



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

# REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2007

N° 18

# *REVISTA DE DERECHO*

editada por el Consejo de Defensa del Estado

*“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.*

## **Director Responsable**

*Arturo Onfray Vivanco*

## **Comité Editorial**

*René Moreno Monroy*

*Rodrigo Quintana Meléndez*

*María Inés Horvitz Lennon*

*Ana María Hübner Guzmán*

## **Propietario**

*Consejo de Defensa del Estado®*

## **Representante Legal**

*Carlos Mackenney Urzúa*

## **Domicilio**

*Agustinas 1687, Santiago*

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Impreso en LOM ediciones

Concha y Toro N° 25

Santiago, Chile

# REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2007 N° 18

**ÍNDICE** ..... 5

**PRESENTACIÓN** ..... 9

*Comité Editorial*

## **A.- DOCTRINA**

### **DERECHO ADMINISTRATIVO**

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL  
REGLAMENTO Y LA REFORMA DE LA LEY N° 20.050..... 11

*Carlos Dorn Garrido*

### **DERECHO PROCESAL**

EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL ..... 21

*Claudio Díaz Uribe*

### **MEDIACIÓN**

MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA: PRESERVACIÓN DEL  
POTENCIAL PROPIO DE LA MEDIACIÓN EN ESCENARIOS  
DE DISPUTAS ..... 35

*Joseph P. Folger*

## **B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS**

### **DERECHO ADMINISTRATIVO**

Corte Suprema. Cirsca Casino de Rancagua Sociedad Anónima con Superintendencia de Casinos de Juego VI Región. Recurso de protección..... 58

Corte Suprema. Hernández, Jaime con D.O.M. de Viña del Mar. Recurso de protección..... 71

Corte Suprema. Martínez Rodríguez, Manuel con Fisco de Chile. ... Recurso de casación en el fondo..... 73

Corte Suprema. Thunderbird IEG S.A. con Superintendencia de Casinos. Recurso de protección..... 82

Corte Suprema. Vega Vega, Luis Alberto y otro con Servicio de Salud Araucanía Sur. Recurso de apelación..... 87

### **DERECHO CONSTITUCIONAL**

Corte Suprema. Ulloa, Juan Luis contra Honorables Diputados. Recurso de protección..... 129

### **DERECHO LABORAL-PREVISIONAL**

Corte Suprema. González Saenger, Verónica con Ministerio Público. Recurso de casación en el fondo..... 138

## **DERECHO TRIBUTARIO**

Tribunal Constitucional. Álvarez de la Rivera Schmidt, Marta con  
Servicio de Impuestos Internos. Recurso de inaplicabilidad por  
inconstitucionalidad..... 143

### **C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**

*Arturo Felipe Onfray Vivanco*..... 160



## PRESENTACIÓN

### Comité Editorial

La Revista del Consejo de Defensa del Estado, como lo señalaba Gonzalo Vial a mediados del año 2000, pretende ser el foro “*de los grandes temas jurídicos de trascendencia social, estatal y fiscal*”. Con ese derrotero en el horizonte aspiramos a ampliar los límites de nuestra publicación acogiendo en su seno todo aquello de novedad para la cultura jurídica nacional. No es, entonces, un accidente que en este número de la Revista se consideren artículos de autores ajenos al Consejo, los cuales sin embargo tocan temáticas de profunda sensibilidad jurídica, como son el anuncio de una reforma al proceso civil (Claudio Díaz Uribe) y una nueva aproximación al tratamiento de los conflictos jurídicos, a través de la mediación transformativa (Joseph P. Folger).

Claudio Díaz Uribe, profesor de Derecho Procesal y miembro de los Institutos Chileno e Iberoamericano de Derecho Procesal, en su trabajo “*El Anteproyecto del Código Procesal Civil*”, revisa, en el marco de una reforma procesal civil en Chile, cuyos primeros pasos ya están en curso, el contenido actual del Anteproyecto de Código Procesal Civil elaborado a partir, principalmente, del esfuerzo desarrollado por el Foro para la Reforma Procesal Civil, al cual pertenece el autor, y la Universidad de Chile.

Joseph P. Folger privilegia esta publicación con su artículo “*Mediación Transformativa: Preservación del Potencial Propio de la Mediación en Escenarios de Disputas*”. Quién mejor que el propio Joseph P. Folger, padre del modelo de la mediación transformativa,

para clarificar el objetivo y metas centrales de tal tipo de mediación, la cual revisa a través de la descripción de algunas de las características prácticas claves de este enfoque de la intervención en conflictos.

En la Sección Doctrina se incluye, además, otro interesante artículo: “*El Control de Constitucionalidad del Reglamento y la Reforma de la Ley N° 20.050*”, de Carlos Dorn Garrido, quien es profesor de Derecho Administrativo y abogado del Consejo de Defensa del Estado. El autor revisa la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 y las deficiencias que ella supone en relación al rol de garante del Tribunal Constitucional.

En la Sección Jurisprudencia se consideran varios fallos pronunciados por la Corte Suprema, los cuales tratan diversas materias de interés. Así, a propósito de los recursos de protección interpuestos por participantes en los procesos de licitación de casinos en contra de la Superintendencia de Casinos y Juegos, se analiza el cómputo del plazo para la interposición de un recurso de protección y la validez de los actos de la Administración realizados fuera de plazo. Otros fallos revisan la noción de actos de contenido favorable, la falta de servicio en los establecimientos de urgencia, la prescripción por responsabilidad extracontractual del Estado en las causas por violaciones a los derechos humanos, los límites del recurso de protección en relación a las atribuciones propias del Poder Legislativo y el régimen laboral aplicable a los funcionarios del Ministerio Público.

Además de tales decisiones de la Corte Suprema, se incluye la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, con fecha 13 de noviembre de 2007, conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad relativo a disposiciones contenidas en la Ley N° 17.235, sobre impuesto territorial.

Finalmente, en la Sección Recensiones Bibliográficas, se revisa un reciente libro, publicado por la Fundación Libertad y Desarrollo, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez, titulado “*Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases Jurídicas y de Política Pública para un Debate Necesario*”, el cual incorpora los aportes de destacados autores nacionales y extranjeros, sobre un tema de gran actualidad, como, por lo demás, lo reafirma el artículo de Claudio Díaz Uribe contenido en esta revista.



## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO Y LA REFORMA DE LA LEY N°20.050

Carlos Dorn Garrido<sup>1</sup>

**RESUMEN:** *La reforma constitucional introducida por Ley N° 20.050 modificó el marco de competencias del Tribunal Constitucional posicionándolo como garante exclusivo del principio de supremacía constitucional.*

*Sin embargo, y en lo que dice relación con el control de constitucionalidad del reglamento ejercido por el Tribunal Constitucional, puede verificarse que la reforma adolece de cuatro deficiencias que lejos de robustecer dicho rol vino a debilitar la tutela de este organismo frente a actos normativos, las que, a modo somero, son las siguientes:*

*1.- La reforma constitucional limita la competencia del Tribunal Constitucional, con motivo de un requerimiento de constitucionalidad de reglamento, para pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley remitora.*

*2.- Limitación inexplicable de la legitimación activa para requerir al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad del reglamento. Esta situación contrasta con la regulación que el propio constituyente realiza de la acción de inaplicabilidad y de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes, pues en ambas se confiere legitimación activa al particular. Empero, tratándose de reglamentos el particular carecería de tal legitimación para requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.*

---

<sup>1</sup> CARLOS DORN GARRIDO. Profesor de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Valparaíso.

*Además, en este mismo punto, es posible constatar que cuando se trata de reglamentos autónomos, se limitó la legitimación activa solamente a las Cámaras del Parlamento, excluyendo la posibilidad de que la minoría parlamentaria pueda recurrir al Tribunal Constitucional, lo que representa un debilitamiento a las bases del régimen democrático;*

*3.- Falta de cobertura del control de constitucionalidad respecto de otros actos normativos de la Administración del Estado que no adoptan la forma de decretos supremos; y*

*4.- Ausencia de tratamiento acerca de la problemática de la inconstitucionalidad por omisión de reglamento.*

*Es por ello que, en el presente documento, junto con exponer estas deficiencias, se ofrecen propuestas de solución que, naturalmente, van más allá de la reforma eventual a la Carta Fundamental.*

**DESCRIPTORES:** *Acción de inconstitucionalidad - Control de Constitucionalidad - Inaplicabilidad por inconstitucionalidad - Reforma Constitucional (Ley N° 20.050) - Reglamentos (Control de Constitucionalidad) - Supremacía Constitucional - Tribunal Constitucional*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *I.- Preámbulo. II.- Cuatro Deficiencias del Sistema de Control de Constitucionalidad del Reglamento ante el Tribunal Constitucional. III.- Conclusión.*

## I.- PREÁMBULO

Atendida la importancia de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico que limita y condiciona la actividad de los órganos del Estado, cobra relevancia examinar un acápite especial acerca del sistema actual de control de constitucionalidad de la actividad jurídica de la Administración que se traduce en la dictación de Reglamentos.

En este sentido, preciso es determinar el grado de eficacia del principio de la supremacía constitucional respecto a la actividad reglamentaria la que, a mi juicio, está bastante debilitada incluso tras la reforma introducida a la Carta Fundamental por Ley N° 20.050.

## II.- CUATRO DEFICIENCIAS DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### *1.- Limitada competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse acerca de los requerimientos de constitucionalidad de un decreto Supremo (Reglamento)*

La fuente normativa que atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los requerimientos que el Parlamento formule en contra de un acto reglamentario descansa en el numeral 16° del artículo 93 de la Constitución Política del Estado<sup>2</sup>. Sin embargo, la forma en que ha sido redactada la norma de competencia del Tribunal Constitucional esconde una importante limitación que repercute en su eficacia y utilidad.

En efecto, esta limitación adquiere importancia en los reglamentos dictados por la Administración del Estado con motivo de una remisión normativa, atendido que un completo y acabado examen de constitucionalidad de un reglamento supone considerar dos niveles de análisis:

Primer nivel. Apreciar la armonía jurídico-abstracta del contenido normativo del reglamento con la Constitución. Dicho criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se denomina razonabilidad técnica, ya que el reglamento debe adecuarse a los parámetros prescritos por la norma legal remisor, pero, también, supone que el cumplimiento del mandato legal razonablemente implica respetar el contenido del marco constitucional.

Segundo nivel. La validez del reglamento queda subordinada a la constitucionalidad de la remisión normativa del legislador, atendido que la Carta Fundamental impone un contenido mínimo y esencial irrenunciable e indelegable por el legislador y que dice relación con la configuración del núcleo esencial de la institución respectiva, según se desprende del inciso final del N° 3° del artículo 19 y del N° 20 del artículo 63, ambos de la Constitución. De tal forma que aquella remisión normativa que no cumpla con estos predicamentos básicos adolecerá de inconstitucionalidad de fondo que contaminará la validez del reglamento que se dicte al amparo de ella.

---

<sup>2</sup> Decreto Supremo N° 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, año 2005.

Empero, la norma de competencia del Tribunal Constitucional solamente lo habilita expresamente para verificar la conformidad del contenido del reglamento con la Constitución, pero no para pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto legal habilitante o remisor, en el sentido de si este cumple con la regulación mínima y esencial que corresponde a la ley.

No obstante la existencia de este vacío de competencia, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, de facto, se ha autoatribuido dicha potestad según se puede desprender de la doctrina construida a partir de los roles 325<sup>3</sup>, 370<sup>4</sup>, 373<sup>5</sup> y 465<sup>6</sup>, todos los cuales exigen que para evaluar la constitucionalidad del reglamento es necesario que los preceptos legales que le sirven de fundamento cumplan con exigencias de determinación y especificidad. De modo que, si el Tribunal Constitucional constata que en las normas legales faltan dichos requisitos, entonces procede a declarar la inconstitucionalidad del reglamento.

A pesar de que se puede compartir la lógica del análisis que hace el Tribunal Constitucional, existe un grave problema de extralimitación de competencia ya que la norma de competencia no prevé la posibilidad de reprochar la constitucionalidad de la ley habilitante a propósito del control de constitucionalidad del reglamento. Por lo demás, dicha interpretación contraviene el sistema expreso de control de constitucionalidad de las leyes de competencia del Tribunal Constitucional.

Es por ello que, para los efectos de regularizar esta situación y fortalecer el rol del Tribunal Constitucional como garante del principio de supremacía constitucional, sería aconsejable incorporar expresamente en la Carta Fundamental la competencia del Tribunal Constitucional para revisar la constitucionalidad de la ley remisor.

---

<sup>3</sup> Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001, Rol N° 325 (2001).

<sup>4</sup> Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 8 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de ese año, Rol N° 370 (2003).

<sup>5</sup> Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 27 de febrero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de abril de 2003, Rol N° 373 (2003).

<sup>6</sup> Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Educación, publicado en el diario oficial de 16 de diciembre de 2005, que modifica el Decreto Supremo n° 177, de 1996, del mismo Ministerio, que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media, Rol N° 465 (2006).

*2.- Debilitamiento de la legitimación activa y su limitación inexplicable.*

Tanto el antiguo articulado como el que surge con la reforma consagran un inexplicable mecanismo restringido de legitimación activa para recurrir al Tribunal Constitucional frente a reglamentos inconstitucionales, lo que contrasta con la situación de legitimación para el caso de la ley.

Esta limitación genera inconstancias y distorsiones:

*a.- Afectación al principio democrático del respeto y protección de las minorías.*

Una regla básica de la democracia es que si bien gobierna la mayoría, para evitar su tiranía es necesario proteger a la minoría, lo que se lograría a través de los siguientes mecanismos:

- i.- Consagración constitucional de un estatuto de derechos y libertades fundamentales.
- ii.- Existencia de mecanismos de control de la actividad jurídica del Estado.

Este último aspecto es en donde la reforma constitucional del año 2005 resintió el rol de la minoría, toda vez que el numeral 16 del artículo 93 limita la legitimación activa para recurrir al Tribunal Constitucional, en caso de extralimitación del Reglamento Autónomo del Presidente de la República, únicamente a las cámaras del Parlamento. Esta restricción produce tensiones al interior del marco constitucional:

- Contradicción con las normas esenciales del capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad de la Carta Fundamental, en especial su artículo 4º, disposición que proyecta los efectos propios de todo régimen democrático, entre ellos, el respeto y protección de las minorías; en consecuencia, no es posible excluirlas del ejercicio efectivo de una herramienta de control a los actos de autoridad normativos de la Administración.
- Exposición grave a intromisiones del Poder Ejecutivo en la órbita de competencia del Poder Legislativo. Atendido que el ámbito de competencia del reglamento autónomo es de carácter residual, entonces existe el riesgo que se invada el marco del dominio legal máximo y, con ello, se debilite la protección de la garantía normativa de la reserva legal.

*b.- Inexplicable limitación a la legitimación activa de la acción de control de constitucionalidad del reglamento ante el Tribunal Constitucional.*

El artículo 93 de la Carta Fundamental restringe la titularidad de la acción de control de constitucionalidad de reglamentos de ejecución, a cualquiera de las Cámaras o a una cuarta parte de los diputados o senadores en ejercicio, excluyendo expresamente la posibilidad de que un particular pueda requerir semejante pronunciamiento ante el Tribunal Constitucional, situación que contrasta con la legitimación activa establecida para los mecanismos de control de constitucionalidad de preceptos legales (acción de inaplicabilidad y acción pública de inconstitucionalidad).

Este disímil tratamiento de la legitimación activa para recurrir al Tribunal Constitucional frente a actos reglamentarios inconstitucionales, supone la existencia de una razón que justifique la asimetría, según lo ordena el inciso final del numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sin embargo, si consideramos la sustancia de la ley y reglamento podremos, desde ya, percatarnos que ambas constituyen manifestaciones normativas resultantes de la distribución constitucional del régimen de competencias normativas entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo. De tal forma que a partir de esta aproximación, ley y reglamento son entidades esencialmente idénticas salvo sus naturales diferencias de forma referida a la génesis y jerarquía.

Entonces, si sustantivamente ley y reglamento son manifestaciones normativas del Estado, ¿por qué exigir una legitimación activa restrictiva para el reglamento y una amplia para la ley? Alguien podría sostener que la razón atendería al hecho que el control de constitucionalidad es abstracto y, por ende, no existirían derechos subjetivos comprometidos por un reglamento; ergo, un particular carecería de interés para accionar ante el Tribunal Constitucional. Dicha reflexión se contrapone con el hecho que el numeral 7° del artículo 93 de la CPE establece una **acción pública de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable** y, en tal caso, el control ejercido por el Tribunal Constitucional es de tipo abstracto.

No obstante el reparo anterior, el numeral 16 del artículo 93 de la CPE recoge un control de constitucionalidad del reglamento de naturaleza *abstracta y a posteriori*, pero ¿qué ocurre con aquella parte de una gestión judicial que puede verse afectada por la aplicación de un reglamento inconstitucional? En este caso nos encontramos con

un ciudadano que tiene derechos comprometidos por los efectos en la fase de ejecución de un reglamento inconstitucional.

Esta hipótesis no está recogida expresamente en el sistema de competencias del Tribunal Constitucional. Empero, y atendido su rol de garante de la supremacía constitucional nos obliga a retomar la interpretación del vocablo “*precepto legal*” empleado por el constituyente en el numeral 6° del artículo 93 a propósito de la acción de inaplicabilidad en razón de inconstitucionalidad de un precepto legal. La voz precepto legal ha sido objeto de controversia interpretativa desde la recepción del mecanismo de la inaplicabilidad en la Constitución de 1980, debido a que los autores se han planteado si dicha expresión se ha usado en un sentido material o formal. La mayoría de la doctrina se ha pronunciado por la noción formal; sin embargo, pareciera que en aras de la vigencia y eficacia de la supremacía constitucional debiera replantearse dicha interpretación y estimar que ella comprende una forma material de ley, tanto por la idéntica estructura normativa como por el hecho que el numeral 26 del artículo 19 de la CPE –*garantía de la irreductibilidad del núcleo esencial de los derechos*– emplea la expresión *precepto legal* pero no en un sentido formal.

A mayor abundamiento, esta relectura no sólo refuerza la eficacia de la supremacía constitucional sino que, además, se conforma con la finalidad de la reforma constitucional en el ámbito de las competencias del Tribunal Constitucional, a saber, concentrar el control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y hacer aplicable la acción pública de inconstitucionalidad permitiendo la expulsión del ordenamiento jurídico a los reglamentos contrarios a la Constitución, reforzando, con ello, el valor de la coherencia normativa.

### *3.- Carencia de plenitud del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional*

Un control de constitucionalidad es pleno si abarca la totalidad de las fuentes formales del Derecho. En este sentido cobra relevancia que, a lo menos, los actos normativos de autoridad queden sometidos al control del Tribunal Constitucional.

Tras la reforma constitucional del año 2005, se avanzó escasamente en la plenitud del control de constitucionalidad respecto de actos de naturaleza reglamentaria dictados por autoridades distintas a la autoridad central y que no se expresan a través de decretos su-

premos pero que, sin embargo, generan efectos importantes a nivel de esfera de derechos de los destinatarios, quedando excluidos de la norma de competencia del numeral 16 del artículo 93 de la CPE. Así, por ejemplo, ocurre con las ordenanzas municipales o las circulares dirigidas a entes privados que desarrollan actividades económicas, las que involucran una fuerte presencia de interés público generando una suerte de relación de sujeción especial, entre otros efectos. ¿Están ellas fuera del principio de control de constitucionalidad? Creemos que no y ello obligaría, en el caso de las ordenanzas municipales, a incluirlas dentro de la voz *precepto legal* de la acción de inaplicabilidad. Sin embargo, en el caso de las circulares e instrucciones resultaría forzada su inclusión y habría que atacar sus vicios de inconstitucionalidad a través de procedimientos contencioso-administrativos de nulidad ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, los que gozan de plena competencia atendido que en la decisión de los asuntos controvertidos sometidos a su conocimiento su deber es dar aplicación preferente a la Constitución antes que a una norma inferior contraria a ella, según lo dispuesto en los artículos 6, 7, 38 y 76 de la CPE y artículos 5 y 12 del Código Orgánico de Tribunales.

#### *4.- Falta de previsión sobre el control de constitucionalidad de la omisión reglamentaria*

Por último, una cuestión poco abordada en nuestro Derecho dice relación con la posibilidad de que los órganos del Estado infrinjan la Carta Fundamental por vía omisiva. En este sentido, cabe preguntarse, ¿la omisión de reglamento implica una inconstitucionalidad susceptible de control?

La primera cuestión que es necesario aclarar es que el objeto del control de constitucionalidad por omisión de reglamento no es la simple inactividad sino que es la consecuencia derivada de la omisión. En este orden de ideas, cuando una ley define el núcleo esencial de una institución requiere, en la mayoría de los casos, la necesaria colaboración normativa del reglamento a fin de coadyuvar a la plena eficacia de la institucionalidad introducida por el legislador. De manera que, en algunos casos, los efectos de una ley dependen de la dictación de un reglamento posterior y, con ello, normalmente, el ejercicio de derechos individuales.

Ahora bien, ¿qué ocurre si no se dicta el reglamento? Tal inactividad genera como efecto la inoperatividad de la situación jurídica prevista por el legislador, lo que equivale a que la omisión da lugar a



una norma implícita que niega efectos al mandato legal. ¿Pero dónde está la inconstitucionalidad? La inconstitucionalidad aparece porque la frustración del fin perseguido por la ley significa, también, la del mandato constitucional desarrollado por el legislador.

En el actual sistema de competencias del Tribunal Constitucional, ¿es posible ejercer un control de constitucionalidad por omisión de reglamento? Esta pregunta admite respuestas parciales según cuál sea la clase de omisión. En efecto, la doctrina distingue dos tipos de omisión: absoluta –ausencia total de reglamento- y relativa –existencia de reglamento pero con regulación incompleta-.

En el caso de la omisión absoluta no existe previsión constitucional que faculte al Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de semejante omisión. Sin embargo, tratándose de un reglamento cuyo contenido cumple imperfectamente el mandato legal, se incurre en una omisión relativa que afecta la igualdad ante la “ley”, atendido que el contenido normativo concede cierta situación jurídica a un grupo de individuos y excluye a otros que, encontrándose en la misma situación prevista en la ley, no son destinatarios de la previsión reglamentaria.

De lo anterior, es posible sostener que si el reglamento incurre en una omisión relativa que signifique la afectación de valores constitucionales tales como la igualdad, entonces habrá una omisión que contaminaría la constitucionalidad del reglamento (vicio de fondo), según lo prescribe el inciso final del numeral 2° del artículo 19 de la CPE siendo competente el Tribunal Constitucional en virtud de la norma de competencia del numeral 16 del artículo 93.

### III.- CONCLUSIÓN

Como es posible apreciar, la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 que, entre otros objetivos, tuvo por finalidad reforzar el marco de competencias del Tribunal Constitucional, en su calidad de garante de la supremacía constitucional, queda en entredicho sobre todo con aquellas modificaciones que resintieron las bases democráticas referidas al importante rol de control de la minoría política y, además, por haber mantenido la limitación de legitimación activa para recurrir al Tribunal Constitucional frente a reglamentos inconstitucionales, excluyendo a los particulares afectados por el mismo, lo que demuestra vestigios de un autoritarismo que se resiste a

que los ciudadanos puedan ejercer un control activo de la legalidad de la actividad jurídica de la Administración del Estado.

#### NORMAS Y JURISPRUDENCIA CITADA

Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 8 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de ese año (2003): Tribunal Constitucional de 9 de abril del 2003, Rol N° 370, sitio web [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado: 20 de mayo del 2007).

Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 22 de enero de 2001, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001 (2001): Tribunal Constitucional de 26 de junio del 2001, Rol N° 325, sitio web [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado: 20 de mayo del 2007).

Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 27 de febrero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de abril de 2003: Tribunal Constitucional de 22 de julio del 2003, Rol N° 373, sitio web [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado: 20 de mayo del 2007).

Decreto Supremo N° 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, Diario oficial 22 de septiembre del 2005.

Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Educación, publicado en el diario oficial de 16 de diciembre de 2005, que modifica el Decreto Supremo N° 177, de 1996, del mismo Ministerio, que reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza básica y media (2006): Tribunal Constitucional de 30 de marzo del 2006, Rol N° 465, sitio web [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) (consultado: 20 de mayo del 2007).

Ley N° 20.050, introduce reformas a la Constitución Política de la República, Diario Oficial 26 de agosto del 2005.

## EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Claudio Díaz Uribe<sup>1</sup>

**RESUMEN:** *En el país se discute actualmente la procedencia de una reforma procesal civil, cuyo diseño inicial se ha traducido en un Anteproyecto de Código Procesal Civil elaborado a partir, principalmente, del esfuerzo desarrollado por el Foro para la Reforma Procesal Civil y la Universidad de Chile. En este artículo se revisa el estado actual y contenido del Anteproyecto para lo cual se distinguen los siguientes puntos: Antecedentes previos, fuentes, principios generales del Anteproyecto, las partes, nulidad procesal, medidas prejudiciales, medidas cautelares, proceso declarativo (juicio ordinario: período de discusión, audiencia preliminar, audiencia de juicio y sentencia), recursos procesales (recurso de reposición, recurso de apelación y recurso de nulidad) y procedimientos especiales (procedimiento sumario, procedimiento ejecutivo y procedimiento monitorio).*

**DESCRIPTORES:** *Anteproyecto de Código Procesal Civil - Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica - Foro para la Reforma Procesal Civil - Fuentes (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Medidas cautelares (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Medidas prejudiciales (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Nulidad procesal (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Principios generales (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Reforma Procesal Civil - Partes (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Proceso declarativo (Anteproyecto de Código Procesal Ci-*

---

<sup>1</sup> CLAUDIO DÍAZ URIBE. Licenciado en Derecho y abogado de la Universidad Católica de Valparaíso, Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Miembro del Foro de la Reforma Procesal Civil y de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

*vil) - Procesos especiales (Anteproyecto de Código Procesal Civil)*  
*- Procedimiento ejecutivo (Anteproyecto de Código Procesal Civil)*  
*- Procedimiento monitorio (Anteproyecto de Código Procesal Civil)*  
*- Procedimiento sumario (Anteproyecto de Código Procesal Civil) -*  
*Recursos procesales (Anteproyecto de Código Procesal Civil) - Uni-*  
*versidad de Chile (Anteproyecto de Código Procesal Civil)*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *I.- Antecedentes Previos. II.- Fuen-*  
*tes. III.- Principios Generales del Anteproyecto. IV.- Las Partes. V.-*  
*Nulidad Procesal. VI.- Medidas Prejudiciales. VII.- Medidas Caute-*  
*lares. VIII.- Libro Segundo: Procesos Declarativos: Juicio Ordinario.*  
*IX.- Libro Tercero: Recursos Procesales. X.- Libro Cuarto: Procedi-*  
*mientos Especiales. XI.- Corolario y Agradecimientos.*

## I. ANTECEDENTES PREVIOS

El año 1998 el Instituto Chileno de Derecho Procesal, el Sr. Presidente de la Excm. Corte Suprema y la Señora Ministro de Justicia, en una ceremonia convocada al efecto, a la cual asisten jueces, abogados y estudiantes, concuerdan en la necesidad de una reforma orgánica al Código de Procedimiento Civil, fundada -lo que desde hacia más de un siglo había comenzado en Europa- en procedimientos orales, concentrados con preeminencia de la Inmediación.

Con anterioridad, se conocían otras experiencias en la materia, como un estudio sobre una reforma orgánica al proceso civil por parte del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales, bajo la Dirección de don Carlos Cerda Fernández, con participación de invitados extranjeros como Juan Montero Aroca, de relevante intervención en la reforma española, y Luis Torello, uno de los redactores del Código Modelo para Ibero-América.

Entre los años 1998 y 2004 el Instituto Chileno de Derecho Procesal organiza diversos seminarios donde se discute acerca de las distintas instituciones del nuevo Código.

Por su parte, el Ministerio de Justicia contrata a la Universidad de Chile para que en una primera etapa elabore las Bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil y, posteriormente, contando con el trabajo del Foro Procesal Civil redactara un anteproyecto de Código.

A su vez, la Universidad Católica de Chile emite un documento denominado “Fundamentos de una Reforma Procesal Civil” y realiza una serie de seminarios sobre la materia.

El año 2004 el Ministerio de Justicia convoca a un foro integrado por magistrados y profesores de Derecho Procesal de diversas universidades para la confección del nuevo Código. El Foro funciona todo el año 2004 para en una primera etapa proceder al estudio de las Bases de acuerdo a los trabajos elaborados por la Universidad de Chile y la Universidad Católica. En diciembre de ese año se hace entrega de las Bases de este Código al entonces Presidente de la República, conjuntamente con proyectos elaborados por otras comisiones, relativos a un nuevo Código Penal, Ley de Quiebras, entre otras materias, confeccionadas por comisiones integradas por personas de las respectivas especialidades.

Integran el Foro las siguientes personas: Cristián Maturana, Juan Agustín Figueroa, Raúl Tavolari y Raúl Núñez por la Universidad de Chile; Orlando Poblete y Alejandro Romero por la Universidad de los Andes; Jorge Vial, José Pedro Silva y Juan Pablo Domínguez, por la Universidad Católica de Chile; Nancy de la Fuente, Eduardo Jara y Claudio Díaz por la Universidad Diego Portales; Juan Carlos Marín por la Universidad Adolfo Ibáñez; Miguel Otero por el Instituto Chileno de Derecho Procesal; Dora Mondaca y Jenny Book por el Instituto de Estudios Judiciales; María de los Ángeles Coddou por el Colegio de Abogados; Ana María Hübner y Ruth Israel por el Consejo de Defensa del Estado y Rodrigo Zúñiga, como Secretario Ejecutivo, por el Ministerio de Justicia. Han actuado como Secretarios de Actas los abogados Matías Insunza y Cristóbal Jimeno. Se contó además con la participación de diversos académicos extranjeros

A fines de ese año se le envían a la Universidad de Chile todos los antecedentes elaborados por el Foro para que procediere a la redacción de un Anteproyecto de Código Procesal Civil. Dicho Anteproyecto es elaborado por diversos profesores del Departamento de Derecho Procesal de la referida Universidad, a saber Cristián Maturana Miquel, como Director del Departamento, Juan Agustín Figueroa, Raúl Tavolari, Raúl Núñez y Juan Carlos Marín. Como secretarios de Actas los abogados Sres. Matías Insunza y Cristóbal Jimeno. Por el Ministerio de Justicia se contó con la asesoría de los abogados de dicho Ministerio Sres. Rodrigo Romo y Rodrigo Zúñiga.

Como puede apreciarse el Anteproyecto reconoce el trabajo previo de diversas personas, sin perjuicio de que las imperfecciones y carencias puedan ser salvadas en el curso de la discusión.

A contar del mes de marzo del año 2007 hasta enero del 2008 el Foro analiza este Anteproyecto, análisis que cubre parcialmente el Anteproyecto por lo que se deberá continuar trabajando durante el año 2008.

El foro ha funcionado en un ambiente de compañerismo y franco diálogo. Ha debido efectuar diversos ajustes en su forma de funcionamiento, atendidos los problemas que se han ido planteando en el camino.

El Anteproyecto no contiene otras materias que deberán ser propias de reformas separadas.

Dentro de las anteriores se encuentra una necesaria modificación al Código Orgánico de Tribunales, que deberá contemplar un aumento considerable del número de jueces y probablemente un cambio en la estructura de los Tribunales, toda vez que es sabido que un sistema oral requiere de más jueces que un sistema escrito.

También, se considera como una materia de estudio separado, la creación de Tribunales de Ejecución en los lugares de mayor densidad de población. Lo anterior por cuanto los estudios empíricos demuestran que la mayor cantidad de asuntos, cercano al 80%, son cobranzas de casas comerciales e instituciones financieras.

Por último, también se ha considerado sacar de la órbita de competencia de los Tribunales Ordinarios, los asuntos voluntarios, los que en la gran mayoría de los casos son asuntos administrativos que, a diferencia de lo que pudiera pensarse, no constituyen una carga tan significativa de trabajo.

## II. FUENTES

Estas han sido el Código Modelo para Ibero-América y su “mejoramiento” el Código General del Proceso de Uruguay. En las discusiones se han hecho además, continuas referencias a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y al Código de Procedimiento Civil Alemán.

Estas fuentes se insertan en un movimiento que comenzó en Europa, a comienzos del siglo XIX, con el Código Austriaco de Franz

Klein, seguido por diversos Códigos en Europa así como también en algunos países de Ibero-América.

### III. PRINCIPIOS GENERALES DEL ANTEPROYECTO

Como principios formativos del procedimiento priman como eje central la Oralidad, la Concentración y la Inmediación.

La formulación de estos principios tiene como telón de fondo la idea de que si bien en el proceso civil se puede disponer de la Acción en cuanto a su generación y ejercicio, el adecuado funcionamiento del proceso es una cuestión de interés público.

De esta manera, se señala que la dirección del procedimiento se encuentra confiada al Tribunal, quien podrá tomar de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto (artículo 6° “Dirección e Impulso Procesal”).

Como se ha señalado, el procedimiento se estructura sobre las bases de tres principios. El de la **Oralidad**, en cuanto el procedimiento se realiza sobre la base de audiencias orales, excepto los actos procesales propios del período de discusión. El de la **Inmediación** en cuanto las audiencias deben desarrollarse ante el Juez y especialmente la Audiencia de Prueba, ya que se dispone que el juez debe adquirir su convicción en base a las pruebas que haya recibido personalmente. Dicho sea de paso, debe recordarse que la Oralidad y la Inmediación de un procedimiento están dadas fundamentalmente por la exigencia de una audiencia de Prueba Oral que debe desarrollarse necesariamente frente al Juez que dicta la sentencia definitiva. Por último, dicha audiencia debe estar revestida de la exigencia de la **Concentración**, en el sentido de que las audiencias deben desarrollarse de manera continua o en su defecto sucesiva.

Siguiendo la tendencia de los Códigos Modernos, la apreciación de la prueba se realiza de acuerdo a las reglas de la Sana Crítica, esto es, de conformidad a los principios de lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal expreso que disponga algo distinto.

A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que el Juez está autorizado a no dar curso a la demanda solo por errores formales,

el Anteproyecto amplía estas facultades a las demandas manifiestamente infundadas y a las prescritas.

#### IV. LAS PARTES

Se abandona el concepto de que es parte toda persona natural o jurídica, ampliándolo por ejemplo a entidades sin personalidad jurídica o grupos de interés difusos y colectivos, cambio que no puede ser considerado como una novedad en nuestro sistema (v.gr. Ley de Protección al Consumidor).

La litis consorcio se regula de manera tal de procurar que en el proceso comparezcan todos quienes deben estar, para evitar, por ejemplo, sentencias contradictorias.

En lo que dice relación con la parte formal del proceso, léase abogado y procurador del número, se establece la posibilidad de una condena en costas entre el apoderado y representado cuando incurra en acciones reiteradas y manifiestamente dilatorias, e incluso respecto de los daños y perjuicios cuando la mala fe y temeridad resulten plenamente acreditadas.

#### V. NULIDAD PROCESAL

Se establece a este respecto una causal genérica de nulidad: “cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, se haya causado un perjuicio a quien alega la nulidad” (art. 130 N° 3 del Anteproyecto).

#### VI. MEDIDAS PREJUDICIALES

Se distingue entre estas y las medidas precautorias, conceptualizándolas, de la manera en que la doctrina ya lo había venido haciendo, como aquellas destinadas a preparar la entrada al juicio, rendir pruebas que puedan fácilmente desaparecer o asegurar y anticipar, en su caso, el resultado de la pretensión que se hará valer en el proceso o que se tema fundadamente en que se va a ser demandado.

Asimismo se establece un poder genérico del juez para decretar medidas que no están especialmente reglamentadas.



## VII. MEDIDAS CAUTELARES

Se las define como aquellas que tienen como propósito asegurar los efectos de la sentencia que eventualmente acepte la pretensión o anticipar los efectos de dicha sentencia. Es decir comprende lo que la doctrina ha denominado: “Tutela Anticipada”.

Son definidos los caracteres propios de esta institución, a saber la Proporcionalidad, Responsabilidad y Provisionalidad.

De la misma forma, se establecen como presupuestos generales, el “periculum” o daño por el retardo en la dictación de la sentencia, el “fumus” o humo de un buen derecho por quien la solicita y la “contra cautela” o exigencia de caución para el peticionario y no, como ocurre en la actualidad, procedente solo tratándose de medidas prejudiciales precautorias o medidas no contempladas expresamente en la ley.

En cuanto a su tramitación, se regula como incidente, entendiéndose por esto que se resuelve a su respecto previa audiencia del afectado.

## VIII. LIBRO SEGUNDO: PROCESOS DECLARATIVOS: JUICIO ORDINARIO

**1.- Periodo de discusión.** Como se ha señalado, esta etapa del procedimiento es escrita. En los escritos de demanda y contestación deberán acompañarse, como regla general, los documentos que la parte quiere hacer valer en apoyo de su pretensión o defensa, como así también el nombre de los peritos y testigo que utilizarán.

En la contestación el demandado puede plantear, conjuntamente con la excepción de fondo, excepciones de forma, que el anteproyecto denomina “previas”. Asimismo, puede reconvenir al actor. Deberá acompañar o señalar la prueba de la misma forma exigida al actor.

**2.- Audiencia Preliminar.** Agotado el periodo de discusión el juez debe citar a una audiencia que tiene objetivos múltiples, entre otros, el llamado a conciliación, recibir la prueba sobre las “excepciones previas” que pudiere haber alegado el demandado, dictación de una sentencia interlocutoria de saneamiento de los vicios formales alegados, fijación de los hechos que deben ser materia de prueba en

el juicio, fijar los medios de prueba de que se podrán valer las partes, pudiendo acordarse la exclusión de prueba y convenciones probatorias y fijar la fecha de la audiencia de juicio.

**3.- Audiencia de Juicio.** En esta debe rendirse toda la prueba que no se hubiere rendido con anterioridad, la cual debe registrarse de cualquier medio apto para producir fe. En esta audiencia deben aplicarse los principios de la bilateralidad de la audiencia, dirección de oficio por el juez, oralidad, publicidad, intermediación, concentración y continuidad.

Congruente con un sistema de Sana Crítica, la prueba está regida por el principio de libertad de prueba. De esta manera, por ejemplo, se eliminan los testigos inhábiles, y el juez pondera esta prueba conforme a la credibilidad que le merezca el deponente, respetando las reglas de la razón, la lógica y las máximas de experiencia.

Asimismo, se acepta como prueba todo medio apto para producir fe.

Se establece que la carga de la prueba corresponde a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos.

Como elemento de valoración por parte del Tribunal se introduce la apreciación de la conducta desplegada por las partes en lo referente a la rendición de la prueba.

**4.- Sentencia.** Concluida la audiencia de juicio el juez debe dar a conocer de inmediato su resolución, indicando someramente sus fundamentos, a menos que la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días o el proceso hubiere versado sobre un punto complejo de derecho, en cuyo caso podrá diferir la resolución del caso hasta por cinco días.

La redacción del fallo y su lectura se puede diferir hasta por cinco días de comunicada la resolución del caso.

## IX. LIBRO TERCERO: RECURSOS PROCESALES

**1.- Disposiciones Generales.** La concesión de los recursos no suspende la ejecución de la resolución impugnada, salvo disposición legal en contrario.

Se establece la prohibición de la “reformatio in pejus” o reforma en perjuicio cuando el recurso hubiere sido interpuesto por una sola parte.

**2.- Recurso de Reposición.** Se distingue si la resolución ha sido pronunciada en una audiencia o fuera de ella. En este último caso puede interponerse respecto de una sentencia interlocutoria o decreto dentro de tercero día. Si la resolución se dicta en una audiencia la reposición debe interponerse inmediatamente de dictada y es inadmisiblesi la resolución hubiese estado precedida de debate.

**3.- Recurso de Apelación.**

**a) Resoluciones Apelables.** Solo serán apelables las sentencias definitivas y las sentencias interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución, las resoluciones que ordenen el pago de las costas por un monto superior a las 100 UTM y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, rechazo, modificación y alzamiento de medidas cautelares.

**b) Plazo:** Este es de 10 días.

**c) Forma:** Por escrito, fundada y con peticiones concretas.

**d) Efectos:** Como se ha señalado, la regla general es la concesión en el solo efecto devolutivo. Ahora bien, en estos casos se dispone que si se revoca la resolución, todos los actos de ejecución quedarán sin efecto debiendo el tribunal de la instancia decretar todas las medidas necesarias para que se restituya a las partes a la posición en que se encontraban con anterioridad a la ejecución de la sentencia.

El efecto anteriormente señalado zanja una cuestión que ha sido debatida, inclinándose por darle a una sentencia impugnada el carácter de un acto sujeto a una condición resolutoria.

**e) Prueba:** Se dispone que en segunda instancia no se admitirá prueba alguna.

**4.- Recurso de Nulidad.** Se optó por un recurso único que refundiera los recursos de casación en el fondo y en la forma.

**a) Contenido.-** El recurso de nulidad se concede para invalidar una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su prosecución, por las causales expresamente consagradas en la ley.

**b) Plazo:** Si es contra una sentencia de segunda instancia debe interponerse dentro del plazo de quince días.

Si es en contra de una sentencia de primera instancia debe interponerse dentro del plazo de diez días y conjuntamente con el recurso de apelación si es que también se interpone este último recurso.

**c) Causales Genéricas:**

**c.1.-** Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales que se encuentren vigentes.

**c.2.-** Cuando en el pronunciamiento de una sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, existiendo sobre la materia objeto del recurso distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores.

**d) Causales Específicas.-** Estas corresponden a vicios en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, similares a las contempladas hoy en día para el recurso de casación en la forma. Se agrega como causal la rendición de diligencias probatorias no previstas en la ley. Como la prueba se rinde fundamentalmente en la audiencia de juicio, se eleva a una categoría esencial el cumplimiento de las formalidades previstas en materia probatoria. De esta manera si se hubiere rendido, por ejemplo, una prueba que ha sido objeto de exclusión, podría invocarse esta causal.

**e) Limitaciones al Recurso.-** No obstante que concurra una causal legal, ya que el recurso puede desecharse si el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable con la sola invalidación del fallo. Asimismo, si el vicio no influye en lo dispositivo del fallo o no se ha preparado debidamente el recurso.

**f) Resoluciones Impugnables.** Por las causales genéricas y específicas procede respecto de las mismas resoluciones en que hoy es procedente el recurso de casación en el fondo.

De esta manera es procedente en contra de sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución, dictadas por una Corte de Apelaciones o por un tribunal arbitral

de segunda instancia, constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.

Procede también, pero solo por las causales específicas, en contra de sentencias definitivas y contra sentencias interlocutorias que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución, dictadas por los tribunales de primera instancia.

En definitiva entonces, lo que hoy entendemos como recurso de casación en la forma sigue siendo conocido por las Cortes de Apelaciones y por la Corte Suprema. Por el contrario, lo que conocemos como casación en el fondo, con las nuevas causales del Anteproyecto, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema.

**g) Requisitos del escrito de interposición.-** El escrito debe consignar los fundamentos del mismo y las peticiones concretas. Se permite invocar varias causales en cuyo caso debe consignarse si se invocan conjunta o subsidiariamente. Cada motivo de nulidad deberá ser fundado separadamente.

Si el recurso se funda en la errónea aplicación del derecho, deberá indicar en forma precisa los fallos en que se hubieren sostenido diversas interpretaciones y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hubieren efectuado del texto íntegro de las mismas.

**h) Examen de admisibilidad ante el Tribunal Ad Quem.-** Este puede declararlo inadmisibles por manifiesta falta de fundamento.

**i) Nulidad de la sentencia.-** Si se trata de vicios incurridos en la sentencia, la Corte podrá invalidar solo la sentencia y dictar sentencia de reemplazo.

**j) Nulidad del juicio y de la sentencia.-** Si no se está en los casos de la letra anterior, contemplados en el artículo 379 del Anteproyecto, la Corte anulará la sentencia y la instancia afectada por el vicio, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que se disponga la realización del nuevo procedimiento.

## X. LIBRO CUARTO: PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

En esta materia la idea central, dada ya en el año 1998 por el entonces Presidente de la Excma. Corte Suprema don Roberto Dávila, ha sido la de reducir y simplificar los procedimientos. Dentro de esta línea, el Anteproyecto contiene como procedimientos especiales solo el procedimiento sumario, el procedimiento ejecutivo, el procedimiento monitorio, la citación de evicción y uno relativo a la acción de desposeimiento.

### **1.- Procedimiento Sumario**

**a) Ámbito de Aplicación.-** Además de los casos ya conocidos en la actualidad, se hace aplicable el procedimiento sumario a las querellas posesorias, eliminándose la multiplicidad de procedimientos a este respecto y estableciéndose reglas especiales para estos casos de modo de hacerlo efectivo.

**b) Reconvención.-** Se zanja otro punto debatido, estableciendo que la reconvención es procedente siempre que sea aplicable a su respecto el procedimiento sumario y que no se trate de aquellos casos en que la sentencia produzca solo Cosa Juzgada Formal.

**c) Desarrollo del procedimiento.-** Presentada la demanda se cita a las partes a una audiencia de contestación y prueba. La inasistencia del demandante tiene como efecto el abandono de la acción a menos que el demandado alegue un interés legítimo en la prosecución del procedimiento.

**d) Sentencia.-** Esta debe ser dictada dentro de los diez días siguientes a la finalización de la audiencia. Produce Cosa Juzgada Formal en todos aquellos casos en que la materia del proceso haya sido relativa a la tutela de la posesión.

### **2.- Procedimiento Ejecutivo:**

**a) Procedimiento.-** En este se reducen las excepciones que pueda interponer el ejecutado, distinguiendo entre aquellas basadas en razones formales de aquellas fundadas en razones de fondo.

Tratándose de excepciones de fondo la oposición del ejecutado se tramita en audiencia, siempre que las partes hubieren ofrecido prueba testimonial, pericial o confesional.

La oposición basada en motivos formales se tramita incidentalmente.

**b) Ejecución Dineraria.-** Se entiende por tal aquellas en las cuales el título ejecutivo contenga, directa o indirectamente, el deber de entregar una cantidad líquida de dinero.

En estos casos, se trate o no de un título de crédito, el Tribunal debe disponer la cancelación de un interés anual igual al del interés corriente para operaciones reajustables o no reajustables según corresponda.

**b.1.- Manifestación de bienes del ejecutado.-** También, tratándose de ejecuciones dinerarias, el deudor se encuentra obligado a presentar una relación completa de su patrimonio, entre otros casos, cuando el embargo de los bienes no ha sido suficiente para satisfacer el pago de la obligación. Debe indicar asimismo las enajenaciones a título oneroso o gratuito que ha efectuado en los dos últimos años, en el primer caso, y en cuatro años en el segundo.

**b.2.- Investigación Judicial del Patrimonio del ejecutado.-** En los casos en que el ejecutante no disponga de bienes suficientes el Tribunal, por resolución fundada, dispondrá informes de las instituciones financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique.

**c) Convenios de realización.-** El ejecutante y el ejecutado pueden acordar la forma de realización que satisfaga sus intereses de una mejor forma. A falta de acuerdo, el Tribunal debe disponer que la venta se lleve a efecto por una persona o institución especializada y conocedora del mercado.

### **3.- Procedimiento Monitorio.-**

**a) Concepto:** Según Calamandrei este se distingue por su finalidad, cual es dar vida con mayor celeridad a un procedimiento ejecutivo, y por el medio, cual es la de pasar al ejecutado la iniciativa del contradictorio. En el Derecho Comparado, este procedimiento puede ser puro o documental (Calamandrei, El Procedimiento Monitorio, Editorial Bibliográfica Argentina, 1946, p. 269). El Anteproyecto opta por el primero.

**b) Supuestos de Procedencia.-** Es aplicable, en los casos en que no se cuente con un título ejecutivo, a las deudas que cumplan con los siguientes requisitos: que consistan en una canti-

dad líquida de dinero en moneda nacional, que se encuentren vencidas y sean actualmente exigibles, que no exceda de 100 UTM y que la deuda no se encuentre prescrita.

**c) Requerimiento de Pago.-** Cumpliéndose los supuestos legales y siempre que el juez estime justificado el cobro de la deuda, se despacha requerimiento de pago.

**d) Oposición del deudor.-** Este puede oponerse dentro del plazo de 15 días más la tabla de emplazamiento en su caso, oposición que pone término al procedimiento monitorio, quedando a salvo las acciones ordinarias para proceder al cobro de la deuda.

## XI. COROLARIO Y AGRADECIMIENTOS

Este artículo constituye un intento de dar una visión general y extractada del Anteproyecto del Código Procesal Civil, destacando aquellas partes que nos han parecido de mayor interés. Su contenido podrá ser modificado por el debate que genere su análisis por parte del Foro de Reforma Procesal Civil.

Especiales agradecimientos para don Cristián Maturana Miguel y don Rodrigo Zúñiga Carrasco, quienes tuvieron la amabilidad de hacerme llegar sus observaciones a todo o parte de este trabajo.



**MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA: PRESERVACIÓN  
DEL POTENCIAL PROPIO DE LA MEDIACIÓN EN  
ESCENARIOS DE DISPUTAS**

**Joseph P. Folger Ph. D.<sup>1</sup>**  
Traducido por Pedro Barría

**RESUMEN:** *Actualmente la mediación transformativa está siendo aplicada en un campo cada vez más amplio de sectores de disputa y ha sido implementada en un creciente número de programas de mediación en diversos países. El enfoque transformativo de la mediación está destinado a preservar el potencial único que ella ofrece como proceso de resolución de disputas. Este artículo explica la singularidad de este enfoque y cómo el desarrollo de la mediación transformativa se hace cargo de importantes inquietudes que surgen sobre otras formas de práctica. Este trabajo clarifica el objetivo y metas centrales de la mediación transformativa y describe algunas de las características prácticas claves de este enfoque de la intervención en conflictos. Adicionalmente, el artículo resume algunos de los elementos del adiestramiento en mediación transformativa y describe la extensión de los sectores de disputas en los cuales actualmente está siendo usada exitosamente. La comprensión del objetivo y práctica de la mediación transformativa puede permitir a los profesionales y directores de programas decidir si deberían adoptarla.*

**DESCRIPTORES:** *Disputas (mediación transformativa) - Enfoque transformativo (mediación) - Folger, Joseph (mediación transformativa) - Interacción de las partes (mediación transformativa) - Media-*

---

<sup>1</sup> Joseph P. Folger es profesor de Desarrollo Adulto y Organizacional en Temple University, Philadelphia, PA, EE.UU ([jfolger@temple.edu](mailto:jfolger@temple.edu)) y cofundador del Instituto para el Estudio de la Transformación del Conflicto ([www.transformativemediation.org](http://www.transformativemediation.org)).

*ción Transformativa - Mediadores (mediación transformativa) - Programas de mediación*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** 1.- *Orígenes de la Mediación Transformativa: Respuesta a Preocupaciones sobre la Evolución de la Práctica en Mediación.* 2.- *Objetivo de la Práctica de la Mediación Transformativa: Transformación de la Calidad de la Interacción de las Partes en Conflicto.* 3.- *Rasgos Claves de la Práctica Transformativa: Apoyo Proactivo a Cambios en la Interacción de las Partes en Conflicto.* 4.- *Entrenamiento de Profesionales Transformativos: Vinculación del Objetivo Transformativo con Destrezas Prácticas de los Mediadores.* 5.- *Adopción e Implementación de la Mediación Transformativa en Áreas de Disputa: La Calidad de la Interacción de las Partes Importa en Todas las Disputas.* 6.- *La Institucionalización del Valor Propio de la Mediación.*

## 1. ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA: RESPUESTA A PREOCUPACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA EN MEDIACIÓN

El enfoque transformativo de la mediación fue desarrollado hace más de una década con el objeto de concordar la práctica en mediación con metas propias e importantes para la práctica en intervención de conflictos. Específicamente, la mediación transformativa ayudó a atender tres importantes preocupaciones que habían emergido acerca de la dirección y evolución del ejercicio de la mediación en Estados Unidos y otras partes. Estas tres preocupaciones son resumidas más abajo como cuestiones críticas que han surgido en el campo de la mediación en los pasados quince años.

**¿Ofrece Realmente la Práctica de la Mediación un Proceso Alternativo de Intervención en Conflictos?** En la medida que el uso de la mediación se expandía entre diversos sectores de resolución de disputas durante los ochenta y noventa, un importante cuerpo de investigación documentaba que cada vez más, en la práctica, ella se estaba asemejando a los foros de intervención en conflictos que se proponía reemplazar.<sup>2</sup> Los mediadores estaban llegando a ser alta-

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, Joseph P., Folger y Sydney, Bernard, *Divorce Mediation: When Mediators Challenge Selective Facilitation: Some Preliminary Observations on a Strategy Used*

mente dirigistas y críticos cuando intervenían en disputas entre partes. A menudo, ellos decidían los temas que las partes podían discutir y moldeaban los términos del acuerdo que ellas alcanzaban.<sup>3</sup> En muchas ocasiones, los mediadores ignoraban los intereses que las propias partes identificaban y querían tratar. A veces, el control impuesto por un mediador, estaba dirigido a proteger a las partes de la adopción de decisiones potencialmente “malas”, en concepto del mediador, que podrían ser perjudiciales para una o ambas partes. En otros casos, el control del mediador se usaba para imponer la forma en que las partes participaban en el proceso de mediación. Generalmente, este tipo de control del proceso era usado para contener la interacción en el conflicto y limitar la expresión de emociones por las partes. En otra práctica en mediación, el control era ejercido con el fin de asegurar que las partes finalmente llegaran a un arreglo, incluso aunque ello implicara que el mediador promoviera términos de acuerdo que las partes fueran reacias a aceptar<sup>4</sup>.

La preocupación acerca del ejercicio dirigista de los mediadores impulsó la necesidad de un enfoque que enfatizara la autodeterminación de las partes, no sólo en la retórica utilizada en la mediación, sino también en la forma en que es conducida realmente. La mediación transformativa respondió a esta preocupación sobre la práctica dirigista de la mediación de una forma tan clara y convincente, que ha atraído a muchos mediadores de diversos campos, a sus principios y métodos.<sup>5</sup> El sistema transformativo demuestra que la mediación

---

by Divorce Mediators, 23, *Law and Society Review*, 613 (1989); William A. Donohue, *COMMUNICATION, MARITAL DISPUTE AND DIVORCE MEDIATION*, Jossey-Bass (1991); Joseph P. Folger, *Mediation Research: Studying Transformative Effects*, 18, *Hofstra Labor and Employment Law Journal*, 385-397 (2001).

<sup>3</sup> Algunos ven la falta de énfasis en la autodeterminación de las partes como el resultado de la institucionalización de los programas de mediación en ambientes judiciales. Para ejemplos, ver Nancy Welsh, *The Thinning Vision of Self-determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 1-96 (2001); Joseph P. Folger, *Mediation Goes Mainstream: Taking the Conference Theme Challenge*, 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 1-10 (2002).

<sup>4</sup> Robert A. Baruch Bush, *Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation and What it Means for the ADR Field*, 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 111-131 (2002).

<sup>5</sup> Ver Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION*, Jossey-Bass (1994); Robert A. Baruch Bush y Joseph Folger, *LA PROMESA DE LA MEDIACIÓN*, Granica (1996); Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, *THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT*, Jossey-Bass (2005); Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush, *DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO*

puede erigirse, en la práctica, como una clara alternativa frente a los foros adjudicadores de intervención en conflictos.

**¿Ejercen los mediadores con un claro propósito?** Una segunda preocupación sobre la evolución de la mediación se originó en la reticencia del campo para examinar el objetivo implícito tras el ejercicio de la mediación. En la medida que el campo de la mediación se expandía, llegó a ser cada vez más manifiesto que no todos los mediadores actuaban de la misma manera –diferentes objetivos implícitos originaron diferentes enfoques prácticos–.<sup>6</sup> En gran escala, el campo deseaba ignorar cuestiones críticas relacionadas con las múltiples metas de la mediación, a pesar del hecho que diferentes tipos de práctica conducían a: a) diferentes expectativas respecto de lo que la mediación brinda, b) diferentes concepciones respecto de lo que es el “éxito” y sobre cómo debería ser evaluado, y c) diferentes visiones respecto de cuán apropiada, aconsejable, o incluso ética, es la conducta del mediador.<sup>7</sup>

Más que examinar las diversas (y a veces inconsistentes) metas y objetivos de la mediación y las controversias sobre ellas, muchos líderes del campo de la mediación evaden estos temas mediante el apoyo a una miope e irreflexiva visión de la práctica. Ellos alientan a los mediadores a dominar conjuntos de destrezas de intervención aisladas, sin reconocer que tales destrezas están *siempre* vinculadas con el objetivo implícito para el cual fueron formuladas. Mediadores e instructores usan a menudo la metáfora de la “caja de herramientas”, para guiar el desarrollo de la destreza profesional del mediador. Esta metáfora plantea la creencia que los profesionales deberían continuamente agregar nuevas “herramientas” a su caja de herramientas profesionales, mediante el aprendizaje de estrategias individuales y descontextualizadas (por ejemplo, destrezas comunicacionales, trucos, indicios y métodos). Este enfoque de caja de herramientas para el aprendizaje y práctica de la mediación fue visto como beneficioso

---

TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK, Instituto para la Transformación Pacífica de Conflictos (2001).

<sup>6</sup> Robert A. Baruch Bush, *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*, 19, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 965-1004 (2004).

<sup>7</sup> Como ilustración de la forma en que diferentes modelos de práctica manejan diferentes comprensiones de los mismos conceptos, ver, por ejemplo, Dorothy Della Noce, *Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation*, 15 Negotiation Journal, 271-301 (1999).

porque podría permitir a los profesionales adquirir una serie de movimientos de intervención y usarlos para diferentes situaciones o eventos que se desplegaran durante sus sesiones de mediación.

La preocupación acerca de la metáfora de la caja de herramientas –y el tipo de práctica en mediación que, en definitiva, genera–, se debe a que ella ignora la circunstancia que nunca una herramienta está libre del propósito para el cual es usada. *Cualquier destreza en mediación puede ser usada para una amplia gama de propósitos, dependiendo de las metas explícitas o implícitas del profesional que la utilice.* Por ejemplo, una entrevista individual puede ser usada por el mediador para motivar a una parte intransigente para alejarse de una posición extrema que él o ella ha adoptado en una sesión conjunta con la otra parte. En una entrevista individual, un mediador puede sentirse más cómodo alejando a una parte reticente de una posición o visión extrema, debido a que esta acción puede realizarse sin el conocimiento de la otra parte. Alternativamente, un mediador puede usar una entrevista individual para ayudar a una parte a pensar sobre lo que quiere decir o lo que no quiere decir a la otra persona en las negociaciones durante la sesión conjunta. En el último caso, el mediador usa la reunión individual para ayudar a la parte a decidir qué quiere decir o hacer, con lo cual se cumple una función de “*empoderamiento*”. En el primer caso, la reunión individual es usada para influir o convencer a la parte para que cambie su posición sobre un tema en discusión. Estas son visiones muy diferentes respecto de la forma en que un mediador puede o debiera usar una reunión individual. Y estas diversas prácticas relativas a la conducta de los mediadores durante reuniones individuales, se basan en muy diferentes concepciones de lo que es el principal propósito de un(a) mediador(a) cuando actúa en la práctica.

De la misma forma, muchos mediadores creen que necesitan poder dominar la habilidad de la “escucha activa”. Pero, esa destreza nunca está desconectada del propósito para el cual esté siendo usada. Los mediadores siempre están escuchando con algún propósito en mente y ellos usan lo que han oído de las partes para lograr alguna meta que tienen como mediadores cuando intervienen en el conflicto de las partes. Un mediador puede escuchar por una amplia variedad de propósitos, incluyendo: diagnosticar los temas de las partes, identificar necesidades implícitas, alejar a las partes de posiciones que parecen ilógicas o contraproducentes, deconstruir narrativas perso-

nales de las partes, o resumir lo dicho por cada una de las partes, de modo que ella pueda reflexionar sobre sus propias visiones y las de la otra. Estas diferentes metas reflejan extremadamente diversos objetivos implícitos que los mediadores podrían estar tratando de conseguir mientras escuchan a las partes durante una sesión de mediación. Y estos propósitos para la escucha están ligados a propósitos o metas más amplios para la propia mediación.

La mediación transformativa se hace cargo de la crítica necesidad de clarificar el objetivo implícito de la práctica en mediación. El sistema transformativo se construye sobre un objetivo ideológico, explícito y claramente manifestado para la práctica del mediador y dicho sistema demostró cómo un conjunto de destrezas específicas de intervención puede ser consistentemente usado para apoyar la realización de este explícito objetivo transformativo.<sup>8</sup> En este sentido, la mediación transformativa desafió la asunción común en el campo de la mediación que plantea que el acopio y dominio de destrezas o herramientas comunicacionales, independientemente del examen de su uso, constituye un enfoque efectivo para transformarse en un profesional competente. En cambio, el sistema transformativo enfatizó que la claridad de objetivos es la base para el uso de cualquier conjunto de destrezas que los mediadores dominen y que la transformación en un profesional competente implica que éste esté plenamente consciente y dedicado a un claro objetivo para la práctica.

**¿Puede la Mediación Preservar su Capacidad Propia como Espacio No Adjudicador de Intervención en Conflictos?** La tercera preocupación que asumió la mediación transformativa, fue la necesidad de definir y preservar la capacidad *propia* del proceso de mediación mismo. La gama disponible de procesos adjudicadores (incluyendo juicios, conferencias de conciliación, minijuicios, audiencias, paneles de comunicación, arbitraje) cumple importantes y necesarias funciones en el tratamiento de disputas. Estos procesos producen adecuados y justos criterios, crean instancias de conciliación para disputas difíciles, disuaden conductas abusivas o criminales y/o terminan eficientemente casos que pueden acumularse en tribunales y otros sistemas institucionales. Cuando la mediación los replica o intenta

---

<sup>8</sup> Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush, *Developing Transformative Training: A View from the Inside*, en DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK, 168-182 (Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush, editores, 2001).

lograr similares objetivos que los perseguidos por esos procesos de intervención en conflictos, se pierde o transforma su potencial propio. Cuando la mediación simplemente trata de ser una eficiente vía de terminar conflictos, siempre puede ser superada por otros procesos adjudicadores, los cuales pueden servir en forma más efectiva las metas de eficiencia y decisión de casos. Cuando la mediación trata de asegurar conciliaciones, simplemente duplica la práctica decisoria de estos procesos disponibles de intervención en conflictos.

La mediación, en cambio, tiene una contribución que hacer, diferente y propia, a la importante labor de la intervención en conflictos, la cual es distinta de las metas de los procesos adjudicadores y que descansa sobre una visión más optimista de la capacidad de cada una de las partes de dedicarse a sus propios problemas y de avanzar a la comprensión de las perspectivas de la otra. Los procesos adjudicadores, por definición, se erigen sobre la premisa que las partes, por sí mismas, no pueden adoptar decisiones adecuadas, legales y justas. Por esta razón, los adjudicadores necesitan resolver los conflictos por las partes. Adicionalmente, los procesos adjudicadores asumen también que cada una de las partes está encerrada en sus propios puntos de vista y no puede considerar o reconocer las perspectivas y situaciones de la otra. Por esta razón, los adjudicadores necesitan tomar en cuenta diversas perspectivas cuando deciden el resultado o los términos de acuerdo de una disputa. En conjunto, estas asunciones establecen la necesidad para los adjudicadores de contener el conflicto de las partes mediante la adopción de decisiones por ellas y la limitación de sus interacciones mutuas. En contraste, el potencial singular de la mediación proviene de una visión más optimista *de la capacidad de las personas para abrirse paso entremedio de sus propios conflictos*. Esta es la visión que el enfoque transformativo de la práctica adopta tanto en su declaración de objetivos como en su estatuto sobre la práctica del mediador.<sup>9</sup> Y es el inmutable compromiso con esta visión lo que preserva la singularidad y valor alternativo de la mediación.

---

<sup>9</sup> Joseph. P. Folger y Robert A. Baruch Bush, *Transformative Mediation and Third Party Intervention. Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, 13 *Mediation Quarterly*, 263-278 (1996).

## 2. OBJETIVO DE LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA: TRANSFORMACIÓN DE LA CALIDAD DE LA INTERACCIÓN DE LAS PARTES EN CONFLICTO

La mediación transformativa ofrece un enfoque para la práctica de la mediación que está basado en una visión ideológica alternativa de la forma en que el conflicto productivo podría ser fomentado a través de la intervención de una tercera parte. Específicamente, sugiere que la práctica de la mediación puede contar con una visión del conflicto transformativa más que conciliatoria. En el sistema transformativo, se entiende el conflicto como una crisis en la interacción humana. La experiencia del conflicto hace difícil que la gente se comprometa en interacciones con otros en una forma productiva o constructiva. Los desafíos personales, emocionales y sustantivos que el conflicto suscita para las personas tienden a llevarlas a estados de debilidad y ensimismamiento. Como las personas tratan de enfrentar los temas conflictivos mientras se encuentran en estos estados de debilitamiento, la interacción destructiva tiende a emerger y persistir –interacción que impide a las personas entenderse a sí mismas y con otros y que también debilita la deliberación y decisión sana de las partes–. En contraste, el conflicto productivo ocurre cuando cambia la *calidad* de la interacción de las partes en conflicto. Este cambio en la interacción conflictiva ocurre en la medida que cada persona se mueve desde estados de debilidad y ensimismamiento hacia estados de mayor fuerza y apertura. Así, *en este enfoque de la práctica, el término “transformación” se refiere al cambio de la interacción destructiva de las partes en conflicto*. Esta transformación sucede cuando las partes son capaces de salir, en menor o mayor medida, de la debilidad y ensimismamiento que el conflicto ha creado.

El papel del mediador en esta visión transformativa de la práctica es apoyar proactivamente cambios productivos en la interacción de las partes. Los mediadores siguen y apoyan los temas que las partes desean discutir y las ayudan para que mejoren la comprensión de sus propias visiones y de las de los demás, en la medida que las partes adoptan las decisiones que deseen. Como resultado, el mediador ayuda a las partes a crear sus propios resultados, basadas en una comprensión más clara y segura de sí mismas, de la otra parte, y de la naturaleza de los temas que las dividen. Los resultados que las partes alcanzan son propios, sean éstos términos de acuerdo negociados,



opciones de seguir o terminar una relación, compromisos financieros y promesas entre ambas partes, o decisiones de llevar el conflicto a otro foro. El objetivo del mediador no es moldear determinados resultados o elecciones de las partes, sino, mediante el apoyo a cambios constructivos en la interacción entre ellas, permitirles elegir por sí mismas las opciones más claras y seguras, basadas en la comprensión mejorada de cada una respecto de la otra parte y de los problemas que han surgido entre ellas.

Este enfoque de la práctica asume que si la interacción de las partes en conflicto es apoyada y facilitada por un mediador competente, ellas son capaces de encontrar el equilibrio entre fortaleza y claridad individual (“empoderamiento”) y conexión social (reconocimiento), que puede haberse perdido en la descendente espiral de su destructiva interacción conflictiva. La transformación de ésta permite que personas que están enredadas en temas divisivos y emocionales, hagan uso de sus capacidades inherentes tanto para la acción como para relaciones humanas con el objeto de acometer los difíciles desafíos que crea el conflicto. Esto significa que aunque los mediadores tengan un claro papel que jugar en el apoyo a la transformación de la interacción conflictiva, su control sobre temas sustantivos y expresividad de las partes es contraproducente porque debilita la oportunidad de ellas de darse cuenta de sus propias capacidades humanas para un mayor auto “empoderamiento” y reconocimiento interpersonal. En otras palabras, el dirigismo y control del mediador hacen inalcanzables las metas de la práctica transformativa.<sup>10</sup>

### 3.- RASGOS CLAVES DE LA PRÁCTICA TRANSFORMATIVA: APOYO PROACTIVO A CAMBIOS EN LA INTERACCIÓN DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Todas las destrezas y prácticas que los mediadores utilizan en un enfoque transformativo, se dirigen a realizar el propósito descrito anteriormente. En el nivel práctico, con el fin de apoyar su objetivo de transformación del conflicto, los mediadores se concentran en la interacción de las partes momento a momento, según ella se desarrolla durante las sesiones de mediación. Este “microfoco” impide que los mediadores se adelanten a las partes y que adopten una disposición

---

<sup>10</sup> Bush y Folger (2005), nota 1, 251.

diagnóstica que conduzca a la suerte de práctica altamente dirigida que la investigación ha documentado.<sup>11</sup> En cambio, este foco permite a los mediadores trabajar con la interacción de las partes en conflicto, en vez de contenerla, y prestar atención a las oportunidades para “empoderamiento” y reconocimiento que surgen en el despliegue de la interacción de las partes. Aunque la gama completa de destrezas que los mediadores emplean en este modelo de práctica no puede ser ampliamente desarrollado aquí, el siguiente conjunto de rasgos ofrece una relación representativa de la orientación práctica que desarrollan los mediadores transformativos.

*- Los mediadores apoyan a las partes para diseñar sus propias reglas fundamentales de interacción durante la mediación*

En muchos tipos de práctica, los mediadores solicitan a las partes seguir durante la sesión reglas fundamentales preestablecidas. En contraste, los mediadores que actúan dentro de una orientación transformativa discuten con las partes respecto de qué reglas fundamentales ellas sienten necesitar para guiar o limitar la conversación que están prontas a tener.<sup>12</sup> En algunos casos, las partes discrepan acerca de las cuestiones relacionadas con esas reglas fundamentales y necesitan discutir detenidamente sus diferencias sobre qué pautas se necesitan y por qué. El mediador facilita esta discusión con el objeto de ayudar a las partes a entender las diferentes visiones sobre cómo ellas quieren hablarse durante la sesión. Esta conversación a menudo permite que las partes exploren importantes diferencias en estilos de comunicación que proceden de distintas experiencias culturales, profesionales o de género que las partes traen con ellas a la sala de mediación. Las partes son estimuladas a plantear temas relativos a cómo se están comunicando con la otra, no sólo al comienzo de la sesión, sino en cualquier momento de la mediación. De esta forma, la discusión del proceso de mediación, integrada con la discusión de problemas y decisiones sustantivas de las partes acerca del proceso y

---

<sup>11</sup> Folger y Bush, nota 5, 30-31; *Folger y Bush, Ideology, Orientations to Conflict, and Mediation Discourse*, en *NEW DIRECTIONS IN MEDIATION* (Joseph P. Folger y Tricia Jones editores, 1994).

<sup>12</sup> Para una descripción de la apertura de una sesión de mediación transformativa, ver Sally Pope, *Beginning the Mediation: Party Participation Promotes Empowerment and Recognition*, en *DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK*, 85-95 (Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush editores, 2001).

contenido, es dejada a las propias partes, no al mediador, a lo largo de la sesión de mediación.<sup>13</sup>

*- Los mediadores facilitan las decisiones de las partes acerca de si y cuándo quieren concentrarse en tópicos relacionados con el pasado, presente o futuro.*

En muchos modelos de mediación práctica, a menudo la mediación es conducida como un proceso “orientado al futuro”. En la práctica, esto implica usualmente que el mediador desalienta activamente la discusión de las partes sobre eventos pasados de la historia de su conflicto porque se asume que este enfoque retrospectivo es contraproducente. Se considera que este enfoque es inútil para la construcción de acuerdos que muevan a las partes más allá de sus actuales problemas y hacia el futuro. Por otro lado, en la práctica transformativa se estimula a las partes para decidir por sí mismas si es importante o útil para ellas hablar acerca del pasado, presente o futuro.<sup>14</sup> Cuando existen diferencias entre las partes acerca de cuál debería ser el foco de la discusión, el mediador facilita la discusión de estas diferencias, sin preferencia respecto de dónde las partes necesitan centrar el foco. Si las partes no concuerdan respecto de si deberían o no hablar del pasado durante la mediación, ellas pueden decidir terminar la mediación. Frecuentemente, sin embargo, esta clase de conversación conduce a profundizar la comprensión respecto de las diferencias que las partes tienen relativas a *cómo ellas hablan a la otra* acerca de sus temas conflictivos. Ella permite aclarar por qué, por ejemplo, el hablar sobre el pasado puede ser visto como irrelevante para una parte, pero críticamente importante para la otra. Estas conversaciones a menudo son útiles para que los disputantes descubran por qué no han sido capaces de progresar sobre problemas tangibles que los dividen y de decidir si quieren continuar con sus actuales discusiones y cómo.

*- Los mediadores apoyan proactivamente la interacción de las partes y están preparados para las espirales conflictivas que ocurren a lo largo del proceso.*

---

<sup>13</sup> Para una discusión sobre la interrelación del proceso de mediación y el contenido de las disputas de las partes, ver Joseph P. Folger, *Who Owns What in Mediation? Seeing the Link Between Process and Content*, en *DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK*, 55-61 (Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush editores, 2001).

<sup>14</sup> Folger y Bush, nota 5, 31-32.

En el modelo de práctica transformativa, no hay fases preestablecidas que sean usadas por los mediadores como mapa del proceso que conducen. En muchos modelos prácticos, a menudo las fases son usadas para guiar el sentido del mediador respecto de cómo debería desarrollarse la sesión de mediación.<sup>15</sup> Los mediadores confían en estas fases para moldear la interacción de las partes mientras la sesión se desarrolla. En contraste, las fases preestablecidas no son usadas en el enfoque transformativo de la práctica. La razón es que las fases preestablecidas del proceso no estimulan o ayudan al mediador a permanecer concentrado en el desarrollo momento a momento de la interacción de las partes.<sup>16</sup> En cambio, estas fases preestablecidas tienden a conducir a los mediadores a dejar de concentrarse en la interacción de las partes y adoptar una “macro-visión” de cuáles son los problemas y tópicos. Esta visión estimula a los mediadores a establecer rápidamente agendas de tópicos antes que las partes hayan expresado completamente sus puntos de vista o se hayan escuchado unas a otras, a diagnosticar problemas desde el punto de vista del mediador y a enfatizar puntos de acuerdo, más que puntos de desacuerdo. Todas estas intervenciones dirigistas probablemente ocurren cuando los mediadores cuentan con un mapa por fases del proceso para guiar su actuación durante la sesión de mediación. Un modelo de fases ubica al mediador en una posición de “conducir” a las partes a través de un proceso, porque ubica la interacción de las partes donde el “mapa” del mediador asume que debería estar durante una típica sesión de mediación.<sup>17</sup> En forma importante, estas fases sirven como fundación para una mediación práctica dirigista, una práctica que desplaza el foco de los mediadores fuera de la interacción de las partes y debilita el control de éstas sobre la dirección de su propia disputa.

---

<sup>15</sup> Ver por ejemplo, Jay Folberg y Allison Taylor, *MEDIATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO RESOLVING CONFLICTS WITHOUT LITIGATION*, Jossey-Bass (1984); Kathy Domenici, *MEDIATION: EMPOWERMENT IN CONFLICT*, Waveland Press (1996). Una típica visión del proceso en fases podría incluir: apertura del mediador, narración de historias, identificación de las necesidades implícitas, encuentro de bases comunes, redacción del acuerdo.

<sup>16</sup> Dorothy Della Noce, *Mediation as a Transformative Process: Insights on Structure and Movement*, en *DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK*, 71-84 (Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush editores, 2001).

<sup>17</sup> Puesto que muchos modelos del proceso de mediación en fases terminan con una etapa de redacción del acuerdo o arreglo, hay una asunción incorporada en estos modelos en el sentido que el mediador necesita alcanzar un acuerdo con el fin de “completar” las fases. Esto crea un impulso natural hacia una orientación fuertemente conciliatoria de parte del mediador.

En una visión transformativa de la práctica, los mediadores se concentran en los patrones de interacción desarrollados por las partes, no en fases de mediación preestablecidas. Estos patrones son contruidos por las partes tan pronto como comienzan a interactuar y ellos cambian y evolucionan mientras la sesión de mediación se desarrolla. El mediador trabaja con estos patrones y ayuda a facilitarlos mientras las partes plantean problemas, discuten cómo están hablando entre ellas, ofrecen y modifican puntos de vista, clarifican sus propias actitudes y sentimientos acerca de tópicos, y adoptan decisiones sobre problemas que les son importantes.

A menudo la interacción de las partes en conflicto evoluciona en espirales de interacción que son contruidas entre ellas sobre la propia interacción anterior durante la sesión. En un momento inicial de la mediación (a menudo en varias ocasiones), las partes discuten problemas de una forma y tienen conversaciones cualitativamente diferentes acerca de estos problemas en momentos posteriores de la sesión.<sup>18</sup> La naturaleza de la conversación cambia debido a lo que se manifiesta en la sesión, lo que incluye nueva información intercambiada entre las partes, mayor claridad personal sobre los problemas, y mejor comprensión de las perspectivas mutuas de las partes. Desarrollos como estos pueden cambiar la naturaleza de la conversación de las partes acerca de los mismos tópicos o problemas, en la medida que ella se “repite” posteriormente en la sesión de mediación. Los mediadores transformativos están sensibilizados con estas espirales de interacciones conflictivas. Ellos esperan que estas espirales de interacción ocurran en el curso de una sesión de mediación y, a menudo, hacen notar a las partes cómo los mismos tópicos se están discutiendo de otra forma en la medida que su interacción se desarrolla en el transcurso del proceso. De esta manera, las partes observan la evolución de su propia interacción conflictiva y cómo afecta sus visiones y decisiones personales.

*- Los mediadores consideran y apoyan segmentos ininterrumpidos de interacción entre las partes*

En la práctica transformativa, el énfasis está en el apoyo a los cambios en la interacción de las partes en conflicto. Por consiguiente, los mediadores tienen cuidado de no impedir o de no cruzarse en el camino de la interacción mutua de las partes. El (la) mediador(a) no

---

<sup>18</sup> Ver Bush y Folger nota 9, 202.

está presente para asegurarse que entiende los problemas o perspectivas de las partes, sino más bien para *ayudarlas a clarificar lo que por sí mismas se están tratando de decir*, mientras las partes deciden acerca de los problemas que las dividen. Los mediadores no pueden trabajar *con* la interacción de las partes si les impiden hablarse una a otra o si ellos enfatizan la importancia de hablarle continuamente al mediador a lo largo del proceso. Esto implica que los mediadores transformativos necesitan estar cómodos con la interacción conflictiva difícil, interacción que se basa en falta de “empoderamiento” de las partes y su incapacidad de asumir la perspectiva del otro.

*- Los mediadores facilitan la expresividad emocional de las partes en la medida que ocurre en la interacción entre ellas*

En algunos modelos de práctica, frecuentemente la expresión de emociones por las partes es considerada una amenaza para el resultado exitoso o productivo de la mediación. La expresividad emocional es vista como inconsistente con un proceso racional de solución de problemas, el cual se postula, a menudo, como la base para una intervención efectiva en mediación. Por otro lado, en la práctica transformativa la expresividad emocional es concebida como un resultado inherente a la interacción de las partes en conflicto.<sup>19</sup> Se supone que todos los conflictos importantes son emocionales para las partes en alguna forma o extensión. La emocionalidad es parte de la experiencia de conflicto y el instrumento a través del cual las mismas partes se expresan. Negar esta característica del conflicto es ignorar la verdadera naturaleza de la experiencia de las partes en sus conflictos sobre problemas difíciles. Los mediadores transformativos aprenden a trabajar con la emocionalidad del conflicto, confiando en el mismo enfoque central sobre la transformación de la interacción de las partes que ellos usan cuando les ayudan a tratar temas sustantivos o cuando las partes discuten diferencias sobre la forma de comunicarse mutuamente.

*Para conseguir mayor auto “empoderamiento” y reconocimiento entre las partes, los mediadores se concentran en y apoyan las oportunidades que surgen en la interacción de las partes.*

En el curso del proceso, los mediadores transformativos mantienen la mira en las expresiones de debilidad (por ejemplo, expresiones de indefinición, confusión, incertidumbre, etc.) y ensimismamiento

---

<sup>19</sup> Folger y Bush, nota 5, 28.

(por ejemplo, expresiones de autoprotección, enclaustramiento, actitudes defensivas y sospechas) mientras cada parte interactúa con la otra acerca de los problemas y tópicos que las dividen. El mediador trabaja con las expresiones de estos estados de debilidad y ensimismamiento para ayudar a las partes a avanzar hacia mayor “empoderamiento” y reconocimiento. Cuando se produce este movimiento, usualmente lo hace en pasos pequeños, incrementales. Los mediadores cuentan con un conjunto esencial de destrezas comunicacionales, dirigidas siempre al objetivo tras la práctica transformativa: apoyar cambios en la calidad de la interacción en el conflicto mediante el estímulo del “empoderamiento” y reconocimiento.

Aunque la concentración persistente en el “empoderamiento” y reconocimiento ayuda a los mediadores a evitar un enfoque dirigista que se concentre prematuramente en el acuerdo y arreglo, esto no significa que las partes que participan en la mediación transformativa no logren acuerdos. La investigación sobre la práctica transformativa indica que las partes “arreglan” o concluyen sus problemas aproximadamente entre el 60% y 65% de los casos.<sup>20</sup> Aunque la mediación transformativa proporciona un foro para arreglar problemas de las partes y para apoyar sus avances, en este enfoque el mediador no impone o dirige el desarrollo de resultado alguno. Por consiguiente, cuando se arreglan los problemas, son las partes las que, por sí mismas, han construido sus propias soluciones a sus propios problemas y han alcanzado sus propios acuerdos. Es la concentración persistente del mediador en la interacción de las partes, más que en posibles arreglos, lo que asegura que cuando se alcanzan los arreglos, ellos han sido creados por las partes por sí mismas.

---

<sup>20</sup> Cynthia J. Halberlin, *Transforming Workplace Culture Through Mediation: Lessons Learned from Swimming Upstream*, 18 Hofstra Labor and Employment Law Journal, 375-383 (2001); para otros efectos de la implementación de la mediación transformativa, ver: Lisa Bingham y M. Cristina Novac, *Mediation's Impact on Formal Discrimination Complaint Filing: Before and After the REDRESS Program at the United States Postal Service*, 221 *Review of Public Personnel Administration* (2001); James R. Antes, Joseph P. Folger y Dorothy Della Noce, *Transforming Conflict in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program*, 18 Hofstra Labor and Employment Law Journal, 429-467 (2001).

#### 4. ENTRENAMIENTO DE PROFESIONALES TRANSFORMATIVOS: VINCULACIÓN DEL OBJETIVO TRANSFORMATIVO CON DESTREZAS PRÁCTICAS DE LOS MEDIADORES

El adiestramiento en mediación transformativa se guía por la consigna: *la Meta Guía a la Práctica*.<sup>21</sup> Esto significa que el adiestramiento está diseñado para brindar a la mediación múltiples niveles de comprensión, comenzando con las premisas ideológicas sobre las que descansa el sistema transformativo, para luego moverse al dominio de habilidades y métodos específicos que los mediadores pueden usar para esforzarse en apoyar cambios de calidad de la interacción de las partes en conflicto. Algunos de los objetivos de aprendizaje claves del adiestramiento en mediación transformativa pueden ser resumidos en la siguiente forma:

- Desarrollar una clara comprensión de las premisas relacionales y sus implicancias para la conducción de la intervención en el conflicto.<sup>22</sup> Los mediadores comprenden las asunciones y premisas implícitas que definen la práctica y propósito de la mediación transformativa.
- Comprender los conceptos de “empoderamiento” y reconocimiento y poder identificar signos de cada uno en interacciones en conflictos emergentes. Los mediadores desarrollan una comprensión empírica de estos conceptos y examinan atentamente el valor de cada uno y la interrelación entre ellos dentro del conflicto.<sup>23</sup>
- Reconocer cambios dirigidos al “empoderamiento” y reconocimiento y el impacto de estos cambios sobre la interacción de las partes en conflicto. Los mediadores necesitan ser capaces de apoyar cambios en la interacción dentro del conflicto con una clara comprensión de cómo estos cambios se desarrollan

---

<sup>21</sup> Folger y Bush, nota 5, 169.

<sup>22</sup> Dorothy Della Noce, Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, *Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy*, 3 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 39-66 (2002).

<sup>23</sup> Para ilustraciones sobre como identificar “empoderamiento” y reconocimiento en interacción en conflictos, ver Janet Kelly Moen, Donna Turner Hudson, James R. Antes, Erling O. Jorgensen y Linda H. Hendrikson, *Identifying Opportunities for Empowerment and Recognition In Mediation*, en DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK, 112-132 (Joseph P. Folger y Robert A. Baruch Bush editores, 2001).



y construyen a través del tiempo, independientemente de los resultados específicos de una sesión de mediación.

- Aprender a contar y trabajar con interacción difícil en el conflicto, que sucede cuando las partes están en estado de debilidad y ensimismamiento. Los mediadores llegan a sentirse cómodos facilitando la interacción en un conflicto difícil y controlando sus impulsos de contener el conflicto, en vez de apoyar la transformación.
- Practicar habilidades comunicacionales específicas que apoyen cambios dirigidos a mayor “empoderamiento” y reconocimiento. Los mediadores dominan una gama de destrezas (por ejemplo, reflexión, precisión, revisión, etc.) y aprenden cómo cada una puede usarse para apoyar el “empoderamiento” y reconocimiento.<sup>24</sup>
- Dominar *la oportunidad para intervenir* mientras la interacción de las partes se desarrolla. Los mediadores aprenden la importancia del flujo y espiral de la interacción de las partes en conflicto y la oportunidad para sus intervenciones dentro de ese flujo. Esto requiere el dominio de un delicado equilibrio de acciones y abstenciones en materia de intervención.

##### 5. ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA EN ÁREAS DE DISPUTA: LA CALIDAD DE LA INTERACCIÓN DE LAS PARTES IMPORTA EN TODAS LAS DISPUTAS

La mediación transformativa ha sido adoptada en una amplia gama de arenas y sectores de la práctica de intervención en conflictos. Ha sido implementada en mediación familiar y de divorcios, disputas laborales, así como casos remitidos por tribunales en pequeñas disputas civiles, conflictos entre vecinos, y disputas multilaterales sobre políticas públicas. Ha sido adoptada como enfoque primario para el funcionamiento de programas judiciales de mediación comunitaria, ejercicio profesional, así como para organizaciones públicas y priva-

---

<sup>24</sup> En el adiestramiento en mediación transformativa, las habilidades comunicacionales nunca son concebidas como independientes del objetivo para el cual el mediador las aplica. De esta forma, las destrezas comunicacionales siempre son ejercitadas con un propósito específico en mente, relacionado con las metas gemelas de “empoderamiento” y reconocimiento y la relación entre ambas.

das.<sup>25</sup> Por diversas e importantes razones, que pasan a describirse, la mediación transformativa ha desplegado su atractivo para una amplia gama de sectores.

**La Mediación Transformativa es Apropiada para las Expectativas en Diversas Relaciones.** La mediación transformativa es usada para tratar disputas que involucren relaciones en curso entre los contendientes, pero *igualmente es apropiada en casos en los que las partes no tendrán una relación o cualquier otra interacción mutua luego del término de la mediación.* Esto es así porque por larga que sea su interdependencia, la interacción de las partes está en el centro de cualquier conflicto. La calidad de esa interacción en el conflicto importa para la experiencia de conflicto de las partes y para los resultados que ellas creen.

Un propietario y un arrendatario necesitan interactuar para decidir cómo van a arreglar los problemas de gastos y pagos por devolución de rentas y arreglos, incluso si el inquilino se cambia de la propiedad arrendada inmediatamente después de la sesión de mediación. El conflicto de un paciente con un administrador médico o un facultativo se desarrolla a través de su interacción mutua, incluso si el paciente nunca viera de nuevo al administrador o al médico tras la terminación del caso. Un cliente que tenga un reclamo contra el dueño de una tienda, necesita interactuar con él respecto de la forma en la cual el reclamo será tratado, incluso si el cliente jamás pensare entrar en esa tienda de nuevo. La concentración en el “empoderamiento” y reconocimiento es importante en todas estas disputas en la medida en que las partes se dediquen a sus problemas, porque la calidad de la interacción conflictiva es importante para la forma en que cualquiera de estos conflictos evolucione y se desarrolle. En suma, la concentración de la mediación transformativa en el apoyo a cambios en la calidad de la interacción en el conflicto es relevante cada vez que las partes interactúan mutuamente en mediación, incluso si la propia disputa no está inserta dentro de una relación en curso entre las partes, que continúe después del término de la mediación.

**La Mediación Transformativa Apoya Cualquier Decisión que Adopten las Partes Sobre sus Problemas y Relaciones.** La mediación transformativa ha tenido gran atractivo porque permite a

---

<sup>25</sup> Para una discusión más profunda de la gama de disputas en que se ha usado la mediación transformativa, ver Bush y Folger (2005), nota 5, 85-130.

cada parte una mejor comprensión de sí misma y de la otra y la adopción de claras decisiones acerca de cualquier tema que las divida. La transformación de la interacción conflictiva dentro de la mediación no implica, sin embargo, que las partes necesariamente continúen su relación después de la sesión de mediación. En algunos casos, una o todas las partes deciden por sus propios motivos terminar una relación o distanciarse de la(s) otra(s) como resultado de su participación en mediación. Si un mediador insiste en que las partes mantengan o restablezcan una relación, esto constituiría una violación del principio central del “empoderamiento” sobre cuya base se construye el modelo de práctica transformativa. Siempre se deja que las partes elijan sus propias opciones sobre la continuación de su relación y en qué términos. Las decisiones sobre relaciones no son tratadas diferentemente de las decisiones sobre otros problemas que las partes enfrenten. El valor que la mediación transformativa brinda es que si las partes deciden terminar su relación, muy probablemente adoptarán esa decisión con mayor claridad, comprensión e intencionalidad, en vez de hacerlo con impulsos inestables, confusos, irreflexivos y retrógrados. La calidad de la interacción con la cual las partes finalizan su relación es diferente y más constructiva porque ellas han sido apoyadas por el proceso transformativo mientras adoptaban su decisión.

**La Mediación Transformativa Puede Tener Positivos Efectos Más Allá de la Participación de las Partes en Sesiones de Mediación.** La mediación transformativa ha sido adoptada en algunos contextos organizacionales e institucionales porque puede ofrecer la posibilidad de “efectos contra la corriente”. El líder del programa sobre disputas de discriminación laboral del Servicio Postal de Estados Unidos de América acuñó la frase “efectos contra la corriente” para describir una serie de posibles resultados que el proceso de mediación transformativa podría producir.<sup>26</sup> En este programa nacional en el lugar de trabajo, 3.000 mediadores externos fueron adiestrados en la práctica del enfoque transformativo para conducir mediaciones en una amplia gama de disputas entre trabajadores y entre trabajadores y directivos. El término “efectos contra la corriente”, se refería a la posibilidad que la experiencia de los trabajadores que participaban en mediación transformativa pudiera tener un potencial impacto positivo sobre sus futuras interacciones en el lugar de trabajo luego que deja-

---

<sup>26</sup> Cynthia J. Halberlin, nota 12, 377.

ran la sala de mediación. La esperanza era que la experiencia colectiva de quienes participaran en el proceso de mediación, pudiera, en el tiempo, cambiar la cultura de todo el lugar de trabajo<sup>27</sup>.

La naturaleza de la práctica transformativa hizo que fuera una razonable expectativa la posibilidad que se presentaran “efectos contra la corriente”. La mediación transformativa brinda una experiencia que puede permitir que las personas encuentren nuevas formas de interacción mutua frente a las diferencias personales, incompatibilidad o injusticia percibida y desafíos diarios de la vida laboral. El sistema transformativo hace posible “efectos contra la corriente” porque está diseñado para apoyar a las personas en sus esfuerzos para abrirse paso entre problemas difíciles, sin ser dirigidas o evaluadas por una tercera parte. Es el compromiso de las partes con su propia lucha conflictual en mediación, apoyado por un diestro mediador, lo que permite la posibilidad de desarrollo personal de quienes participan en un proceso de mediación transformativa. Investigaciones sobre los efectos del programa del Servicio Postal de Estados Unidos de América sugieren que, a través de la participación de directivos y trabajadores en la mediación transformativa, han ocurrido tales “efectos contra la corriente” dentro de esta organización<sup>28</sup>.

**La Mediación Transformativa Apoya la Discusión de las Partes Sobre Diferencias Culturales que Estimen Relevantes para sus Disputas.** Otro fuerte atractivo de la mediación transformativa es que el proceso alienta a las partes cuando ellas deciden explorar y hacerse cargo de problemas difíciles relacionados con diferencias culturales, religiosas, étnicas y raciales. Puesto que este modelo de práctica no limita a las partes ni requiere que se concentren solamente en los problemas “tangibles”, ellas pueden optar por hacerse cargo de diferencias étnicas y culturales que impliquen difíciles desafíos. A menudo las diferencias culturales contribuyen con las dificultades que surgen de las percepciones mutuas de las partes, de su interacción mutua, y de los problemas sustantivos que las dividen. El trabajo de

---

<sup>27</sup> Este objetivo era particularmente importante para esta organización porque la cultura del Servicio Postal de Estados Unidos de América era reconocida como absolutamente adversarial y negativa. Los posibles efectos positivos sobre la cultura en el lugar de trabajo eran importantes para los líderes del Servicio Postal que fundaron este programa de mediación.

<sup>28</sup> Jonathan F. Anderson y Lisa Bingham, *Upstream Effects from Mediation of Workplace Disputes: Some Preliminary Evidence from the United States Postal Service*, 48 Labor Law Journal, 607-608 (1997).

los mediadores dentro de este sistema transformativo es capaz de facilitar la discusión sobre estos difíciles problemas culturales, raciales y étnicos, *si es que las propias partes desean plantearse estos problemas*. En este sentido, la práctica de los mediadores transformativos es persistentemente extractiva: trabaja con las perspectivas y orientaciones de las partes en la medida que ellas surgen en el desarrollo de la interacción conflictiva y apoya la discusión de estas diferencias.

Sin embargo, como todo problema o tópico que las partes puedan plantear en mediación, los problemas culturales, étnicos o raciales solamente son facilitados por el mediador *si las partes deciden que esos problemas son importantes de tratar y los plantean en sus discusiones*. No es responsabilidad del mediador identificar o sacar a relucir estos problemas si es que las partes no los plantean. Pero la libertad que las partes tienen para discutir cualquier problema que deseen y la disposición del mediador de trabajar con cualquiera de los problemas de las partes, crea la posibilidad para tratar profundamente las persistentes creencias y visiones que las partes piensan que están en el corazón de su conflicto.<sup>29</sup> En particular, líderes de muchos programas de mediación comunitaria han adoptado el sistema transformativo porque ven en él la posibilidad de poder trabajar efectivamente con los tipos de conflictos étnicos y culturales que caracterizan muchas de las disputas en los vecindarios y comunidades a las que ellos atienden.

## 6. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL VALOR PROPIO DE LA MEDIACIÓN

La necesidad de preservar y fomentar la capacidad propia de la mediación como foro de intervención en conflictos es crucial en la medida que más y más interesados recurren a ella para ayudar en el tratamiento de una amplia gama de disputas. Pero los programas de mediación probablemente no sobrevivirán si no preservan y promueven su valor propio. Cuando quienes promueven y establecen programas de mediación no tienen claridad respecto de lo singular que puede ofrecer este foro, es menos probable que los interesados institucionales continúen financiando y apoyando el desarrollo de es-

---

<sup>29</sup> Para una ilustración de una mediación transformativa vinculada con problemas de connotación racial, ver el Caso de la Casa Púrpura en Bush y Folger, nota 4, 131-214.

tos programas, especialmente cuando ellos llegan a familiarizarse con una práctica mediadora que es dirigista o no se diferencia de los foros disponibles de resolución de disputas. Adicionalmente, los críticos que ven que los programas de mediación no ofrecen un proceso alternativo, a menudo alegan que la mediación puede ser peligrosa para los clientes si ellos son “aconsejados”, “influenciados”, o “impulsados a llegar a acuerdos” sin adecuada protección, formal y procesal, respecto de este tipo de presión de una tercera parte. Puesto que la mediación es un proceso privado e informal, estas críticas a menudo tienen importancia y contribuyen a una percepción negativa de la mediación en su conjunto<sup>30</sup>.

Más importante aún, los propios clientes estarán reacios a continuar usando la mediación si no perciben que ella les ofrece algo diferente de los procesos existentes, dirigidos principalmente a brindar arreglo de causas y acuerdos impuestos para las disputas. Las personas que participan en mediación necesitan tanto experimentar el proceso como algo diferente de otros servicios de intervención en conflictos, como apreciarlo como algo más valioso y enriquecedor que sus otras opciones disponibles. Cuando los participantes no perciben que la mediación es una alternativa singular y poderosa, ellos terminan preguntando: “¿para qué sirve?” y la demanda de clientes por el proceso eventualmente decae. Por todas estas razones, es importante reconocer que los programas de mediación probablemente no florecerán en el largo plazo si la práctica no es guiada por metas claras y alternativas y el proceso de mediación no demuestra su propio y singular valor.

La mediación transformativa brinda un enfoque para la práctica que capta una experiencia singularmente poderosa para quienes están en conflicto, porque confía en el poder de la interacción humana para liberar el potencial de las personas para el “empoderamiento” y reconocimiento. Más de diez años de experiencia de desarrollo e implementación de la práctica transformativa en diversos contextos sugiere que muchos clientes e interesados institucionales simpatizan con el propósito central de este enfoque de la práctica. Muchos interesados institucionales, incluyendo jueces, administradores de pro-

---

<sup>30</sup> Para discusiones críticas de la práctica e implementación de la mediación, ver, por ejemplo, Deborah Hensler, *Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology*, 1 *Journal of Dispute Resolution*, 81-89 (2002); Bernard Mayer, *BEYOND NEUTRALITY: CONFRONTING THE CRISIS CONFLICT RESOLUTION*, Jossey-Bass (2004); Bush nota 3.

gramas, y gerentes organizacionales, a menudo se transforman en ardientes partidarios de la mediación transformativa cuando entienden los fundamentos conceptuales e ideológicos de este enfoque y ven su impacto sobre los conflictos y vidas de los disputantes que participan en este proceso. Sin embargo, es responsabilidad de los profesionales y líderes en el campo de la mediación ser capaces de articular su propósito transformativo y comprometerse con él en sus prácticas.<sup>31</sup> En el largo plazo, su éxito –como centro del movimiento de resolución alternativa de disputas– dependerá de la propia habilidad del campo de la mediación para prever, articular y establecer un proceso de resolución de conflictos guiado por metas claras, singulares y poderosas.

---

<sup>31</sup> Para una discusión sobre la forma en que las metas propias de la mediación pueden ser implementadas en tribunales y otros escenarios institucionales, ver Dorothy Della Noce, Joseph P. Folger y James R. Antes, *Assimilative, Autonomous, or Synergistic Visions: How Mediation Programas in Florida Address the Dilemma of Court Connection*, 3 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 11-38 (2002).

**DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Corte Suprema<sup>32</sup>  
Cirsca Casino de Rancagua S. A. con Superintendencia de  
Casinos de Juego VI Región  
8 de agosto de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de protección.*

**DOCTRINA:** *Si de lo antecedentes del juicio aparece que efectivamente, con posterioridad a adoptarse el acuerdo reclamado, a partir del día siguiente, el hecho se hizo público, desde que fuera dado a conocer públicamente por la entidad decisora, y en lo atinente a la sociedad recurrente, el conocimiento del acto (antes de su publicación en el Diario Oficial) es incuestionable a la luz de las declaraciones de uno de sus representantes a la prensa, resulta de facto y de iure que la recurrente tomó conocimiento del acto que impugna, y esta fecha es la que debe considerarse para el cómputo del plazo de interposición del recurso, no la de publicación del extracto de la resolución impugnada, la cual puede tener relevancia para efectos administrativos o de otro orden, pero en ningún caso para el cómputo del plazo en que el afectado en alguna de sus garantías consagradas constitucionalmente por un acto ilegal y arbitrario, reclame la protección urgente de tales derechos por la vía excepcional del recurso de protección.*

---

<sup>32</sup> Se adjunta sentencia confirmada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 9 de mayo de 2007, pronunciada en los autos Rol N° 167 2007.



Santiago, ocho de agosto de dos mil siete.

**VISTOS Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:**

1º) Que la actuación contra la cual se ha alzado la sociedad recurrente a través del ejercicio de esta acción constitucional, es el acuerdo N° 4 del consejo resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego, adoptado en la sesión realizada el día 21 de diciembre de 2006, en el cual se decide otorgar un permiso de operación de casinos de juego a “San Francisco Investment S.A”., y que de conformidad a lo previsto en el artículo 17 del decreto supremo 329 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento del referido órgano colegiado, fue publicado, en extracto, en el Diario Oficial de fecha 26 de diciembre del año antes citado, fecha desde la cual la reclamante inicia el cómputo del plazo para interponer este recurso;

2º) Que dicha apreciación la sostiene la actora, en síntesis, en que el acuerdo del consejo resolutivo que otorga un permiso de operación de casino de juego, al ser de aquellos actos administrativos que deben publicarse en el Diario Oficial, implica que sólo desde la fecha de su difusión de la forma en que se ha dicho, se tendrán como “auténticos”, “oficialmente notificados y tendrán “efectos jurídicos”, tal como lo disponen los artículos 49 y 51 de la ley 19.880;

3º) Que no yerra la recurrente en su planteamiento relativo a la vigencia de los actos administrativos que deben comunicarse de aquel modo. En efecto, la ley 19.880, en su artículo 3º, dispone que “las decisiones escritas que adopte la administración se expresarán por medio de actos administrativos, para luego precisar que “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Al definirlo como una decisión formal, el legislador hace notar que se trata de una determinación sujeta a un conjunto de reglas en su elaboración, la que tomará la forma de un decreto o resolución;

4º) Que en el caso en estudio, la determinación del consejo resolutivo de otorgar un permiso de operación de un casino de juego se lleva a efecto a través de una resolución que debe dictar el Superintendente del ramo, cuyo contenido se describe en la norma del artículo 36

del decreto supremo N° 211 del Ministerio de Hacienda, ordenándose su publicación en el Diario Oficial; siendo esta resolución, que no ha sido atacada en estos autos, el acto administrativo que habilita la explotación del casino de juego expresamente contenido en ella, las licencias de juego otorgadas y los servicios anexos autorizados, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa, y como se precisó en los fundamentos anteriores, sólo produce efectos una vez que es notificado a través del Diario Oficial, lo que trae consigo que el cómputo para deducir cualquier recurso o acción en su contra sólo empieza desde la data de su publicación;

5°) Que, en cambio, como se señaló en el fundamento primero de esta sentencia, lo impugnado por la oponente es el acuerdo N° 4 del citado órgano colegiado al que se arribó en la sesión del día 21 de diciembre del año 2006, convocado para resolver sobre el otorgamiento o denegación de cada una de las solicitudes de permisos de operación para un casino de juego propuestas para la VI Región, de manera que lo atacado es lo que ha sido acordado o dispuesto en dicha sesión en lo concerniente a otorgar un permiso de operación a la sociedad “San Francisco Investment S.A”., que se transcribe en un acta, la cual, dentro del plazo que fija la ley, se publica en extracto en el Diario Oficial;

6°) Que los incisos sexto y séptimo del precepto legal citado en el fundamento tercero, prescriben que “Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente;

7°) Que como aparece evidente, es esta última clase de acto administrativo el objeto de este recurso, el cual adquiere plena eficacia jurídica desde el momento en que se arriba a la determinación de que se trata, siendo su publicación en el Diario Oficial la forma que ha previsto la ley para notificar a sus destinatarios;

8º) Que no resulta acertado sostener entonces que el acto aludido sólo alcanza el carácter de acto administrativo desde su notificación, pues aquél, acordada la decisión por el órgano colegiado recurrido, no requiere más tramitación para llegar a ser una declaración de voluntad creadora de una situación de derecho subjetivo; cuya publicación en el Diario Oficial tiene únicamente como finalidad su comunicación a los interesados, y que a través de la resolución dictada por el Superintendente de Casinos de Juego, se ejecuta;

9º) Que constando en estos autos que la actora tomó conocimiento cierto de la decisión que tacha de arbitraria e ilegal con anterioridad al día 26 de diciembre de 2006, la presentación de esta acción se hizo de forma extemporánea, tal como concluyó el fallo que se revisa.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado de esta Corte, sobre tramitación del recurso de protección, se confirma la sentencia apelada, de nueve de mayo último, escrita a fojas 302.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y los Abogados Integrantes señores Carlos Kunsemuller y Rafael Gómez. No firman los Abogados Integrantes señores Kunsemuller y Gómez no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ambos ausentes.

Santiago, 08 de agosto de 2007.

Autorizado por la Secretaria Subrogante de esta Corte señora Carola Herrera B.

Rol N° 3.012 07.

Santiago, nueve de mayo de dos mil siete.

#### **VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

1º. Que a fojas 1, con fecha 10 de enero del año en curso, don Sebastián Valdés Lutz, gerente general y en representación de Cirsa Casino

de Rancagua Sociedad Anónima (en adelante “Casino de Rancagua”), ambos con domicilio en calle Nueva Tajamar N° 481, Torre Norte, oficina 706, comuna de Las Condes, interpone recurso de protección en contra del consejo resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego VI Región, representado por su secretario ejecutivo, el señor Superintendente de Casinos de Juego, don Francisco Javier Leiva Vega (en adelante indistintamente “el Consejo” y “el Superintendente”, respectivamente), ambos domiciliados en calle Morandé N° 115, piso 8, comuna de Santiago por haber dictado, el acto ilegal y arbitrario contenido en el acuerdo N° 4 del consejo, fechado el 21 de diciembre de 2006 notificado con fecha 26 de diciembre de 2006 a través de la publicación de su extracto en el Diario Oficial, acto con el cual se han infringido las garantías contempladas en el artículo 19 N° 2, 21, 22 y 24 de la Constitución Política de la República. Fundando el recurso recuerda que en cumplimiento al ordenamiento legal contenido en la ley N° 19.995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, complementado por el D.S. N° 211 del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 6 de mayo de 2005, que aprueba reglamento para la tramitación y otorgamiento de permisos de operación de casinos de juego, a partir del 6 de julio de 2005 comenzó el período de solicitudes de permisos de operación de casinos de juego, conforme lo dispone el artículo 19, en relación con el artículo 4 transitorio de la referida ley, al que seguirá el período de formalización (art. 20), el de precalificación, evaluación y proposición que debe efectuar la Superintendencia de Casinos de Juego, proceso que culmina con el pronunciamiento del consejo resolutivo respecto de la proposición formulada por el Superintendente (art. 25). Así, a través del acuerdo N° 4 del consejo, adoptado el 21 de diciembre de 2006, notificado formal y válidamente con fecha 26 del mismo mes, mediante la publicación en el Diario Oficial del extracto respectivo, se otorgó un permiso de operación para un casino de juego en la comuna de Mostazal, VI Región, a la empresa San Francisco Investment S.A. (en adelante “el Proyecto Paihuén”), en los términos contenidos en el proyecto presentado por dicha sociedad a la Superintendencia, rechazando a su vez, entre otros, el proyecto presentado por la recurrente. Estimando la sociedad compareciente que desde la fecha de notificación anteriormente indicada comienza a correr el plazo para interponer el presente recurso, ejercita esta acción constitucional con el objeto de obtener de esta Corte que se deje sin

efecto el citado acuerdo y “se ordene adoptar una decisión conforme a derecho en esta materia”.

Expresa que si bien la sociedad que obtuvo el permiso es la que en el proceso de evaluación obtuvo el puntaje más alto, de acuerdo con la normativa vigente el consejo no estaba obligado a otorgar los permisos respectivos a los proyectos con mejor puntajes, sino que debe considerar para ello antecedentes adicionales, como en el hecho ocurrió con otro proyecto. En el presente caso, en cambio, el acuerdo N° 4 recurrido ha favorecido a un proyecto denominado “Proyecto Paihuén” que no cumple con importantes normas legales y reglamentarias que le son aplicables, y, adicionalmente, es un hecho conocido por la Superintendencia y el consejo que existen gravísimos impedimentos acerca de la factibilidad técnica, incluso imposibilidad de ejecución en los términos aprobados, de tal modo que la única forma de ejecutar dicho proyecto es a través de modificaciones sustanciales al mismo, afectando la integridad del proceso de evaluación sancionado por el acuerdo N° 4. Así, sostiene que el Proyecto Paihuén se ha propuesto en el sector Angostura, en un terreno ubicado entre las dos pistas con dirección al norte y las dos pistas con dirección al sur de la actual Ruta 5 Sur, camino público sujeto a la tuición de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas y actualmente entregada en concesión de obra pública a la empresa Concesionaria Autopista del Maipo S.A.

Este proyecto adolece a su juicio de las siguientes causales de ilegalidad y arbitrariedad:

A. Infracción a lo señalado en los artículos 79 del D.F.L. N° 850 y 56 del D.F.L. N° 458 de 1976, ley General de Urbanismo y Construcciones, los que establecen la prohibición de ocupación de una faja de 35 metros medidos a cada lado de los cierros actuales de los caminos públicos, con construcciones de tipo definitivo que en el futuro perjudiquen su ensanche. El proyecto Paihuén considera en este espacio físico construcciones definitivas, tales como parque temático, centro comercial, centro administrativo, restaurante y estacionamientos, entre otras. B. Infracción a lo preceptuado en los artículos 41 del D.S. N° 900 de 1996 y 91 del D.S. N° 956 de 1997, ambos del Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo con los cuales, los accesos del Pro-

yecto Paihuén deberán contar con la autorización de la Dirección de Vialidad de dicho Ministerio y de Concesionaria Autopista del Maipo S.A., sin que existan tales autorizaciones. C. El Proyecto Paihuén tampoco cumple con lo dispuesto en la letra d) del artículo 20 de la ley N° 19.995 y letra f) del artículo 13 del D.S. N° 211 del Ministerio de Hacienda, normas que regulan este proceso de otorgamiento de permisos, exigiendo que las sociedades solicitantes presenten a la Superintendencia, dentro de otros antecedentes, “los instrumentos en que conste el dominio, el arrendamiento o el comodato y relativos al inmueble en que funcionará el casino de juego, o la promesa de celebrar dichos contratos. Obligación señalada que no fue cumplida por el Proyecto Paihuén.

D. Además, el acuerdo N° 4, en su evaluación del proyecto antes indicado no cumplió con las condiciones de evaluación establecidas en los artículos 23 y 24 del D.S. N° 211 del Ministerio de Hacienda del año 2000, habida consideración que la Dirección Nacional de Vialidad, a la que se le requirió informe, señaló que este proyecto tenía gravísimas deficiencias técnicas que imposibilitan su ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene que el acuerdo N° 4 es arbitrario, por cuanto el consejo ha tratado en forma discriminatoria a distintos postulantes a permisos de operación de casinos, aplicando criterios distintos, sin mediar justificación racional suficiente en la evaluación del Proyecto Paihuén respecto de los aplicados al proyecto Casino de Rancagua. Concluye que el acto ilegal y arbitrario reclamado priva, perturba y amenaza las garantías consagradas en los N° 2, 21 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que solicita se acoja el presente recurso, con costas, disponiendo en definitiva que “se deje sin efecto el acuerdo N° 4 del consejo resolutorio de la Superintendencia de Casinos de Juego VI Región, fechado el 21 de diciembre de 2006, y se ordene adoptar una decisión conforme a derecho en esta materia.

2°. Que a fojas 53 informa doña María Olivia Recart Herrera, presidenta del consejo resolutorio de la Superintendencia de Casinos de Juego, quien solicita se rechace el recurso, por no haberse incurrido en la actuación ilegal ni abusiva que se le atribuye.

En síntesis, sostiene que el consejo se limitó a cumplir estrictamente con lo prescrito en la ley N° 19.995, que el acuerdo reclamado fue adoptado por la unanimidad de sus siete miembros, tanto respecto del otorgamiento del permiso como en la negativa de éste respecto de la sociedad recurrente, adoptándose la decisión con acopio de todos los antecedentes necesarios, ya que con anterioridad la reclamante hizo una presentación a la Superintendencia reparando los mismos hechos y con los mismos fundamentos de la protección, lo que llevó a la Superintendencia en su oportunidad a recabar informe a todos los organismos involucrados en el procedimiento.

Precisa en el informe las sucesivas etapas del proceso de otorgamiento de permisos de operación de casinos de juegos, a saber:

Licitación. Formalización de propuestas.

Precalificación de candidatos por parte de la Superintendencia.

Proceso técnico de evaluación, que finaliza con el denominado informe técnico de evaluación, que en el presente caso data del año 2006; y, finalmente.

Decisión del consejo resolutivo, que adopta su resolución en forma exclusiva y excluyente, discrecionalmente, sobre la base del informe, y previa propuesta de la Superintendencia, parecer este último que carece de todo efecto vinculante.

Lo anterior, conforme se dispone en la ley N° 19.995, sobre casinos de juego (en especial sus artículos 18, 37 N° 1, 38 y 4° transitorio), y en el decreto supremo N° 211, de 2005, del Ministerio de Hacienda, reglamento sobre tramitación y otorgamiento de permisos de operación de casinos de juego (particularmente, artículos 4 y 33). Así por lo demás lo reconoce la propia recurrente en su libelo.

Durante todo este largo proceso, sostiene, los participantes en la licitación no tienen sino meras expectativas de obtener los permisos a que se encuentran optando, sin que tenga relevancia al efecto el hecho de haber resultado precalificado en su oportunidad, pues ello no les confiere otros derechos que los propios del proceso, esto es, el de pasar a la etapa siguiente, por lo cual no puede sostenerse, como lo hace

la recurrente, que sea titular de algún derecho tutelado con esta acción constitucional intentada.

En el presente caso el Superintendente efectuó al consejo una proposición respecto de cada una de las solicitudes de permisos de operación de un casino de juego solicitado en la zona de influencia que comprendía las comunas de Mostazal y Rancagua, proponiendo otorgar dicho permiso a los proyectos de las sociedades San Francisco Investment S.A., Cirsa Casino de Rancagua S.A., Casino Magic Rancagua S.A. y Operaciones Collaipo S.A., haciendo expresa mención que cada una de las propuestas que formulaba las hacía en atención “al mérito de la información y de los antecedentes que constan en el expediente respectivo y, particularmente, en el informe de evaluación de la solicitud de permiso... , elaborado por el comité técnico de evaluación. Dejándose expresa constancia que ello se efectuaba “sin perjuicio de los criterios y parámetros a los que dicho consejo deberá ceñirse al momento de resolver”.

Con lo anterior dio cumplimiento a su obligación legal, contenida en el artículo 42 N° 17 de la ley señalada, precisando que la propuesta indicada, en orden a otorgar un permiso de operación a la recurrente, al igual que la formulada respecto de todos y cada uno de los proyectos que postulaban, se basó exclusivamente en los resultados de la evaluación, pero en ningún caso en consideración a presuntos incumplimientos por parte de la sociedad que resultó ganadora, San Francisco Investment S.A., revelando esta clase de planteamientos un profundo desconocimiento de la actora del proceso en que participó.

Así las cosas, el consejo resolutivo, en sesión extraordinaria celebrada con fecha 21 de diciembre de 2006, en uso de sus facultades exclusivas, por acuerdo N° 4, resolvió otorgar un permiso de operación a la sociedad San Francisco Investment S.A. en la comuna de Mostazal, y uno a la sociedad Casino de Colchagua S.A. en la comuna de Santa Cruz, denegando, entre otras, la solicitud de la recurrente, para la comuna de Rancagua. Por lo expuesto, la decisión adoptada fue resuelta con arreglo a las facultades legales radicadas en el consejo resolutivo, y se encuentra debidamente fundada en consideraciones fácticas, de orden técnico y objetivas, que constan en el acta de la sesión del con-



sejo resolutivo VI Región de 21 de diciembre ya indicado, por lo que tampoco puede considerarse que sea caprichosa o arbitraria.

A continuación contradice circunstanciadamente las afirmaciones de la recurrente en relación a los incumplimientos y/o deficiencias del proyecto de la sociedad San Francisco Investment S.A.

Se acompaña al informe los documentos que se detallan en el otrosí del escrito de fs. 53.

3°. Que por su parte a fs. 127 comparece la Sociedad San Francisco Investment, la que, sin perjuicio de referirse al fondo de la acción deducida, plantea la extemporaneidad del recurso interpuesto, por los siguientes argumentos:

- a. Porque la sociedad Cirsa Casino de Rancagua S.A. tomó conocimiento del acto que cuestiona con anterioridad a la fecha que ella señala (la de publicación del acuerdo en el Diario Oficial), ya que dicha adjudicación constituyó una noticia de relevancia nacional publicada en la prensa del país, reportada por medios de televisión de cobertura nacional y local, y cubierta informativamente también por diversas emisoras de radio.
- b. La propia Superintendencia, por intermedio de la Subsecretaría de Hacienda, quien presidió la sesión extraordinaria del consejo resolutivo VI Región, dio a conocer oficial y públicamente el acto adjudicatario que había asignado el permiso a Investment, lo que hizo el día 22 de diciembre último, en conferencia de prensa llevada a cabo en las oficinas de la propia Superintendencia.
- c. En la oportunidad antes indicada la Superintendencia entregó un comunicado de prensa que se acompaña el cual contiene la información relevante que permite tener un cabal conocimiento del acto adjudicatorio.

Así, se estaba en presencia de un hecho público, cierto e indubitable, puesto oficialmente en conocimiento del país por las autoridades pertinentes, comentado por los actores afectados, y explicado ampliamente en el comunicado de prensa.

- d. Más aún, el Diario El Mercurio, en su edición escrita del día sábado 23 de diciembre de 2006 que también se acompaña, informó con claridad y precisión el hecho de la adjudicación.
- e. Tan masivo fue el conocimiento del acto adjudicatario, que el Alcalde de Rancagua y varios de sus concejales, manifestaron su opinión el día 23 de diciembre antes indicado, declarando que en el proceso que privó a la ciudad de Rancagua de un casino primó un criterio económico ponderando la cuantía de la inversión en el caso del proyecto de la sociedad ganadora.
- f. Sin perjuicio de lo anterior, lo que denota claramente el conocimiento de la recurrente del acto impugnado, es el pronunciamiento que a través de la prensa local, el diario “El Rancaguino edición del 24 de diciembre de 2006, que igualmente se acompaña, realizó la sociedad recurrente por intermedio de su representante don Helios Navarro, quien declaró “Sin duda Mostazal ha obtenido el mayor puntaje producto a los montos de inversión propuestos más allá de lo que significa los terrenos donde estarían situados los proyectos de la región. Tal publicación permite inferir por un mero ejercicio lógico el conocimiento del acto reclamado al menos el día anterior.

El citado señor Helios Navarro por lo demás es el gerente general de Cirsa Casinos de Juego de Chile S.A., a la sazón accionista de la recurrente, y es un hecho público y notorio que ha actuado y comparecido como el representante público de Cirsa en nuestro país, como dan cuenta los documentos y escrituras públicas que también acompaña.

4°. Que por su parte a fs. 178 rola presentación de doña Mirenchu Beitía Navarrete, Alcaldesa, en representación de la I. Municipalidad de Mostazal, como tercero coadyuvante de la recurrida, quien pide igualmente el rechazo del recurso interpuesto, por los mismos motivos esgrimidos por esta última.

5°. Que para la procedencia del recurso de protección, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) En lo formal, que se interponga dentro del plazo establecido para ello. En lo sustantivo:
- b) Que se compruebe la existencia de la acción reprochada;

- c) Que se establezca la ilegalidad o arbitrariedad de esa acción;
- d) Que de la misma se siga un directo e inmediato atentado contra una o más de las garantías constitucionales invocadas, protegidas por esta vía; y,
- e) Que esta Corte esté en situación material y jurídica de brindar la protección pedida.

6°. Que habiéndose planteado la extemporaneidad del recurso intentado, es preciso abordar esta materia en forma previa al análisis de fondo, que sólo resultará procedente en el evento de haberse accionado dentro de plazo.

7°. Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1° del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección, el plazo fatal para interponerlo es de quince días corridos, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión que lo motiva, que según la sociedad recurrente, correspondería al 26 de diciembre de 2006, fecha en que fue notificado mediante publicación del extracto correspondiente en el Diario Oficial, del acuerdo N° 4 del consejo resolutivo de la Superintendencia de Casinos VI Región de fecha 21 del mismo mes.

8°. Que sin embargo, de lo expuesto por las partes, y de la documentación acompañada a este expediente, aparece que efectivamente, con posterioridad a adoptarse el acuerdo reclamado, a partir del día siguiente, el hecho se hizo público y se constituyó en una noticia de relevancia nacional, desde que fuera dado a conocer públicamente el día 22 de diciembre de 2006 por la propia Superintendencia de Casinos de Juego, siendo a partir de esa misma fecha materia de la atención pública nacional, objeto de diversas publicaciones de prensa de cobertura local y nacional y de comentarios de autoridades e intervenciones de los interesados.

En lo atinente a la sociedad recurrente, el conocimiento previo del acto impugnado (con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial), resulta incuestionable a la luz de las declaraciones efectuadas por uno de sus representantes a la prensa escrita, que fueron publica-

das con fecha 24 de diciembre antes indicado, referidas en la letra f) del considerando 3º, que demuestran tal conocimiento.

9º. Que en las circunstancias señaladas, resulta de facto y de iure que la recurrente tomó pleno y cabal conocimiento del acto que impugna a lo menos el día 23 de diciembre de 2006, y que esta fecha es la que debe ser considerada para el cómputo del plazo en estudio, y no la invocada por ésta de publicación del extracto de la resolución impugnada, la cual puede tener relevancia para efectos administrativos o de otro orden, pero en ningún caso para el cómputo del plazo en que el afectado en alguna de sus garantías consagradas constitucionalmente por un acto ilegal y arbitrario, reclame la protección urgente de tales Derechos por la vía excepcional del recurso de protección.

10º. Por lo anterior, Habiéndose deducido el presente recurso con fecha 10 de enero de 2007, como consta de fs. 1, esto es, ya vencido el plazo fatal ya indicado, la presente acción resulta haberse interpuesto en forma extemporánea, y por ende será desestimada.

11º. Que atendida la conclusión anterior, resulta improcedente analizar los fundamentos que motivaron esta acción de protección, los documentos acompañados y demás alegaciones de las partes.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre “Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales”, se rechaza, por extemporáneo, el interpuesto a fs. 1. Regístrese y archívese. Redacción: Ministro Dobra Lusic.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, e integrada por la Ministro señora Dobra Lusic Nadal, y por la Abogado Integrante señora María Victoria Valencia Mercaido.

Rol N° 167 2007.

**DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Corte Suprema**  
**Hernández, Jaime con D.O.M. de Viña del Mar**  
**29 de octubre de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de protección.*

**DOCTRINA:** *La recepción definitiva, al igual que las autorizaciones administrativas en general, no constituye un acto administrativo que incorpore derechos en el patrimonio del interesado, ya que se trata de la remoción de obstáculos que la norma ha puesto para el ejercicio de un derecho anterior como lo es, en este caso, el derecho de dominio sobre el inmueble del que se es propietario. Tales actos constituyen lo que, en doctrina, se conoce como actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia -revocación- y que solamente pueden serlo por razones de ilegalidad (invalidación).*

Santiago, veintinueve de octubre del año dos mil siete.

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del párrafo segundo del considerando octavo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

**PRIMERO:** Que si bien la recepción definitiva, al igual que las autorizaciones administrativas en general, no constituyen actos administrativos que incorporen derechos en el patrimonio del interesado, ya que se trata de la remoción de obstáculos que la norma ha puesto para el ejercicio de un derecho anterior como lo es, en este caso, el derecho de dominio sobre el inmueble del que se es propietario, constituyen

lo que en doctrina se conoce como actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia -revocación- y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad -invalidación-;

SEGUNDO: Que, según lo señalado, no existiendo en el otorgamiento de la recepción definitiva un vicio de legalidad y siendo un acto de contenido favorable al particular, no ha podido ser revocado ni invalidado por la autoridad, por lo que al hacerlo se ha afectado la garantía del derecho de propiedad contemplado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política que se tiene, no sobre el certificado de recepción definitiva, sino que sobre el ejercicio del derecho de dominio sobre el inmueble en que el permiso recae y que éste ha habilitado.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre Tramitación del Recurso de Protección, se confirma la sentencia apelada de veintiuno de agosto último, escrita a fojas 84, con declaración de que el recurso de protección queda acogido sólo en cuanto se deja sin efecto la resolución N°567, de 27 de abril de 2007, sin adoptarse otras medidas.

A fojas 111: a lo principal téngase presente; al otrosí, estese a lo resuelto precedentemente.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 4800-2007.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Oscar Herrera. No firma el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Santiago, 29 de octubre de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses Pizarro.

**DERECHO ADMINISTRATIVO****Corte Suprema<sup>33</sup>****Martínez Rodríguez, Manuel con Fisco de Chile****29 de octubre de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de casación en el fondo.*

**DOCTRINA:** *Habiéndose ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las normas generales del Código Civil, situación que no se opone a la naturaleza especial de la responsabilidad en cuestión, puesto que la acción impetrada pertenece al ámbito patrimonial. En efecto, siendo la prescripción un principio general del derecho, que busca garantizar la seguridad jurídica, se manifiesta en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, a menos que la ley o la naturaleza del asunto la excluyan. Por lo anterior, al no existir norma alguna que declare la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado, deben seguirse las reglas del derecho común sobre la materia, resultando aplicables los artículos 2497, que hace aplicables a favor y en contra del Estado las reglas relativas a la prescripción, y 2332, ambos del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la perpetración del acto para reclamar la responsabilidad extracontractual*

*No corresponde dejar de aplicar el derecho interno, y por ende, las reglas de prescripción del derecho común, apoyándose en la Convención Americana de Derechos Humanos, porque dicho cuerpo nor-*

---

<sup>33</sup> Se adjunta sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 6 de julio de 2007, pronunciada en los autos Rol N° 294-2007.

*mativo, en primer lugar, fue publicado después de los hechos que motivan el juicio, y, en segundo lugar, porque ni su artículo 1.1 ni 63.1 excluyen la aplicación del derecho nacional.*

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil siete.

**VISTOS:**

En estos autos rol N° 4.067 2006, el Fisco de Chile a través del Consejo de Defensa del Estado, ha deducido recurso de casación en el fondo, contra la sentencia de segunda instancia que revocó el fallo de primer grado, donde se había rechazado la demanda, y en su lugar la acogió condenando al Fisco a pagar a los actores don Manuel Fernando Martínez Rodríguez y doña Raquel Uberlinda Rodríguez Rodríguez, por concepto de daño moral, la suma de cien millones de pesos, reajustada a contar de la fecha de dicha sentencia, conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, con intereses corrientes en caso de mora, con costas de la causa.

Se trajeron los autos en relación.

*CONSIDERANDO:*

1º) Que el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco de Chile ha denunciado, en primer término, infracciones al artículo 2332 del Código Civil en relación a los artículos 2492, 2497, 2514 y 2329 del mismo cuerpo legal, que se han cometido por un errado método de interpretación legal, con lo que se vulnera también los artículos 19 inciso 1º y 22 inciso 1º del Código Civil. Expone que ello se produce al rechazar la excepción de prescripción de la acción deducida y concluirse que no es aplicable la normativa de derecho privado establecida sobre la materia.

Argumenta que no se aplicó, como correspondía, la norma del artículo 2332 del Código Civil, por cuanto la acción de indemnización de perjuicios emanada de los hechos que culminaron con la muerte de don Hugo Tomás Martínez Guillén –encontrado muerto en una fosa clandestina el 2 de julio de 1990, después de haber sido detenido por agentes del Estado el 2 de noviembre de 1973– se encuentra prescrita, en razón de haber transcurrido en exceso el plazo de prescripción de cuatro años, establecido en la disposición legal, ya sea que se cuente



desde la ocurrencia de la detención en 1973, o bien, desde el día en que se encontró el cadáver, o, por último, desde la llegada del gobierno democrático, el 11 de marzo de 1990, o, en fin, desde que se hizo público el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, el 4 de marzo de 1991. Agrega que el artículo 2492 del Código Civil –que se debió aplicar–, establece la institución de la prescripción extintiva de las acciones y derechos, señalando el artículo 2514 que para ella opere se exige sólo cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, el que, de conformidad a su artículo 2332, es de cuatro años, contados desde la perpetración del acto para aquellas acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual.

Señala que, al dejar de aplicar estas disposiciones, el fallo se ha apartado de las mismas, infringiendo de este modo lo dispuesto en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil, sin perjuicio de haber también prescindido del elemento lógico de interpretación, consagrado en el artículo 22 inciso 1° del Código Civil, que lo obligaba a considerar el contexto de la ley y con ello considerar lo dispuesto en el artículo 2497 del mismo código, que ordena aplicar las disposiciones de la prescripción a favor y en contra del Estado;

2º) Que, en segundo término, se expone por el recurrente, que la sentencia ha infringido los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al haber fundamentado en estas disposiciones, la imprescriptibilidad de la acción entablada contra el Fisco y la no aplicación del derecho chileno a la materia, por cuanto se ha hecho una falsa aplicación de estas normas a materias que no regula. Se refiere el contenido de estas disposiciones señalando que ninguna de ellas establece la imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad civil del Estado en materia de derechos humanos, ni tampoco la no aplicación del derecho interno nacional en este aspecto; así, el primer artículo en cuestión contiene una declaración acerca del respeto que deben dar los Estados a los derechos de las personas y no hace referencia alguna explícita ni implícita al tema.

La segunda disposición se encuentra ubicada en el Capítulo VIII de la Convención, relativo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en la sección segunda de dicho capítulo, referido a la competencia y funciones de esa Corte y no se refiere en absoluto a

la imprescriptibilidad de las acciones o a la no aplicación del derecho interno; razón por la cual, la aplicación que hace el sentenciador de estas normas al caso de autos constituye un error de derecho así como también lo constituye el pretender extraer de ellas, según se hace en el considerando segundo del fallo, conclusiones sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles de indemnización en materia de violaciones de derechos humanos y sobre la no aplicación del derecho civil chileno.

Finaliza indicando que, al dejar de lado el tenor de las disposiciones legales citadas, se han vulnerado los preceptos sobre interpretación del artículo 19 inciso 1° del Código Civil, como al artículo 22 inciso 1° del mismo cuerpo legal, al no dar una aplicación armónica y sistemática a las normas citadas de la Convención;

3°) Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido en lo dispositivo de la sentencia, sostiene la recurrente que, de no haber incurrido en ellos, se habría rechazado la demanda de autos, concluyéndose necesariamente que la acción de indemnización de perjuicios deducida en autos se encontraba prescrita;

4°) Que para entrar al análisis del recurso, cabe considerar, que frente a la demanda de indemnización de perjuicios por daño moral, imputada por los actores, debido al sufrimiento que les ha ocasionado la detención, desaparición y muerte de su cónyuge y padre, don Hugo Tomás Martínez Guillén, fundándola en preceptos de la Constitución Política del Estado, Ley General de Bases de la Administración y en Tratados Internacionales, los sentenciadores dieron por establecido que la muerte del señor Martínez Guillén fue consecuencia del obrar de agentes del Estado, por cuanto su cadáver fue encontrado en una fosa clandestina, junto a otros, en un sitio cercano a un reconocido lugar de detención dirigido por efectivos del Ejército de Chile en la localidad de Pisagua de la Primera Región –no obstante haberse afirmado que había sido liberado luego de su detención–, dando por acreditado en su fallo el daño moral que sufrieron sus hijos y desestimando la excepción de prescripción invocada por el Fisco de Chile, al estimar que los términos de responsabilidades extracontractual y ordinaria de cuatro y cinco años invocados por éste no son aplicables en la especie, atendida la naturaleza y origen del daño cuya reparación ha

sido impetrada, ya que, tratándose de una violación a los derechos humanos, el criterio rector en cuanto a la fuente de responsabilidad civil se encuentra en normas y principios de Derecho Internacional de Derechos Humanos, concretamente en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de las cuales no es posible concebir la prescripción de la acción penal, y por ende, de la civil, con arreglo a las normas del derecho privado, porque éstas atienden a fines diferentes; desestimando también dicha sentencia las demás alegaciones de la defensa fiscal, al señalar que el plazo de prescripción debe computarse, tratándose de la acción penal, desde que el Estado, por medio de sus órganos de persecución penal, formule acusación, porque dicho acto procesal enteramente objetivo importa cumplimiento del deber ineludible de esclarecimiento de esta clase de hechos y por no constar en autos que se hubiese formulado acusación fiscal y, por lo mismo, que hubiera comenzado a correr el plazo de prescripción, concluyeron que éste no pudo haber transcurrido, como se sostiene por el Fisco de Chile.

Expusieron, además, los sentenciadores en su fallo que no es posible afirmar la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional predica que todo daño ha de ser reparado, por lo que, en definitiva, revocaron la sentencia de primera instancia, que había rechazado la demanda por falta de prueba, y la acogieron, ordenando la indemnización del daño moral demandado;

5º) Que, conforme a lo señalado, el recurso de casación en el fondo dice relación con el tema de la prescriptibilidad de la acción deducida y de la aplicación para ello de las normas del derecho interno, específicamente, de aquellas contenidas en el Código Civil, dado que la sentencia impugnada estimó que no correspondía resolver la controversia, de acuerdo a dicha preceptiva;

6º) Que, en la especie, se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado y teniendo en consideración que la Carta Fundamental de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, N° 18.575 de 17 de noviembre de 2001, en las cua-

les se ha sustentado, adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue, en atención a que la acción impetrada pertenece –como se ha dicho– al ámbito patrimonial;

7º) Que, de esta forma, al estimar el fallo recurrido que en la especie no resulta aplicable el derecho interno, se ha hecho una falsa aplicación de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, por una parte, dicho ordenamiento fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873 y publicado en el Diario Oficial, recién el 5 de enero de 1991, es decir, después de los hechos que motivan este juicio, y por otra parte, ninguna de estas disposiciones excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional.

En efecto, el primero de estos preceptos sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna y la segunda norma impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido. Ninguno de estos dos preceptos de la Convención permite fundar la inaplicabilidad del derecho propio de cada país;

8º) Que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, a lo que cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, y en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia;

9º) Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo;

10º) Que, de acuerdo a lo anterior, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual, las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto; disposición que se ha visto vulnerada por la sentencia recurrida, tanto por haber prescindido de ella, en general, cuanto por considerar que el cómputo de la prescripción se inicia desde que haya acusación penal por el ilícito que origina la responsabilidad imputada;

11º) Que, de esta manera, no encontrándose controvertido que los hechos que motivaron la demanda deducida en contra del Estado, acaecieron en el año 1973, oportunidad en que se detuvo al señor Martínez Guillén para encontrarse posteriormente su cadáver en el mes de junio de 1990 y que la demanda impetrada ha sido notificada el 9 de julio de 1998, según consta del estampado de fojas 13, surge necesariamente como conclusión que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil ha transcurrido en exceso;

12º) Que, en consecuencia, el fallo de segunda instancia ha vulnerado la preceptiva antes indicada al estimar que la acción deducida se encontraba vigente, en circunstancias que se había extinguido por la prescripción;

13º) Que los razonamientos que preceden llevan a concluir que los errores de derecho precisados han tenido influencia en lo dispositivo del fallo, en la medida que condujeron a excluir la aplicación del derecho nacional y desestimar las reglas sobre prescripción que se han señalado, de manera que si se hubiesen observado como correspondían, la demanda se habría desechado, por encontrarse prescrita la acción que se entabló, lo que conduce necesariamente a acoger el recurso de nulidad deducido;

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 162, en contra de la sentencia de diez de julio de dos mil seis, escrita a fojas 155, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Fiscal Subrogante señor Carlos Meneses y los Abogados Integrantes señores Fernando Castro y Sr. Óscar Herrera. No firma el Abogado Integrante señor Herrera, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizado por la Secretaria Subrogante señora Carola Herrera Brummer.

Rol N° 4.067 2006.

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil siete.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia anulada, con excepción de sus considerandos primero a séptimo y se reproduce del fallo de casación que antecede sus motivos quinto a undécimo.

Y se tiene en su lugar, y además, presente:

1º) Que el Fisco de Chile, a través del Consejo de Defensa del Estado, opuso a la demanda, la excepción de prescripción extintiva de la acción, fundada en lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil;

2º) Que el artículo 2332 del Código citado, dispone que las acciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente

de delitos o cuasidelitos prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto;

3º) Que los hechos que motivan la presente acción de responsabilidad extracontractual impetrada en contra del Fisco de Chile, ocurrieron en el mes de noviembre de 1973, oportunidad en que se detuvo a don Hugo Tomás Martínez Guillén, por agentes del Estado, encontrándose posteriormente su cadáver en el mes de junio de 1990;

4º) Que la demanda fue notificada al Consejo de Defensa del Estado el 9 de julio de 1998, según consta a fojas 13; por consiguiente, entre la fecha de perpetración de los actos en que se basa y aquella en que se cumplió dicho trámite procesal, transcurrió en exceso el plazo a que se refiere el precepto recién citado, de lo que se concluye que la acción se encuentra prescrita;

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil se confirma la sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil, escrita a fojas 138, con declaración que la acción deducida se encuentra prescrita.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Fiscal Subrogante señor Carlos Meneses y los Abogados Integrantes señores Fernando Castro y Sr. Óscar Herrera. No firma el Abogado Integrante señor Herrera, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ausente.

Autorizado por la Secretaria Subrogante señora Carola Herrera Brummer.

Rol N° 4.067 2006.

---

**JURISPRUDENCIA DE INTERÉS**

---

**DERECHO ADMINISTRATIVO****Corte Suprema  
Thunderbird IEG S.A. con Superintendencia de Casinos  
8 de agosto de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de protección.*

**DOCTRINA:** *Como se desprende del citado precepto (artículo 23 Ley N°19.995), con la actuación administrativa recurrida el Superintendente de Casinos de Juego solamente ha cumplido el mandato legal de dictar la indicada resolución, en la forma que establece la ley a fin que produzca efectos jurídicos. Por consiguiente, la actuación objeto de este recurso no puede tacharse de ilegal, porque se ajusta a lo ordenado por la ley y a las facultades que le otorgan las normas que se han traído a colación. Por lo demás, y aun con prescindencia de los motivos que hubieren provocado que el acto administrativo impugnado se haya realizado vencido el plazo previsto en el artículo 4° transitorio de la ley 19.995, el transcurso de los plazos legales no es causa de caducidad del procedimiento administrativo ni de ineficacia de los actos que en él se produzcan; en efecto, el incumplimiento de los plazos que se establecen para las actuaciones de los órganos de la administración del Estado, podrá determinar una posible responsabilidad disciplinaria a los funcionarios causantes de la dilación, pero no incidirá en la validez de ese acto dictado fuera de plazo.*

Santiago, ocho de agosto del dos mil siete.

**VISTOS:**

En el fundamento primero, se sustituye la expresión “Spuperintendente” por “Superintendente”; en el acápite décimo, se intercala la palabra “paralizado” entre las frases “haya estado” y “en virtud”.



Y teniendo además presente:

1º) Que en primer término, es necesario consignar que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio;

2º) Que como surge de lo transcrito, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto ilegal -esto es, contrario a la ley-, o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque alguna de las situaciones que se han indicado, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas;

3º) Que el amparo constitucional solicitado por la empresa Thunderbird IEG S.A. en este recurso, se ha dirigido en contra del Superintendente de Casinos de Juego, don Francisco Javier Leiva Vega, y del Consejo Resolutivo de la Superintendencia de Casinos de Juego, presidido por doña María Olivia Recart Herrera, fundado en que ellos han vulnerado la garantía constitucional consagrada en el número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, o sea su derecho de propiedad. Refiere la recurrente que el Consejo Resolutivo se pronunció sobre la proposición del Superintendente de otorgar un permiso de operación para un casino de juego en la comuna de San Antonio a la sociedad "Casinos de Juego del Pacífico S.A.", el día 20 de diciembre de 2006, según consta del acta respectiva, esto es, más de cinco meses después de vencido el plazo legal para ello, conforme lo disponía el artículo 4º transitorio de la Ley 19.995;

4º) Que posteriormente por Resolución Exenta N° 342, de 26 de diciembre del año 2006, el Superintendente de Casinos de Juego otorgó el permiso de operación para un casino en la comuna de San Antonio a la sociedad antes nombrada, conforme al acuerdo adoptado por el Consejo Resolutivo en la sesión que se ha citado, autorizándole la explotación de los servicios anexos y otorgándole las licencias de juego

que se señalan en la misma resolución. Añade que esa resolución se publicó en el Diario Oficial de fecha 29 de diciembre del año 2006;

5°) Que el acto administrativo descrito en el basamento que precede, es contra el cual se ha alzado la reclamante, aduciendo su ilegalidad al haberse verificado meses después de vencido el plazo fatal previsto para su realización.

La pretensión del recurso consiste en que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 342 y se disponga que la Superintendencia de Casinos de Juego debe llamar a una nueva licitación para el otorgamiento de permiso de casinos de juego en la Quinta Región;

6°) Que la materia propuesta se encuentra regulada por la Ley 19.995 que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, cuyo artículo 26 expresa lo siguiente: “La resolución que otorgue, deniegue o renueve un permiso de operación de un casino de juego deberá ser fundada, conforme a los criterios establecidos en el artículo 23, y estar basada en antecedentes que obren en poder de la Superintendencia.

La resolución que otorgue o renueve el permiso de operación deberá publicarse en el Diario Oficial, por una vez y en extracto, dentro del plazo de diez días contados desde su dictación”.

Como se desprende del citado precepto, con la actuación administrativa recurrida el Superintendente de Casinos de Juego sólo ha cumplido el mandato legal de dictar la indicada resolución, en la forma que establece la ley a fin que produzca efectos jurídicos;

7°) Que, por consiguiente, la actuación objeto de este recurso no puede tacharse de ilegal, porque se ajusta a lo ordenado por la ley y a las facultades que le otorga las normas que se han traído a colación, particularmente la transcrita, al Superintendente de que se trata;

8°) Que resulta necesario dejar constancia, y como notoriamente quedó establecido en estos autos, que fue la propia recurrente, a través de diversas acciones judiciales, la que requirió, buscó y obtuvo la

suspensión de los plazos que rigen el proceso de otorgamiento de permisos de operación para casinos de juego;

9°) Que, por lo demás, y aun con prescindencia de los motivos que hubieren provocado que el acto administrativo impugnado se haya realizado vencido el plazo previsto en el artículo 4° transitorio de la Ley 19.995, el transcurso de los plazos legales no es causa de caducidad del procedimiento administrativo ni de ineficacia de los actos que en él se produzcan;

10°) Que, en la especie, aun cuando está debidamente justificada la demora con que se dictó la resolución recurrida, tal como se consignó en el fundamento octavo, el retraso observado no es motivo de nulidad de aquélla, pues la infracción de los plazos previstos en la ley en la tramitación de un procedimiento administrativo, salvo norma que disponga lo contrario de manera expresa, no altera la validez de los actos que se verifican después de vencido dicho término;

11°) Que, en efecto, el incumplimiento de los plazos que se establecen para las actuaciones de los órganos de la administración del Estado, podrá determinar una posible responsabilidad disciplinaria a los funcionarios causantes de la dilación, pero no incidirá en la validez de ese acto dictado fuera de plazo;

12°) Que, por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de protección deducido no puede prosperar. En cuanto a la garantía constitucional que se ha invocado, no obstante lo ya expresado que haría inoficioso pronunciarse sobre ella, resulta prudente precisar que no resulta atendible el argumento que invoca la recurrente de que se ha violado su derecho de propiedad sobre un bien incorporal que fundamenta en el hecho de poder participar legalmente en el proceso de otorgamiento de permisos de operación para la explotación de casinos de juego, pues el derecho a participar ha sido ejercido oportunamente por la actora y como tal no ha sido conculcado de manera alguna, y por cuanto no existe un derecho de propiedad sobre el derecho a participar en un proceso de otorgamiento de permisos de operación.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Cor-

te, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se confirma la sentencia apelada, de dieciséis de mayo último, escrita a fojas 248.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol N° 3008-2007.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado integrante Sr. Rafael Gómez. No firma el abogado integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar ausente.

Santiago, 08 de agosto de 2007.

Autorizado por la Secretaria subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.

**DERECHO ADMINISTRATIVO****Corte Suprema<sup>34</sup>****Vega Vega, Luis Alberto y otro con Servicio de Salud Araucanía  
Sur****12 de septiembre de 2007*****RECURSO PLANTEADO:*** Recurso de apelación.

***DOCTRINA:*** En cuanto a la responsabilidad médica, la Corte Suprema señala no haber adquirido convicción acerca de la concurrencia de la falta de servicio alegada, por lo cual estima que no resulta necesario pronunciarse sobre el resto de los requisitos de procedencia de la acción ejercida.

Sobre el particular destaca el fallo de la Corte Suprema que “para comprometer la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado por falta de servicio, tratándose de actividades que presentan dificultades particulares de funcionamiento, como ocurre con los establecimientos hospitalarios de urgencia, es necesaria la existencia de una falta grave; y por lo tanto, es insuficiente una falta simple, para que la demandada pueda ser condenada por falta de servicio”.

La Corte Suprema, además, reafirma lo señalado por la Corte de Apelaciones de Temuco en cuanto a que nuestro Código de Procedimiento Civil admite de manera expresa la posibilidad de relaciones procesales múltiples, expresadas en la pluralidad de partes dentro de un solo proceso, una de cuyas manifestaciones, según su artículo

---

<sup>34</sup> Se adjunta sentencia confirmada de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 29 de abril de 2007, pronunciada en los autos Rol N° 3.222-2006.

*18, tiene lugar cuando varias personas ejercen acciones que emanan directa e inmediatamente de un mismo hecho.*

*La circunstancia de haberse indicado en la demanda una suma única como indemnización impetrada por ambos actores sin precisar la cantidad que particularmente le correspondería a cada uno de ellos, no constituye óbice para que pueda prosperar la pretensión de aquellos, la cual habría de entenderse satisfecha dándose los presupuestos necesarios para que la demanda sea acogida fijándose como monto de la reparación la suma común solicitada por ambos en el libelo en que se plantean sus pretensiones.*

Incluye voto disidente de los Ministros Sres. Héctor Carreño y Pedro Pierry, en el sentido “*que, en el escenario planteado, el diagnóstico que hizo el médico que atendió a la paciente era un diagnóstico probable y adecuado al cuadro que se le presentó, no constituyendo el actuar, una falta de servicio por cuanto se está en presencia de una ciencia no exacta, donde la certeza absoluta no existe y, por tanto, la conducta cuestionada queda incluida en el estándar medio que era exigible para un servicio de urgencia ante un cuadro de síntomas como el que se presentó*”.

Santiago, doce de septiembre de dos mil siete.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

#### **VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento decimocuarto, que se elimina.

Se sustituye en el motivo vigésimo en la página 110 la voz “hallan” por “hayán”.

Y se tiene, en su lugar, y además presente:

1º) Que, de acuerdo con las diversas pruebas allegadas al expediente y que se reseñan por la sentencia de primera instancia en los fundamentos de ella que se tuvieron por reproducidos ha quedado establecido que el día 18 de febrero de 2002 ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Temuco doña Albina Vega Castillo, quien presentaba síntomas de dolor al pecho y espalda, acompañados

de vómitos, dolencias que fueron atribuidos a un estado gripal en el diagnóstico del médico que la atendió, siendo devuelta a su domicilio, donde al día siguiente falleció como consecuencia de un infarto agudo al miocardio;

2º) Que, conforme a los testimonios presentados por la propia parte demandada, a saber, los dichos del testigo Guillermo Soza Contreras, médico cirujano, quien, a fojas 41 manifiesta que: “un infarto al miocardio puede presentarse en forma atípica con síntomas similares a una gripe compromiso general, dolores en el cuerpo incluyendo los dolores musculares o referidos a la parte torácica” y agrega que “El infarto al miocardio puede simular otros cuadros como problemas articulares o abdominales”, y lo indicado por el doctor Benjamín Stockins Fernández, cuya especialidad es la de la cardiología, el cual, a fojas 77 ratifica lo declarado en el sumario administrativo instruido a raíz del deceso de la aludida Albina Vega Castillo, señalando: “existe un gran porcentaje de personas que están dando de alta que han tenido dolor precordial y que el estudio descartó el infarto al miocardio. Ponderados tales testimonios, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 384 regla segunda del Código de Procedimiento Civil, puede colegirse que, frente a una situación puntual, los propios testigos de la demandada coinciden en que ciertos síntomas pueden deberse a un infarto o a otras enfermedades, indicando el testigo especializado que un estudio permite descartar el infarto al miocardio; luego es dable esperar que un profesional médico, en conocimiento de este tipo de problemas, disponga precisamente el estudio pertinente que descarte el cuadro de gravedad mayor y que puede conducir, como en el caso de autos, a la muerte de una persona;

3º) Que, por otra parte, cabe tener como hecho acreditado en la causa, por así desprenderse del antes mencionado sumario administrativo instruido en el Hospital Regional de Temuco, copia del cual la propia demandada acompañó a fs. 51, que en el momento en que fue conducida Albina Vega Castillo a ese nosocomio, su servicio de urgencia no presentaba las condiciones más favorables para brindar una atención adecuada a dicha paciente. Consta, en efecto, de las piezas de dicha investigación administrativa, que el fallo en alza reseña en su consideración vigésimo el cual se ha tenido por reproducido, que tiempo antes, habían sido trasladados a la U.T.I. del establecimiento los

médicos cirujanos que se desempeñaban en el servicio de urgencia, quedando éste a cargo de médicos internistas, según lo informa don Gonzalo Arredondo Carvajal, jefe del referido servicio, quien considera tal situación como una irregularidad, que él había representado. A lo anterior, cabe agregar que, debido al “descanso compensatorio a que se encontraba acogida la doctora Margarita Pérez Durán, a la cual le habría correspondido realizar el turno en el servicio de urgencia el día 18 de febrero de 2002, debía desempeñarse en su lugar la doctora Elizabeth Hellman Sepúlveda, pero ésta, a su vez, había convenido en cambiar su turno con el médico Rodrigo Moreno González, el cual cursaba segundo año como becado, situación extraña a lo habitual, pues, como lo asevera el antes mencionado jefe del servicio de urgencia, doctor Gonzalo Arredondo, en esta sección pueden desempeñarse, según acuerdo convenido con la facultad, médicos becados de tercer año; habiendo sido, en definitiva, el doctor Rodrigo Moreno quien atendió a la paciente y emitió el diagnóstico cuestionado;

4º) Que por otra parte, para comprometer la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado por falta de servicio, tratándose de actividades que presentan dificultades particulares de funcionamiento, como ocurre con los establecimientos hospitalarios de urgencia, es necesaria la existencia de una falta grave; y por lo tanto, es insuficiente una falta simple, para que la demandada pueda ser condenada por falta de servicio.

5º) Que los razonamientos precedentemente desarrollados, a los que se suman aquellos que se formulan por la Juez a quo en la sentencia que se examina y que esta Corte ha hecho suyos, al reproducirlos llevan a concluir que el organismo demandado, al no haber dispuesto el debido estudio del cuadro mórbido que presentaba la enferma Albina Vega Castillo y que habría permitido descartar el diagnóstico de gripe que se le asignó y establecer, en cambio, aquél más grave que derivó en la muerte de esa paciente, no obró en la forma que era exigible; situación que configura una falta de servicio y que, en concurrencia con los demás presupuestos requeridos para hacer procedente la pretensión de los actores, establecidos en el fallo de primer grado, permiten desestimar el recurso de apelación deducido en contra de éste;



6º) Que, finalmente, el daño moral demandado, se encuentra acreditado con las declaraciones de testigos presentados por los actores y analizadas por la Juez a quo en el fallo recurrido, que lo reguló, empleando criterios, que esta Corte comparte, basados en la edad de la persona fallecida y en el sufrimiento que provocó en sus hijos dicho acontecimiento.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se confirma en lo apelado la sentencia de veintinueve de abril de dos mil cuatro, escrita a fs. 93.

Acordada la confirmatoria con los votos en contra de los Ministros señores Carreño y Pierry, quienes fueron de opinión de revocar la sentencia en alzada y rechazar la demanda deducida por los siguientes fundamentos:

Primero: Que para que sea procedente la acción intentada en autos se requiere que el demandado haya incurrido en una falta de servicio, lo que se configura cuando éste no actúa, debiendo hacerlo; actúa pero de mala forma, esto es fuera del estándar medio de funcionamiento; o actúa tardíamente;

Segundo: Que los actores han circunscrito la falta de servicio a la ausencia de la debida atención que el personal del Hospital Regional de Temuco hubo de prestar a su madre cuando recurrió a dicho centro asistencial para ser atendida de urgencia, lo que motivó su muerte, según puede leerse a fojas 1 vuelta del libelo de demanda;

Tercero: Que la omisión de la debida atención que los actores reclaman no ha quedado inconcusamente establecida con los medios de prueba allegados a los autos. En efecto, consta del sumario administrativo que la paciente presentaba diversos síntomas, compatibles con un diagnóstico de gripe. Además, conforme depone el doctor Guillermo Soza Contreras a fojas 41, “En el caso de un infarto específicamente en una mujer joven sin factores de riesgo, no es este primer diagnóstico planteable ante la sintomatología que apreció el médico tratante del proceso fisiopatológico subyacente, con los elementos de juicio disponible en ese momento el médico planteó el diagnóstico de

gripe. A ello se suma lo declarado por el médico cardiólogo doctor Benjamín Stockins Fernández a fojas 77, en cuanto a que “El dolor al infarto tiene características diferentes a las que presentaba la paciente. Un dolor, como puntada más frecuentemente se asocia a enfermedades de otro origen, como ser pulmonares, bronquiales o pleurales. La rotura cardiaca es una complicación tremendamente excepcional en el curso de un infarto, menos del 0,1%.

Luego añade: “Los médicos en general actúan de acuerdo a probabilidades, lo que es esencialmente cierto en los servicios de urgencia. La paciente no correspondía al perfil más frecuente de una probable portadora de infarto.

Todo lo anterior lleva a concluir a los disidentes que, en el escenario planteado, el diagnóstico que hizo el médico que atendió a la paciente era un diagnóstico probable y adecuado al cuadro que se le presentó, no constituyendo el actuar, una falta de servicio por cuanto se está en presencia de una ciencia no exacta, donde la certeza absoluta no existe y, por tanto, la conducta cuestionada queda incluida en el estándar medio que era exigible para un servicio de urgencia ante un cuadro de síntomas como el que se presentó;

Cuarto: Que no adquiriéndose convicción acerca de la concurrencia de la falta de servicio alegada, no resulta necesario pronunciarse sobre el resto de los requisitos de procedencia de la acción ejercida, por cuanto al faltar lo primero, la demanda no podía prosperar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún y de la disidencia sus autores.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez. No firma el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Santiago, 12 de septiembre de 2007.

Autorizado por el Secretario señor Carlos Meneses P.

Rol N° 3.222 2006.

Temuco, veintinueve de mayo de dos mil seis.

**VISTOS:**

En cuanto al recurso de casación en la forma.

*CONSIDERANDO:*

1°. Que la parte del Servicio de Salud Araucanía Sur interpone recurso de casación en la forma en contra del fallo de primera instancia, de fecha 29 de abril de 2004, escrito desde fojas 93 a fojas 116 de estos autos. Sostiene que dicha sentencia es nula y debe ser casada por haber incurrido en el vicio de nulidad contemplado en el número 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil. La sentencia, dice el recurso, concedió a ambos demandantes las cantidades de \$ 30.000.000 y \$ 2.000.000 obviando la circunstancia que la demanda no aclaró cuál es la cantidad en que cada uno estima los daños que cobran, pidiendo una suma total para los dos demandantes. La sentencia es nula, continúa el escrito de casación, porque al pronunciarse sobre la acción deducida obvió la deficiencia ocurrida en la demanda, y que la demandada oportunamente alegó.

La ley que concede el recurso, señala el escrito de la demandada, es la causal 4ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto expresa que el recurso ha de fundarse precisamente en haber la sentencia sido dictada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del Tribunal.

El perjuicio lo hace consistir en que la sentencia recurrida, al otorgar más de lo pedido, se extendió a asuntos ajenos a la litis, alterando así el objeto de la acción ejercida. Si la sentencia hubiere acogido la circunstancia alegada por la demandada, habría desechado las pretensiones de los actores, con costas, y no haberla acogido, como lo hizo.

2°. Que, sin embargo, el mismo vicio denunciado en la casación aparece reproducido en el escrito de apelación, recurso este último que se interpuso conjuntamente con aquél. Siendo así, cabe aplicar lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento, en cuanto permite desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo. En el caso propuesto, como ya se dijo, el vicio denunciado, si es que existe, puede ser reparado por la vía de la apelación impetrada.

3°. Que, según se ha razonado en el numerando inmediatamente anterior, y en virtud de lo que se resolverá en la revisión del fallo, se desestimaré el recurso de casación en la forma.

En cuanto al recurso de apelación.

Se reproduce la parte expositiva de la sentencia que se revisa.

De la misma manera, se reproducen los primeros once considerandos, esto es, desde el primero hasta el decimoprimer.

Se eliminan desde el fundamento decimosegundo hasta el cuadragésimo.

Se eliminan las resoluciones III y IV del fallo recurrido, así como sus citas legales.

Considerando:

4°. Que la propia demanda observa que el fallecimiento de doña Albina Vega Castillo causó daño moral a sus hijos Luis Alberto Vega Vega y Andrés Esteban Ruiz Vega. El daño que cada uno de los hijos sufre tiene su origen en un hecho inmediato, cual es la muerte de la madre. Ahora bien, acusando negligencia en los médicos que diagnosticaron, ambos hijos ejercen acción de indemnización de perjuicios para que el Servicio de Salud de la Araucanía satisfaga el resarcimiento respectivo, obligándolo a pagar una suma de dinero que en la propia demanda se expresa. Interesa a los sentenciadores precisar que cada uno de los demandantes, hijos de la difunta, adquirió un derecho que le permite, supuesta la presencia de las demás exigencias legales, dirigir su pretensión de resarcimiento en contra de quien estime responsable.

5°. Que el ejercicio del derecho a que se ha aludido en el considerando anterior es lo que se conoce como acción, entendiendo por tal, y desde el punto de vista procesal, “la facultad que tiene una persona para presentarse ante los tribunales de justicia, solicitando el reconocimiento o declaración del derecho que cree tener”. O es, mirado desde el punto de vista sustantivo, “el derecho deducido en juicio”. Pero, sea que la acción se mire desde uno u otro punto de vista, lo cierto es su carácter es personal, lo que se demuestra aceptando que cada titular puede cederla, transmitirla, enunciarla o, simplemente, ejercerla en la oportunidad que el titular estime, dentro del lapso que termina con la prescripción de la misma. Puede ocurrir también que uno de los titulares de la acción la pierda por el transcurso del tiempo, y que otro escape de la prescripción por favorecerle una circunstancia de suspensión o de interrupción.

Como se ve, la acción que corresponde a uno no es la misma que corresponde a otro; y así sucede en el caso de los demandantes, respecto de los cuales el fallecimiento de doña Albina Vega Castillo habría hecho nacer una acción reparatoria en uno, y otra en el segundo hijo, de un mismo origen, pero distinta la primera a la segunda. Ambos actores sostienen la existencia de los mismos hechos que justifican su respectiva pretensión, pero no hay inconveniente alguno para que las circunstancias fueren distintas. Así, por ejemplo, uno de los hijos pudo haber sufrido un daño moral mayor que el otro, atendiendo a la circunstancia de haber estado más cercano a la madre fallecida; el otro pudo, incluso, haber quedado indiferente ante la pérdida de una madre a quien no veía desde hace muchos años. En fin, la pura posibilidad de aceptar circunstancias distintas en los demandantes es otra prueba que la acción que la ley entregó a uno es separada y distinta a aquella que recibió el otro.

6°. Que, aun más, la singularidad e independencia de cada una de dichas acciones se demuestra por la simple circunstancia de considerar que cada una de ellas tiene un titular distinto, en forma que resulta inconcebible que uno de los demandantes hubiere por sí solo podido ejercer la acción indemnizatoria a nombre propio y a nombre del otro, sin tener poder de este último. Son, pues, dos titulares distintos y con pretensiones diversas, sin que altere esto último, y en este preciso caso, la circunstancia de solicitar ambos en la demanda una suma

común. Ha de recordarse, en fin, y a este respecto, que el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil recoge esta situación al autorizar que en un mismo juicio se entablen dos o más acciones con tal que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho.

7°. Que la circunstancia de haber los señores Luis Alberto Vega Vega y Andrés Esteban Ruiz Vega accionado conjuntamente, no los libera de la obligación de singularizar los hechos en que se apoya la pretensión de cada uno, exponiendo claramente, como lo exige el número 4° del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, aquellos en que apoya su acción. Debe recordarse, además de la orden legal, que uno de los elementos de la acción, sea mirada desde el punto de vista procesal o desde el punto de vista substantivo, es el interés que en el resultado de la acción tiene el que se pretende titular de ella. Este interés debe ser actual y jurídico y, como se explicó en los razonamientos anteriores, deben singularizarse los caracteres del interés que tiene la aspiración de uno y aquellos que justifican los del otro.

8°. Que, en relación con lo que hasta ahora se ha explicado, ha de notarse que ambos demandantes piden se condene a la demandada a pagar las sumas que el petitorio indica, sin expresar a quién debe pagarse esas cantidades. Aun, recurriendo al texto del libelo y entendiendo que las sumas dichas deben ser pagadas a los demandantes, queda en el misterio saber cuánto a cada uno de ellos. La dualidad de las acciones interpuestas obliga a señalar la cantidad de la que puede resultar acreedor cada hijo y aquella de la cual sería deudor el Servicio de Salud Araucanía. No hay razón para establecer que ambos hijos piden igualdad tanto porque el petitorio de la demanda no puede presumirse, como porque, como puede ocurrir, cada uno puede haber sufrido un daño diferente al del otro.

9°. Que lo hasta ahora explicado conlleva necesariamente a acoger la defensa que la parte demandada planteó en su escrito de contestación de la demanda al advertir que la parte demandante está integrada por dos diferentes personas naturales y ninguna de éstas ha especificado cuál es la cantidad de dinero en que cada una de las mismas aprecia los perjuicios que habría experimentado, ni cuánto es lo que demanda para sí a título de indemnización de perjuicios.

10°. Que, preciso es dejar constancia que ni la sentencia que se revisa ni la de segundo grado pueden obviar lo que se echa de menos, toda vez que, si se declarara un porcentaje para cada demandante, se estaría fallando más allá de lo que la demanda ha propuesto a consideración del Tribunal.

11°. Que, toda vez que se acogerá la antes dicha excepción, el Tribunal hará uso de aquella disposición que contiene el número 6° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, esto es, procede a omitir resolución sobre el resto de las acciones y excepciones hechas valer, toda vez que son incompatibles con la aceptada.

Y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 170, 186, 187, 254, N° 5°, 764, 765, 766, 768, 798 y 787, todos del Código de Procedimiento Civil, se declara:

- I. Que se rechaza, el recurso de casación en la forma que la parte del Servicio de Salud Araucanía Sur ha interpuesto en su escrito de fojas 118 en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 29 de abril de 2004 y escrita desde fojas 93 a fojas 116, sentencia que, por lo mismo, no es nula.
- II. Se revoca la sentencia apelada, ya singularizada, en cuanto en sus decisiones III y IV acoge la demanda interpuesta, y en su lugar se declara que se rechaza en todas sus partes la demanda de fojas 1 a fojas 3, debiendo los apelados, pagar las costas de la apelación.
- III. Se confirma en lo demás la referida sentencia.

Regístrese y en su oportunidad devuélvanse.

Redacción del Abogado Integrante señor Fernando Mellado Diez.

Pronunciada por la I. Corte 2ª Sala, Presidente Ministro señor Víctor Reyes Hernández, Fiscal Judicial señorita Tatiana Román Beltramin y por el Abogado Integrante señor Fernando Mellado Diez.

Rol N° 989 2004.

Santiago, doce de septiembre de dos mil siete. Vistos:

En estos autos rol N° 3.222 2006 los demandantes don Luis Alberto Vega Vega y don Andrés Esteban Ruiz Vega, han deducido recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que revocó el fallo de primera instancia en cuanto éste había acogido la demanda y en su lugar la rechazó en todas sus partes, confirmando en cuanto había acogido una objeción de documentos y una tacha contra un testigo.

Se trajeron los autos en relación.

*CONSIDERANDO:*

1º) Que los demandantes han denunciado que la sentencia de segunda instancia ha sido pronunciada con infracción de ley, específicamente, del artículo 18 del Código de Procedimiento Civil. Exponen, al respecto, que dicho fallo rechazó la demanda, aduciendo que los dos demandantes, hijos de su madre fallecida, a raíz de la falta de atención en el Hospital Regional de Temuco, no estarían habilitados jurídica ni procesalmente para sostener de conjunto la acción interpuesta, puesto que por tratarse, en verdad, de acciones separadas y habiéndose pedido una reparación en común, el Tribunal de primera instancia no pudo haber acogido la demanda de indemnización de perjuicios reclamada por aquellos.

Los recurrentes critican, considerándolo erróneo, el criterio expresado en la sentencia impugnada en el sentido de que, por ser los actores dos personas distintas, la indemnización debió haber sido pedida separadamente para cada uno de ellos, ya que la circunstancia que la acción sea personal no se opone a que pueda ser interpuesta en conjunto por dos personas, menos aún en el presente caso, en que el fundamento de ella es la muerte de la madre común.

Consideran, asimismo, improcedente la exigencia que les impone en orden a singularizar los hechos en que la demanda se apoyaba, puesto que no tiene sentido que cada uno haga un relato en forma separada tratándose de un solo hecho; como tampoco resulta aceptable la sub teoría de la singularización de los intereses que inspiraron a uno y otro demandante, porque tal condicionamiento no lo contempla la ley.



En cuanto a lo señalado por el fallo recurrido en orden a quién debe pagarse la suma de dinero demandada, afirman que se forma en relación a la indemnización otorgada una comunidad.

Finalmente dicen que la sentencia deja de aplicar el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, el cual permite claramente que varias personas puedan intervenir como demandantes, ya se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos, dando lugar a que estos hermanos constituyan una sola parte en el juicio, como efectivamente ocurrió;

2º) Que, al explicar cómo el error de derecho denunciado ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, los recurrentes señalan que ello se produjo, pues, de haberse atendido a lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, se habría confirmado la sentencia de primera instancia;

3º) Que, a los efectos de una correcta decisión de la materia planteada en el recurso, es preciso tener presente que los Jueces de la instancia dieron por asentados los hechos que se pasa a señalar:

a) Los actores de la causa Luis Alberto Vega Vega y Andrés Ruiz Vega sostienen en la demanda con que se inicia el pleito que han experimentado daño moral, originado “en un hecho inmediato, cual es la muerte de la madre de ambos, doña Albina Vega Castillo (fundamento cuarto del fallo de segunda instancia); b) Las personas recién nombradas, acusando negligencia en los médicos que diagnosticaron la enfermedad que precedió al deceso de su progenitora, accionaron en contra del Servicio de Salud de La Araucanía para que les indemnice los perjuicios que de ello se han seguido y que estiman en la suma que determinadamente señala la respectiva demanda (considerando cuarto del mismo fallo); c) La acción reparatoria formulada por cada uno de los demandantes no es la misma, pues si bien tienen un origen común en el fallecimiento de doña Albina Vega Castillo, no existe identidad entre ambas (basamento quinto del referido fallo);

4º) Que, asimismo, los Jueces del mérito hacen notar en su sentencia que los demandantes no indican en su libelo qué cifra o cantidad del

total de la suma demandada les corresponde individualmente (considerando octavo del fallo de segundo grado);

5º) Que la sentencia recurrida, frente a la situación fáctica que se viene de reseñar, sostuvo que si bien el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil permite entablar dos o más acciones conjuntamente en un solo juicio con tal que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, no quedan por ello los actores liberados de singularizar los hechos en que se apoya la pretensión de cada uno de ellos ni de especificar los caracteres de sus intereses particulares y las cantidades que correspondería pagar a uno y otro; y entendiendo que en el caso de que se trata no se satisficieron por los demandantes tales exigencias, al no señalarse el monto de dinero en que singularmente aprecian los perjuicios que afirman haber sufrido ni determinarse tampoco la suma que en lo individual reclaman como indemnización, revocó el fallo de primer grado, que había acogido la demanda y, en su lugar, lo desestimó;

6º) Que nuestro Código de Procedimiento Civil admite de manera expresa la posibilidad de relaciones procesales múltiples, expresadas en la pluralidad de partes dentro de un solo proceso, una de cuyas manifestaciones, según su artículo 18, tiene lugar cuando varias personas ejercen acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho; situación que precisamente corresponde a la planteada en estos autos, en que los dos demandantes deducen sendas acciones, por medio de las cuales pretenden que se les indemnicen los perjuicios que afirman haber experimentado a causa de la muerte de su madre;

7º) Que de las consideraciones expuestas, se colige que los sentenciadores que pronunciaron la sentencia recurrida, no obstante haber tenido en cuenta, al esbozar sus racionios, la disposición legal recién citada, no le dieron aplicación; por el contrario, desentendiéndose de ella, impidieron a los demandantes de autos, el ejercicio conjunto de acciones que reconocían su origen en un mismo y único hecho;

8º) Que la circunstancia de haberse indicado en la demanda una suma única como indemnización impetrada por ambos actores sin precisar la cantidad que particularmente le correspondería a cada uno de ellos, no constituye óbice, como equivocadamente lo consideró el fallo re-

currido, para que pueda prosperar la pretensión de aquellos, la cual habría de entenderse satisfecha dándose los presupuestos necesarios para que la demanda sea acogida fijándose como monto de la reparación la suma común solicitada por ambos en el libelo en que se plantean sus pretensiones;

9º) Que, acorde con lo precedentemente reflexionado, la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, con influencia sustancial en lo dispositivo de la misma, dado que la incorrecta aplicación de esa norma condujo directamente al rechazo de la demanda; y, siendo ello así, procede acoger el recurso de casación en el fondo formulado por los actores de esta causa.

Y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 767, 783 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal del escrito de fojas 159 en contra la sentencia de veintinueve de mayo de dos mil seis, escrita a fojas 155, la que, por consiguiente, es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Oyarzún.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez. No firma el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente. Santiago, 12 de septiembre de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte señor Carlos Meneses P.

Rol N° 3.222 2006.

Temuco, veintinueve de abril de dos mil cuatro.

#### **VISTOS:**

Que en estos autos rol N° 7.976 2002 de este Tercer Juzgado en lo Civil a fs. 1 don Luis Alberto Vega Vega y don Andrés Esteban Ruiz Vega, ambos empleados y con domicilio en calle Tremiti N° 2085

de esta ciudad, deducen demanda de indemnización de perjuicios en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur, representado por su Director Regional don Ricardo Celis Araya, médico, con domicilio en Vicuña Mackenna N° 597 de esta ciudad. Pide que acogiéndola se condene a la demandada a pagar un total de \$ 32.000.000, más intereses y reajustes, a título de indemnización de perjuicios y según los conceptos que expresa en el libelo de la demanda, irrogados a consecuencia de la denegación de servicios hospitalarios en el hospital de Temuco y al pago de las costas de la causa. Fundan su accionar en que el día 18 de febrero de 2002, la madre de los demandantes esto es, doña Albina Vega Castillo, sufrió un principio de infarto, lo que motivó su inmediato traslado al servicio de urgencia del Hospital Regional de Temuco, en donde el equipo de turno de dicho centro asistencial diagnosticó la situación clínica como un resfrío, derivándola a su domicilio.

Que ante ello los demandantes replicaron ante el facultativo manifestándole la desavenencia con el diagnóstico insistiendo que su madre padecía de fuertes dolores, al pecho, espalda y brazo, al tiempo que se manifestaba ahogada, y con constantes náuseas, muestras altamente probables de que la paciente presentaba un infarto, lo que inexplicablemente no fue considerado por los facultativos.

Que la negativa de prestar la debida asistencia a doña Albina Vega Castillo motivó su fallecimiento en su domicilio el día 19 de febrero del año 2002, siendo su causa de muerte infarto agudo del miocardio perforado.

Que, el protocolo de autopsia que acompañan los demandantes les entrega la razón en cuanto demuestra que su apreciación hecha saber a los facultativos no estaba errada, lo que ellos no quisieron considerar. Precizando los fundamentos de derecho, expresa que: lo descrito constituye una denegación de servicio por parte de la demandada, que no prestó la debida atención profesional que el caso requería, incurriendo en el ilícito por omisión que se consigna con la ausencia de la debida diligencia con que debieron actuar los dependientes del Hospital Regional de Temuco en la atención prestada, a su madre, hecho que los hace responsables de los daños que conforme al artículo 44 de la ley 18.575 sanciona a los servicios regulados por el título II del

citado texto legal en cuanto a su responsabilidad extracontractual por falta de servicio o denegación de servicio, sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal de los funcionarios o agentes del servicio público.

Que la responsabilidad extracontractual del Estado fundada en la denegación de servicio requiere de tres requisitos que en la especie se cumplen como son la falta de servicio, el daño y la relación de causalidad.

Que la falta de servicio está reflejada por la ausencia de la debida atención que el personal del Hospital Regional de Temuco, debió prestar a su madre, cuando recurrió a dicho centro asistencial para ser atendida de urgencia.

Que esta falta de servicio que motivó la muerte de su madre, causó daños a la temprana edad de 52 años, circunstancia que causa a su familia un enorme daño que debe ser resarcido por la demandada.

Que como consecuencia directa de la conducta ilícita de la demandada, se han producido daños directos que se ven reflejados en gastos propios del funeral, entierro y otros, los que valoran en la suma de \$ 2.000.000, lo que ofrecen acreditar en la oportunidad procesal correspondiente.

Que se ha producido un daño moral a la familia de la fallecida, por cuanto su madre tenía 52 años y gozaba de una muy buena salud según corresponde a su edad. Que, de los documentos que acompañan se puede apreciar que su madre concurrió de urgencia al hospital con claros síntomas de sufrir un infarto, no obstante ello fue derivada a su domicilio con un diagnóstico absolutamente errado, a pesar de señalarle al funcionario los padecimientos y su historial clínico.

Que su madre era una persona joven que recién comenzaba a disfrutar de las bondades de sus hijos a quienes educó con anhelo y esfuerzo, circunstancia que los llenaba de orgullo y felicidad por cuanto podían gozar proporcionándole una retribución emocional llena de gratitud y cariño y también material.

Que su fallecimiento causó un gran desequilibrio emocional en sus familias, por cuanto su madre mantenía con sus hijos y nieta una estrecha relación que abruptamente se ha visto truncada.

Que si bien es cierto este tipo de daño moral es difícil de determinar por cuanto se trata de una apreciación subjetiva, no es menos cierto que se produce y sus consecuencias son por lo general mayores que los daños directos, por tal razón es que lo estiman en \$ 30.000.000.

A fs. 11 contestó la demanda don Oscar Exss Krugmann, Abogado Procurador Fiscal de Temuco, en representación del Servicio de Salud Araucanía Sur. A fs. 22 y 24 se replicó y duplicó respectivamente.

A fs. 28, se recibió la causa a prueba.

A fs. 92, se citó a oír sentencia. Considerando:

En cuanto a la objeción de documentos:

Primero: Que, a fs. 44 la demandada impugna los documentos que la contraria acompañara con citación y que rolan a fs. 34 y 35. Expresa que por una parte, ambos instrumentos emanan de terceros, cuya autenticidad no puede constarle a la demandada y, por otra, porque ellos de acuerdo con las leyes reguladoras de la prueba que les son aplicables y que se contienen en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil no permiten dar por establecido ninguno de los hechos que se afirman en la demanda de autos, tanto por razones de forma como por razones de fondo de tales documentos.

Segundo: Que, a fs. 62, la demandante evacuando el traslado de la impugnación en análisis, solicita se rechace, argumentado al efecto que su parte ha demandado daños materiales consistentes en los gastos originados por los funerales que hubo de solventar por los demandantes como consecuencia de la muerte de su madre, deceso que se produjo como consecuencia de la falta de servicio que fue objeto por parte del Hospital Regional de Temuco. Que los documentos acompañados reflejan el monto de estos daños, los que son ratificados por las declaraciones de los testigos presentados por la demandante. Que, estos documentos corresponden a los gastos fúnebres correspondientes a la urna y sepultura de doña Albina Vega Castillo y corresponden

a documentos originales que emanan de la institución prestadora del servicio funerario, el que por su especial característica da plena fe de su contenido. Que en cuanto al valor probatorio de dichos documentos deben calificarse conforme las normas de las leyes reguladoras de la prueba y en especial prestar atención a aquella prueba que refleje con mayor convicción la verdad del hecho de que se trata. En el caso de autos, los documentos acompañados por mi parte prueban un daño en que necesariamente incurrieron los demandantes, para dar sepultura a su madre.

Tercero: Que, los documentos acompañados por la demandante son documentos privados que emanan de terceros ajenos al juicio, de lo que se sigue que la objeción fundada en la falta de autenticidad deberá ser acogida por ser una causal legal de objeción de dicho medio de prueba, sin perjuicio de la apreciación que se haga de ellos en la oportunidad pertinente.

En cuanto a la tacha deducida:

Cuarto: Que, a fs. 55 vta. la demandada formula tacha contra la testigo doña Claudia Lisette Cofré Fonseca, esgrimiendo la causal del N° 1 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, esto es, fundada en ser cónyuge de uno de los demandantes don Andrés Ruiz Vega, tacha que se funda en el propio testimonio de la testigo que así lo ha afirmado.

Quinto: Que, evacuando el traslado de la tacha la parte demandante, solicita el rechazo de la misma por cuanto no consta en la preparación de la tacha el hecho de que sea cónyuge de la demandante, y además, solicita dicho rechazo por cuanto la testigo es presencial y sus dichos aportarán antecedentes válidos e importantes que permitirán apreciar en su conjunto la totalidad de los antecedentes necesarios para dictar un fallo conforme a derecho.

Sexto: Que, a fs. 79 la demandada solicita se reciba la tacha a prueba, la que rola a fs. 89 y que consiste en un certificado de matrimonio emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, el que da cuenta del matrimonio entre la testigo antes mencionada y el deman-

dante don Andrés Ruiz Vega, el que no fue objetado por la demandante.

Séptimo: Que, en virtud de haberse probado en autos la causal señalada en el precepto del N° 1 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, es que se hará lugar a la tacha deducida en contra de la testigo Claudia Lisette Cofré Fonseca, la que rola a fs. 55.

En cuanto al fondo:

Octavo: Que, a fs. 1 don Luis Alberto Vega Vega y Andrés Esteban Ruiz Vega, deducen demanda de indemnización de perjuicios en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur. Piden que acogiéndola se condene a la demandada a pagar un total de \$ 32.000.000, más intereses y reajustes, a título de indemnización de perjuicios y según los conceptos que expresan en el libelo de la demanda, irrogados a consecuencia de la denegación de servicios hospitalarios en el hospital de Temuco y al pago de las costas de la causa.

Se fundamentan en los hechos que se han reseñado en la parte expositiva de esta sentencia que aquí se dan por reproducidos.

Noveno: Que, contestando a fs. 11 Oscar Exss Krugmann por la demandada, solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes y se condene a los demandantes al pago de las costas, argumentado para ello: a) Que el Servicio de Salud Araucanía Sur, en este acto, niega tajantemente la existencia de todos y de cada uno de los hechos en que se funda la demanda interpuesta, en su contra, así como también niega tajantemente todos y cada uno de los hechos en que se apoya la demanda para atribuir a su respecto todo tipo de responsabilidad patrimonial; b) Que a juicio de los demandantes, el Servicio de Salud Araucanía Sur sería patrimonialmente responsable y debería pagar las sumas de dinero reclamadas a título de indemnización, de conformidad con el artículo 44 de la ley 18.575, ya que no cumplió con su deber de prestar la debida atención a un paciente cuando concurrió al Hospital Regional de Temuco para ser atendida de urgencia. Que la demanda se funda en el artículo 44 de la ley 18.575, ley de Bases de la Administración del Estado, norma que regla la responsabilidad por los daños que cause el Estado o sus organismos por falta de servicio.



Que, al Servicio de Salud Araucanía Sur, no se le puede atribuir en el caso de autos la responsabilidad resultante del citado artículo 44 de la ley 18.575, porque dicho servicio no se encuentra en ninguna de las hipótesis que describe o tipifica dicha disposición legal, de conformidad con las siguientes consideraciones. En primer término, es necesario efectuar una precisión con respecto al concepto de falta de servicio, para lo que cita a los autores y doctrinas que allí se leen. Que los demandantes sostienen que la falta de servicio está reflejada por la ausencia de la debida atención que el personal del Hospital Regional de Temuco debió prestar a su madre cuando recurrió a dicho centro asistencial para ser atendida de urgencia. Sin embargo en el presente caso, el hospital actuó conforme al grado de exigibilidad que era recomendable y exigible de acuerdo con la complejidad del caso, toda vez que la paciente llegó con los síntomas propios de un estado gripal. El servicio funcionó. A la paciente se la atendió en forma oportuna. No se la hizo esperar. No se la derivó a otro centro asistencial. Se la atendió mediante un profesional médico capacitado. En síntesis no hubo culpa, ni negligencia, ni retardo en la prestación del servicio. Que en este orden de ideas, es preciso destacar que el procedimiento adoptado por el hospital fue el adecuado. La ficha clínica de la paciente muy por el contrario a lo que sostienen los demandantes no arrojaba ningún antecedente, que hiciera presumir que ella podía padecer problemas coronarios. Las complicaciones, que con posterioridad se le produjeron a la paciente no se presentaron al momento de su atención en el servicio de urgencia del Hospital Regional de Temuco. c) Que no existe relación de causalidad entre el actuar del Servicio de Salud Araucanía Sur y el daño alegado por los demandantes, es decir, el procedimiento empleado por el Hospital Regional de Temuco no es en sí mismo idóneo para causar los perjuicios cuya indemnización se reclama, ya que no es posible establecer a partir de ello una conexión de causa a efecto. El hospital contaba con todos los medios para efectuar el tratamiento y la intervención que requería la paciente y ellos se pusieron a disposición del médico tratante. El diagnóstico y el tratamiento que requería dicha paciente objetivamente podían practicarse en el Hospital Regional y de hecho se practicaron en forma oportuna. En efecto, aun en el hipotético caso de que fuese efectiva la alegación de falta de servicio que formulan los actores, ella no ha sido la causante del hecho dañoso, ya que ésta se encuentra en la naturaleza de la enfermedad sufrida por la infortunada madre de los demandantes,

y no en la falta de recursos o en la supuesta mala atención prestada por el profesional médico del Servicio de Salud Araucanía Sur. d) Que, sin perjuicio de estar ya negada la existencia de la obligación de indemnizar la misma, la demandada controvierte que en el caso de autos, los demandantes hayan experimentado el daño moral que reclaman, como también, niega todos y cada uno de los hechos que sirven de base a los actores para sostener que sufrieron tal daño moral. La apreciación pecuniaria que los demandados efectúan del daño moral que dicen haber experimentado obedece a estimaciones absolutamente subjetivas de ellos y que jamás podrán probar. Para que el daño moral sea indemnizable, debe ser cierto o real y no meramente hipotético o eventual, por lo que necesariamente debe ser probado, teniendo nuevamente plena aplicación el principio fundamental en materia de distribución de la carga de la prueba que hace recaer en el actor la carga de probar la verdad de sus afirmaciones relativas a dicho supuesto daño. En consecuencia, son los demandantes quienes deberán probar la afección, la entidad y la magnitud del daño moral que alegan. La indemnización de perjuicios, y especialmente la del daño moral, no debe nunca exceder el perjuicio real y cierto, esto es, no puede ser fuente de lucro o ganancia para quien la demanda. En el caso del daño moral, la indemnización siempre será satisfactiva, por lo que no puede ser estimada como una reparación compensatoria. Por esto es que los demandantes al reclamar una indemnización desmedida, en el hecho, más que obtener una satisfacción, pretenden un desmesurado incremento patrimonial, transformando a la indemnización en una fuente de lucro para quien la recibe. Por otro lado, la indemnización por daño moral no constituye una pena. La imposición de penas es propia de la responsabilidad penal, pero no de la civil. La sanción penal persigue el castigo del culpable mediante la aplicación de una pena, en tanto que la sanción civil tiene por objeto exclusivamente la indemnización de los daños, lo que deja nítidamente establecido el artículo 2314 del Código Civil. Por esto es que el monto de la indemnización depende exclusivamente de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. En cuanto al monto demandado, se debe destacar que es exorbitante la suma de dinero en que se aprecia la indemnización, atendido los aspectos en que se hace consistir este daño y los montos que han fijado los Tribunales Superiores de Justicia por este concepto. Dicho monto cae de lleno en el área del lucro sin causa y no guarda relación alguna con la idea de compensar algún agravio

en el plano extrapatrimonial. Por consiguiente, en el supuesto caso de que concurrieren los requisitos propios de la responsabilidad por falta de servicio invocada por los demandantes, hipótesis que, como ya se ha visto, no se da, jamás podría fijarse una indemnización de perjuicios que en total excediera de dos millones de pesos.

Décimo: Que, recibida la causa a prueba, la demandante rindió los siguientes medios de probatorios: I. La documental consistente en: a) Certificados de nacimiento de los demandantes emitidos por el Servicio de Registro Civil e Identificación. b) Certificado de defunción de la madre de los demandantes emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación. c) Fotocopia de datos de atención de urgencia adulto. d) Dos certificados de sobresueldos de la madre de los demandantes emitidos por la Municipalidad de Freire. e) Certificado N° 55 emitido por el jefe del departamento de educación de la Municipalidad de Freire. f) Declaración prestada por los demandantes ante el fiscal del sumario administrativo realizado con motivo de la muerte de su madre. g) 3 recibos de dineros de Inmobiliaria Parques y Jardines S.A. por la suma de \$ 382.328; \$ 858.917 y \$ 752.270. h) Letra de cambio por servicios funerarios por la suma de \$ 270.000. i) Set de 32 diplomas que dan cuenta de la destacada participación que tuvo la fallecida, doña Albina Vega Castillo, durante sus años de docencia. II. La testimonial que rola a fs. 53 y siguientes, constituida por los dichos de don Freddy Luis Anoni Bermedo; don Héctor Dagoberto Badilla Chávez; doña Irmengardis Jenannete Burgos Bravo; doña María Eugenia Rodríguez Vega; Jacqueline del Carmen Chandía Almonacid. El primero de los nombrados, se identificó como operario despostador y deponiendo al tenor del punto número dos del auto de prueba señala: que es efectivo y que le consta que la madre de los actores al tiempo de ser atendida en el Servicio de Urgencia del Hospital Regional de esta ciudad, el día 18 de febrero del 2002, se le diagnosticó un resfriado y fue derivada a su domicilio, que lo sabe porque él los acompañó y cuando llevaron al Hospital Regional de Temuco a doña Albina Vega le dolía el pecho, los brazos y la cabeza. Me consta además, porque ese día yo andaba en compañía de Luis Alberto Vega, hijo de doña Albina, quien manejaba un vehículo prestado, una camioneta con doble cabina de propiedad de unos vecinos de ellos y como yo andaba en compañía de Luis Alberto debido a que íbamos a ir a ver un trabajo, fue entonces que en el mismo vehículo la trasladamos al hos-

pital. Que antes de ir al hospital pasamos a la casa de la hermana de doña Albina, quien le preparó una agüita de hierbas y como también estaba mareada fue que se le llevó al hospital como ya dije. Además, estaba pálida y se quejaba bastante. Cuando íbamos al hospital también pasamos a una farmacia para que le tomaran la presión, pero no encontramos el aparato apropiado para hacerlo, y como hablamos con un farmacéutico, éste recomendó que mejor fuéramos al hospital con ella. Esta farmacia está ubicada en calle Montt. Al llegar al hospital primero los guardias nos dijeron que no estacionáramos la camioneta en la entrada de urgencia de adultos. A este servicio llegamos como a las diez horas y cuarenta minutos, más o menos, por lo que la bajaron de la camioneta y se llevó al interior del hospital sujetándola de los brazos. En la recepción la dejaron un rato y después un guardia del hospital que era conocido se preocupó de que nos atendieran y pasaron a la señora Albina al interior. Después de haber pasado alrededor de cuarenta y cinco minutos aproximadamente, cuando la señora Albina llegó hasta el vehículo y comentó que le colocaron una inyección de dipirona, pero igual se quejaba y le dolían los brazos según ella. Enseguida se le llevó hasta su casa.

Deponiendo al tenor del punto número cuatro del auto de prueba señala: que él cree que efectivamente el Hospital incurrió en una ausencia de atención oportuna y debida respecto de la señora Vega Castillo, porque no diagnosticaron bien lo que tenía, porque desde que llegó al hospital ella esperó alrededor de cuarenta y cinco minutos más o menos para ser atendida y su atención dentro de este lapso de tiempo se debió a la intervención de un guardia conocido que intervino para su rápida atención, ya que él fue a hablar adentro para ello. Yo escuché que los parientes de doña Albina le decían a quienes la atendían afuera que ella tenía dolor de pecho, le dolía la cabeza y tenía ganas de vomitar, y antes en su casa ya había vomitado. No me consta que le hayan insinuado algo más sobre las dolencias de la señora Albina al personal que la atendió debido a que yo regresé enseguida donde estaba la camioneta en que andábamos.

Deponiendo al tenor del punto número siete del auto de prueba señala: que estima que efectivamente la ausencia de atención por parte del servicio motivó la muerte de la señora Albina, porque a pesar de que fue atendida, no se le prestó una atención adecuada, como radio-

grafía, electrocardiograma u otra atención que permitiera determinar la enfermedad que ella padecía. Debo agregar, que la llevábamos de regreso hasta su casa, iba bien enferma, pues debimos abrir la ventana del vehículo para que pudiera vomitar, ya que le venían ganas de hacerlo y su respiración era entrecortada, tenía dolor. La camioneta era conducida por su hijo Beto, pues en ella iba yo, Claudia, Andrés, La Lichi y la señora Albina que iba adelante. Deponiendo al tenor del punto número ocho del auto de prueba señala: manifiesta que la muerte de doña Albina le afectó mucho a Luis Alberto y Andrés, porque éstos vivían con ella en la misma casa y desde toda su vida. La señora Albina era profesora y estaba ejerciendo su profesión en la escuela de Allipén, en el campo. Que estos jóvenes están todavía muy afectados y conmovidos por la falta de su madre y no puedo valorizar el daño. Debo agregar, que la casa la tienen llenas de fotografías en que aparece su madre con ellos, pero sí estimo que hubo un daño. También deseo agregar, que estas personas estaban terminando de construir su casa, pero desde el fallecimiento de doña Albina dejaron hasta ahí no más el trabajo.

El segundo de los testigos presentados, a su vez, individualizándose dice ser dibujante, testigo que es presentado al punto ocho del auto de prueba y señala: que conoció a la señora Albina Vega y a sus hijos Luis Alberto Vega Vega y a don Andrés Ruiz Vega, por ser vecinos en el mismo sector Población de Villa Cautín de Temuco, durante más o menos seis o siete años. Por este motivo sé todo lo que le sucedió a ella y su familia. Debo agregar, que la familia de doña Albina sufrió demasiados daños debido a su fallecimiento, estimando que hubo daños materiales, de dolor, lo que ha quedado manifestado debido a que uno de sus hijos, don Luis Alberto, se le ve desanimado, ya que jugábamos a la pelota juntos y ahora no lo hace, y debe haber sido hace unos dos o tres meses que no lo hace e incluso bajó de peso, ya que pesaba unos ochenta y cinco kilos más o menos y ahora debe estar pesando unos setenta y seis kilos, todo lo que se debe al hecho de extrañar a su madre y debido a que también su madre era el puntal de la familia. Ellos siempre vivieron al lado de su madre. Que los gastos de sepultación y otros alcanzaron a dos millones de pesos más o menos. Yo pienso que ellos debieran ser resarcidos económicamente por el daño moral que sufrieron, ya que la vida no tiene precio, pienso que mínimo debieran recibir unos treinta millones de pesos cada hijo;

e incluso pedir cien millones de pesos, tampoco sería mucho, porque para ellos es un dolor tremendo haber perdido a su madre.

Contrainterrogado el testigo: para que diga el testigo si los daños morales que sufrieron los demandantes serían reparados en el caso de que recibieran treinta millones o cien millones de pesos. Responde: Pienso, que ni con eso serían reparados los daños. Pienso que si recibieran esa cantidad de dinero pudieran quedarse más tranquilos.

La testigo Irmengardis Jeannette Burgos Bravo, dueña de casa, interrogada al tenor del punto de prueba número ocho expresa: conozco a la familia de doña Albina Vega, quien era jefa de hogar y llevaba la administración de su casa, además de trabajar como profesora. Conozco a esta familia alrededor de tres años, porque somos vecinos, es por ello que me consta lo que les sucedió, y que sus hijos Alberto y Andrés, están muy afectados por la muerte de su madre, e incluso Andrés se enfermó, estuvo con licencia, andan más callados, e incluso Alberto jugaba a la pelota y ahora ha dejado de hacerlo. Además existe una nieta de doña Albina, hija de Andrés, que tiene tres años de edad, la que también ha notado la falta de su abuela, la echa de menos, ve las fotos y pregunta dónde está. El monto de los daños sufridos por esta familia estimo que podría determinarla el juez, estimando si que el daño existe el que se debe específicamente a la muerte de doña Albina, ya que ellos eran todos felices y la muerte de doña Albina Vega les ha dejado mucho sufrimiento.

La testigo María Eugenia Rodríguez Vega, dueña de casa, interrogada al tenor del punto de prueba número cuatro expresa: Es efectivo, debido a que su atención se demoró lo que me fue informado por los hijos de doña Albina Vega, quienes me contaron que se demoraron alrededor de media hora, o cuarenta y cinco minutos más o menos, a la señora Albina yo la vi un día viernes anterior a la fecha del deceso, se veía bien.

La testigo Jacqueline del Carmen Chandía Almonacid, dueña de casa, interrogada al tenor del punto de prueba número siete expresa: que estima que efectivamente la ausencia de atención por parte del servicio motivó la muerte de doña Albina, porque ella llevaba los síntomas de infarto, porque llevaba dolor en el lado izquierdo, lo que sé, porque

lo he escuchado en la televisión y conversaciones con personas que saben. El mismo día, temprano, la señora Albina conversó conmigo y me indicó que andaba con dolores en el pecho. Interrogada al tenor del punto de prueba número ocho expresa: que a raíz de la muerte de doña Albina se le ocasionó daños a sus hijos, que son gastos de sepultación, daños morales, porque ella era el pilar de su familia, ella sostenía su casa y era el pilar de todos. Ahora los chicos, es decir, se ven más tristes, han bajado su rendimiento laboral; por otro lado la nieta de doña Albina ha sufrido la ausencia de ella y cada vez que pregunta por su abuela llora. También debo agregar, que antes la familia era más unida, e incluso al hijo Luis Alberto, le ha afectado más, pues ellos vivieron siempre juntos; agregando que la señora Albina era una excelente persona y era muy querida por la gente por lo mismo. Los gastos materiales en que incurrió la familia son de alrededor de dos millones de pesos; en cuanto a los daños morales los puedo calcular en unos treinta millones de pesos, estableciendo sí que la vida para mí no tiene precio, y con eso en parte mitigar el dolor que aflige a la familia por la muerte de su madre. En cuanto al monto de treinta millones que dije antes, es para cada hijo, según me parece. Interrogada al tenor del punto de prueba número nueve expresa: que estima que efectivamente existe nexo causal entre el actuar del servicio y los daños, porque no le explicaron bien lo que tenía la paciente cuando solicitó atención y según me parece ésta sería la causa de su muerte y todo ello conllevó a los daños causados.

Decimoprimer: Que, a su vez, la demandada rindió los siguientes medios de prueba: I. La documental consistente en: a) Expediente de la investigación sumaria ordenada instruir por resolución exenta N° 927, de 6 de junio de 2002, de la dirección del Hospital Regional de Temuco, por la cual se concluye que no asiste responsabilidad a personal de dicho centro asistencial en el fallecimiento de doña Albina Vega Castillo; b) Certificado de matrimonio celebrado entre Andrés Esteban Ruiz Vega, demandante de autos y doña Claudia Lisette Cofré Fonseca, testigo tachada en autos. II. La testimonial que rola a fs. 41 y 42; fs. 77 y fs. 78, constituida por los dichos de don Guillermo Soza Contreras; don Benjamín Stockins Fernández y doña Olivia Escobar Gallardo.

El primero de los nombrados, se identificó como médico cirujano y deponiendo al tenor de los puntos números cuatro, cinco, seis y siete del auto de prueba señala: que se remite a las conclusiones a que arribó en su dictamen en la investigación sumaria instruida por resolución exenta N° 927, de 6 de junio de 2002, del Director del Hospital Regional de Temuco, y que se le exhibe en este acto. El testigo reconoce como suya la firma estampada al final de dicho dictamen. El testigo agrega además, que el diagnóstico clínico está fundamentado en la información y la experiencia del médico, considerando la posición actual de la medicina. “Medicina basada en la evidencia, la sensibilidad y especificidad de un diagnóstico con relación a una evidencia (regla de oro), nunca serán 100%. Desde los tiempos de Hipócrates, está el dilema, de experiencia y razón, que son los dos pilares del quehacer médico. Contrainterrogado respecto de que si los síntomas de una gripe son similares a los de un infarto, en un paciente, el testigo responde: sí, un infarto al miocardio puede presentarse en forma atípica con síntomas similares a una gripe: compromiso general, dolores en el cuerpo incluyendo los dolores musculares o referidos a la parte torácica. En cuanto al tiempo de la enfermedad o síntomas del infarto me remito a lo expresado por el médico patólogo en la investigación sumaria: En el caso de un infarto, específicamente, en una mujer joven sin factores de riesgo, no es este primer diagnóstico planteable ante la sintomatología que apreció el médico tratante, por lo tanto independientemente del proceso fisiopatológico subyacente con los elementos de juicio disponibles en ese momento, el médico planteó el diagnóstico: de gripe. El infarto al miocardio puede simular otros cuadros como problemas articulares o abdominales. El Hospital Regional de Temuco, unidad de pacientes críticos donde se atendió a la paciente, ha sido habilitado para atender la patología de urgencia prevalente. El acto médico de atención, lo revisa un profesional médico. En caso de falta de médico titular lo reemplaza otro médico cirujano que no necesariamente pertenece al staff hospitalario.

El testigo don Benjamín Stockins Fernández testificó a fs. 77, se identificó como médico cirujano y deponiendo al tenor de los puntos números uno, dos, tres, cinco y seis del auto de prueba señala: que ratifica su declaración prestada en la investigación sumaria instruida en el Hospital Regional de Temuco, con relación a los hechos materia de estos autos, la cual le es exhibida en este acto, y que rola de fs. 56



a 58 del expediente sumarial. Expresa: que en resumen el dolor al infarto tiene características diferentes a las que presentaba la paciente. Un dolor como puntada más frecuentemente se asocia a enfermedades de otro origen, como ser pulmonares, bronquiales o pleurales. La rotura cardiaca es una complicación tremendamente excepcional en el curso de un infarto (menos de 0,1%). Contrainterrogado para que diga el testigo: si bajo las circunstancias detectadas en la autopsia de 350 centímetros cúbicos de vaciamiento de sangre en el miocardio y una rotura de 1,8 centímetros ¿cuánto tiempo puede una persona permanecer viva? El testigo responde: lo más probable que con este volumen de sangramiento la sobrevivida que una persona no debería sobrepasar horas o a lo más un día. Resulta clínicamente indeterminable establecer si la lesión se produjo antes o después de la consulta. Que los médicos en general actúan de acuerdo a las probabilidades, lo que es esencialmente cierto en los servicios de urgencia. La paciente no correspondía al perfil más frecuente de una probable portadora de infarto. Que obviamente las características con que se hacen los interrogatorios a cada paciente son diferentes de acuerdo a cada profesional. No puedo dar fe al interrogatorio hecho por el profesional responsable de la paciente. Agrega que todos los antecedentes que he señalado me constan ya que cuento con más de 30 años de experiencia en el área médica y cardiológica.

La testigo doña Olivia Escobar Gallardo testificó a fs. 78, se identificó como médico cirujano y deponiendo al tenor del punto número tres del auto de prueba señala: que ella realizó la autopsia al cadáver identificado Albina Vega Castillo el día 19 de febrero de 2002, a las 14:45 horas en el departamento de tanatología del Servicio Médico Legal de Temuco. Este cadáver fue remitido por orden del fiscal de turno de la Fiscalía de Temuco. Que luego de realizada la autopsia la causa de muerte era un infarto agudo al miocardio perforado. Como causa originaria dislipidemia, antecedente aportado por los familiares que retiran el cadáver. Dislipidemia es o corresponde a una alteración en los niveles sanguíneos considerados como normales de colesterol. Reconozco y ratifico mi declaración prestada ante el señor fiscal don Guillermo Soza en relación con este mismo asunto y que en este acto se me exhibe. Tal declaración consta a fs. 60 y 61 del citado expediente sumarial. Que en la autopsia constató aterosclerosis generalizada que corresponden a depósitos lípidos en la pared vascular

que pueden obstruir su volumen. En relación con mi afirmación que señala, que el desenlace hubiera sido el mismo si esta señora hubiera sido hospitalizada al momento de la consulta que ocurrió horas antes del fallecimiento, esto es sobre la base de la literatura médica en que se estima que el 5 a 7% de los pacientes que presentan infartos miocárdicos presentan roturas miocárdicas. La mortalidad en estos casos es de un 80 a 90% de los casos considerando los tres tipos de roturas miocárdicas que pueden ser: rotura del músculo papilar, rotura de tabique interventricular y pared libre de ventrículo izquierdo. Pero si consideramos sólo la rotura de pared libre del ventrículo izquierdo la mortalidad es casi del 100% y éste fue el tipo de rotura que presentaba el cadáver de la señora Albina Vega.

Contrainterrogada la testigo para que diga: Si a ella le consta que esta rotura en los términos de dimensión y vaciamiento de sangre existía a la hora de la consulta, o bien si se pudo haber producido después. La testigo responde: Yo creo que se produjo después, pero no lo puedo asegurar porque no es de mi competencia.

Decimosegundo: Que son hechos de la causa por no haber sido controvertidos y además por encontrarse acreditados con la prueba aportada por las partes que se ha expuesto con detalle en el considerando anterior:

- 1°. El día 18 de febrero del año 2002, doña Albina Vega Castillo, tras 30 a 45 minutos de espera ingresó al servicio de urgencia del Hospital Regional de Temuco, en dónde se le diagnosticó la situación clínica de una gripe, siendo derivada a su domicilio.
- 2°. El día 19 del mismo mes y año doña Albinia Vega Castillo falleció.
- 3°. La causa del deceso se produjo como consecuencia de un infarto agudo al miocardio perforado, con causa originaria dislipidemia.
- 4°. La occisa presentaba los síntomas de un infarto desde antes de llegar al hospital, durante su atención en él y después de su atención en el centro asistencial aludido.
- 5°. Que el personal médico que atendió a la paciente en el servicio de urgencia, tenía el carácter de funcionario del mismo.

Decimotercero: Que, en estos autos los actores han deducido acción con la finalidad de ser resarcidos de los perjuicios experimentados por la falta de servicio de la demandada en la ejecución de un servicio de utilidad pública.

Decimocuarto: Que, para el correcto análisis y resolución de la materia debatida, resulta conveniente dejar asentadas las siguientes directrices de fondo aplicables a la especie: 1°. Que entre las partes de marras la clase de responsabilidad en virtud de la cual se endereza la acción de indemnización es la constitucional pública. 2°. Que la Carta Fundamental que contiene el estatuto aplicable al caso sub judice, respecto de la responsabilidad extracontractual de los órganos del Estado, acepta la teoría o doctrina de la responsabilidad objetiva. 3°. Las materias no previstas por la Constitución Política de la República de Chile en concepto de este juzgador deben ser subsanadas conforme a las directrices que dicten la ley de bases de la administración del Estado, la equidad y los principios generales del derecho. 4°. Que en materia de responsabilidad del Estado por la actividad del servicio público de salud la jurisprudencia ha admitido resarcir el daño moral. 5°. Que por expresa disposición del legislador en los cuerpos legales recién indicados, el Estado debe responder por los daños que cause a cualquier persona lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o municipalidades, la que tendrá derecho a recurrir ante el tribunal que la ley determine, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño; en tanto que en la ley que regula la administración del Estado se señala que de la misma manera será responsable el Estado cuando el daño se cause como consecuencia de la falta de servicio del órgano público involucrado.

Decimoquinto: Que, conforme a los artículos 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile, artículos 4 y 44 de la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, son presupuestos de la acción de indemnización por falta de servicio, la concurrencia de una falta de servicio; la existencia de perjuicios y la relación de causalidad entre aquella y los perjuicios.

Decimosexto: La noción de falta de servicio, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa fue introducida al sistema jurídico posi-

tivo nacional en la ley orgánica constitucional de las bases generales de la administración del Estado, N° 18.575 y en otros cuerpos legales constitucionales, empero el legislador no lo define, por lo que ello ha quedado al ejercicio de la potestad jurisprudencial. Que, en auxilio de la actividad jurisprudencial la doctrina informa que acontece falta de servicio como lo expresa el profesor don Julio Altamira Gigena si al cumplirse la función pública en la satisfacción de una necesidad pública se ha causado un daño, el funcionario ha cumplido con su obligación, no hay extralimitación en sus facultades, no ha salido del ámbito de sus atribuciones y, sin embargo, se ha producido un perjuicio, como lo serían aquellas negligencias, omisiones, errores, que si bien reprobables, están íntimamente vinculados al servicio; también hay falta de servicio cuando no se cumple, cuando se lo realiza en forma deficiente o tardíamente.

De manera que es supuesto de la falta de servicio la anormalidad en el funcionamiento de los Servicios Públicos. Esta anormalidad comprende: que el servicio no actuó, debiendo hacerlo; que actuó, pero de mala forma, esto es, fuera del estándar medio de funcionamiento; o que actuó tardíamente. Casos todos en los que subyace la idea de falta, ineficiencia o desproporcionalidad en el servicio, al hablarse de actuación ineficiente o en desapego a la normativa. Ello supone que existía un funcionamiento exigido a la administración del Estado y que el hecho que causa el daño, se aleja o no calza con dicho comportamiento.

Decimoséptimo: Que, conforme a lo expresado en el párrafo anterior la responsabilidad del Estado por falta de servicio puede tener su origen en una carencia total de la prestación del servicio, como por ser otorgada por una organización irregular o funcionamiento defectuosos, apreciadas objetivamente; para su concurrencia no requiere de la existencia de los elementos de la responsabilidad subjetivos. Por otra parte, la persona del funcionario no interesa, sólo importa determinar un vínculo jurídico que puede o no ser de subordinación y dependencia, entre el funcionario y el servicio. Y en todo caso su acción u omisión puede o no ser constitutiva de una falta administrativa, por encontrar su fundamento en un mandato constitucional, a saber, la servicialidad del Estado y su misión de bien común, que debe promo-

ver con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución reconoce y establece, y no en la responsabilidad civil ni penal.

Decimooctavo: Que, la demandada al contestar argumenta no haber incurrido en la falta de servicio que le imputan los actores. Que, respecto del supuesto de la acción evocado en el párrafo anterior, y cuya prueba incumbe al que sostiene su concurrencia, en autos obra el documento que los demandados acompañaron a fs. 51 y que se guarda bajo la custodia N° 6.314, consistente en la investigación sumaria ordenada instruir por resolución exenta N° 927 de 6 de junio de 2002, de la Dirección del Hospital Regional de Temuco. En la que se concluyó que no asistía responsabilidad en los hechos a personal de dicho centro asistencial.

Decimonoveno: Que, el indicado instrumento es un documento público por lo que constituye plena prueba, y por consiguiente atento su mérito se tiene por establecido que la paciente señaló a su llegada al centro asistencial que presentaba los siguientes síntomas: dolor al pecho, vómitos y dolor de espalda, fs. 10 del sumario referido.

Vigésimo: Que, por otra en el sumario administrativo en comento constan las siguientes declaraciones: la de fs. 22 y siguientes del Dr. Gonzalo Arredondo Carvajal, jefe del servicio de urgencia adulto del Hospital Regional de Temuco, quien consultado si ¿están autorizados los médicos becados para actuar como profesionales directos? Responde: Los médicos actúan como responsables en el servicio de urgencia, con calidad de médicos cirujanos. Este sistema es normal, cuando los médicos titulares salen de vacaciones, licencia o permisos, si es que no hay posibilidad de cirujanos. Existe un acuerdo con la facultad en que los becados de tercer año puedan tomar un porcentaje de su horario en la calidad antes mencionada. Luego consultado si ¿tiene que acotar algo más que acotar a esta situación? Responde: Quisiera agregar a todo esto que, yo hice ver la irregularidad de sacar los médicos de urgencia y llevarlos a la U.T.I. y que quedarán sólo médicos internistas en urgencia. Además de que éstos fueron nombrados por la Dra. Jeria y no por el médico responsable del servicio de urgencia; la de fs. 32 y siguientes de la Dra. María Eugenia Jeria Moriamez, médico jefe del servicio U.T.I., quien consultada si entre los meses de enero a marzo del año 2002 fue la encargada de nombrar a

los médicos internistas del servicio de urgencia, debido a que los médicos titulares tuvieron que asumir la U.T.I. Responde: Mi responsabilidad fue preocuparme de cubrir los turnos de U.T.I., para lo cual se trasladaron del servicio de urgencia a los Drs. Castillo, Baeza, Corsini y la declarante. Por órdenes de la dirección del Hospital Regional de Temuco, debí a la vez preocuparme por cubrir estos cupos en la urgencia hasta que se llamara a concurso. A raíz de lo cual solamente en estos turnos llamó a médicos internistas para cubrir estas ausencias. Puedo mostrar documento que envié al jefe del servicio de urgencia donde informo turnos médicos para cubrir ese servicio. En aquellos turnos desempeñados por médicos que no se trasladaron a U.T.I. y que aparece vacío en el documento, no fue mi responsabilidad buscar reemplazantes. Consultada acerca de quiénes fueron los que asumieron la urgencia durante este período, responde: fueron becados internistas de 3º año los cuales también detallo en el documento que señalo; la de fs. 37 y siguientes de doña Silvia Ruiz Sepúlveda, secretaria del servicio de urgencia, quien consultada acerca de ¿a quién le correspondía hacer el turno de médico internista el día 18 de febrero de 2002? Responde: le correspondía legalmente a la Dra. Margarita Pérez Durán, pero ella hizo uso de su descanso compensatorio desde el 12 al 25 de febrero de 2002, el que fue solicitado en el mes de diciembre de 2001. ¿Cómo fue cubierto el descanso compensatorio de la Dra. Margarita Pérez Durán? Responde: Me preocupé de dejar listo su reemplazante en el mes de diciembre, llamando al Dr. Erwin Schulz Ibáñez, quien ha efectuado reemplazos anteriormente en el servicio de urgencia. ¿Ocurrió algún problema relacionado con la proposición antes mencionada? Responde: Sí, ya que a mediados del mes de enero pasó a la oficina el Dr. antes mencionado para avisarme que deje sin efecto su proposición, ya que le ofrecieron otro reemplazo. ¿Qué hizo a raíz de esta situación? Responde: Se procedió a dejar sin efecto la proposición del Dr. Erwin Schulz Ibáñez y luego se propuso a la Dra. Elizabeth Alejandra Hellman Sepúlveda, becada internista de medicina, la cual fue sugerida por el Dr. Schulz. Acepté proposición y procedí a su tramitación. ¿Entonces, quién estaba de turno el día 18 de febrero de 2002, a las 22:32 horas? Responde: le correspondía estar de turno a la Dra. Elizabeth Alejandra Hellman Sepúlveda, por descanso compensatorio de la Dra. Margarita Pérez Durán. ¿Por qué estaba haciendo turno el Dr. Moreno el día 18 de febrero de 2002, a las 22:32 horas? Responde: Es probable que se haya conversado un cam-

bio entre ellos. ¿Es Ud. la encargada de buscar y cubrir cualquier ausencia de los médicos de urgencia? Responde: Sí, desde hace mucho tiempo comparto esta responsabilidad con el jefe de urgencia quien revisa quiénes son propuestos y firma sus respectivas proposiciones; las declaraciones de fs. 41 y siguientes del Dr. Rodrigo Moreno González, médico internista del servicio de medicina, becado de 2º año de medicina, quien consultado, si el turno le correspondía realizarlo a la Dra. Elizabeth Hellman Sepúlveda, quien oficialmente reemplazaba a la Dra. Margarita Pérez Durán, quien hacía uso de su descanso compensatorio. Responde: Yo estaba reemplazando oficialmente al Dr. Armando Baeza en el Servicio de Urgencia Adulto, quien también estaba haciendo uso de su feriado legal. La Dra. Hellman por razones personales me pidió que yo le hiciera el turno del día 18 de febrero de 2002, y ella me reemplazaría en el turno del día 08 del mismo mes, lo que así sucedió. Yo avisé a mi jefe de turno el Dr. Carlos Manterola Delgado el cual me autorizó. ¿Estos reemplazos quedan documentados en alguna parte? Responde: al parecer sí, en la oficina de la secretaria de urgencia; pero en este caso no me correspondía hacerlo, porque me pidieron a mí hacer este cambio. Le correspondía a la Dra. Elizabeth Hellman Sepúlveda. Refiriéndose a la situación médica que originó esta investigación, recuerda la atención que hizo a la Sra. Albina Vega Castillo, que según la planilla de atención firmada por Ud., se le diagnosticó una gripe indicando: dipirona 2 ampollas I.M.; paracetamol 500 mg. c/8 hrs. vía oral, por 3 días; clorfenamina 1 c/8 hrs., vía oral, por 3 días y control posterior en su consultorio. ¿Podría ampliar Ud., esta información? Responde: recuerdo no con mucha precisión; porque en general se atienden alrededor de 200 a 300 pacientes diariamente. Sin embargo puedo señalar que lo que más me llamó la atención fueron las mialgias y el dolor a la palpación de las articulaciones condroesternales. La paciente no tenía antecedentes patológicos, y por otra parte se veía sana, hemodinámicamente bien, presión y pulsos normales. No había nada que hiciera sospechar algún otro cuadro de fondo. Por eso mi tratamiento fue concordante con un estado gripal con mialgias, muy sintomática. Según mi impresión el dolor no correspondía a lo que habitualmente se refiere en patología coronaria. (No tenía dolor retroesternal opresivo, ni irradiación a brazo izquierdo, a hombro ni a mandíbula; tampoco tenía otras patologías como diabetes, hipertensión arterial. ¿Los familiares plantearon dudas o inquietudes frente a su diagnóstico y tratamiento? Responde: Yo

no recuerdo que ellos me hayan dicho algo. Me limité a darles las indicaciones y les dije que si persistían los síntomas consultara nuevamente en el servicio de urgencia o en su defecto en su consultorio. ¿Esta paciente solamente fue vista por Ud.? Responde: Sí cuando hay alguna duda acerca (diagnóstico) de pacientes, se puede consultar a algún otro médico ya sea de U.T.I. o U.C.I.; pero aquí no lo estimé necesario. ¿Desea agregar algo más a esta declaración? Responde: reiterar lo afirmado, que el caso de esta lamentable situación en el momento de la consulta de urgencia, no presentaba de acuerdo a mis conocimientos nada que me hubiese señalado alguna otra conducta; como solicitar electrocardiograma u otro examen; la de fs. 55 y siguientes de don Benjamín Stockins Fernández, médico cardiólogo, quien en la última pregunta acerca de si quiere agregar algo más a su declaración, responde: sí, existe un gran porcentaje de personas que estamos dando de alta que han tenido dolor precordial y que el estudio descartó el infarto al miocardio. De tal manera que la situación es compleja, difícil y puede darse en ambos sentidos; y la de fs. 59 y siguientes de la Dra. Olivia Escobar Gallardo, médico tanatólogo del Instituto Médico Legal, quien consultada a si de acuerdo a la magnitud de este infarto ¿qué antigüedad tendría el proceso de éste y cuál sería el pronóstico de esta lesión? Responde: más de 24 horas y menos de 5 días al momento del fallecimiento. En nuestra experiencia para que se produzca una lesión de esta magnitud que llegue a la perforación, debiera haber transcurrido un mínimo de 48 horas. En relación al pronóstico el área necrosada es de tal magnitud que difícilmente esta persona hubiera sobrevivido. ¿Si se hubiera hospitalizado el día en que consultó, hubiera cambiado el pronóstico? Responde: no, el desenlace hubiera sido el mismo.

Vigésimo primero: Que, conforme el tenor de las declaraciones relatadas en el considerando anterior y las expresiones vertidas por los testigos presentados por la parte demandante, se tiene por establecido que la prestación del servicio de salud entregado a doña Albina Vega Castillo fue deficiente, toda vez que el órgano estatal en cuestión se encontraba al tiempo de satisfacer el requerimiento de aquella persona constituido por personal que a su arbitrio decidió cambiar los turnos que les correspondían entregar en el servicio de urgencia del Hospital Regional de Temuco, lo que constituye una irregularidad en



la conformación o composición de la dotación legal y reglamentaria del servicio aludido.

Vigésimo segundo: Que, de lo anterior se colige que se encuentra probado con el mérito del sumario administrativo, que el servicio que atendió a la paciente doña Albina Vega Castillo, mediante agentes que no cumplieran con el requisito mínimo del standard medio de funcionamiento, toda vez, que el personal médico tratante tenía la calidad de becado de segundo año de medicina, y no de tercero como lo exigía el convenio entre la facultad de medicina y el servicio en cuestión.

Vigésimo tercero: Que, la circunstancia descrita en los dos considerandos anteriores demuestran que el servicio público demandado incurrió en una falta de servicio, por haber sido prestado por una dotación irregular, toda vez, que eran agentes que carecían de la debida preparación y calificación profesional.

Vigésimo cuarto: Que, conforme se viene razonando la defensa de la parte demandada será desestimada en cuanto no acontecer en la especie la falta de servicio.

Vigésimo quinto: Que, en lo concerniente al daño, en el presente caso se impetra indemnización por uno material y por uno moral. El daño material, los actores lo evalúan en la suma de \$ 2.000.000 y lo configura sobre la base de los gastos en que incurrieron para solventar los funerales de su madre. Daño que se tiene por acreditado con los documentos acompañados a fs. 52 y que se encuentran guardados bajo la custodia de este Tribunal, consistentes en recibos de dineros por parte de Inmobiliaria Parques y Jardines S.A.; y letra de cambio aceptada por servicios funerarios, toda vez, que si bien son instrumentos privados que emanan de terceros ajenos al juicio, corresponden a servicios cuyo costo soportaron los demandantes.

Vigésimo sexto: Que, además los demandantes aseveran haber experimentado perjuicio moral, por haber sufrido el dolor por la pérdida de un ser querido, la madre, y la consecuencial pérdida de agrado por la vida.

Vigésimo séptimo: Que, previo a analizar la pretensión de los actores de ser resarcidos en su daño moral, resulta pertinente asentar lo siguiente: a) que el daño moral, esto es, el menoscabo causado a los bienes de la personalidad, y cuyo fundamento en concepto de este fallador, descansa sólo en la condición de persona de la víctima y no en su conciencia o percepción del dolor o atentado que se le causa, por constituir el instrumento más eficiente de protección de la persona y de sus derechos. b) El marco constitucional, tope superior de toda la actividad de los ciudadanos y poderes del Estado, no sólo reconoce sino que “asegura a toda persona”, esto es, destaca como derechos innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico, aquellos derechos que se contienen en el N° 1 y N° 4 del artículo 19 de la Carta Fundamental, de lo que se sigue que en la actualidad la reparación del daño moral tiene base constitucional. c) En lo referente al capítulo de la prueba del daño moral, si bien el legislador nacional es menos riguroso, ello no significa que el acreedor de dichos daños se encuentre liberado de ella, sino que el Tribunal dispone de un margen más amplio de discrecionalidad para apreciarla, de manera que no existe una exclusión de la prueba de los perjuicios morales, sino tan sólo una atemperancia de los principios probatorios de los perjuicios materiales. d) No existe ninguna relación entre los perjuicios patrimoniales y los morales; los primeros pueden producirse con independencia de los segundos o viceversa e incluso cuando provienen de un mismo hecho, son absolutamente autónomos, sin embargo con el objeto de evitar arbitrariedades y hacer extensivo el daño moral indefinidamente, el análisis de causalidad debe ser riguroso.

Vigésimo octavo: Que, en la especie los actores, dicen haber sufrido el dolor por la pérdida de un ser querido, la madre, y la consecuencial pérdida de agrado por la vida.

Vigésimo noveno: Que, en lo referente al daño moral en el presente caso obran en autos los testimonios que rolan a fs. 53 de don Freddy Luis Anoni Bermedo, quien deponiendo al tenor del punto número ocho del auto de prueba señala: debo manifestar que la muerte de doña Albina le afectó mucho a Luis Alberto y Andrés, porque éstos vivían con ella en la misma casa y desde toda su vida. Estos jóvenes están todavía muy afectados y conmovidos por la falta de su madre y no puedo valorizar el daño. Debo agregar, que la casa la tienen

llenas de fotografías en que aparece su madre con ellos; hechos que demuestran la relación de cercanía o proximidad existente entre los demandantes de autos y su madre. Asimismo don Héctor Dagoberto Badilla Chávez a fs. 54 vta. declaró que la familia de doña Albina sufrió demasiados daños debido a su fallecimiento, estimando que hubo dolor, lo que ha quedado manifestado debido a que uno de sus hijos don Luis Alberto se le ve desanimado, ya que jugábamos a la pelota juntos y ahora no lo hace, y debe haber sido hace unos dos o tres meses que no lo hace e incluso bajó de peso, ya que pesaba unos ochenta y cinco kilos más o menos y ahora debe estar pesando unos setenta y seis kilos, todo lo que se debe al hecho de extrañar a su madre y debido a que también su madre era el puntal de la familia. Ellos siempre vivieron al lado de su madre.

Trigésimo: Que las declaraciones transcritas, permiten tener por establecido según las reglas de la tasación legal de la prueba, específicamente el artículo 384 N° 2, que a lo menos respecto del actor Luis Alberto Vega Vega, se ha externalizado de tal manera la aflicción psíquica que le provoca la ausencia de su madre con la que mantenía una estrecha relación, que desde ese momento las condiciones habituales en que desarrollaba su vida han cambiado, por lo que corresponde tener por acreditado el daño moral que alega sufrir.

Trigésimo primero: Que, sobre la base de los dichos de la testigo Irmengardis Jeannette Burgos Bravo y de Jacqueline del Carmen Chandía Almonacid, que declaran que conocía a esta familia alrededor de tres años y que por ello le consta que los demandantes están muy afectados por la muerte de su madre, e incluso Andrés se enfermó, estuvo con licencia, andan más callados, e incluso Alberto jugaba a la pelota y ahora ha dejado de hacerlo, se arriba, a la conclusión que respecto del otro actor, don Andrés Ruiz Vega, asimismo se tiene por acreditado los elementos fácticos constitutivos del daño moral demandado, toda vez, que a dos testigos en forma conteste, legalmente juramentados y no desvirtuados señalan respecto de este actor circunstancias de recogimiento y afeción de su psiquis producto de la muerte de su madre; por lo que teniendo presente lo preceptuado en el artículo 384 N° 2 se tendrá por probado que respecto de Andrés Ruiz Vega se ha producido daño moral.

Trigésimo segundo: Que, según se ha expresado, para que un daño dé derecho a ser resarcido es condición que entre aquél y la falta de servicio exista nexo causal, esto es, que exista un vínculo directo entre la actividad del servicio público y el daño, lazo que debe ser acreditado por quien impetra la indemnización.

Que, en el presente caso, atendido el mérito de la prueba testimonial rendida por los actores, la que constituye plena prueba por reunirse los presupuestos del artículo 384 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, los antecedentes contenidos en el sumario administrativo e informe de autopsia de doña Albina Vega Castillo, y ante la ausencia de alegaciones y de pruebas relativas a la existencia de otras causas, se tiene por verificado el vínculo de que se viene hablando, toda vez, que la actuación deficiente del servicio fue la causa que desencadenó que la dolencia física de doña Albina al no recibir un servicio eficiente y eficaz progresara hasta la muerte de la misma en forma irremediable y sin brindarle el acceso a un tratamiento apropiado y debido.

Que, a mayor abundamiento, la conexión que preocupa en el presente proceso al aplicar la regla de la supresión mental hipotética, y con ello abstraer la anormal composición del servicio de urgencia, que trajo como consecuencia un error en el diagnóstico, se tiene que la falta de servicio alegada no habría tenido fundamento plausible, pero como lo que ha ocurrido es lo inverso corresponde acoger la demanda.

Trigésimo tercero: Que, la demandada pretende excusar el error en el diagnóstico trayendo a estrados los dichos de los especialistas médicos que declaran en autos, los que señalan que no es difícil confundir los síntomas de ambas patologías dado el hecho de presentar idénticas características. En este orden de ideas don Benjamín Stockins Fernández, médico cardiólogo, quien en la última pregunta que se le hizo en el sumario administrativo declaró que existe un gran porcentaje de personas que estamos dando de alta que han tenido dolor precordial y que el estudio descartó el infarto al miocardio.

Trigésimo cuarto: Que, analizando lo expuesto en el considerando precedente, aplicando las reglas de la lógica se colige perfectamente que si ambos cuadros presentan similar sintomatología, atendida la edad de la paciente, era de suyo exigible descartar la sintomatología

de mayor gravedad, lo que en la especie corresponde a la anomalía cardíaca, y por ende haber efectuado el estudio a que se refirió el médico antes aludido; lo que en la especie no se hizo, debido a la irregular composición de la dotación del Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Temuco el día de los hechos, el que no contaba con agentes de mayor preparación, situación sólo atribuible al Servicio demandado, ya que ostenta la potestad, esto es el poder y el deber, de supervigilancia.

Trigésimo quinto: Que, como la reparación del daño debe ser completa, el monto de las indemnizaciones a que se condenará al demandado se reajustará en el mismo porcentaje en que varíe el Índice de Precio al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia y la de su pago efectivo y devengarán el interés corriente para operaciones reajustables desde la misma fecha.

Trigésimo sexto: Que, en el escrito de contestación de la demanda señala que debe ser desechada íntegramente la demanda de autos porque la parte demandante está integrada por dos diferentes personas naturales y ninguna de éstas ha especificado cuál es la cantidad de dinero en que cada una de las mismas aprecia los perjuicios.

Es evidente entonces, que adoleciendo la demanda de autos de tal deficiencia no es posible que ella pueda ser acogida. Que, si la sentencia que se pronunciare sobre la acción deducida obviare dicha deficiencia de que adolece la demanda de autos ella naturalmente incurriría en ultra petita.

Trigésimo séptimo: Que, a fs. 22, la demandante evacuando la réplica de la contestación de la demanda, solicita se rechace por cuanto la demanda es clara en cuanto al accionar conjunto de los actores de autos.

Trigésimo octavo: Que, de la sola lectura de la demanda se concluye que no se presentan en el caso sub judice los elementos constitutivos de la alegación planteada lo que se une a la conclusión de que nos enfrentamos ante lo que la doctrina conoce como acción de clase, esto es, individuos que tienen una posición similar a la hora de accionar

ante el órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos eventualmente vulnerados, razones por la que deberá ser rechazada la defensa en análisis.

Trigésimo noveno: Que, en consecuencia el Servicio de Salud Araucanía Sur, será condenado a pagar a los actores la suma de \$ 30.000.000 por concepto de daño moral y \$ 2.000.000 por daño material.

Cuadragésimo: Que, la prueba que no se analiza en lo particular en nada influye en lo dispositivo del fallo.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 5, 6, 7 y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República de Chile; 254, 346 N° 3, 384 N° 2 del Código de Procedimiento Civil; 1698 del Código Civil; 4 y 44 de la ley 18.575, se resuelve:

En cuanto a la objeción de documentos:

- I. Se acoge la objeción de documentos formulada por la demandada a fs. 44 respecto de los documentos de fs. 34 y 35. En cuanto a la tacha deducida por la demandada:
- II. Se acoge la tacha deducida a fs. 55 vta. por la demandada en contra de la testigo doña Claudia Lisette Cofré Fonseca.  
En cuanto al fondo:
- III. Se hace lugar a la demanda de indemnización de perjuicios deducida a fs. 1 por don Luis Alberto Vega Vega y don Andrés Esteban Ruiz Vega, en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur, y en consecuencia se le condena a pagar a los actores, la suma de \$ 2.000.000 por concepto de daños materiales y de \$ 30.000.000 por concepto de daño moral, más reajustes e intereses que se indican en el considerando trigésimo quinto de esta sentencia.
- IV. Se condena a la demandada al pago de las costas de la causa.  
Regístrese y notifíquese. Dictada por doña Juanita González Araneda, Juez Titular del Tercer Juzgado Civil de Temuco. Autoriza el señor Christian Osses Cares, Secretario Titular.

Rol N° 7. 976 2002. Ingreso Contencioso.

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Corte Suprema<sup>1</sup>**  
**Ulloa, Juan Luis contra Honorables Diputados**  
**18 de octubre de 2007**

***RECURSO PLANTEADO:*** *Recurso de protección.*

***DOCTRINA:*** *Las medidas que los recurrentes pretenden que se adopten por esta Corte Suprema, conociendo del recurso de protección, implican necesariamente desarrollar un proceso legislativo que culmine con la dictación de leyes, labor que, por su propia naturaleza, está entregada a otro poder del Estado, de donde se sigue que, por no existir medida alguna que deba disponer este Tribunal en el presente caso, la acción constitucional no puede prosperar.*

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil siete.

A fojas 150, estese al estado procesal de la presente causa.

**VISTOS:**

Del fallo en alzada se reproduce sólo su parte expositiva, eliminándose todos sus considerandos.

Y se tiene, en su lugar y además, presente:

1º) Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de res-

---

<sup>1</sup> Se adjunta sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 6 de julio de 2007, pronunciada en los autos Rol N° 294-2007.

guardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, o amenace ese atributo;

2º) Que, de acuerdo a lo antes señalado, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, vulnerando una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto;

3º) Que el acto reprochado de ilegal y arbitrario por esta vía, que denuncian los recurrentes, lo constituye la decisión adoptada por los señores diputados recurridos en la sesión ordinaria N° 20 de fecha 16 de mayo de 2007 sea porque votaron en contra o, se abstuvieron de hacerlo favorablemente -en general-, la indicación sustitutiva formulada por la Sra. Presidente de la República al proyecto de ley que modificaba la ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que pretendía hacer efectivo el derecho constitucional al sufragio que asiste a los comparecientes de estos autos y demás ciudadanos chilenos residentes en el extranjero;

4º) Que, concretamente los actores solicitan que este Tribunal declare que se debe reestablecer el imperio del derecho y adopte todas las medidas necesarias para asegurar la plena vigencia de la garantía constitucional de la cual, en su concepto, han sido arbitrariamente privados;

5º) Que, de lo anterior resulta que las medidas que los recurrentes pretenden que se adopten por esta Corte Suprema implican necesariamente desarrollar un proceso legislativo que culmine con la dictación de leyes, labor que, por su propia naturaleza, está entregada a otro poder del Estado, de donde se sigue que, por no existir medida alguna que deba disponer este Tribunal en el presente caso, la acción constitucional no puede prosperar.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto



Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia de seis de julio de dos mil siete, escrita a fojas 119.

Se previene que el Ministro señor Pierry estuvo por rechazar el recurso de protección interpuesto por las siguientes consideraciones:

Primero: Que el recurso de protección no procede en contra de las actuaciones denunciadas, que constituyen el ejercicio de funciones legislativas de los señores diputados recurridos.

Segundo: Que no obstante los amplios términos en que la Constitución Política consagra el recurso de protección en su artículo 20, existen actuaciones que no son susceptibles de ser revisadas por esta vía. Así, por ejemplo, no procede el recurso de protección en contra de leyes, decretos con fuerza de ley, actos de gobierno, estos últimos propios de la actividad política de la función ejecutiva. Lo mismo cabe señalar de los actos que son propios de la función legislativa y de las actuaciones que la integran, como la presentación de proyectos de ley, o la votación en las comisiones y en la Sala; casos en que, por lo demás, resulta imposible que pueda existir la necesidad de reestablecer el “imperio del derecho”.

Tercero: Que aceptar que nada puede quedar excluido del ámbito del recurso de protección, implica necesariamente aceptar también, que éste sería procedente contra resoluciones judiciales, lo que la jurisprudencia ha rechazado, o incluso que lo sea, en contra de las actuaciones jurisdiccionales de la propia Corte Suprema, lo que carece de toda lógica.

Cuarto: Que la amplitud de la norma sobre el recurso de protección sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano del Estado, por el solo hecho de ser tal, de la posibilidad de que sus acciones u omisiones puedan ser objeto del recurso; pero, de lo que no se sigue necesariamente que siempre sean admisibles los recursos de protección que se interpongan contra cualquier acción u omisión de ellas atendido que, como se ha señalado por el Tribunal Constitucional, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal, que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación

que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella, lo que significa, en relación al recurso de protección, que mediante esta acción, no se pueden impugnar actos que son el ejercicio de atribuciones que el propio constituyente les ha otorgado a otros órganos del Estado, como ha ocurrido en este caso, en que se pretende revisar la manera de votar o de no votar por parte de parlamentarios de la República, un proyecto de ley sometido a su decisión, atentándose contra la congruencia y unidad que debe tener la Carta Fundamental.

Redacción, a cargo del Ministro señor Oyarzún y de la prevención, su autor.

Regístrese y devuélvanse.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Pedro Pierry y los Abogados Integrantes señores Fernando Castro y Carlos Kunsemüller. Santiago, 18 de octubre de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte señor Carlos Meneses P.

Rol N° 3.975-2007.

Valparaíso, seis de julio de dos mil siete.

Visto: A fs. 19, comparecen Juan Luis Ulloa Guzmán, con domicilio en Gotland N° 463, Las Condes, Patricia del Tránsito Torrealba Pavez, domiciliada en Alonso Ovalle N° 868 depto. 702, Santiago y Luis Alberto Navarrete Vargas, domiciliado en Avda. Presidente Riesco N° 5111, Las Condes, todos los nombrados residentes en Francia; y Arturo Fernando Fernández Mejías, residente en Austria, domiciliado en Corregimiento N° 2686, comuna de Independencia, quienes declarando ser integrantes del comité por el Ejercicio del Derecho a Sufragio en el Exterior “Chile somos todos”, con residencia permanente en el extranjero y de paso en Chile, recurren de protección en contra de los Honorables Señores diputados: Claudio Alvarado Andrade, Rodrigo Álvarez Zenteno, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Sergio Correa de la Cerda, María Angélica Cristi Marfil, Marcela Cubillos Sigall, Andrés Egaña Respaldiza, Javier Hernández Hernández, Marta Isasi Barbieri, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Juan Masferrer Pellizzari, Iván Norambuena Farías, Darío Paya Mira, Carlos Recon-

do Lavanderos, Manuel Rojas Molina, Marisol Torres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Ignacio Urrutia Bonilla, Gastón Von Muhlenbrock Zamora, Felipe Ward Edwards, René Aedo Ormeño, Germán Becker Alvear, Mario Bertolino Rendic, Alberto Cardenal Herrera, Francisco Chahuán Chahuán, Roberto del Mastro Naso, Julio Dittborn Cordua, Edmundo Eluchans Urenda, Enrique Estay Peñaloza, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Amelia Herrera Silva, Rosaura Martínez Labbé, Cristián Monckeberg Díaz, Felipe Salaberry Soto, Roberto Sepúlveda Hermosilla, Gonzalo Uriarte Herrera, Alfonso Vargas Lyng y Germán Verdugo Soto, señalando como domicilio la Sede del Congreso Nacional Avda. Pedro Montt sin número, Valparaíso, por haber incurrido en un acto u omisión arbitraria que afectaría la garantía consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, esto es la igualdad ante la ley.

Señala como antecedente, que con fecha 31 de agosto de 2006, S.E. la Presidenta de la República formuló una indicación sustitutiva al proyecto que modificaba la ley N° 18.700 ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, con el objeto de hacer efectivo el derecho constitucional a sufragio que le asiste a los recurrentes y demás ciudadanos residentes en el extranjero, garantizando que aquellos chilenos que residieran en forma permanente fuera del territorio nacional, cumpliendo con los requisitos legales para ser ciudadanos pudieran sufragar en las elecciones de Presidente de la República y en los plebiscitos estipulados en la Constitución.

Agrega que en la sesión N° 20ª ordinaria, de 16 de mayo de 2007, la H. Cámara de Diputados rechazó, en general la indicación sustitutiva formulada por 63 votos a favor, 23 en contra y 20 abstenciones, siendo los recurridos quienes o votaron en contra o se abstuvieron, impidiéndose de esta manera su aprobación, ya que se requería de un quórum calificado de cuatro séptimos de los parlamentarios, conculcándose la garantía de la igualdad ante la ley, al impedirse el ejercicio de un derecho constitucional, en la especie, derecho a sufragio, consagrado en el artículo 13 de la Carta Fundamental, en circunstancias que los recurrentes, que residen en forma permanente en el extranjero son chilenos, cumplen con los requisitos contenidos en esta norma, y forman parte de la Nación en quien reside la soberanía, de conformidad al artículo 5 de ese cuerpo normativo, cuyo ejercicio se manifiesta a

través de elecciones periódicas y del plebiscito, siendo su base material el sufragio.

Agregan que al Estado de Chile, en la especie al órgano legislativo, le asiste el imperativo constitucional inexcusable de garantizar ese derecho fundamental, obligación que estiman incumplida al no haberse alcanzado el quórum que se exige para discutir la iniciativa propuesta. Hacen consistir la afectación que reclaman en que el actuar de los señores diputados recurridos, en la sesión de 16 de mayo pasado ha consolidado una diferencia arbitraria entre los ciudadanos chilenos que residen en Chile y los que lo hacen en el exterior, al haber negado su acuerdo para discutir la iniciativa presidencial, estimando procedente esta acción cautelar, adicionado como fundamento lo prevenido en los artículos 5 y 6 de la Constitución Política de la República, motivo por el cual solicitan se acoja el presente recurso, se reestablezca el imperio del derecho y se adopten las medidas necesarias para asegurar la plena vigencia de la garantía constitucional de la que estiman se les ha privado.

Acompañan a su recurso, copia simple del documento que contiene la indicación sustitutiva del proyecto de ley que modifica la ley N° 18.700.

A fs. 29, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 75, 76, 78, 79, 82, 85, 86, 98, 99, 102, 103, 105, 107, 109, 113, 114, 116 y 117, se hacen parte en el recurso, por la parte que acciona, acompañando algunos de ellos copia simple de pasaportes y/o cédulas de identidad: Julio Alberto Ramos Heredia, chileno residente en Austria, Francisco Ramos Gómez, chileno residente en Inglaterra, Sergio Morris Barrios, chileno residente en Suecia, Osvaldo Núñez Riquelme y Zaida Macías Muñoz Olga, y Eduardo Jorge Morris Barrios, chilenos, Alberto Muñoz Andrade, chileno con residencia en Suecia, Edison Sócrates Cabrera Hernández, Matías Ambrosio Salazar Zegers, Roberto Oscar Ibáñez Figueroa, Rosa Paola Acevedo San Martín, María Cristina Jiménez Peralta, Ana María Lagos Herrera, Andrea Lagos Íñiguez, Ismael Alejandro Calderón Larach, Rodrigo Ignacio González Guerra, Sandra Jacqueline Coloma Rojas, Carlos Jeremías Soto Vidal, Mario del Carmen González Gutiérrez, Luis Eduardo Sebastián Martínez Muñoz, Gustavo Salvo Pereira, Rosa Elvira Suazo Cáceres, Luis Mirto Lobos Pal-

ma, Francisco Bucat Oviedo, Mariana del Carmen Zamorano Rubilar, Andrea Doris Esperanza Romero Céspedes, Carlos Alberto Cerpa Miranda, Luis Roberto Molina Castillo y Edmundo Nelson García Alegre, domiciliados en la forma que indican en su comparecencia a fs. 65; Patricio Fernando González Verdugo; Esteban Nicolás Bucat Oviedo, Alejandro Pablo Tirara Gamarra, Lautaro Amadeo Videla Stefoni y Augusto Antonio Garrido Vásquez; María Elizabeth Keller Rojas, Álvaro Abdías Quezada Jélvez, Tania Montero Arévalo; Juan Antonio Fernández Arancibia, Ana Isabel Ríos Ponce, José Santiago Poblete Barraza, Guillermo Oscar Pulgar Silva, Clementina del Carmen Zúñiga Le Bert, Roberto Iribarra Guerrero, Jorge Hernán Salamanca Rivera, Erna Patricia Báez Báez, Guillermo Tell Martín Montenegro, chileno, residente en Australia, Frida Klimpell Ternicier, Carmen Patricia y Daniel Ignacio, ambos Arévalo Ojeda. A fs. 89 rola presentación de los señores diputados recurridos, individualizados precedentemente, señalando en lo pertinente: que en relación a su participación en el rechazo del proyecto de ley boletín N° 3936-06 que modifica la ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en la sesión de 16 de mayo pasado, éste se ha ajustado al ejercicio de la función pública que ejercen, en cuanto al expresar su decisión soberana frente a un requerimiento por medio de su voto, éste puede ser afirmativo, negativo, de abstención o incluso pueden no emitir voto alguno, actuando de conformidad a lo que prevén los artículos 6, 7 y 46 de la Constitución, teniendo presente las normas contenidas en el capítulo V de la misma, artículos 65 a 75 sobre formación de la ley, complementadas por otros cuerpos normativos, en su calidad de legítimos representantes de la soberanía popular, estimando no ser esta la vía idónea para la obtención que se pretende por los recurrentes. Hacen presente que, al haberse solicitado informe al tenor del recurso, se establece la exigencia de un nuevo trámite legislativo, a su juicio, inconstitucional, sin perjuicio que quienes recurren han solicitado, que de acogerse la presente acción se adopten las medidas necesarias para asegurar la vigencia de la garantía de la que habrían sido privados, sin indicar cuáles podrían ser éstas, dejando entregada a este Tribunal su determinación, concluyendo que la única a tomar sería aquélla que dejase sin efecto la resolución mediante la cual se les ha solicitado informe.

A fs. 96 se tuvo por evacuado informe, y a fs. 111 se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que la acción de protección constitucional que establece el artículo 20 de la Carta Fundamental tiene por finalidad proteger a la ciudadanía contra actos u omisiones anormales por ilegalidad o arbitrariedad, que de manera evidente vulneren una garantía constitucional de las señaladas en dicha disposición, pero no está destinado a resolver conflictos de intereses o dificultades de interpretación o aplicación de normas legales, reglamentarias o contractuales.

Segundo: Que la presente acción de protección intentada por don Juan Luis Ulloa Guzmán y otros ya individualizados en contra de los parlamentarios que individualiza, de la H. Cámara de Diputados que en la sesión ordinaria N° 20 celebrada el miércoles 16 de mayo pasado votaron en contra o se abstuvieron de votar favorablemente, en general la indicación sustitutiva formulada por S.E. la Presidenta de la República al proyecto de ley que modificaba la ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que pretendía hacer efectivo el derecho constitucional a sufragio que asiste a los comparecientes y demás ciudadanos chilenos residentes en el extranjero.

Tercero: Que resulta del todo evidente que los parlamentarios son absolutamente libres en el ejercicio de la función legislativa que la Constitución les encomienda y por ende de las motivaciones que les impulsan en tal ejercicio sólo responden frente al escrutinio ciudadano y en consecuencia la presente acción de protección deberá rechazarse por falta de fundamento. Y visto lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia se rechaza el recurso de protección deducido a fs. 19 por Juan Luis Ulloa Guzmán y otros en contra de los H. Señores Diputados ya individualizados en la parte expositiva del presente fallo. Acordada desechada que fue la prevención del Ministro señor Martínez en cuanto fue de opinión de declarar inadmisibles los recursos de protección deducidos a fojas 19 por los mismos fundamentos. Comuníquese, regístrese y archívese, en su oportunidad. Pronunciada por los Ministros Titulares de la Iltrma. Corte

señores Hugo Fuenzalida Cerpa, Patricio Martínez Sandoval y señora María Angélica Repetto García.

Rol N° 294-2007.

**DERECHO LABORAL-PREVISIONAL**

**Corte Suprema**  
**González Saenger, Verónica con Ministerio Público**  
**31 de julio de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de casación en el fondo.*

**DOCTRINA:** *La actora pertenecía al personal de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley N°19.640 y, en tal calidad, cesó en el cargo precisamente a través del procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 81 de este texto legal, es decir, por declaración de vacancia de su empleo, luego que transcurriera el plazo dentro del cual debió presentar la renuncia que le fue requerida por el Fiscal Nacional. La referida situación no corresponde ni puede encuadrarse a la del personal a que se refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código Laboral, cuyo contrato de trabajo puede terminar por desahucio del empleador, en la medida que, según se anotó, la expiración de servicios de los funcionarios de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional se halla regulada directa y específicamente por el mencionado precepto del artículo 20 de la Ley N°19.640, lo que excluye la aplicación de esa norma del Código del Trabajo, ya que los artículos 66 y 83 de dicha ley solamente se remiten a este cuerpo legal en forma supletoria y en lo no previsto por sus propias disposiciones. La actora tampoco ha podido impetrar la indemnización que el artículo 82 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público consulta a favor del personal cuyo contratos hayan durado un año o más y que cesen por necesidades de la institución, por cuanto terminó en sus servicios por una causal diferente y propia de su condición de funcionaria de un empleo de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional.*



Santiago, treinta y uno de julio de dos mil siete.

**VISTOS:**

En los autos del IV Juzgado del Trabajo de Santiago, caratula- dos “González Saenger, Verónica Isabel con Ministerio Público”, Rol N°1679/04, don Jaime Echeverría Stagno, abogado de la actora, recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia pronunciada por la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, con fecha quince de mayo de dos mil seis, a fojas 193 y siguientes, que revocó el fallo dictado en primera instancia el día diez de septiembre de dos mil cuatro escrito a fojas 141 y siguientes, en cuanto había acogido la indemnización por años de servicios demandada por su defendida, al cesar en el cargo de Jefe de la División de Contraloría Interna del Ministerio Público, a partir del veinte de febrero de dos mil cuatro.

El recurrente manifiesta, en síntesis, que el fallo impugnado sostuvo que el personal del Ministerio Público que no es de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional solamente puede recibir la indemnización prevista en el artículo 81 de la ley N°19.640 cuando cesa en su empleo por la causal establecida en la letra k) de esta norma, es decir, necesidades de la institución e infringió el artículo 83 de ese texto, en relación con las disposiciones del Título V del Libro I del Código del Trabajo, al desconocer el derecho de la actora a la indemnización prevista en el artículo 163 de este último cuerpo legal, ya que la terminación de sus servicios como funcionaria de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional es asimilable al desahucio del empleador previsto en el artículo 161 del Código citado. Con ello, los sentenciadores ignoraron el reenvío que el artículo 83 de la ley N°19.640 hace a toda la normativa sobre término del contrato de trabajo que contiene el Título V del Libro I del Código Laboral.

Junto con describir la forma como el error de derecho influyó en lo dispositivo del fallo cuya nulidad pide, el recurrente solicita su invalidación y la dictación de una sentencia de reemplazo que acoja la demanda de la actora.

A fojas 221 se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que para el debido examen del recurso de autos, es útil señalar, en primer término, que el régimen jurídico aplicable a Fisca-

les y demás funcionarios del Ministerio Público se halla definido por el artículo 66 del Párrafo 1º “Relaciones Estatutarias” del Título VI “Normas de personal”, de la Ley Orgánica Constitucional Nº19.640, de 15 de octubre de 1989, el que previene en su inciso primero que “las relaciones entre el Ministerio Público y quienes se desempeñen en él como Fiscales o funcionarios se regularán por las normas de esta ley y por las de los reglamentos que de conformidad con ella se dicten. El inciso segundo indica que el reglamento debe contener normas para prevenir el consumo indebido de sustancias o drogas estupefacentes o psicotrópicas y seguidamente el inciso tercero del precepto enumera los artículos del Estatuto Administrativo y del Código del Trabajo que rigen supletoriamente a dichos personales, aparte de la ley Nº 19.345 que hizo aplicables a los trabajadores del sector público la ley Nº 16.744;

**Segundo:** Que de las disposiciones referidas en el motivo anterior resulta que el régimen estatutario del personal del Ministerio Público está conformado primeramente por las normas de la misma ley Nº 19.640 y de manera supletoria, por determinados preceptos de la ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos, hoy texto refundido, sistematizado y coordinado en el Decreto con fuerza de Ley Nº 29, de 16 de marzo de 2005, del Ministerio de Hacienda, cuanto de ciertas reglas del Código Laboral, a las que deben añadirse las de esta último cuerpo legal relativas al procedimiento de terminación del contrato de trabajo, los reclamos que éste origine y las indemnizaciones a que dé lugar y que el artículo 83 de la misma ley Nº 19.640, hace aplicables al Ministerio Público, en lo no previsto por esa ley orgánica constitucional;

**Tercero:** Que la terminación de los servicios de los funcionarios de dicho Organismo se halla regulada por el artículo 81 de la citada Ley Nº 19.640, cuyo inciso primero enumera las causales de expiración del personal que no es de la exclusiva confianza y, entre ellas, en su letra k) alude a “las necesidades de la Fiscalía Nacional o Regional, en su caso”. A su vez, el inciso segundo de la disposición declara que en los casos de cargos de la confianza exclusiva, la terminación del contrato de trabajo se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Fiscal Nacional o el Fiscal Regional, según corresponda” y añade que “Si la renuncia no fuere presentada dentro

de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo”;

**Cuarto:** Que la actora pertenecía al personal de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la misma ley N° 19.640 y en tal calidad, cesó en el cargo precisamente a través del procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 81 de este texto legal, es decir, por declaración de vacancia de su empleo, luego que transcurriera el plazo dentro del cual debió presentar la renuncia que le fue requerida por el Fiscal Nacional;

**Quinto:** Que la situación de la demandante no corresponde ni puede encuadrarse a la del personal a que refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código Laboral, cuyo contrato de trabajo puede terminar por desahucio del empleador, en la medida que, según se anotó, la expiración de servicios de los funcionarios de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional se halla regulada directa y específicamente por el mencionado precepto del artículo 20 de la ley N° 19.640, lo que excluye la aplicación de esa norma del Código del Trabajo, ya que los artículos 66 y 83 de dicha ley solamente se remiten a este cuerpo legal en forma supletoria y en lo no previsto por sus propias disposiciones;

**Sexto:** Que la actora tampoco ha podido impetrar la indemnización que el artículo 82 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público consulta a favor del personal cuyo contratos hayan durado un año o más y que cesen por necesidades de la institución, por cuanto terminó en sus servicios por una causal diferente y propia de su condición de funcionaria de un empleo de la confianza exclusiva del Fiscal Nacional;

**Séptimo:** Que de lo anteriormente expresado se sigue, que la sentencia cuya anulación se solicita no adolece de los errores de derecho que se le imputan en el recurso de autos y que esta solicitud deba ser rechazada, y

En conformidad con lo dispuesto en los artículos 463 del Código del Trabajo y 764, 767, 782 y 783 del Código de Procedimiento Civil, SE

RECHAZA el recurso de casación en el fondo presentado en contra de la sentencia de quince de mayo de dos mil seis, escrita a fojas 193 y siguientes, que desestimó la apelación deducida respecto del fallo de primer grado de diez de septiembre de dos mil cuatro, que se lee a fojas 141 y siguientes y confirmó en lo demás esta última resolución.

Redacción del Ministro don Urbano Marín Vallejo.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 2.900-06.

Pronunciada por la cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Marcos Libedinsky T., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V., y los Abogados Integrantes señores Carlos Kunsemüller L. y Domingo Hernández E.

Santiago, 31 de Julio de dos mil siete.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

## DERECHO TRIBUTARIO

**Tribunal Constitucional**  
**Álvarez de la Rivera Schmidt, Marta con Servicio de Impuestos**  
**Internos**  
**13 de noviembre de 2007**

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.*

**COMENTARIO<sup>2</sup>:** *A través de un requerimiento de inaplicabilidad un contribuyente del impuesto territorial pretendió que se declarasen inaplicables por inconstitucionalidad tres disposiciones contenidas en la Ley N° 17.235, cuerpo legal que establece y regula el impuesto en cuestión.*

*Por sentencia de 13 de noviembre de 2007, en fallo unánime, el Tribunal Constitucional rechazó en todas sus partes el requerimiento.*

*Cabe destacar que, si bien es cierto sólo se impugnaron algunos preceptos de la ley sobre impuesto territorial, en definitiva se cuestionó la legitimidad constitucional del gravamen en sí mismo.*

*En efecto, la parte reclamante sostuvo que la existencia del impuesto territorial vulneraría el artículo 19 N° 20 de la Constitución toda vez que, conforme a esta norma, sólo serían admisibles los tributos que graven “las rentas” de las personas; de modo tal que, en su opinión, no podrían existir impuestos que recayeran sobre los bienes o el patrimonio.*

---

<sup>2</sup> Comentario preparado por el ex - abogado consejero Germán Ovalle Cordal y por el abogado Jorge Escobar Ruiz.

*La requirente reforzó su argumentación recordando que la expresión “en proporción a los haberes”, que contenía la disposición análoga en la Constitución Política de 1925, fue reemplazada en la actual redacción del texto de la Carta Fundamental por “en proporción a las rentas”.*

*Asimismo, se denunció una supuesta vulneración de la reserva legal de los tributos, dado que la Ley N° 17.235 no precisaría aspectos medulares de la contribución, cuya definición quedaría entregada al órgano administrativo.*

*Finalmente, la requirente impugnó el artículo 4° de la ley en comento porque, a su juicio, vulneraría el principio de igual repartición de los tributos.*

*El que constituía probablemente el aspecto más relevante de esta causa fue resuelto por el Tribunal Constitucional en los considerandos séptimo al noveno del fallo en los cuales, sin necesidad de analizar la naturaleza del impuesto territorial, se resuelve acertadamente que “la Carta Fundamental no prohíbe la imposición de tributos sobre los bienes de las personas ni sobre otros hechos diferentes de la renta o acrecimiento patrimonial” destacando que en nuestro sistema, junto a la imposición a la renta, coexisten otros tributos como el impuesto al valor agregado o el impuesto a las herencias y donaciones que claramente no tienen como hecho gravado el incremento patrimonial de las personas, sino que recaen sobre la transferencia o transmisión de bienes o servicios.*

*Luego, los sentenciadores destacan las disposiciones que ratifican la perfecta constitucionalidad de los tributos de “distinta naturaleza” (artículos 65 inciso 2° y 65 N° 1, inciso 4°) y especialmente resaltan lo prevenido por el artículo 19 N° 20, inciso cuarto; precepto que, al referirse a la afectación de los tributos a un destino determinado, reconoce expresamente la existencia de impuestos que graven “actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local”.*

*Sumado a lo anterior, en lo que respecta a este punto, el Tribunal Constitucional interpreta el verdadero alcance de la expresión “rentas” contenida en el artículo 19 N° 20, señalando que la referencia hecha por el Constituyente en la garantía en cuestión tiene como úni-*

*ca finalidad señalar que, al gravarse la renta, “deberá serlo en proporción o en progresión”, pero ello no implica en modo alguno que se prohíba otra clase de gravámenes.*

*Es dable recordar que en una sentencia del año 1998, el Tribunal Constitucional ya lo había explicado de modo prístino al fallar que “aunque no lo diga la Constitución, es claro que la protección contenida en el artículo 19 N° 20 inciso 2°, está dirigida preferentemente a los impuestos personales, esto es, a los que afectan a la renta de las personas, en tal caso se prohíben los impuestos desproporcionados o injustos”<sup>3</sup>.*

*Por otra parte, resulta pertinente destacar que, en relación al principio de reserva legal, en virtud del cual sólo la ley puede establecer la obligación tributaria y, por lo tanto, sólo la ley puede definir cuáles son los supuestos y los elementos de la relación tributaria; el Tribunal Constitucional señaló cuáles son los cuatro elementos básicos que, en su opinión, deben aparecer cubiertos por la norma de rango legal, a saber: Hecho Gravado, Base Imponible, Sujeto Pasivo y Tasa (considerando quinto).*

*Ahora bien, analizando el caso del impuesto territorial se concluye que dicho tributo cumple cabalmente con la exigencia anotada, pues la Ley N° 17.235 determina tanto el hecho gravado (el dominio de un bien raíz), la base imponible, constituida por el avalúo del mismo (para cuya cuantificación y actualización periódica es la propia ley la que imparte criterios objetivos de actuación), como también el sujeto obligado y la tasa aplicable en cada caso.*

*Por último, en relación a la igual repartición de los tributos, el requerimiento fue rechazado por haberse dirigido erróneamente en contra de una norma que regula una materia distinta de la que se pretende cuestionar.*

Santiago, trece de noviembre de dos mil siete.

#### **VISTOS:**

Que el abogado señor José Parga Gazitúa, en representación de doña Marta Álvarez de la Rivera Schmidt, ha interpuesto un requerimiento

---

<sup>3</sup> Sentencia de 02 de octubre de 1998, rol N° 280.

de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 1º, 3º y 4º, N° 2º, de la Ley N° 17.235 –sobre Impuesto Territorial, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 1998, del Ministerio de Hacienda- en la causa Rol N° 10.213-2007, caratulada “Álvarez de la Rivera Schmidt, Marta, con Servicio de Impuestos Internos”, sobre reclamo de reavalúo de la propiedad ubicada en calle Cienfuegos N° 50 de la comuna de Santiago, Rol de Avalúo N° 62-027 de Santiago Centro, de la que conoce actualmente el Director Regional de la Dirección Regional Metropolitana de Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos.

Los preceptos legales impugnados disponen:

*“Artículo 1º. Establécese un impuesto a los bienes raíces, que se aplicará sobre el avalúo de ellos, determinado de conformidad con las disposiciones de la presente ley.*

*Para este efecto, los inmuebles se agruparán en dos series:*

*A) Primera Serie: Bienes Raíces Agrícolas.*

*Comprenderá todo predio, cualquiera que sea su ubicación, cuyo terreno esté destinado preferentemente a la producción agropecuaria o forestal, o que económicamente sea susceptible de dichas producciones en forma predominante.*

*La destinación preferente se evaluará en función de las rentas que produzcan o puedan producir la actividad agropecuaria y los demás fines a que se pueda destinar el predio.*

*También se incluirán en esta serie aquellos inmuebles o parte de ellos, cualquiera que sea su ubicación, que no tengan terrenos agrícolas o en que la explotación del terreno sea un rubro secundario, siempre que en dichos inmuebles existan establecimientos cuyo fin sea la obtención de productos agropecuarios primarios, vegetales o animales. La actividad ejercida en estos establecimientos será considerada agrícola para todos los efectos legales.*

*En el caso de los bienes comprendidos en esta serie, el impuesto recaerá sobre el avalúo de los terrenos y sobre el valor de las casas patronales que exceda de \$ 289.644, cantidad que se reajustará en*



*la forma indicada en el artículo 9° de esta ley a contar del 1° de julio de 1980. No obstante, en el caso de los inmuebles a que se refiere el inciso anterior, el impuesto se aplicará, además, sobre el avalúo de todos los bienes.*

*Las tasaciones que pudieren ordenarse no incluirán el mayor valor que adquieran los terrenos como consecuencia de las siguientes mejoras costeadas por los particulares:*

- a) Represas, tranques, canales y otras obras artificiales permanentes de regadío para terrenos de secano;
- b) Obras de drenaje hechas en terrenos húmedos o turbosos, y que los habiliten para su cultivo agrícola;
- c) Limpias y destronques en terrenos planos y lomajes suaves, técnicamente aptos para cultivos;
- d) Empastadas artificiales permanentes en terrenos de secano;
- e) Mejoras permanentes en terrenos inclinados, para defenderlos contra la erosión, para la contención de dunas y cortinas contra el viento; y
- f) Puentes y caminos.

*Para hacer efectivo el beneficio establecido en el inciso anterior, el Servicio de Impuestos Internos al efectuar una nueva tasación del respectivo inmueble, clasificará y tasará el valor de los terrenos agrícolas. Determinará al mismo tiempo la parte que en el avalúo total corresponda al mayor valor adquirido por los terrenos con ocasión de las mejoras introducidas, para los efectos de excluirlos del referido avalúo total, previa declaración del interesado, quien deberá acreditar que cumple con los requisitos exigidos por este inciso y el anterior. La declaración precedente deberá hacerse conjuntamente y en el mismo plazo en que deba presentarse la declaración señalada en el artículo 3° de esta ley, y en la forma que determine el Servicio de Impuestos Internos.*

*Vencido ese plazo, caducará el derecho del contribuyente a impetrar este beneficio.*

*El beneficio establecido en los dos incisos anteriores se mantendrá por el plazo de 10 años, contados desde la vigencia de la tasación en*

*que se otorgue, pero se extinguirá a contar desde el año siguiente a aquel en que se enajene el predio respectivo.*

*B) Segunda Serie: Bienes Raíces no Agrícolas.*

*Comprenderá todos los bienes raíces no incluidos en la serie anterior, con excepción de las minas, de las maquinarias e instalaciones, aun cuando ellas estén adheridas, a menos que se trate de instalaciones propias de un edificio, tales como ascensores, calefacción, etc.*

*Los bienes nacionales de uso público no serán avaluados, excepto en los casos en que proceda la aplicación del artículo 27 de esta ley”.*

*“Artículo 3°. El Servicio de Impuestos Internos deberá reevaluar, cada 5 años, los bienes raíces agrícolas y no agrícolas sujetos a las disposiciones de esta ley, aplicándose la nueva tasación, para cada serie, simultáneamente a todas las comunas del país.*

*Para estos efectos, el Servicio podrá solicitar la asistencia y cooperación de los municipios para la tasación de los bienes raíces de sus respectivos territorios y requerir de los propietarios la información de sus propiedades; todo lo anterior, en la forma y plazo que el Servicio determine. Para recoger esta información, el Servicio de Impuestos Internos facilitará el cumplimiento tributario a través de los mecanismos disponibles al efecto. Esta información no debe implicar costos para el propietario.*

*Con ocasión de los reavalúos, el giro del impuesto territorial a nivel nacional no podrá aumentar en más de un 10%, el primer semestre de vigencia de los reavalúos, en relación al impuesto territorial que debiera girarse conforme a la ley en el semestre inmediatamente anterior a la vigencia de dicho reavalúo, de haberse aplicado las tasas correspondientes del impuesto a la base imponible de cada una de las propiedades.*

*Para todas las propiedades de la Serie Agrícola y de la Serie No Agrícola que, con ocasión del respectivo reavalúo, aumenten sus contribuciones en más de un 25%, respecto de las que debieron girarse en el semestre inmediatamente anterior, de haberse aplicado la tasa correspondiente del impuesto a su base imponible y cuya cuota trimestral de contribuciones revaluada sea superior a \$5.000 del 1 de enero de 2003, la parte que exceda a los guarismos antes descritos,*

*se incorporará semestralmente en hasta un 10%, calculando dicho incremento sobre la cuota girada en el semestre inmediatamente anterior, por un período máximo de hasta 8 semestres, excluido el primero, de tal forma que al décimo semestre a todos los predios se les girará el impuesto revaluado correspondientemente.*

*Para estos efectos, a las propiedades exentas de contribuciones en el semestre inmediatamente anterior al reavalúo, se les considerará una cuota base trimestral de \$4.000 del 1 de enero de 2003. Esta cantidad, como asimismo la señalada en el inciso anterior, se reajustará en la misma forma y porcentaje que los avalúos de los bienes raíces.*

*Para los efectos de la tasación a que se refiere el inciso primero, el Servicio de Impuestos Internos podrá requerir de los propietarios, o de una parte de ellos, una declaración descriptiva y de valor de mercado del bien raíz, en la forma, oportunidad y plazo que el Servicio determine.*

*No obstante lo dispuesto en el inciso primero, el Servicio de Impuestos Internos tasará con vigencia a contar del 1 de enero de cada año, los bienes raíces no agrícolas que correspondan a sitios no edificados, propiedades abandonadas o pozos lastreros, ubicados en las áreas urbanas, con sujeción a las normas establecidas en el N° 2 del artículo 4°. Para estos efectos, el Servicio podrá requerir anualmente de los propietarios la declaración a que se refiere el inciso anterior.*

*Para las propiedades señaladas en el inciso anterior, se aplicará el mismo mecanismo de determinación del impuesto territorial a que se refiere el inciso cuarto, en lo que corresponda al primer año”.*

**“Artículo 4°.** *El Servicio de Impuestos Internos impartirá las instrucciones técnicas y administrativas necesarias para efectuar la tasación, ajustándose a las normas siguientes:*

*2° Para la tasación de los bienes raíces de la segunda serie, se confeccionarán tablas de clasificación de las construcciones y de los terrenos y se fijarán los valores unitarios que correspondan a cada tipo de bien. La clasificación de las construcciones se basará en su clase y calidad y los valores unitarios se fijarán, tomando en cuenta, además, sus especificaciones técnicas, costos de edificación, edad, destino e importancia de la comuna y de la ubicación del sector comercial.*

*Las tablas de valores unitarios de terrenos se anotarán en planos de precios y considerando los sectores de ubicación y las obras de urbanización y equipamiento de que disponen”.*

Según afirma el actor, los preceptos legales transcritos precedentemente, que son aplicables al reclamo tributario pendiente, son contrarios al artículo 63, N° 14, de la Constitución Política, en relación con el N° 1 del inciso cuarto del artículo 65 de la misma Carta, que establecen la reserva legal de los tributos.

En este aspecto, por mandato constitucional, según dice el abogado Parga, la facultad para determinar quiénes son las personas afectas a los tributos, cuál es el hecho gravado y la base imponible, esto es, su base de cálculo, y la cuantía de la tasa que debe aplicarse, corresponde al legislador y no puede ser delegada al Poder Ejecutivo, a menos que la autorización la obtenga el Presidente de la República cumpliendo los requisitos y con las restricciones que establece el artículo 64 de la Ley Fundamental.

A juicio del requirente, la Ley N° 17.235 no respeta dicha reserva legal, pues en ella no se precisarían aspectos medulares de la contribución de que se trata y se entregan materias que son de su esencia a la decisión de un órgano administrativo como lo es el Servicio de Impuestos Internos. A modo de ejemplo, señala que en el impugnado artículo 3° de la ley de que se trata, se dispone un incremento quinquenal de la tasa de la contribución sobre la base de un parámetro arbitrario, constituido por un porcentaje del incremento nacional de los avalúos, el que simplemente se confirma por decreto.

Por otra parte, en el requerimiento se afirma que las disposiciones legales ya transcritas contravienen también el artículo 19, N° 20, inciso primero, de la Constitución, que consagra el principio de igualdad en la repartición de los tributos, toda vez que, según la información proporcionada por las autoridades del sector, un 65,4% de las propiedades no agrícolas o urbanas han quedado liberadas del pago de contribuciones, sin embargo, el costo de esta exención ha recaído íntegramente en los propietarios de bienes raíces afectos. En tales condiciones, continúa el requirente, la redistribución de los tributos no se ha desarrollado por el legislador gravando a todos los contribuyentes

por igual, produciéndose una discriminación arbitraria que afecta a quienes, como su defendida, han invertido en un bien raíz que constituye su hogar familiar.

A mayor abundamiento, se hace hincapié en que quienes poseen otra clase de bienes o ahorros no contribuyen en mayor proporción al beneficio tributario que se otorga a personas de menores recursos.

Finalmente, el mismo precepto constitucional mencionado, en la parte que establece que los tributos deben recaer sobre las rentas de las personas y no en su patrimonio, se vulnera por los preceptos legales cuestionados.

Sobre el particular, y luego de referirse al cambio de regulación que en la materia introdujo el texto constitucional vigente, en relación al aprobado en el año 1925, el señor Parga Gazitúa indica que el impuesto territorial en cuestión constituye un tributo al capital y, en todo caso, no lo es a la renta, y luego reclama que la aplicación de la legislación impugnada le produciría a su representada la injusta situación de verse enfrentada a quedar afecta a fuertes pagos de contribuciones, además de que el reavalúo de su propiedad raíz aumentará el impuesto global complementario y, por último, que ello determinará, en su oportunidad, el impuesto de herencia que pudiese afectar a su sucesión.

Por resolución de ocho de agosto de dos mil siete la Primera Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, ordenando la suspensión del procedimiento en que incide, pasando en seguida los autos al Tribunal Pleno para su correspondiente tramitación.

Mediante escrito ingresado al Tribunal con fecha seis de septiembre del año en curso, asumiendo la representación del Servicio de Impuestos Internos, la Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado evacua el traslado conferido, formulando las siguientes observaciones respecto del requerimiento de autos, a los efectos de que sea rechazado en todas sus partes:

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 63, N° 14, en relación con el artículo 65, inciso cuarto, N° 1, de la Constitución Política, que

el requirente denuncia, el organismo de defensa fiscal indica que el principio de reserva legal de los tributos, contrariamente a lo sostenido por el abogado Parga en estos autos, se encuentra suficientemente resguardado por los preceptos legales que se impugnan, ya que tanto la base imponible como la tasa del tributo de que se trata se encuentran determinadas por la ley, o son determinables conforme a parámetros claramente establecidos por ella.

Agrega que como sería prácticamente imposible que fuera la ley la que señalara determinadamente el valor o el avalúo fiscal de cada inmueble existente en el país, es de frecuente ocurrencia que el legislador sólo dicte normas que contienen determinados criterios generales para que sea la Administración la que fije la base imponible del impuesto.

Luego, en síntesis, siguiendo la doctrina de los profesores Ibaceta y Meza (artículo publicado en la Revista de Derecho Público 66-2004), el Consejo señala que en los aspectos que regula la legislación tributaria impugnada, se está frente a una actividad administrativa técnica no discrecional, que, como tal, ha de cumplirse de conformidad a la ley. Además, señala que en la fijación de la base imponible de un tributo está envuelta la utilización de un concepto indeterminado, de lo cual resulta, necesariamente, que su regulación normativa deba realizarse por ley; de esta forma, la valuación concreta es una tarea técnica que puede recaer, sea sobre la Administración Tributaria, o sobre el contribuyente bajo supervigilancia de aquélla; en todo caso, con pleno sometimiento al control jurisdiccional o administrativo de los órganos respectivos, por ejemplo, del Servicio de Impuestos Internos.

Lo importante, desde la perspectiva del principio en cuestión, según plantea el Consejo de Defensa del Estado, es que la ley, como ocurre en el caso *sub lite*, defina todos los elementos que integran la base sobre la cual se debe liquidar el impuesto, pudiendo entregar un determinado y preciso margen de acción a la Administración Tributaria, fundamentalmente a través de diversos mecanismos de liquidación de los tributos, lo cual se realiza por los órganos competentes mediante un acto de determinación, o por el contribuyente, a través de una declaración jurada.

En consecuencia, y en el caso concreto, la ley encarga al Servicio de Impuestos Internos realizar una sistematización de antecedentes que existen con anterioridad a su intervención ordenadora. En efecto, la clase y calidad de las construcciones y los terrenos es un elemento de hecho que el Servicio no crea, sino que constata y sistematiza.

Según acota también el Consejo, para la ley el valor de una propiedad raíz estará dado por sus características, el monto invertido en su construcción, su antigüedad, el uso que se haga del mismo, su entorno, su ubicación, etc. Por su parte, al Ente Fiscalizador, por mandato de la misma ley, le corresponderá verificar dichos elementos. Por lo tanto, el requirente se equivoca cuando afirma que es el arbitrio de la Administración la herramienta escogida por el legislador para tasar los bienes raíces en Chile, ya que, muy por el contrario, asumiendo su rol conforme a la Constitución, la ley ha determinado claramente los criterios de avaluación a los que el ente administrativo debe sujetarse en el cumplimiento de su cometido.

Por otra parte, el mismo organismo recuerda que el Código Tributario establece los procedimientos legales mediante los cuales los contribuyentes del impuesto territorial pueden reclamar de las posibles anomalías en que pudiere incurrir el Servicio de Impuestos Internos, con lo cual se entregan los medios convenientes a los efectos de resguardar sus derechos o intereses legítimos frente a la actuación administrativa en estas materias.

En cuanto a la supuesta infracción del principio de igual repartición de los tributos que se ha denunciado en este caso, el Consejo de Defensa del Estado indica que el requirente sostiene en su recurso que el artículo 4° de la Ley N° 17.235 viola el principio de igual repartición de los tributos contenido en el inciso primero del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto, según su parecer, todas las personas deben pagar tributos y nadie puede verse libre de ellos, por ninguna razón. Sin embargo, de la lectura del referido precepto legal puede afirmarse que éste no establece tributos, sino que sólo señala procedimientos para que se logre determinar el valor de los bienes que allí se señalan. Por consiguiente, el reclamo carecería de fundamento en este aspecto preciso.

Por último, respecto del reparo de constitucionalidad que se formula en contra del impuesto a los bienes raíces establecido en el artículo 1º de la mencionada ley, en relación con el inciso primero del N° 20 del artículo 19 de la Carta Fundamental, el organismo hace presente, en primer lugar, que esta norma, que efectivamente constituye un impuesto al patrimonio, no es inconstitucional porque el constituyente dejó entregada a la ley la determinación de la diversa naturaleza de los tributos y éstos no están restringidos sólo a aquellos que recaigan sobre la renta, lo que se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 65 del Texto Constitucional vigente, que dispone que los tributos pueden recaer también sobre bienes de cualquier naturaleza. Recuerda que así lo ha declarado esta Magistratura Constitucional en su sentencia Rol N° 280 (considerandos 17, 18 y 19) y que también dicho criterio se encuentra conforme con lo planteado por el profesor José Luis Cea Egaña, actual Ministro de este Tribunal, en su conocida obra “Derecho Constitucional Chileno” (Tomo II –Derechos, Deberes y Garantías-. Ed. Universidad Católica de Chile, p. 474).

De lo expuesto puede concluirse, según indica el Consejo, que la ley puede gravar el patrimonio, y en lo que interesa, puede gravar a los bienes raíces, sin que ello pueda ser considerado como contrario al inciso primero del N° 20 del artículo 19 de la Constitución.

A mayor abundamiento, se hace presente que la vigencia de la Ley N° 17.235, que ha establecido tributos de afectación a un destino determinado, se encuentra expresamente mantenida en la disposición Sexta Transitoria del Texto Constitucional y, además, por el artículo 13 de la Ley N° 18.695 –Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados de la requirente y del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Servicio de Impuestos Internos, el día cuatro de octubre del año en curso.

*CONSIDERANDO:*

**PRIMERO:** Que el artículo 93 N° 6º de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabi-



lidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

**SEGUNDO:** Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

**TERCERO:** Que, tal como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, la requirente ha impugnado la aplicabilidad, por pretendida inconstitucionalidad, de tres disposiciones de la Ley N° 17.235, sobre Impuesto Territorial, en concreto sus artículos 1°, 3° y 4°, N° 2°, por contravenir, en su opinión, distintos preceptos constitucionales, en el marco de un procedimiento de reclamo de reavalúo de una propiedad suya, ubicada en calle Cienfuegos N° 50 de la comuna de Santiago, que se sustancia actualmente ante el Director Regional de la Dirección Regional Metropolitana de Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos;

**CUARTO:** Que los reproches de inconstitucionalidad formulados por la actora respecto de los preceptos legales impugnados se hacen consistir en que ellos violarían el principio de reserva legal de los tributos, consagrado en los artículos 63, N° 14, y 65, inciso cuarto, N° 1°, de la Carta Fundamental; asimismo el artículo 1° de la ley referida pugnaría con lo establecido en el numeral 20° del artículo 19 constitucional, en cuanto contempla un impuesto sobre el patrimonio o los haberes de una persona, en circunstancias que la Ley Suprema sólo permite gravar las rentas de los sujetos y no sus bienes; por último, también se cuestiona el artículo 4° de la Ley N° 17.235 en cuanto reñiría con el principio constitucional de la igualdad en la repartición de los tributos, asimismo consagrado en el numeral 20° del artículo 19 de la Constitución.

Que para una adecuada dilucidación de los diferentes capítulos de impugnación precedentemente señalados resulta conveniente abordarlos por separado, tarea que se acomete en los considerandos que siguen;

### I. EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL DE LOS TRIBUTOS

**QUINTO:** Que este principio consiste en que la ley es la norma jurídica llamada a determinar los elementos esenciales que configuran la obligación tributaria, cuales son el hecho gravado, la base imponible, el sujeto obligado y la tasa o cuantía del tributo a aplicar sobre la base imponible. La garantía fundamental que entraña para toda persona la consagración constitucional de esta reserva legal se satisface si el legislador es quien directamente determina cada uno de esos elementos, si bien la precisión cuantitativa de la base imponible puede quedar entregada a la autoridad de aplicación del impuesto, como ocurre en todos los tributos *ad valorem*, en que el establecimiento de la base de cálculo para la aplicación de la tasa es efectuado por la administración tributaria, observando rigurosamente los procedimientos y criterios de evaluación o determinación contemplados por la ley. En tal sentido, la labor de la autoridad administrativa se asemeja al proceso intelectual que caracteriza la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, mismo que es establecido con carácter abstracto por la norma legal, pero cuya concreción corresponde efectuar al órgano de aplicación con sujeción a pautas prefijadas por el legislador, sin que en ello pueda intervenir discrecionalidad alguna por parte del ente administrativo;

**SEXTO:** Que en el caso materia de autos los preceptos legales que la requirente impugna cumplen, en opinión de estos sentenciadores, con las exigencias y alcances propios del principio de reserva legal del tributo, explicados en el considerando anterior, motivo por el cual este capítulo de objeción debe ser desechado. En efecto, la Ley N° 17.235 determina tanto el hecho gravado (el dominio de un bien raíz), la base imponible, constituida por el avalúo del mismo (para cuya cuantificación y actualización periódica es la propia ley la que imparte criterios objetivos de actuación), como también el sujeto obligado y la tasa aplicable;

## II. CONSTITUCIONALIDAD DE UN IMPUESTO SOBRE LOS BIENES

**SÉPTIMO:** Que, contra lo pretendido por la requirente, la Carta Fundamental no prohíbe la imposición de tributos sobre los bienes de las personas ni sobre otros hechos diferentes de la renta o acrecimiento patrimonial. En nuestro ordenamiento jurídico son varios los impuestos que recaen sobre la propiedad o tenencia de cosas o sobre su traslación de una persona a otra, como el impuesto al valor agregado, el impuesto al tabaco, a los alcoholes y varios otros específicos, como asimismo el impuesto a las herencias, legados y donaciones, que nítidamente es un impuesto que no grava la renta sino la transmisión de bienes y derechos a título gratuito;

**OCTAVO:** Que la anotada amplitud del abanico de materias gravables en nuestro sistema tributario encuentra sólido respaldo en diferentes disposiciones de nuestra Carta Fundamental. Así, por ejemplo, el artículo 65, en su inciso segundo, nos dice que “las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, sobre los presupuestos de la Administración Pública y sobre reclutamiento, sólo pueden tener origen en la Cámara de Diputados.” Esta idea se ve reforzada en el numeral 1º del inciso cuarto del propio artículo 65, que vuelve a aludir a tributos “de cualquier clase o naturaleza”. Pero el precepto probablemente más concluyente en cuanto a la procedencia constitucional de impuestos que gravan bienes, lo constituye el inciso cuarto del numeral 20º del artículo 19, conforme al cual la ley puede afectar a los presupuestos regionales o comunales los tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local;

**NOVENO:** Que, en consecuencia, el genuino sentido que cabe atribuir al empleo de la expresión “rentas” en el inciso primero del numeral 20º del artículo 19 de la Constitución no es otro que el dejar en claro que los tributos que gravan las rentas deben basarse en los criterios de proporcionalidad y eventualmente de progresión que determine la ley, mas en ninguna forma puede verse en ello el propósito de excluir otra clase de tributos que no recaigan sobre las rentas;

### III. EN RELACIÓN A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SOBRE IGUAL REPARTICIÓN DE LOS TRIBUTOS

**DÉCIMO:** Que la requirente asimismo sostiene que el artículo 4º de la Ley sobre Impuesto Territorial viola el principio constitucional de la igualdad en la repartición de los tributos, ya que en su opinión todas las personas deben pagar impuestos y nadie puede verse libre de ellos por ninguna razón. En el caso de autos, pretende la actora que la ley habría incurrido en discriminación arbitraria en la repartición de la carga tributaria, por cuanto ella debe ser asumida íntegramente por quienes deben pagar contribuciones sobre sus predios, obligados a soportar la carga de quienes han quedado exentos del pago de tal tributo y cuya dimensión es considerable, pues, según su afirmación, el 65,4% de las propiedades no agrícolas o urbanas ha quedado exento del pago de contribuciones. El carácter arbitrario de tal situación se vería corroborado, en su opinión, por el hecho de que quienes poseen otra clase de bienes o ahorros no contribuirían a financiar el costo de tales exenciones para el erario fiscal;

**UNDÉCIMO:** Que esta impugnación está dirigida a poner en cuestión la constitucionalidad del régimen de exenciones del impuesto territorial, no obstante lo cual el requerimiento no impugna el artículo 2º de la ley en referencia, que es el que regula esta materia, sino el artículo 4º de la misma, que trata sobre los procedimientos y criterios a seguir para efectuar la tasación de los inmuebles. Esta sola circunstancia sería suficiente para rechazar este capítulo de impugnación, pero además es menester tener en cuenta que las exenciones tributarias dispuestas por la ley tienen sólido respaldo constitucional en lo preceptuado por el N° 1º del inciso cuarto del artículo 65 de la Ley Fundamental, que expresamente señala, en lo pertinente, que son materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República el establecimiento de exenciones impositivas y la modificación de las existentes, por lo cual carece de fundamento la pretensión de arbitrariedad que se imputa al legislador cuando las contempla en determinada materia, a menos de probarse que lo ha hecho en forma caprichosa o antojadiza, orientada a constituir privilegios injustificados a favor de ciertos contribuyentes, lo que no ha sucedido en el caso de autos.

**Y VISTO:** lo prescrito en los artículos 19, N° 20°, 63, N° 14, 65 y 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

**QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 Y SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, OFICIÁNDOSE AL EFECTO AL TRIBUNAL RESPECTIVO.**

Redactó la sentencia el ministro señor Francisco Fernández Fredes.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL 822-07-INA.

Se certifica que el Ministro don Jose Luis Cea Egaña concurrió a la vista y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

**Arturo Felipe Onfray Vivanco<sup>1</sup>**

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G., FRANCISCO J. LETURIA Y CLAUDIO OSORIO: *Reforma al Poder Judicial. Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión: Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*. Fundación Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2007, 340 páginas.

El libro “*Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases Jurídicas y de Política Pública para un Debate Necesario*” reúne los aportes de destacados académicos nacionales y extranjeros, destinados a hacerse cargo de una serie de cuestiones centrales en el análisis del Poder Judicial en Chile. Entre tales materias destacan los niveles de certeza judicial de las decisiones judiciales, el gobierno judicial, el mejoramiento de la gestión de los tribunales desde la perspectiva jurídica como de la de otras ramas de las Ciencias Sociales (Administración, Ciencias Sociales y Economía) y la existencia de indicadores cuantitativos y cualitativos para su adecuada medición, el rol de la Corte Suprema y la independencia de sus jueces, etc. El trabajo presentado en esta obra es el resultado de un esfuerzo conjunto desarrollado por las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Adolfo Ibáñez y el Centro de Estudios Libertad y Desarrollo.

El libro se divide en dos partes: Gobierno Judicial y Corte Suprema (Parte I) y Gestión Judicial (Parte II).

En la primera parte del Libro -“*Gobierno Judicial y Corte Suprema*”- se incluyen los siguientes trabajos: “*Reformas Judiciales en Países*

---

<sup>1</sup> ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM), miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

en *Desarrollo: Principios y Lecciones de la Experiencia Internacional*”, de Edgardo Buscaglia; “*Gobierno Judicial y Consejos Judiciales: Una Mirada desde el Derecho y la Economía*”, de Nuno Garoupa y Tom Ginsburg; “*Diseño Institucional de la Judicatura y Gobierno Judicial: Lecciones para Chile desde el Derecho Comparado*”, de José Francisco García y Mariana Mancusi-Ungaro; “*Reflexiones en Torno al Rol de la Corte Suprema en el Gobierno Judicial*”, de Eduardo Aldunate; “*Corte Suprema, Certiorari y Precedentes*”, de Axel Buchheister y José Francisco García; “*Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis*”, de Santiago Legarre y Julio César Rivera; y “*Revisión Crítica de la Causal Fundante del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Civil*”, de Alejandro Romero, Maite Aguirrezabal y Jorge Barahona.

Edgardo Buscaglia, Director del *International Law and Economic Development Center*, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia e Investigador de la *Hoover Institution* presenta su trabajo “*Reformas Judiciales en Países en Desarrollo: Principios y Lecciones de la Experiencia Internacional*”, en el cual revisa reformas judiciales llevadas a cabo en 82 países a partir de la utilización de indicadores de carácter jurimétrico. Un particular énfasis da el autor al Análisis Económico del Derecho como un antecedente en la revisión de los sistemas de justicia y, a tal reflexión, añade la identificación de las principales deficiencias de tales sistemas, entre las cuales destacan los abusos en el ejercicio de la discrecionalidad judicial así como los aumentos en los casos de corrupción.

Nuno Garoupa, Doctor en Economía de la Universidad de York y profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades de Illinois y Manchester, y Tom Ginsburg, Doctor en Jurisprudencia y Políticas Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de California-Berkeley y profesor de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Illinois, escriben el artículo titulado “*Gobierno Judicial y Consejos Judiciales: Una Mirada desde el Derecho y la Economía*”, en el cual analizan, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, los Consejos Judiciales, los cuales han alcanzado un significativo desarrollo en los últimos años, permitiendo, según indican, un adecuado equilibrio entre la independencia y la *accountability* del sistema judicial. El estudio de los Consejos Judiciales ha sido un aspecto central en las políticas judiciales del Banco Mundial y otros organismos internacionales, las cuales estiman que ellos tienen un impacto positivo en particular para Latinoamérica y los países en vías de desarrollo. De particular relevancia resulta el análisis empírico desarrollado por los autores de una muestra de

Consejos Judiciales de 121 Estados y la identificación de los modelos y formas que ellos adoptan.

En “*Diseño Institucional de la Judicatura y Gobierno Judicial: Lecciones para Chile desde el Derecho Comparado*”, de José Francisco García y Mariana Mancusi-Ungaro -el primero coordinador del Programa de Justicia del Instituto Libertad y Desarrollo y profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la segunda Bachiller en Ciencias Políticas de la Universidad de Yale y candidata a *Juris Doctor* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago- se revisan varios casos del derecho comparado (Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia y Reino Unido) en lo que dice relación con diversas áreas del “*gobierno judicial*”, en el cual se incluyen los modelos de administración judicial; los procesos de selección, nombramiento y evaluación de jueces; los roles de los poderes públicos y de la Corte Suprema; etc. Entre las conclusiones relevantes del estudio están el que el modelo de gobierno judicial no es una variable dependiente del sistema legal y el que la independencia del Poder Judicial exige de este responsabilidad y, por consiguiente, de una rendición de cuentas (*accountability*) de su labor a la sociedad. Los lineamientos específicos del estudio sugieren que deben diseñarse instrumentos objetivos, transparentes y públicos de evaluación de los jueces, a cuyo respecto la existencia de un Código de Ética Judicial así como el establecimiento de metas de desempeño resulta relevante. Es necesario, además, avanzar en “*la apertura de la carrera judicial a elementos externos en todos los niveles*”. Finalmente, señalan los autores, “*se hace imprescindible establecer un sistema jurisprudencial que asegure la fuerza obligatoria del precedente emanado por la Corte Suprema*”.

En “*Reflexiones en Torno al Rol de la Corte Suprema en el Gobierno Judicial*”, Eduardo Aldunate, Doctor en Derecho de la Universidad del Sarre y profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, revisa el papel de la Corte Suprema en el gobierno judicial chileno, a través de la formulación de tres tesis, a saber: “*El diseño general de nuestra judicatura nunca ha sido objeto de una reflexión consciente y deliberada (...)*”; “*la forma en que está radicado el gobierno judicial en la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico perturba de manera importante la independencia del juez al interior de la judicatura (...)*”; y el ejercicio de las atribuciones de gobierno judicial por la Corte Suprema, exentas de control, “*no parece compatible con la plena vigencia de un régimen republicano de gobierno en un Estado de Derecho*”.



Axel Buchheister, Director de Estudios Jurídicos de Libertad y Desarrollo, y el ya mencionado José Francisco García analizan -en “*Corte Suprema, Certiorari y Precedentes*”- el papel que desempeña la Corte Suprema en el sistema jurídico nacional. Lo anterior, según indican los autores, “*significa redefinir su rol jurisdiccional, lo que implica que ejerza en la práctica su rol de tribunal de casación, analizando de manera selectiva solo aquellos conflictos en los cuales realmente el sistema jurídico requiera de una interpretación final o decisoria por parte del máximo tribunal del país, para, con ello, entregar certeza jurídica a la sociedad frente a determinada materia*”.

En “*Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis*”, de Santiago Legarre, Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina e Investigador Adjunto del CONICET, y Julio César Rivera, master en derecho de la Universidad de Harvard y profesor de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral y Católica Argentina, se analiza el precedente judicial obligatorio como elemento esencial de las diferencias entre el *Civil Law* y el *Common Law*. El estudio del precedente obligatorio lleva a los autores a revisar la doctrina de *stare decisis* la que importa la necesidad de decidir respetando las *rationes decidendi* de los casos similares precedentes resueltos por jueces de igual jerarquía (*stare decisis* horizontal) o superior (*stare decisis* vertical).

Alejandro Romero, Maite Aguirrezabal y Jorge Barahona, los tres doctores en derecho de la Universidad de Navarra y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, consideran detalladamente -en “*Revisión Crítica de la Causal Fundante del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Civil*”- la causal que permite la interposición de un recurso de casación en el fondo en materia civil. De particular interés resulta el análisis de la infracción de la ley del contrato como causal fundante del recurso de casación -además de la revisión de la ley, de los principios generales del derecho, de la equidad y de la jurisprudencia como causales del recurso- así como la revisión de las causales del referido recurso en el Derecho Comparado (España, Francia y Unión Europea).

En la segunda parte del Libro -“*Gestión Judicial*”- se incluyen los siguientes trabajos: “*Elementos para Un Análisis de la Calidad de la Justicia*”, de Santos Pastor; “*Eficiencia en la Justicia: Modelos y Buenas Prácticas en Gestión Judicial*”, de Juan Enrique Vargas; “*Poder Judicial, Presupuestos por Resultados y Evaluación de Desempeño*”, de Luis Cordero; “*Mediación de Desempeño en un Sistema de Justicia: Evaluación según el Modelo de Balance Scorecard*”, de Claudio Valdivia; e “*Indicadores Judiciales en Chi-*

le: *Aplicación del Modelo DEA a las Cortes de Apelaciones*”, de Rodrigo Castro y José Francisco García.

Santos Pastor, Doctor en Derecho y Economía y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense de Madrid y Director del Centro de Investigaciones en Derecho y Economía Observatorio Justicia y Empresa -en *“Elementos para Un Análisis de la Calidad de la Justicia”*- revisa las dimensiones específicas de la calidad de la justicia (el trato, los insumos, las sentencias, los procesos, etc.) con un énfasis particular en la calidad de los medios personales y de los sistemas de acceso a la judicatura, incluyendo una referencia específica al caso español. En el análisis de los medios personales, el autor destaca la necesidad de atraer a los mejores a la judicatura y de permitir el mantenimiento de la calidad después de ingresar a la carrera, para lo cual la evaluación del desempeño resulta ser un elemento fundamental.

En *“Eficiencia en la Justicia: Modelos y Buenas Prácticas en Gestión Judicial”*, Juan Enrique Vargas, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, señala que la eficiencia judicial depende de decisiones sustantivas sobre la definición de la función judicial y del rol que en ella desempeñan los jueces, litigantes y funcionarios auxiliares. El artículo revisa la incorporación de las técnicas de gestión en la Administración de Justicia como una medida para aumentar la capacidad de respuesta de los sistemas judiciales y, en forma particular, la integración de reformas sustantivas y de gestión, como por ejemplo, la definición del espacio propio de lo judicial y el control de la carga de trabajo.

En *“Poder Judicial, Presupuestos por Resultados y Evaluación de Desempeño”*, de Luis Cordero, Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida y profesor de Derecho Administrativo y Director del Seminario de Derecho Administrativo, Políticas Públicas y Economía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, se verifican los instrumentos idóneos para la medición del desempeño judicial y su incidencia en la independencia de los jueces. El autor analiza, en forma particular, *“la aplicación del sistema de presupuestos por resultados al sistema de administración de justicia, y los efectos que tendrá en él la dictación de la Ley N° 20.224”*.

Claudio Valdivia, MBA de la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales -en *“Mediación de Desempeño en un Sistema de Justicia: Evaluación según el Modelo de Balance Scorecard”*-, revisa los elementos que deben ser considerados para evaluar la marcha y operación de un sistema judicial. Para su evaluación toma una serie de compromisos y de objetivos-medidas-metas

junto con una batería de alarmas frente a incumplimientos o discrepancias en los resultados obtenidos. En tal ejercicio el denominado Balance Scorecard es altamente relevante en cuanto analiza no solamente el control del desempeño sino que también la formulación de una visión y de una estrategia.

En “*Indicadores Judiciales en Chile: Aplicación del Modelo DEA a las Cortes de Apelaciones*”, de Rodrigo Castro, Director del Programa Social del Instituto Libertad, y José Francisco García, ya mencionado, se propone la implementación de indicadores judiciales en el Poder Judicial chileno, lo cual permitiría un adecuado diagnóstico de la realidad por parte del propio Poder Judicial así como de los pasos necesarios para superar las eventuales dificultades detectadas, proporcionando, a su vez, información a los medios de comunicación y a la ciudadanía, en general, para evaluar y fiscalizar al Poder Judicial. El trabajo considera un análisis de *benchmark* entre las Cortes de Apelaciones utilizando el modelo de análisis envolvente de datos.

Como se aprecia de los trabajos reseñados, el libro en análisis trata una serie de tópicos fundamentales a la hora de pensar la Administración de Justicia, la mayoría de los cuales han sido poco analizados por la doctrina nacional dada la ausencia durante muchos años, aún parcialmente vigente, de una aproximación socio-jurídica al fenómeno legal y de una postergación del sector justicia, la cual ha comenzado a ser superada con la implementación de la reforma procesal penal.

Así como hoy resulta difícil concebir una sociedad moderna sin un sistema de salud eficaz y eficiente al alcance de los ciudadanos, es necesario ocuparse de aquel bienestar que resulta de una justicia que llega en forma oportuna, con la respuesta idónea, a la ciudadanía. Esa Justicia admite diferentes dimensiones. El libro que analizamos trata básicamente de la respuesta que el Poder Judicial y, en particular, la Corte Suprema, entrega a las demandas de Justicia. Tal ejercicio de reflexión es, en grado relevante, original aun cuando están presentes algunas de las limitaciones propias de las compilaciones, como son el que varios artículos se encuentran en versiones más desarrolladas en otros textos, lo que incide en la calidad de la información contenida en la obra.

Una reflexión amplia y serena sobre la institucionalidad judicial se hace necesaria a la hora de pensar reformas judiciales. Tal como señaló el consejero de Libertad y Desarrollo y economista Hernán Büchi –precisamente en el lanzamiento del libro “Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases Jurídicas y de Política Pública para un Debate Necesario”- “*no va a haber ninguna reforma que realmente funcione, si no ha sido parte de un proceso en el cual se intercambien mu-*

*chas ideas. Hablar del Poder Judicial, del sistema judicial, no es fácil, sobre todo si consideramos, como dice una de las frases del libro, que finalmente el Poder Judicial es un monopolio y, por lo tanto, para mejorar su gestión, tenemos que ver cómo minimizamos ese poder; cómo logramos que cumpla su tarea de resolución final, última y de defensa de los ciudadanos”.*

Precisamente porque no es fácil hablar del Poder Judicial, es posible que haya disensos con respecto a varias de las tesis que se consideran en el libro, principalmente si frente a una hipótesis se advierte un corte en su flujo derivado de una dicotomía no plenamente resuelta. Así en contra del valor del precedente está lo dinámico de la jurisprudencia, ante la oportunidad del proceso se alzan los efectos adversos de la selectividad y las amenazas a la calidad de las decisiones, en oposición al perfeccionamiento de los medios personales en la judicatura emerge la necesidad de una apertura necesaria a elementos externos, los indicadores de resultados hablan de la necesidad de compatibilizar los análisis cuantitativos y cualitativos, la autonomía judicial se entronca con su correlato de la responsabilidad, etc.

Sin embargo, la reflexión y el diálogo entregan luces para una mejor toma de decisiones. En tal línea se inscribe el presente libro, el cual sienta bases para una mejor comprensión de acciones a desarrollar en pro del mejoramiento del sistema de justicia en Chile. En este sentido, es posible afirmar que esta publicación es *“material de lectura obligatoria para abogados, académicos, jueces, legisladores, estudiantes y todo aquel que quiera adelantarse a los cambios que vendrán en el sistema judicial chileno”*.



