), *Función transformadora y emancipatoria de la reparación integral: la búsqueda incesante de la justicia y la igualdad*, Estudios Constitucionales, N.º 2, pp. 109 y ss., al recoger sentencias e instrumentos internacionales.

*Estado para con los individuos bajo su jurisdicción, más que un compromiso respecto de otros Estados*¹⁶⁹, su problematización exige volver sobre la estructura del derecho de daños como conjunto de derechos y deberes primarios y secundarios¹⁷⁰. Si aceptamos que la responsabilidad extracontractual se articula bajo la interacción de reglas (explícitas o implícitas, como el deber de no dañar a otro) y, solo una vez que la interacción injusta ha producido una infracción a dichas reglas, surge la obligación de reparar, es posible entender, bajo la misma clave, la interacción entre derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales y su obligación correlativa que surge de su vulneración. Una alternativa es deducir, a partir de la entidad de las reglas que consagran derechos humanos como normas de *ius cogens*, que la consecuencia de su infracción origina un deber (o un derecho para su titular) que tiene esa misma entidad. La extrapolación resulta particularmente clara si consideramos que, como se analizó previamente, las normas de *ius cogens* lo son en razón del contenido que protegen¹⁷¹, por lo que cuando hablamos de prohibiciones de la agresión, del genocidio, de los crímenes de lesa humanidad, de la discriminación y apartheid, de la esclavitud y la tortura, en otros términos, estamos hablando de distintas expresiones en las que subyace un mismo principio, el cual es *no dañar a otro*, por lo que cualquier situación que la contravenga, por su propia naturaleza, sería inevitablemente proscrita. Y si, con todo, se verifica una infracción a esta categoría normativa, de lo que se trata es precisamente del surgimiento de un deber correlativo en ordena restaurar el daño que la interacción injusta ocasionó, teniendo en cuenta que todas estas manifestaciones específicas en forma de normas de *ius cogens* también tienen como sustrato último el reconocimiento recíproco que

¹⁶⁹ Ibid., p 111.

¹⁷⁰ PAPAYANNIS (2014), ob. Cit., p. 174.

¹⁷¹ Si bien existe una relación clara entre la costumbre internacional, los principios y las obligaciones *erga omnes* en la construcción de las normas de *ius cogens*. Al respecto, ROJAS, Víctor Manuel (2022), *El nuevo estatus jurídico del ius cogens, reflexiones en torno a los informes de la Comisión de Derecho Internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII, pp. 360-361: “Las normas del ius cogens son fundamentalmente normas de derecho de costumbre internacional. De esta forma, cuando éste es el caso, cuentan con dos elementos fundamentales: la *opinio iuris cogens* (...) y, por la otra, una práctica generalmente aceptada como un sistema de normas jurídicas imperativas. (...) La universalidad de las normas del ius cogens deriva del hecho que los mandamientos, prohibiciones o permisiones que prescriben implican obligaciones *erga omnes* cuyo incumplimiento afecta a todos los Estados y que se hacen exigible frente a cualquiera de ellos. Si bien es cierto que se ha llegado a afirmar que no todas las obligaciones *erga omnes* se encuentran previstas en normas de *ius cogens* y que más bien todas las normas de *ius cogens* implican obligaciones *erga omnes*, el rasgo distintivo esencial consiste en que mientras que la denominación ‘*ius cogens*’ hace referencia a los ámbitos material, espacial, personal y temporal de la norma, por su parte, el calificativo ‘*erga omnes*’ de una obligación se refiere a las consecuencias jurídicas de una norma respecto al destinatario”.

nos debemos como integrantes de una comunidad determinada¹⁷². Este deber que surge como orden secundario, al buscar restablecer un cierto equilibrio originado en la vulneración de normas de la más alta jerarquía normativa, debe necesariamente corresponder a una regla que no admita ningún impedimento posible, por lo que también correspondería a esta categoría normativa, ya que de otro modo cualquier pretensión de reparación devendría en ilusoria y la infracción a normas de *ius cogens* se podría relativizar en virtud de la ausencia de consecuencias. Otra forma de abordar el problema es examinar directamente la institución de la reparación integral en contraste con los requisitos que permiten predicar de una regla la naturaleza de *ius cogens*.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha construido la reparación integral en términos de principio de Derecho Internacional. Por ejemplo, en el caso García Lucero¹⁷³, el razonamiento es consistente con lo señalado anteriormente, aun cuando no le concede de forma explícita la entidad de *ius cogens* al principio. Así, señala:

“182. En la medida en que los derechos convencionales implican, frente a su transgresión, el deber estatal de hacer posible la reparación de las violaciones a dichos derechos, será necesaria la existencia de los medios legales e institucionales que permitan a las personas afectadas reclamar la reparación. Esto vincula, en general, el deber de reparar, con la existencia de mecanismos administrativos o judiciales idóneos y, por lo tanto, con el derecho de las víctimas a acceder a la justicia, que tiene asidero convencional en los derechos a las garantías y protección judiciales plasmados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En virtud de dichas normas, ‘los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales [...] efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal’. ‘Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente’. Ello deberá implicar, según el caso, que los recursos sean aptos para lograr no solo el cese de la violación o su amenaza, sino también la reparación de las consecuencias de la vulneración, incluyendo, de ser posible, la restitución o restablecimiento del derecho. Al respecto,

¹⁷² Como indica BOLAÑOS, ob. Cit., pp. 112-113, la reparación en este aspecto debería propender a restaurar la dignidad de la persona. Asimismo, para que sea integral, debe comprender los siguientes aspectos: i) la restitución; ii) las medidas de compensación; iii) la rehabilitación; iv) las medidas de satisfacción; y v) las garantías de no repetición.

¹⁷³ Sentencia de 28 de agosto de 2013.

la Corte ha indicado que ‘la efectividad de los recursos internos debe evaluarse integralmente tomando en cuenta [...] si en el caso particular existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación’¹⁷⁴.

Por un lado, la Corte IDH reconoce la necesaria articulación entre infracción de una norma primaria con el surgimiento necesario de una obligación de carácter secundario, en la que encontramos el principio de reparación integral como aspiración máxima de este deber de reparar. Por otro, reconoce que este derecho, en tanto principio de Derecho Internacional, no puede encontrar obstáculos de carácter interno (como las reglas de prescripción, ya que la fuente de la obligación está en conexión no con las normas de derecho privado, sino que con reglas de derecho internacional), lo que deja entrever, a pesar de su denominación, un carácter más estricto en el tratamiento del principio, cuestión que nos permitiría, al menos estructuralmente, asimilar el principio de reparación integral a la forma de una norma de *ius cogens*, ya que respondería al aspecto clave que las define, a saber, que no admita una disposición en contrario, siendo por tanto una regla que logra la abstracción necesaria para evitar su colisión con cualquier institución normalizadora que busque consolidar las relaciones jurídicas, como ocurre con las reglas sobre prescripción o cosa juzgada.

Siendo esta la inspiración internacional, a continuación veremos cómo, a partir de estas premisas, la Corte Suprema ha ido construyendo con su actividad jurisdiccional la identidad particular del principio de reparación integral bajo la lógica del *ius cogens*.

¹⁷⁴ Sobre este punto, y en un pie de página, la Corte IDH expone la naturaleza de esta obligación en los siguientes términos, a partir de la jurisprudencia previa y también con mención a jurisprudencia comparada: “Dicha decisión establece que siempre que se viole, ya sea por acción o por omisión, un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe ‘responder’ mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación. En ese sentido, la Corte Permanente Internacional de Justicia señaló, en el párrafo 73 de la mencionada decisión, que es un principio general del derecho, así como del derecho internacional, que la transgresión de un deber internacional por parte de un Estado crea automáticamente la obligación de este de prestar la adecuada reparación incluso cuando esto no está mencionado específicamente en la Convención o el Tratado”.

V. El principio de reparación integral en la jurisprudencia.

Dicho todo lo anterior, corresponde sistematizar la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema (Sala Penal) en cuanto a las pretensiones de reparación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos en el periodo comprendido entre los años 2020 y 2023.

Es importante tener presente que las causas en las que se solicita reparación, sean derivadas de acciones penales del sistema antiguo o aquellas civiles autónomas (las que no están asociadas a querellas) fueron radicadas en la Segunda Sala de la Corte Suprema a partir del Acta N.º 233-2014¹⁷⁵.

Las sentencias de la Segunda Sala de la Corte Suprema que fueron examinadas para estos efectos son las siguientes:

N.º	Rol	Carátula	Fecha fallo
1	23094-2019	José Mardones Mardones con Fisco de Chile	22-01-2020
2	29167-2019	José San Martín Bustos con Fisco de Chile	02-03-2020
3	8398-2018	Margarita Piñones Vega y otros con María Ordenes Montecinos y otros	09-03-2020
4	8948-2018	Beatriz Castedo Mira con Luis Campos Poblete y otros	12-06-2020
5	36905-2019	Laura González Escobar y otros con Fisco de Chile	16-06-2020
6	34111-2019	Juvencio Concha Gálvez y otros con Fisco de Chile	16-06-2020
7	15186-2018	Inés Fuentes Bueno con Nelson Pérez Sánchez y otros	23-06-2020
8	29383-2019	David Montecino Castillo con Fisco de Chile	21-07-2020
9	13097-2018	Ana Carrillo Ibáñez y otros con Pedro Espinoza Bravo y otros	27-07-2020
10	21015-2020	Aurora Cornejo Pino con Fisco de Chile	05-08-2020
11	24138-2019	Angélica Gallegos Toledo y otro con Fisco de Chile	18-08-2020
12	30481-2020	Héctor Vergara Herrera con Fisco de Chile	08-09-2020

¹⁷⁵ Publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de enero de 2015, y posteriormente modificado por el Acta N.º 107-2017, que a su vez fue modificada con fecha 09 de junio de 2020.

13	44407-2020	César Guelet Vera y otros con Fisco de Chile	09-11-2020
14	44389-2020	Carlos Vallejos Villagrán con Fisco de Chile	09-11-2020
15	69831-2020	Mario O Ryan Muñoz y otros con Fisco de Chile	10-11-2020
16	32907-2018	No se consigna con Miguel Krassnoff Martchenko y otros	25-10-2021
17	223-2019	Berta Ugarte Román y otros con Pedro Espinoza Bravo y otros	26-11-2021
18	10622-2019	Grisnery Sepúlveda Robles y otros con Miguel Krassnoff Martchenko y otros	23-03-2022
19	149250-2020	Margarita Nilo Suazo y otros con Jorge Romero Campos y otros	14-06-2022
20	104460-2020	Renato Arias Rozas y otros con Fisco de Chile	08-07-2022
21	36319-2019	Sonia Ulloa Rodríguez y otros con Carlos Herrera Jiménez y otros	23-09-2022
22	144348-2020	Marta Coña Colipí y otros con Fisco de Chile	23-09-2022
23	104558-2020	Roberto Becerra Donoso con Fisco de Chile	13-10-2022
24	24683-2018	Juan Machuca Muñoz y otros con César Manríquez Bravo y otros	17-10-2022
25	22379-2019	Hortensia Agurto Quintana y otros con Nelson Lillo Merodio y otro	17-10-2022
26	14104-2021	Vicente Fodich Castillo con Fisco de Chile	20-10-2022
27	12458-2021	José Celpa López y otros con Fisco de Chile	20-10-2022
28	36435-2019	Gloria Ponce Contreras y otros con Héctor Osses Yáñez y otros	25-10-2022
29	57995-2021	Sergio Opazo Jara con Fisco de Chile	29-11-2022
30	26554-2021	Raúl Araya Véliz con Fisco de Chile	12-12-2022
31	49404-2021	Juan Aguilar Celis con Fisco de Chile	04-01-2023
32	14813-2020	Unidad del Programa de Derechos Humanos con Juan Morales Salgado	06-02-2023
33	862-2022	Jaime Bórquez Leichtle con Fisco de Chile	20-02-2023
34	269-2021	Sergio Opazo Jara con Miguel Krassnoff Martchenko y otros	01-03-2023
35	25384-2021	Programa de Derechos Humanos y otros con César Manríquez Bravo y otros	02-03-2023
36	72024-2020	Consejo Defensa Del Estado con Arellano Stark y otros	28-03-2023
37	82303-2021	Marlene Leichtle Vargas con Fisco de Chile	14-04-2023
38	122163-2020	Camila Krauss Ruz y otros con Emilio De La Mahotiere González y otros	16-06-2023

De la lectura de los fallos comprendidos en el período ya indicado, es posible extraer algunos elementos comunes a fin de determinar si, efectivamente, la Corte Suprema ha adoptado un discurso sobre el principio de reparación integral que reúna las características que permitan calificarlo como norma de *ius cogens*.

El argumento que define una tendencia relativamente zanjada, si lo posicionamos en un orden cronológico, podemos extraerlo desde la primera sentencia examinada¹⁷⁶:

“QUINTO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material. A lo anterior lo obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma, el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

El artículo 6° de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las “Bases de la Institucionalidad” por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción y ordena que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la

¹⁷⁶ SCS rol N.º 23094-2019 del 22 de enero de 2020.

aplicación de las disposiciones legales que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. El mismo artículo 6° enseña que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo", y concluye señalando que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

De este modo, en el presente caso no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en las que los jueces del fondo asilan su decisión, al estar en contradicción con las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile y que, sin perjuicio de la data de su consagración y reconocimiento interno, corresponden a normas de ius cogens, derecho imperativo internacional que protege valores esenciales compartidos por la comunidad internacional que ha debido ser reconocido por los jueces de la instancia al resolver la demanda intentada".

La lectura del considerando transcrito, que se reitera como estructura argumentativa en numerosas sentencias, nos permite afirmar que la Corte Suprema entiende el principio de reparación integral en una dimensión que supera por mucho una concepción netamente civil de la obligación de reparación. El último párrafo de este considerando es explícito en calificar "*el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente*" como una norma imperativa, de modo que la consecuencia lógica de dicha afirmación es que no es admisible, bajo un supuesto de control de convencionalidad, clausurar el debate aplicando las reglas internas sobre prescripción de la acción.

El planteamiento del problema nos acerca a una estructura del derecho de daños que se condice más con la conjunción entre normas primarias (derivadas del principio de *no dañar a otro*) y secundarias (la obligación de compensar, que se traduce en el derecho a ser reparado por la víctima o sus familiares), y en consecuencia nos aleja de una estructura en la cual la única función de la responsabilidad civil es la de mantener ciertas reglas de distribución ya dadas. En efecto, el control de convencionalidad y el reconocimiento de un principio como norma de *ius cogens* muestra la capacidad del sistema para reproducir reglas o para arribar a soluciones específicas bajo la influencia que genera el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se materializa no solo en los instrumentos internacionales, sino que también en las decisiones adoptadas por la Corte IDH. Esta evolución del parámetro

de control permite que las reglas internas a las cuales se les ha atribuido clásicamente un rol de consolidación de ciertas situaciones (y, por ende, generadoras de paz social y de seguridad jurídica) devengan justamente en un entendimiento opuesto. Ahora estas reglas impiden que el sistema llegue a soluciones aptas para generar estos fines socialmente aceptados, tornándose por lo tanto en un obstáculo a la hora de decidir el conflicto en concordancia con la influencia que genera el sistema internacional. Asimismo, el argumento desarrollado por la Corte Suprema en este sentido se ve reforzado cuando interpreta la normativa interna a la luz de los compromisos internacionales, al invocar los artículos 3 y 4 de la Ley N.º 18.575 (LOC de Bases Generales de la Administración del Estado), elevando la regla de la responsabilidad a una categoría ajena a la posibilidad de ser derrotada por otras normas al vincularlas con otros instrumentos:

“SEXTO: Que de lo que se ha venido señalando se desprende que el Estado está sujeto a la regla de la responsabilidad, la que no es extraña a nuestra legislación, pues el artículo 3º del Reglamento de La Haya de 1907 señala que “La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen su ejército”. Complementa lo anterior el artículo 2. 3ª del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto señala que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas podrán interponer un recurso efectivo”, el que supone el derecho a buscar y conseguir plena reparación, incluida restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. En este contexto encontramos también el principio 15 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, el cual señala que “Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”.

En síntesis, la obligación de reparación es una obligación que pesa sobre el Estado que ha violado los derechos humanos de sus ciudadanos, obligación que es parte del estatuto jurídico de Chile, conforme se viene señalando”.

En otros fallos la Corte profundiza estas mismas conclusiones a partir de instrumentos de *soft law*¹⁷⁷:

“Tercero: Que, entre las fuentes de “soft law”, útil resulta considerar la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 60/147, de 16 de diciembre de 2005, que en el Principio IX, trata sobre la “Reparación de los daños sufridos” e indica bajo el numeral 15: “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima”.

En tanto, bajo el numeral 18 de este Principio IX, se afirma el siguiente subprincipio: “Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición”.

Por su parte, el subprincipio 20 del mismo Principio IX, señala: “La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los

¹⁷⁷ SCS rol N.º 29167-2019 del 02 de marzo de 2020. Cons. 3.º sentencia de reemplazo.

gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”.

La amplitud doctrinaria que muestra el razonamiento de la Corte Suprema da cuenta de una disposición más compatible con las ideas que surgen de la tendencia que sostiene la existencia de un *Ius Constitutionale Commune*, como se vio anteriormente. La multiplicidad de fuentes y la forma en que el argumento se perfila hacia el mayor grado posible de protección de este derecho dejan entrever lo ya señalado antes acerca de la entidad que se predica del principio de reparación integral.

Hasta ahora, es posible notar que la Corte Suprema reconoce como una norma superior el derecho a ser reparado frente a la violación de derechos humanos. Existen decisiones en las que el principio se construye de forma autónoma, es decir, considerándolo en sí mismo como perteneciente a una categoría superior e irrefutable en orden a declarar la responsabilidad del Estado, mientras que en otras, la entidad del principio está estrictamente derivado de la entidad de las infracciones penales que se ven involucradas aquí. Es interesante notar, a propósito de esta construcción, que el hecho de que todas las causas, sean civiles desvinculadas de acciones penales o bien que sean consecuencia de ella, hayan sido radicadas en la Segunda Sala ha permitido un nutrido desarrollo comparativo de ambas facetas de la responsabilidad. Por ejemplo, en el fallo “Concha Gálvez y otros con Fisco de Chile”¹⁷⁸, la Corte se hace cargo de los argumentos de segunda instancia en los cuales se introducen también elementos del Derecho Internacional, a fin de clarificar la vinculación entre ambos tipos de responsabilidad:

“Tercero: Que sobre la base de los presupuestos consignados precedentemente, la Corte de Apelaciones de Santiago, por mayoría, revocó la sentencia de primer grado que había acogido la demanda, argumentando que el derecho a la reparación del daño sufrido constituye un principio general del derecho interno y que el Estado se compromete a velar porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura, la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, sin afectar los que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales, según dispone el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, regla que se replica en el artículo 24, párrafos 4 y 5, de la

¹⁷⁸ SCS rol N.º 34111-2019, sentencia del 16 de junio de 2020.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

No obstante, prosigue el fallo, ninguna de esas normas consagra una suerte de imprescriptibilidad de la acción civil dirigida a reparar el daño causado por infracciones de lesa humanidad, conclusión que estimó ratificada por la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, que consagra la imprescriptibilidad de la acción penal y previene, sobre la acción civil, que las disposiciones de derecho interno no debieran ser excesivamente restrictivas, lo que implica la admisión de las reglas del derecho interno sobre la prescripción de la acción que busque la reparación del daño causado por la comisión de delitos de lesa humanidad, debiendo armonizar el derecho de las víctimas con la certeza jurídica.

Luego, el Tribunal de Alzada manifiesta que, cesada la suspensión de la prescripción, ya sea desde el 11 de marzo de 1990 con el retorno a la democracia, la publicación de cualquiera de los informes Rettig o Valech, de 1990 y 2004 o el de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación de 1992; aparece que el término de 4 años del artículo 2332 del Código Civil no pudo ser interrumpido por la demanda de 23 de agosto de 2016, sin que se alegara un impedimento para acudir a la justicia dentro de plazo.

En suma, acoge la excepción de prescripción y desestima la demanda”.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago es interesante en la medida que refleja la atribución de un contenido menos intenso cuando se habla del principio de reparación integral, o más bien, cuando analiza la naturaleza de la acción civil encaminada a lograr tal efecto. En otros términos, bajo la mirada de la Corte de Apelaciones, esta sería un principio *derrotable* atendido que, de acuerdo con la resolución citada, se abre un espacio para moderar su aplicación.

En contra de este razonamiento, la Corte Suprema posiciona cada uno de los principios en el lugar que le pertenece, realizando una clara conexión entre la naturaleza de la responsabilidad penal y civil que derivan de violaciones de derechos humanos:

“Octavo: Que, no está demás tener presente que, en reiterada jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que, tratándose de un delito de lesa humanidad, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil

interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos e incluso por el propio derecho interno que, en virtud de las Leyes N° 19.123 y 19.992, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió beneficios de carácter económico o pecuniario, como forma de reparación. Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones, emanadas de los mismos hechos ilícitos y otorgarles un tratamiento desigual es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Resulta importante traer a colación, al efecto, que el proceso de codificación en el país es temporalmente anterior a los sucesos que motivaron el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya sea a través de tratados internacionales, resoluciones y demás fuentes internacionales, de modo tal que, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad civil derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente. Ello, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, en particular, un renovado sistema de protección de los derechos que cuenta con postulados diversos y, a veces, en pugna con los del derecho privado, regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse. Esta rama emergente, representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, plasmada en la orientación del Derecho Internacional hacia la defensa de los derechos humanos y el castigo de sus transgresiones por agentes del Estado, mediante la comisión de ilícitos de lesa humanidad, ha de primar por sobre la preceptiva anterior, surgida en un contexto que desconocía tal línea evolutiva. (SCS Rol N° 20.288 14, de 13 de abril de 2015)”.

De todo lo dicho hasta acá, podría pensarse que el principio de reparación integral tiene una entidad mayor a un principio susceptible de ser ponderado. Sin embargo, es necesario precisar. En efecto, existen tres situaciones en las cuales el principio de reparación integral ha sido cuestionado: i) la prescripción de la acción civil indemnizatoria derivada de la comisión de delitos de lesa humanidad; ii) la excepción de reparación integral; y iii) la excepción de cosa juzgada.

Los fallos citados hasta ahora corresponden a situaciones en las cuales la discusión versa sobre la prescripción de la acción civil. Como se pudo apreciar, el criterio actualmente sostenido por la Corte Suprema es que la entidad del principio de

reparación integral, como derecho de las víctimas, es superior a cualquier norma de orden interno. Esta interpretación nos permite visualizarlo como una norma propiamente de *ius cogens* que, si bien no está formulada como tal entre las normas conocidas, la construcción argumentativa que realiza la Corte Suprema da a entender que la considera fuera de cualquier posibilidad de colisión con normas de cualquier categoría, por lo que, mirado así, cumpliría con las condiciones teóricas que la configuran.

En cuanto a la excepción de reparación integral, que corresponde a la alegación de la defensa fiscal en orden a señalar que las leyes reparatorias dictadas en democracia (N.ºs 19.123 y 19.980) son en sí mismas una forma de reparación que excluye cualquier pretensión judicial. Como vimos anteriormente, a este respecto la jurisprudencia establece una clara diferencia conceptual entre la naturaleza de las prestaciones otorgadas legalmente del derecho a una reparación *integral*, considerando que no son mutuamente excluyentes. Sin embargo, sí existen ejemplos que permiten mostrar cómo se desarrolla el posible conflicto entre una y otra institución. Así, en el caso “González Escobar y otros con Fisco de Chile”¹⁷⁹ es posible ver esta discusión tomando como punto de partida el supuesto de que la reparación integral corresponde a una categoría de *ius cogens*, para luego reiterar lo ya dicho en otras oportunidades sobre la naturaleza de este derecho a la reparación:

“Octavo: Que, por otro lado, resulta importante traer a colación que el proceso de codificación en el país, es temporalmente anterior a los sucesos que motivaron el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya sea a través de tratados internacionales, resoluciones y demás fuentes internacionales, de modo tal que, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad civil derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy es improcedente. Ello, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, en particular, un renovado sistema de protección de los derechos que cuenta con postulados diversos y, a veces, en pugna, con los del derecho privado, regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse. Esta rama emergente, representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, plasmada en la orientación del Derecho Internacional hacia la defensa de los derechos humanos y el castigo de sus transgresiones por agentes del

¹⁷⁹ SCS rol N.º 36905-2019, sentencia del 16 de junio de 2020.

Estado, mediante la comisión de ilícitos de lesa humanidad, ha de primar por sobre la preceptiva anterior, surgida en un contexto que desconocía tal línea evolutiva.

Así las cosas, no cabe aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación de conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho nacional.

La normativa invocada por el Fisco que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen; por el contrario, declara expresamente compatibles tales prestaciones en su artículo 24, al prescribir que "La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario.

Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes."

Visto desde otro punto de vista, no es procedente suponer que dicha ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación y, que las asuma el Estado voluntariamente no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley. Así ha sostenido previamente esta Corte (SCS Rol N° 20.288 14, de 13 de abril de 2015)"¹⁸⁰.

¹⁸⁰ En el mismo sentido, SCS rol N.º 22379-2019, sentencia del 17 de octubre de 2022, que en su considerando 18.º sostiene: "(...) Cabe recordar que, uniformemente esta Corte ha desestimado la compensación o pago invocado por el Fisco, en virtud de las políticas públicas implementadas por la Ley 19.123 de las que se habrían beneficiado los demandantes, porque esa legislación especial no contiene incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen, ni se ha demostrado que haya sido diseñada para cubrir toda merma moral inferida a las víctimas de atentados a los derechos humanos, puesto que se trata de modalidades diferentes de compensación, por lo que el que las asuma el Estado voluntariamente no implica la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el régimen jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que franquea la ley".

Bajo estas mismas premisas, la Corte Suprema se ha pronunciado a propósito de sentencias confirmatorias con declaración de reducción de monto. Por ejemplo, en el caso “Opazo Jara con Fisco de Chile”¹⁸¹ la Corte Suprema anula, por vicios de forma, la sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Concepción en la que emite declaración de reducción del monto. Para anular, argumenta la inexistencia de análisis en los antecedentes para determinar la rebaja del monto. En ese sentido, se pueden destacar dos razones. La primera de ellas, para señalar el vicio formal del fallo de alzada:

“De esta manera, resultando evidente el daño moral causado, el quantum específico del mismo ha de ser revisado y nuevamente ponderado por esta Corte, atendidos los términos de la apelación”, luego de lo cual confirma la sentencia apelada con declaración que se reduce el monto de la indemnización a \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos), sin analizar el detalle de los antecedentes que los llevaron a disminuir el monto ordenado pagar al Fisco de Chile por el tribunal de primera instancia, lo que atendido la naturaleza de la impugnación formulada constituye la omisión de los razonamientos del juicio denunciados por el arbitrio. No hay que olvidar que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

La necesidad de un análisis en tal sentido emana de la naturaleza de la acción indemnizatoria ejercida y de lo expuesto por los litigantes, dado que para una adecuada resolución del asunto era imperativo analizar los perjuicios que la detención, tortura y apremios ilegítimos provocó a Sergio Opazo Jara. La controversia planteada versaba justamente sobre los daños que los agentes del Estado de Chile con su actuar causaron al recurrente”. (Cons. 8.º)

La segunda, en la sentencia de reemplazo:

“TERCERO: Que en este entendido, acreditados como han sido los hechos denunciados, el contexto en que se perpetraron y la participación culpable y penada por la ley de los agentes del Estado que intervinieron, surge la efectividad del padecimiento del daño moral, de manera que el Estado debe reparar ese detrimento, por el hecho de sus agentes, cuya determinación concierne a la prudencia del tribunal, y no podría ser de otro modo porque materialmente es difícil, sino imposible, medir

¹⁸¹ SCS rol N.º 57995-2021, sentencia del 29 de noviembre de 2022.

con exactitud la intensidad del sufrimiento que le provocaron al actor su detención y sometimientos a torturas y apremios ilegítimos.

CUARTO: Que apreciando las probanzas rendidas, relacionadas en el considerando cuarto del fallo que se revisa, se determina prudencialmente la indemnización de ese padecimiento en la suma de \$ 40.000.000 (cuarenta millones de pesos)”.

Se debe tener en cuenta que, al igual que en los fallos analizados previamente, el razonamiento de la Corte Suprema inicia asentando la idea de considerar el principio de reparación integral como una norma de *ius cogens*. Además de reconocer esta calidad en el principio, asume un rol unificador al, por una parte, explicitar la realidad inconmensurable del daño moral ocasionado por violaciones a los derechos humanos y, por otra, fijar un monto que se mueve dentro de parámetros conocidos en los fallos anteriores, estableciendo así una forma de reparación que pasa por el reconocimiento, que tiene una dimensión más bien simbólica, y por la compensación propiamente tal, que se mueve dentro de los montos normalmente concedidos a las víctimas, lo que viene a promover una suerte de precedente para estos efectos¹⁸².

Finalmente, en lo referido a la excepción de cosa juzgada, el comportamiento de la Corte Suprema ha sido variable. Podemos observar sentencias en las que la excepción de cosa juzgada prevalece frente al principio de reparación integral, lo cual nos lleva a una conclusión contradictoria en cuanto a la construcción de este principio como una norma perentoria. En el caso “Cornejo Pino con Fisco de Chile”¹⁸³, la Corte razona sobre la cosa juzgada en tanto “*institución procesal de orden público consistente en el efecto de autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla, siendo sus atributos la inmutabilidad, impugnabilidad y coercibilidad*”, para agregar que:

“OCTAVO: Que, sin perjuicio que las razones expresadas precedentemente son suficientes para determinar la suerte del recurso en estudio, este Tribunal estima del caso señalar que aunque no se hubiera incurrido en el referido defecto, éste no podría

¹⁸² De manera más explícita, en SCS rol N.º 104460-2020, sentencia del 08 de julio de 2022, en la que su considerando 10.º señala que la determinación del monto a indemnizar “(...) se realiza en base a elementos difíciles de aquilatar y traducir en un equivalente monetario, motivo por el cual los sentenciadores acuden, a fin de aportar coherencia y consistencia en las decisiones de los tribunales, así como de tender a un trato igualitario entre las víctimas que recurren ante los órganos jurisdiccionales, a una determinación prudencial del daño moral sufrido por los demandantes, para lo cual se debe tener en consideración los baremos obtenidos del estudio de la jurisprudencia existente sobre la materia”.

¹⁸³ SCS rol N.º 21015-2020, sentencia del 05 de agosto de 2020.

prosperar, toda vez que, en lo que concierne a la transgresión de los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6° inciso primero y segundo, 19 N° 3 inciso primero y 38 inciso segundo, de la Carta Política, en relación a las Fuentes de Derecho Internacional esgrimidas por la recurrente, esta Corte ha señalado, que no es viable cimentar una casación en el fondo en este tipo de disposiciones, puesto que por ellas se observan principios o garantías de carácter genérico que normalmente encuentran su desarrollo en preceptos legales cuyo verdadero quebrantamiento ha de ser acusado en esta sede (SCS ROL N° 87. 827 17 de 11 de abril de 2017).

Que, en lo que interesa al recurso, el arbitrio no indica ninguna disposición concreta y precisa de algún Tratado Internacional suscrito y vigente en nuestro país que establezca en el ámbito del Derecho Internacional la obligación de indemnizar los perjuicios civiles demandados cuando aquello ya fue objeto de una decisión previa con carácter de ejecutoriada.

En efecto, el artículo 63.1 de la Convención preceptúa: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada". En el punto 2, añade: "En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

Que, en consecuencia, de lo reseñado queda en evidencia, que la citada Convención no dispone dejar sin efecto, anular o revocar sentencias judiciales firmes o ejecutoriadas de derecho interno"¹⁸⁴.

El fallo también se remite a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados con el fin de reafirmar lo señalado, por lo que el principio de reparación integral necesariamente debe ceder ante una institución que viene a consolidar y a clausurar el debate posterior sobre lo que se decide.

Sin embargo, más recientemente la Corte Suprema ha adoptado una posición distinta respecto de la cosa juzgada. En efecto, en el caso "Ulloa Rodríguez y

¹⁸⁴ El mismo fundamento puede verse en SCS rol N.º 24138-2019, sentencia del 18 de agosto de 2020.

otros”¹⁸⁵, y frente a una sentencia de primera instancia que acoge la excepción de cosa juzgada respecto de los demandantes, decisión confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema revierte el argumento antes citado, otorgándole una importancia mayor a la obligación del Estado de reparar íntegramente los daños causados. El argumento se construye con ayuda de la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁸⁶ y el recurso a instrumentos internacionales para llegar a la conclusión opuesta:

“7°) Que la importancia de los razonamientos efectuados es que permiten aseverar que, al aplicar el control de convencionalidad, sin ningún género de dudas, se constata la irrelevancia de cualquier excepción de cosa juzgada en relación con la acción civil que pretende la reparación íntegra de los daños y perjuicios derivados de la ejecución de esta categoría de ilícitos, por no respetar las disposiciones imperativas inherentes al derecho internacional de los derechos humanos;

8°) Que todo lo que se lleva reflexionado evidencia el error de derecho en que incurre la sentencia en examen, pues hace primar lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil sobre la normativa internacional examinada que impone al Estado de Chile el deber de reparar íntegramente las graves violaciones a los derechos humanos que demandan los familiares de las víctimas y cuya existencia no ha sido controvertida. Ese yerro ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo pues impidió pronunciarse al tribunal sobre las demandas deducidas contra el Fisco de Chile y, por consiguiente, establecer la responsabilidad extracontractual de éste por las acciones y omisiones de sus agentes establecidas en el fallo en examen;

9°) Que, en síntesis, no se desconoce aquí la validez y legalidad de los fallos anteriores, incluso dictados por esta propia Corte que declaran la prescripción de la acción indemnizatoria contra el Estado de Chile, sino sólo se reconoce que la excepción de cosa juzgada derivada de esos pronunciamientos consagrada en el citado artículo 177, norma interna de carácter meramente legal, debe ceder ante el derecho a una

¹⁸⁵ SCS rol N.º 36319-2019, sentencia del 23 de septiembre de 2022 (sentencia de primera instancia dictada por Ministro de fuero). En igual sentido SCS roles N.ºs 144348-2020 (del 23 de septiembre de 2022); 104558-2020 (del 13 de octubre de 2022); 862-2022 (del 20 de febrero de 2023); 25384-2021 (del 02 de marzo de 2023); 72024-2020 (del 28 de marzo de 2023); 8203-2021 (del 14 de abril de 2023); 122163-2020 (del 16 de junio de 2023).

¹⁸⁶ Caso “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988. Este precedente se ha utilizado profusamente en esta nueva forma de abordar la situación y como contexto de la obligación del Estado de “respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política de la República, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (cons. 5.º).

reparación integral derivado de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ya referidos, que por disposición del inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental tienen una jerarquía superior”.

El giro argumental se puede entender mejor a partir del voto de prevención, que analiza esta institución bajo parámetros convencionales. Partiendo de la base, siguiendo a NIEVA, de que “*el Derecho trata de buscar la paz social a través de la seguridad jurídica desde hace milenios*”¹⁸⁷, siendo parte de estos mecanismos *pacificadores* tanto la prescripción como la cosa juzgada. Uno de los cuestionamientos realizados por este autor resulta particularmente relevante para este análisis, sobre la *eternidad* de la cosa juzgada:

“Con todo y con ello, cabría preguntarse si es justo que una resolución judicial, dictada bajo los parámetros sociológicos, jurídicos, económicos y sociológicos del siglo XVI, y que a buen seguro influyeron en el juicio, siga teniendo que ser cumplida hoy en día, cuando todos esos parámetros pueden haber cambiado completamente. La conclusión clara sería que no, ciertamente. Podría ser contraria incluso al orden público una sentencia que diera la razón a un noble de 1234 frente a una persona del vulgo, por la simple razón de la diferencia social, al vulnerar claramente el derecho a la igualdad.

*Pero, sin embargo, faltan procedimientos en nuestros ordenamientos que permitan romper la cosa juzgada en esos casos, salvo en el proceso penal, en el que los plazos para plantear la revisión de la sentencia suelen ser ilimitados”*¹⁸⁸.

De este modo, la Corte Suprema le imprime una fortaleza adicional al principio de reparación integral, permitiendo que este prevalezca frente a la cosa juzgada, cuestión que, dentro del intervalo de sentencias analizada, no parecía posible al inicio. Volviendo al voto de prevención, encontramos un argumento cardinal en la construcción del principio como norma que no admite ser ponderada con otra:

“Sin embargo, para tal determinación no es posible acudir únicamente a la normativa de la Convención. Se debe considerar, además, la interpretación que de tales disposiciones ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto la eficacia vinculante de sus interpretaciones deriva de la decisión soberana del Estado de Chile de reconocer “incondicionalmente” como “obligatorias de pleno derecho” sus sentencias en lo relativo a la aplicación de la Convención, pero también a su

¹⁸⁷ NIEVA, Jordi (2010), *La cosa juzgada. El fin de un mito*, Santiago, Legal Publishing Chile, p. 7.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 63.

interpretación, según se desprende del artículo 62 de la Convención y lo confirma la declaración que acompaña el instrumento de ratificación respectivo, aprobada por el Congreso Nacional, como consta en el oficio N° 458 del Honorable Senado, de fecha 14 de Agosto de 1990, y del que da cuenta el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el que 'Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica'''. (Cons. 7.^o)

A partir de aquí, la cosa juzgada pasa de ser una *institución procesal de orden público* a un *obstáculo* para efectos de asegurar el derecho a la reparación integral¹⁸⁹. Esto es posibilitado precisamente por la amplitud y diversidad de fuentes mediante las cuales se entiende el derecho.

Quizás los mecanismos que permiten *romper* la cosa juzgada se encuentren en este esfuerzo constante y progresivo de hacer interactuar nuestras instituciones con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta podría ser la única salvaguarda en aras de una justicia material que permita realmente reparar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Por supuesto, existen distintas facetas de la reparación, como se ha buscado examinar a lo largo de este trabajo. Una de ellas es la actividad judicial en torno al reconocimiento del derecho a ser reparado de forma íntegra.

DÍAZ, al señalar al *ius cogens* como fuente material del Derecho Internacional, señala que lo es precisamente por el contenido del bien que busca proteger una determinada norma. En ese sentido:

“La base o pilar de cimiento de este contenido del ius cogens son valores —tales como v.g. la dignidad de la persona humana, las consideraciones de humanidad, el respeto de la vida del prójimo, la paz o la seguridad internacionales—, reconocidos por las naciones civilizadas, lo que provoca que la regla jurídica se vuelva imperativa, por la vía de la opinio iuris cogentis. En otras palabras, el procedimiento de creación de la norma de ius cogens, consta de dos elementos: el reconocimiento de ciertos valores y la formación de una conciencia de la necesidad de su protección”¹⁹⁰.

Las sentencias reunidas en este trabajo dan cuenta de un reconocimiento progresivo de las normas internacionales (principios y, en especial, las normas convencionales de la Convención Americana de Derechos Humanos) como perentorias (“*sin perjuicio*

¹⁸⁹ En un plano exclusivamente penal, SCS rol N.º 43575-2020, sentencia del 20 de junio de 2023, desarrolla las tensiones entre la cosa juzgada fraudulenta y la obligación de realizar el control de convencionalidad para evitar la impunidad de violadores a los derechos humanos.

¹⁹⁰ DÍAZ, ob. Cit. (2015), pp. 158-159.

de la data de su consagración y reconocimiento interno”), entre las que cabe el derecho de las víctimas y familiares de violaciones a los derechos humanos a recibir la reparación correspondiente. Durante el tiempo que comprenden las sentencias analizadas es posible notar que, sin perjuicio de esta declaración, el reconocimiento de este principio como una norma perentoria no era total, ya que frente a ciertas instituciones cedía. Sin embargo, el discurso asumido recientemente da cuenta de una plena configuración del principio como una norma imperativa proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, en tanto tal, y en la medida que se encuentra consagrado tanto en una multiplicidad de instrumentos internacionales¹⁹¹ así como en la práctica de la Corte IDH¹⁹², no admite ninguna clase de obstáculo en los últimos pronunciamientos. En otras palabras, el principio de reparación integral ha sido construido jurisprudencialmente con las características propias de una norma de *ius cogens*.

VI. Conclusiones.

El presente trabajo se propuso examinar la evolución jurisprudencial del principio de reparación integral entendido como una norma de *ius cogens*. Para llegar a esto, se dio inicio en el concepto más elemental que busca proteger cualquier norma de la cual se pueda predicar tal condición y que, además, resulta ser el fundamento de la misma: la dignidad humana. Sin embargo, la dignidad a solas no parece responder plenamente a la cuestión de la necesidad de construir un principio como el examinado en este trabajo, por lo que se decidió realizar una lectura de la dignidad humana como *reconocimiento*, es decir, como un principio eminentemente relacional. Esto es relevante porque el presente trabajo tuvo como eje el principio de reparación

¹⁹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63.1 en relación con los arts. 25 y 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3, el cual es interpretado en relación con la existencia de un derecho a la reparación; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8, en ese mismo sentido; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 14, entre otros instrumentos que incorporan la obligación de reparación frente a violaciones a derechos.

¹⁹² Caso “Velásquez Rodríguez v. Honduras” de 1988, ya citado. HERNÁNDEZ, Carlos (2023), *La reparación del daño y la reparación integral, convergencias y divergencias conceptuales*, Revista Jurídica Jalisciense, N.º 6, pp. 263-286, cita el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” de 2001 y “Aloeboetoe v. Surinam” de 1993, en donde la Corte IDH señala que el artículo 63.1 de la Convención “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes”.

integral en un contexto muy particular, a saber, como consecuencia de violaciones graves a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico-militar.

Así, considerándose estas violaciones como una forma de anulación de la dignidad humana, se pudo exponer con mayor amplitud este carácter relacional del principio, ya que necesariamente este tipo de violaciones de derechos suponen un desconocimiento del otro. Para ello se recurrió a distintas fuentes dogmáticas con el fin de aproximar el principio de dignidad humana con el concepto de reconocimiento, ya que los mecanismos reparatorios buscan fundamentalmente recomponer una relación quebrantada, una interacción injusta.

Previo al análisis jurisprudencial, objetivo último de este trabajo, se hizo un análisis del principio de reparación integral desde la dogmática jurídica. En este examen se pudo apreciar cómo existe una limitación en el entendimiento de este principio, derivado principalmente de su formulación en clave civil, lo que ha permeado la discusión hasta ahora. Sin embargo, existen propuestas que se enfocan también en el carácter relacional del derecho de daños y la necesidad de expandir los límites clásicos del principio, aproximándose a lo público. Así, el derecho de daños se exhibe como un medio para el logro de ciertos objetivos sociales, transitando desde un paradigma *sancionador* a uno *reparador*, contexto en el cual podemos situar propiamente la discusión que origina este estudio. Particularmente importante, como sustento dogmático, resultó la concepción de la responsabilidad civil como la articulación de un conjunto de derechos y deberes de carácter primario y secundario. Así, el carácter relacional de esta disciplina se despliega en una serie de derechos que permiten sostener una pretensión de *no ser dañados* (derechos primarios), mientras que, una vez lesionado este estado de cosas, surgen los deberes secundarios, lo que se traduce en el deber (y derecho de la víctima) de reparación. En este escenario se despliega una serie de funciones del derecho de daños en relación con la reparación de la víctima, ya que esta puede adoptar diversas formas, principalmente pecuniarias y simbólicas.

En el contexto estudiado, sin embargo, es importante tener presente que nos referimos a la reparación de daños originados como consecuencia de graves violaciones a los derechos humanos en los que se incluye la tortura, la desaparición forzada y el homicidio sistemático que fueron utilizados como métodos de control político durante el período en que se vivió bajo la dictadura cívico-militar. Como indica ROJAS:

“Uno de los fines del sistema de la desaparición es que, además de cometer el crimen, este acto desencadena un doble mecanismo de perversión mental: por un lado tortura para el que fue detenido y hecho desaparecer y por otro, tortura psicológica permanente en las vivencias, sentimientos y pensamientos, en toda la estructura mental de los familiares y la sociedad”¹⁹³.

¿Cómo es posible reparar una interacción injusta en la que la consecuencia es la muerte o la desaparición de una persona, y el medio para ejecutarla es la tortura?

Luego de la Segunda Guerra Mundial, como señala HORMAZÁBAL, “[d]aba la impresión de que el mundo que había tomado conciencia del valor de los Derechos Humanos no estaba dispuesto a tolerar nuevos crímenes contra la humanidad. Fue el comienzo en el plano internacional de una intensa actividad dirigida a institucionalizar jurídicamente un mundo sin tiranos”¹⁹⁴, surgiendo de ahí una serie de mecanismos de justicia, nacional e internacional, que perfilaron distintas reglas, hoy consideradas también como normas de *ius cogens*, que impiden la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos. Esto se muestra con mayor fuerza en la faceta penal de la responsabilidad, en donde se ha hecho valer en nuestro país de manera progresiva en el tiempo.

Sin embargo, el aspecto civil de la responsabilidad que surge de esta clase de violaciones ha tenido un camino más lento hacia su consolidación en términos efectivamente reparatorios. En este punto, la búsqueda se orientó, en primer término, a examinar la manera en que el principio de reparación integral puede comprenderse a partir de los aspectos que definen a las normas de *ius cogens*, así como el rol que puede atribuirse a los principios en el orden internacional como elementos de cohesión y coherencia del sistema. Se entendió el sistema de normas de *ius cogens* como portadoras de ciertos valores, aun cuando existen críticas que despojan de esta carga a las normas, para situarlas como una técnica legal en la que prima su carácter inderogable, y cómo estas normas han sido introducidas en nuestro ordenamiento a partir de la discusión suscitada por el artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución Política de la República en contraste con propuestas doctrinarias como el *meta-constitucionalismo* y el *trans-constitucionalismo*, que buscan explicar este proceso dinámico de interacción entre distintos niveles normativos, al igual que el

¹⁹³ ROJAS, ob. Cit., p. 181.

¹⁹⁴ HORMAZÁBAL, Hernán (2021), *Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas*, en COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor y LONDOÑO, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 413-414.

movimiento que defiende la creación de un acervo jurídico latinoamericano y el rol que le cabe a la Corte IDH en la legitimación de este discurso supranacional.

Una vez sentados los presupuestos teóricos, se avanzó a través de la jurisprudencia de la Segunda Sala (Penal) de la Corte Suprema entre los años 2020 y 2023. Se pudo constatar que, al inicio del periodo estudiado, la Corte Suprema ya tiene un discurso relativamente consolidado sobre la intensidad normativa del principio de reparación integral, superando la discusión sobre la prescripción de las acciones civiles tendientes a obtener dicha reparación. A pesar de que, bajo ciertos supuestos, la Corte Suprema no alude directamente al principio como una norma de *ius cogens* (sino que la vincula a principios generales del Derecho Internacional), la estructura de los razonamientos, influidos por las normas convencionales consideradas *ius cogens* (como ocurre con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) permite visualizar el principio como una norma imperativa. Sin embargo, la Corte Suprema no indaga con mayor profundidad en la naturaleza específica de este principio, sino que releva su importancia a partir del razonamiento convencional y también del hecho de que representan la consecuencia necesaria de la consideración, en los mismos términos, de la imprescriptibilidad de las acciones penales que derivan de estas violaciones graves a los derechos humanos. Es decir, en ciertas circunstancias, el carácter imperativo del principio resulta como un reflejo del mismo orden de razonamientos con los que se abordan las consecuencias penales de estas violaciones.

Sin embargo, este razonamiento no es absoluto. En efecto, se pudo constatar que el principio de reparación integral que se desprende de las acciones civiles (autónomas y derivadas de acciones penales) se enfrenta a tres posibles objeciones: i) la prescripción de la acción; ii) la excepción de reparación integral derivada de la aplicación de leyes dictadas en democracia; y iii) la cosa juzgada. El razonamiento convencional más elaborado y consistente se refiere a la prescripción y, de manera menos desarrollada, a la excepción de reparación integral, mientras que, al menos en la mitad del periodo estudiado, la Corte Suprema no consideraba de la misma forma el principio de reparación integral cuando este se enfrentaba a la institución de la cosa juzgada.

Las principales conclusiones a partir de esto son las siguientes: i) en cuanto a la prescripción, el principio de reparación integral opera como una norma imperativa, por lo que no es admisible sostener la prescripción en su contra; ii) en cuanto a la excepción de reparación, la Corte Suprema ha considerado, también de manera

constante, que las prestaciones otorgadas legalmente corresponden a eso, prestaciones de carácter asistencial, análogas a una pensión, por lo que no es posible entender que estas excluyan al principio aquí estudiado, de modo que, con todo, se conceden las indemnizaciones bajo estos supuestos; iii) la Corte Suprema ha promovido estándares de precedente en relación con los montos considerados como razonables para efectos de dar por satisfechas las pretensiones reparatorias de los demandantes. Para ello, ha tendido a moderar los montos excesivos y a anular las declaraciones de rebaja cuando estos distorsionan una media que ha dependido principalmente de la práctica en el tiempo, buscando cierta igualdad en este tipo de casos; iv) en el último periodo, la Corte Suprema ha desarrollado un argumento más sólido en orden a relativizar la rigidez de la cosa juzgada. Siendo considerada, en un primer momento, como una institución procesal de orden público, ha pasado a ser vista como un obstáculo que debe ser removido, mediante consideraciones de orden convencional, a fin de permitir en pleno el ejercicio del derecho a una reparación integral.

Logrado este último aspecto del desarrollo jurisprudencial, es posible concluir que el principio de reparación integral ha llegado a una evolución tal que no admite ningún tipo de objeción de orden interno o externo, de modo que, por medio de la práctica constante, el recurso a diversos instrumentos internacionales y la jurisprudencia dictada por la Corte IDH, se ha ido perfilando con las características que definen a una norma de *ius cogens*. Incluso si no se aceptara esto, a pesar de la formulación que hace de ella la Corte Suprema, es incuestionable el carácter superior del principio en orden a servir como un elemento interpretativo que, introducido en nuestro ordenamiento por vía del artículo 5, inciso 2.º, de la Constitución, resulta superior a todas las instituciones que lo componen, debido principalmente a que el principio aquí estudiado, en su vinculación a las graves violaciones a los derechos humanos, responde a otros fundamentos que no son asimilables a los principios que informan la legislación civil.

Sin embargo, y a pesar de este desarrollo positivo, se pueden apreciar una dificultad en la revisión de la jurisprudencia, y que dice relación con la falta de coherencia o de penetración del discurso desarrollado por la Corte Suprema hacia los tribunales inferiores. De las 39 sentencias analizadas, 28 de ellas provienen de sentencias (pronunciadas por Cortes de Apelaciones o Ministro de fuero o en visita, o bien tribunales ordinarios) en las que se rechazó la demanda en virtud de haberse acogido una o más de las tres excepciones planteadas anteriormente, lo que da cuenta de una falta de armonía en el discurso asumido por los tribunales inferiores

versus el discurso que ha sostenido consistentemente la Corte Suprema en torno a la primacía del principio de reparación integral.

LUHMANN, a propósito de la evolución del derecho, señala lo siguiente:

“Más bien lo que se quiere decir es que el sistema reconoce sus defectos en su propia pantalla y, para remediarlos, sólo puede utilizar medios propios y adecuados. Puede que el entorno irrite el sistema del derecho y logre perturbar el sentimiento jurídico. Pero tales irritaciones no son sino formas internas de plantear problemas y soluciones que dependen de lo que, en el marco del derecho vigente, se pueda construir”¹⁹⁵.

Agrega, a partir de esta idea, la evolución del derecho pasa porque este *“se impulsa a sí mismo hacia la innovación, pero también a conservar la estabilidad = consistencia = justicia”*. El ejercicio de revisión jurisprudencial nos demuestra precisamente cómo, a partir de una dinámica constante y a ratos contradictoria, la labor judicial ha servido como impulsora de esta evolución en el sentido de generar reglas *generalizables* a partir de su interacción con otros niveles del sistema. De este modo, se sustrajo el principio de reparación integral de su inevitable supresión por aplicación de otras reglas del sistema, para dotarlo de características que lo vuelven un elemento de justicia material incuestionable y que abrirá la puerta a discusiones posteriores, especialmente en lo relativo a la posibilidad de cuestionar decisiones anteriores, ancladas en otro entendimiento de la cosa juzgada, para aquellas víctimas que no lograron una reparación integral en los términos en que la jurisprudencia la ha entendido en el último período.

VII. Bibliografía.

- ANDENAS, Mads y CHIUSI, Ludovica (2019), *cohesión, convergence and coherence of International Law*, en ANDENAS, Mads; FITZMAURICE, Malgosia; TANZI, Attila y WOUTERS, Jan (eds.), *General principles and the coherence of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff.

¹⁹⁵ LUHMANN, ob. Cit. (2005), p. 338, en lo que CORDERO, Rodrigo (2021), *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*, Santiago, Metales Pesados, p. 91, califica como *dialéctica negativa de la ley*: *“La dialéctica se refiere a la idea de que el desarrollo de las formas jurídicas de la sociedad moderna está atravesado por una contradicción que es parte integral al concepto de derecho; es decir, el hecho de que el derecho sirve como un instrumento para estabilizar instituciones políticas e imaginarios sociales que reproducen formas de gobierno y dominación, así como un medio que protege las posibilidades de crítica y acción política transformadora de ordenamientos sociales en pos de mayor libertad e igualdad”*.

- ARENDT, Hannah (2021), *Eichmann en Jerusalén*, 9.^a Reimp., Bogotá, Debolsillo.
- ASTUDILLO, César (2022), *El dilema de la última palabra. Mandato, autoridad y funcionamiento de las altas cortes de derechos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel (2022), *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Ed. Trotta.
- AUBY, Jean-Bernard (2018), *Global constitutionalism and normative hierarchies*, en BELOV, Martin (ed.), *Global constitutionalism and its challenges to westphalian constitutional law*, Oxford, Hart Publishing.
- BELOV, Martin (2019), *Global rule of law instead of global democracy? Legitimacy of global judicial empire on the edge between Westphalian and post-westphalian constitutionalism*, en Belov, Martin (ed.), *The role of courts in contemporary legal orders*, La Haya, Eleven International Publishing.
- BOLAÑOS, Tania (2022), *Función transformadora y emancipatoria de la reparación integral: la búsqueda incesante de la justicia y la igualdad*, Estudios Constitucionales, N.º 2.
- BURUCÚA, José Emilio, y KWIATKOWSKI (2015), “Cómo sucedieron estas cosas”. *Representar masacres y genocidios*, 1.^a Reimp., Buenos Aires, Katz Editores.
- BRANDON, Robert (2002), *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, Madrid, Siglo XXI.
- CANE, Peter (2011), *Anatomía del derecho de daños*, Santiago, Ed. Flandes Indiano.
- CERUTTI, María del Carmen (2011), *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- CIENFUEGOS, Ana Julia y RAMÍREZ, María José (2017), *Daño psicológico de la represión política en el individuo*, en LIRA, Elizabeth (ed.), *Lecturas de psicología y política. Crisis política y daño psicológico*, Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- CLERC-RENAUD, Laurence (2019), *El principio de reparación integral confrontado con las funciones de la responsabilidad civil: origen, fundamento y valor constitucional*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- CONTESSE, Jorge (2016), *Contestation and deference in the Inter-American human rights system*, Law and Contemporary Problems, vol. 79.
- CORDERO, Rodrigo (2021), *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*, Santiago, Metales Pesados.

- DAVID, Lea (2023), *The “duty to remember” and the “right to memory”*, en TIROSH, Noam y READING, Anna, *The right to memory. History, media, law and ethics*, Nueva York, Berghahn Books.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2019), *Contenido del principio de reparación integral del daño: algunas consecuencias, en especial para el daño moral*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2019), *Campo de aplicación de la reparación integral: situación en el derecho chileno*, en DOMÍNGUEZ, Carmen (ed.), *El principio de reparación integral en sus contornos actuales*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- DE PAULA BUENO, Elen y DA SILVA, Emílio Mendonça (2021), *An international legal perspective on human dignity: The extrinsic recognition of an intrinsic condition*, *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 59.
- DÍAZ, Regina (2015), *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- DÍAZ, Regina (2022), *Derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Especial referencia a su aplicación en Chile*, Santiago, Der Ediciones.
- FERRER, Eduardo (2017), *The conventionality control as a core mechanism of the Ius Constitutionale Commune*, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER, Eduardo; MORALES, Mariela y PIOVESAN, Flávia (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America*, Reino Unido, Oxford University Press.
- FIGUEROA, Sebastián (2019), *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons.
- FINCHELSTEIN, Federico (2022), *Breve historia de la mentira fascista*, Santiago, Taurus.
- FINKELSTEIN, Cláudio (2013), *Hierarquia das normas no direito internacional. Jus cogens e metaconstitucionalismo*, São Paulo, Ed. Saraiva.
- FRANKFURT, Harry (2006), *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, en WIDERKER, David y MCKENNA, Michael (eds.), *Michael, Moral Responsibility and Alternative Possibilities*, Inglaterra, Ashgate Publishing Limited.
- GALDÁMEZ, Liliana (2011), *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos*, Santiago, Librotecnia.
- GALVÃO, Patricia (2021), *Peremptory norms of general international law (ius cogens) and the fundamental values of the international community*, en TLADI, Dire (ed.), *Peremptory norms of general international law (ius cogens). Disquisitions and disputations*, Leiden, Brill Nijhoff.

- GARCÉS, Magdalena (2017), *Investigación, procesamiento y castigo de la desaparición forzada de personas en Chile: Avances, dificultades y desafíos*, en GUEVARA, José Antonio y CHÁVEZ, Lucía (coords.), *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos. Lecciones de América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2020), *El fundamento del derecho de daños. Una propuesta*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2023), *Argumentación Jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA, Gonzalo (2020), *¿Cómo compatibilizar el orden convencional y constitucional de derechos? Relectura del artículo 5º de la Constitución*, en CONTRERAS, Pablo y GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Santiago, Der Ediciones.
- GARCÍA, Gonzalo (2020), *La consideración de los estándares sobre derechos fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional*, en CONTRERAS, Pablo y GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Santiago, Der Ediciones.
- GÓMEZ, Antonio (2003), *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México D.F., UNAM.
- GUERRERO, Manuel (2023), *Sociología de la masacre*, Santiago, Ed. Planeta Chilena S.A.
- HABERMAS, Jürgen (2010), *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, *Diánoia*, vol. LV, N.º 64.
- HART, H.L.A. (2009), *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio (2019), *Control de convencionalidad en Chile*, en HENRÍQUEZ, Miriam y MORALES, Mariela (coords.), *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Santiago, Der Ediciones.
- HERNÁNDEZ, Carlos (2023), *La reparación del daño y la reparación integral, convergencias y divergencias conceptuales*, *Revista Jurídica Jalisciense*, N.º 6.
- HERSHOVITZ, Scott (2014), *Tort as a substitute for revenge*, en OBERDIEK, John (ed.), *Philosophical foundations of the law of torts*, Oxford, Oxford University Press.
- HONNETH, Axel (1997), *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Ed. Crítica.
- HONNETH, Axel (2011), *La sociedad del desprecio*, Madrid, Ed. Trotta.

- HORMAZÁBAL, Hernán (2021), *Prohibición de la impunidad de las violaciones de derechos humanos criminalizadas*, en COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor y LONDOÑO, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- IKÄHEIMO, Heikki (2022), *Recognition and the human life-form*, Nueva York, Routledge.
- IWASAWA, Yuji (2023), *Domestic application of international law. Focusing on direct applicability*, Leiden, Brill Nijhoff.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir (1999), *El perdón*, Barcelona, Seix Barral.
- JEAN, Joannie (2023), *Battles for memory and justice in Chile. Struggles for remembrance, legitimacy and accountability*, Suiza, Springer.
- KADELBACH, Stefan (2006), *Just cogens, obligations erga omnes and other rules. The identification of fundamental norms*, en TOMUSCHAT, Christian y THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The fundamental rules of the international legal order*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- KEREN-PAZ, Tsachi (2016), *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons.
- KOLB, Robert (2015), *Peremptory international law – Jus Cogens. A general inventory*, Oxford, Hart Publishing.
- KOLB, Robert (2019), *General principles of law, jus cogens and the unity of the international legal order*, en ANDENAS, Mads; FITZMAURICE, Malgosia; TANZI, Attila y WOUTERS, Jan (eds.), *General principles and the coherence of International Law*, Leiden, Brill Nijhoff.
- KOLB, Robert (2021), *Peremptory norms as a legal technique rather than substantive super-norms*, en TLADI, Dire (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens). Disquisitions and disputations*, Leiden, Brill Nijhoff.
- KRESNER, Daniel (2017), *Las consecuencias psicosociales de la impunidad para los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos*, en GUEVARA, José Antonio y CHÁVEZ, Lucía (coords.), *Cómo enfrentar la impunidad de violaciones de derechos humanos. Lecciones de América Latina*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- LAW, David y TUSHNET, Mark (2023), *The politics of judicial dialogue*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper N.º 2023-54.
- LINDERFALK, Ulf (2020), *Understängind Jus cogens in international law and international legal discourse*, Reino Unido, Edward Elgar.

- LIRA, Elizabeth (2008), *La política de reparación por violaciones a los derechos humanos en Chile*, en DÍAZ, Catalina (ed.), *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*, Colombia, Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- LUHMANN, Niklas (2005), *El derecho de la sociedad*, 2.^a Ed., México, Herder.
- LUHMANN, Niklas (2022), *Poder en el sistema*, Ciudad de México, Herder.
- MANIACI, Giorgio (2020), *Contra el paternalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- MARTÍNEZ, María Guadalupe (2020), *Tort remedies as meaningful responses to wrongdoing*, en MILLER, Paul y OBERDIEK, John (eds.), *Civil wrongs and justice in private law*, Nueva York, Oxford University Press.
- MATCZAK, Marcin (2022), *The semantics of openness. Why references to foreign judicial decisions do not infringe the sovereignty of national legal systems*, en KJAER, Anne y LAM, Joanna, *Language and legal interpretation in International Law*, Nueva York, Oxford University Press.
- MCKENNA, Michael (2012), *Conversation and Responsibility*, Nueva York, Oxford University Press.
- MENKE, Christoph (2020), *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- NASH, Claudio (2021), *Infranqueables. Lecciones sobre la protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, T. I, Santiago, Ed. Universitaria.
- NEVES, Marcelo (2009), *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Editora WMF Martins Fortes.
- NIEVA, Jordi (2010), *La cosa juzgada. El fin de un mito*, Santiago, Legal Publishing Chile.
- PAPAYANNIS, Diego (2014), *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, Diego (2016), *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- PAPAYANNIS, Diego (2020), *Responsabilidad por el dolor causado y sufrido*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores.
- PÉREZ, Carlos José (2009), *El Genocidio en Chile: La construcción sociodiscursiva de la verdad*, en FEIERSTEIN, Daniel (coord.), *Terrorismo de estado y genocidio en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros.
- PETERS, John Durham (2014), *Hablar al aire. Una historia de la idea de comunicación*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- POSCHER, Ralf (2011), *Acierto, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios*, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos*

- fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons.
- ROJAS, Hugo y SHAFTOE, Miriam (2022), *Human Rights and transitional justice in Chile*, Suiza, Palgrave Macmillan.
 - ROJAS, Paz (2009), *La interminable ausencia. Estudio médico, psicológico y político de la desaparición forzada de personas*, Santiago, Lom Ediciones.
 - ROJAS, Víctor Manuel (2022), *El nuevo estatus jurídico del ius cogens, reflexiones en torno a los informes de la Comisión de Derecho Internacional*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXII.
 - RUIZ MANERO, Juan (2018), “Rule of law y ponderación”. *Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar*, en RUIZ MANERO, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios* (Juan Pablo Alonso, coord.), Buenos Aires, Astrea.
 - SANTOS, Boaventura de Sousa (2014), *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Ed. Trotta.
 - SANTOS, Boaventura de Sousa (2019), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Ciudad de México, Ediciones Akal.
 - SCARFFE, Eric (2022), *Toward a Dignity-Based account of International Law*, Jus Cogens, vol. 4.
 - SHELTON, Dinah (2021), *Jus Cogens*, Reino Unido, Oxford University Press.
 - STAUBACH, Peter (2018), *The rule of unwritten International Law. Customary law, general principles, and world order*, Nueva York, Routledge.
 - STRAWSON, P. F. (1995), *Libertad y Resentimiento. Y otros ensayos*, Barcelona, Ediciones Paidós.
 - TORRES, Natalia (2023), *The Inter American Court of Human Rights. The legitimacy of international courts and tribunals*, Nueva York, Routledge.
 - TRAVERSO, Enzo (2007), *El pasado. Instrucciones de uso*, Madrid, Marcial Pons.
 - VAN DER MERWE, Hugo (2023), *Una perspectiva global de la investigación sobre la reconciliación: reflexiones desde el ámbito de la justicia transicional*, en RETTBERG, Angelika y UGARRIZA, Juan Esteban (comp.), *Reconciliación. Experiencias en Colombia y el mundo*, Bogotá, Ediciones Uniandes.
 - VARGAS, Alexander (2020), *Reparar o reconocer. Algunas consideraciones sobre la justificación de medidas no pecuniarias ante el daño en el Derecho privado*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAPAYANNIS, Diego (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra Editores.
 - VON BOGDANDY, Armin (2017), *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, challenges, and perspectives*, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER,

Eduardo; MORALES, Mariela y PIOVESAN, Flávia (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America*, Reino Unido, Oxford University Press.

- WALDRON, Jeremy (2019), *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- WALKER, Neil (2000), *Flexibility within a metaconstitucional frame*, en DE BÚRCA, Gráinne y SCOTT, Joanne (eds.), *Constitutional change in the EU. From uniformity to flexibility?* Oregon, Hart Publishing.
- WEATHERALL, Thomas (2015), *Jus cogens. International law and social contract*, Reino Unido, Cambridge University Press.
- ZIMBARDO, Philip (2022), *El efecto lucifer*, 4.^a Reimp., Ciudad de México, Paidós.